

aCommentaire de la loi du 15 juin 2010, relative à l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée, Defrénois 2010, art. 19144.

II. Les effets de l'affectation

L'affectation produit naturellement effet sur le plan passif ; au-delà de cette conséquence qui est la plus notable sur le plan juridique, l'affectation entraîne un certain nombre de conséquences à l'égard du débiteur. Enfin, la loi s'est préoccupée de préciser les effets de certains événements à l'égard de l'EIRL.

A. À l'égard des créanciers

a. En matière de déclaration d'insaisissabilité, l'article L. 526-1 du Code de commerce impose de procéder à une double classification. On sait, en effet, que la déclaration « n'a d'effet qu'à l'égard des créanciers dont les droits naissent, postérieurement à la publication, à l'occasion de l'activité professionnelle du déclarant », de sorte qu'il faut opposer les créanciers antérieurs et postérieurs pour considérer que la déclaration d'insaisissabilité n'a pas d'effet à l'égard des créanciers antérieurs. S'agissant des créanciers postérieurs, il faut distinguer selon que la créance est née, ou non, à l'occasion de l'activité professionnelle du déclarant, pour considérer que la déclaration est sans effet à l'égard des créanciers privés. Il y a donc des créanciers auxquels la déclaration d'insaisissabilité est opposable et des créanciers auxquels la déclaration d'insaisissabilité est inopposable.

b. S'agissant de la déclaration d'affectation, l'article L. 526-12 énonce, en premier lieu, que la déclaration d'affectation est opposable de plein droit aux créanciers dont les droits sont nés postérieurement à son dépôt.

Alors que le projet initial prévoyait « de ne pas léser les créanciers existants, qui ont contracté avec l'entrepreneur en pensant que leur créance serait gagée sur la totalité du patrimoine » (34), l'Assemblée nationale a souhaité rendre opposable aux créanciers antérieurs la déclaration d'affectation. Comme l'a pertinemment relevé le Sénat, « l'opposabilité aux créanciers antérieurs revient à réduire de façon imprévisible et éventuellement très significative, selon l'ampleur de l'affectation, leur gage, remettant en cause l'équilibre des contrats qu'ils ont conclus avec les entrepreneurs »... (si bien que

l'on) « peut s'interroger sur la constitutionnalité d'une telle disposition... » (35). À l'initiative de la commission mixte paritaire, a été retenue une solution intermédiaire, présentée comme « plus protectrice des droits des créanciers (et) inspirée du régime des fusions d'entreprises et de la cession de fonds de commerce » (36).

C'est ainsi que, selon l'article L. 526-12, « la déclaration d'affectation est opposable aux créanciers dont les droits sont nés antérieurement à son dépôt à la condition que l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée le mentionne dans la déclaration d'affectation et en informe les créanciers dans des conditions fixées par voie réglementaire ».

On croit comprendre qu'il n'y a pas lieu d'établir, dans la déclaration d'affectation, la liste des créanciers, mais simplement d'indiquer que l'entrepreneur entend rendre sa déclaration d'affectation opposable à ses créanciers antérieurs.

Une fois informés dans des conditions qui seront probablement proches de celles régissant la cession de fonds de commerce, les créanciers pourront, selon l'article L. 526-12, alinéa 3, former opposition (là encore dans des conditions qui pourraient bien ressembler à la cession de fonds de commerce), opposition qui n'a « pas pour effet d'interdire la constitution du patrimoine affecté» (C. com., art. L. 526-12, al. 3).

Mais, contrairement à l'opposition en matière de cession de fonds de commerce, l'opposition du créancier déclenchera nécessairement l'intervention du juge (on ne sait pas lequel, la loi visant simplement une « décision de justice »). Le juge (saisi par qui et dans quel délai ?) pourra alors ou rejeter l'opposition, ou ordonner, soit le remboursement des créances, soit la constitution de garanties, si l'entrepreneur individuel en offre et si elles sont jugées suffisantes (C. com., art. L. 526-12, al. 3).

On imagine que, si l'activité est prospère et si les biens affectés sont d'une valeur suffisante pour désintéresser le créancier opposant qui serait un professionnel, le juge pourrait bien rejeter l'opposition. Le remboursement pourrait, au contraire, être ordonné si la créance dépassait la valeur des biens affectés, puisque l'affectation serait alors préjudiciable au créancier professionnel, ainsi privé du droit d'agir sur les biens privés.

Le créancier qui ne fait pas opposition ou dont l'opposition est rejetée est un créancier auquel la déclaration d'affectation est opposable. La déclaration est seulement inopposable au créancier dont l'opposition a été admise, si la créance n'a pas été remboursée ou si les garanties ordonnées n'ont pas été constituées. L'inopposabilité paraît signifier que le créancier antérieur pourra faire comme s'il n'y avait pas eu de déclaration d'affectation et ainsi saisir tant les biens professionnels que privés.

Les droits des créanciers antérieurs sont donc préservés ; c'est ce qui explique que le Conseil constitutionnel n'ait de ce point de vue rien trouvé à redire.

c. C'est à l'égard des créanciers postérieurs qu'apparaît toute l'originalité du dispositif. Dérogeant aux articles 2284 et 2285 du Code civil, comme le dit dans les mêmes termes l'article L. 526-1 du Code de commerce en matière de déclaration d'insaisissabilité, l'article L. 526-12 limite le droit de poursuite des créanciers professionnels au patrimoine affecté et limite le gage des créanciers privés au patrimoine non affecté.

Il est ainsi prévu que « les créanciers auxquels la déclaration d'affectation est opposable et dont les droits sont nés à l'occasion de l'exercice de l'activité professionnelle laquelle le patrimoine est affecté ont pour seul gage général le patrimoine affecté ; les autres créanciers auxquels la déclaration est opposable ont pour seul gage général le patrimoine non affecté ».

C'est l'objectif recherché par l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée scinder son patrimoine en deux masses pour limiter les poursuites de ses créanciers professionnels aux biens affectés et protéger ainsi ses biens privés qui ne pourront être saisis que par ses créanciers non professionnels.

Reste que cette compartimentation n'est pas parfaite. L'article L. 526-12 du Code de commerce distingue, à cet égard, trois hypothèses :

- l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée est tout d'abord responsable sur la totalité de ses biens et droits en cas de fraude ou en cas de manquement grave aux règles prévues au 2e alinéa de l'article L. 526-6 ou aux obligations prévues à l'article L. 526-13.

L'article L. 526-6, 2e alinéa, concerne l'affectation des biens nécessaires à l'activité professionnelle ou utilisés pour l'exercice de l'activité professionnelle. On comprend que l'entrepreneur qui n'affecterait pas des biens nécessaires, pour les protéger de ses créanciers professionnels, manquerait gravement aux règles d'affectation, de sorte qu'il serait responsable sur la totalité de ses biens. En sens inverse, il pourrait y avoir « affectation abusive de biens non nécessaires à l'activité professionnelle ni même utilisés dans l'exercice de celle-ci" (27), de manière à se protéger de créanciers privés.

L'article L. 526-12 vise également un manquement grave aux obligations prévues à l'article L. 526-13, c'est-à-dire on le verra, aux obligations comptables et bancaires qui pèsent sur l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée ;

- il y a également atteinte à la compartimentation en cas d'insuffisance du patrimoine non affecté, c'est-à-dire si des créanciers privés n'obtiennent pas paiement en procédant à la saisie des biens non professionnels. Dans ce cas, le droit de gage des créanciers privés « peut s'exercer sur le bénéfice réalisé par l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée lors du dernier exercice clos ».

Doit-on comprendre que les créanciers privés pourront saisir les biens professionnels à hauteur du bénéfice ? Ce n'est pas ce que dit le texte : le droit de gage s'exerce sur les bénéfices. Mais que signifie saisir un bénéfice ? Il faut semble-t-il comprendre que les créanciers privés pourront saisir le compte professionnel de l'entrepreneur individuel à concurrence du bénéfice (38) ;

- une troisième atteinte à la compartimentation est prévue en cas de fraude tant en matière fiscale que sociale. C'est ainsi que l'article L. 273 B, I, du Livre des procédures fiscales vise le cas de l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée qui aurait, par des manœuvres frauduleuses ou à la suite de l'inobservation grave et répétée de ses obligations fiscales, rendu impossible le recouvrement des impositions et pénalités ; dans ce cas, le recouvrement des impositions et pénalités peut être recherché sur le patrimoine non affecté. Réciproquement, lorsque l'entrepreneur rend impossible par fraude ou inobservation grave et répétée de ses obligations fiscales le recouvrement des impositions et pénalités étrangères à son activité professionnelle, le recouvrement peut être recherché sur le patrimoine affecté (LPF, art. L. 273 B, II).

La même solution est prévue à propos des cotisations de contribution sociale par l'article L. 133-4-7 du Code de la sécurité sociale.

Au-delà de ces dispositions de défiance, destinées à éviter l'instrumentalisation de l'affectation aux fins d'organiser l'insolvabilité, se pose une question-clé à laquelle la loi n'a pas expressément répondu : l'entrepreneur peut-il ouvrir ses biens privés à ses créanciers professionnels, et conférer à cette occasion, une sûreté sur un bien non affecté (par exemple, une hypothèque sur la résidence principale pour garantir un prêt de trésorerie) ? Certains commentateurs ne doutent pas de l'efficacité de telles sûretés dont on sait qu'elles ruinent la protection de l'EURL ou de la SARL (39) ; d'autres sont plus circonspects, mais se demandent ce qui pourrait invalider cette modification de gage (40).

Il est vrai qu'on ne voit pas pourquoi il ne pourrait pas être dérogé par convention à la compartimentation prévue par l'article L. 526-12 du Code de commerce, sachant que l'on peut toujours renoncer à l'EURL, ce que, on le verra, prévoit la loi.

On retrouve ici le débat qui est apparu avec la déclaration d'insaisissabilité : peut-on y renoncer au profit d'un créancier déterminé alors que la loi prévoit seulement le principe d'une renonciation globale (41) ? Le législateur a dû intervenir pour régler la question ; depuis la loi de modernisation de l'économie de 2008, l'article L. 526-3 du Code de commerce prévoit que la renonciation à la déclaration d'insaisissabilité « peut être faite au bénéfice d'un ou plusieurs créanciers » professionnels. Il se pourrait bien qu'une disposition identique soit prise demain en matière d'EURL, tant il est vrai qu'il serait regrettable que l'incertitude en la matière conduise à imposer une renonciation globale.

B. À l'égard du débiteur

Dans le prolongement de la compartimentation patrimoniale qu'emporte la déclaration d'affectation, l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée doit déterminer les revenus qu'il verse dans son patrimoine non affecté (C. com., art. L. 526-18).

Sur le plan financier et comptable, l'article L. 526-13, alinéa 3, impose à l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée « de faire ouvrir dans un établissement de crédit un ou plusieurs comptes bancaires exclusivement dédiés à l'activité à laquelle le patrimoine a été affecté ».

L'article L. 526-13 prévoit, en outre, que « l'activité professionnelle à laquelle le patrimoine est affecté fait l'objet d'une comptabilité autonome, établie dans les conditions définies aux articles L. 123-12 à L. 123-23 et L. 123-25 à L. 123-27», c'est-à-dire les conditions prévues pour le commerçant. Ces obligations comptables seront néanmoins simplifiées pour les auto-entrepreneurs (C. com., art. L. 526-13, al. 2).

Ces obligations revêtent une importance particulière en matière d'EIRL ; en effet, « les comptes annuels de l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée sont déposés chaque année au registre auquel a été effectué le dépôt de la déclaration pour y être annexés... à compter de leur dépôt, ils valent actualisation de la composition et de la valeur du patrimoine affecté » (C. com., art. L 526-14).

Ce sont des contraintes non négligeables pour de petits entrepreneurs, mais c'est le prix de la protection qu'offre l'EIRL (42). Il a ainsi été expliqué que l'entrepreneur peut affecter de nouveaux biens postérieurement à la déclaration constitutive et qu'il est alors nécessaire que ces entrées dans le patrimoine affecté soient retracées quelque part (43).

Cette actualisation (de valeur et de composition) par voie comptable pose problème : « elle est une simple photo du passé ; qui n'est plus nécessairement le reflet de la réalité actuelle » (44) ; d'où cette question : le créancier professionnel pourra-t-il saisir un bien qui n'est plus affecté ou un nouveau bien acquis en remplacement si ces transferts ne sont pas encore enregistrés sur un plan comptable ? Il semble bien que la subrogation en la matière soit conditionnelle ; par exemple, le matériel acquis en remplacement de l'ancien sera à l'égard des tiers dans le patrimoine affecté mais seulement lorsque les pièces comptables (spécialement le bilan retraçant l'actif) seront déposées au registre de déclaration.

On doit ajouter que pour certains biens importants, une déclaration complémentaire sera nécessaire : les immeubles (C. com., art. L. 526-9, al. 3) et les biens dont la valeur dépasse le seuil qui impose le recours à un professionnel (C. com., art. L. 526-10, al. 2) ; pour de tels biens, l'actualisation semble, pouvoir survenir au moment de la publicité de la déclaration complémentaire et non pas seulement au moment du dépôt des comptes, puisque les tiers en sont informés.

S'agissant de ces évolutions dans la composition du patrimoine affecté, on notera enfin qu'« il n'est pas possible, sous peine de manquement aux règles d'affectation, de retirer du patrimoine affecté un bien nécessaire à l'activité professionnelle. En revanche, concernant un bien utilisé, le retrait est possible et apparaîtra dans les comptes annuels » (45).

Sur le plan fiscal, l'article 1655 sexies, VII, du CGI pose un principe d'assimilation entre l'EIRL et l'EURL (ou l'exploitation agricole à responsabilité limitée). Il en résulte que l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée peut choisir, soit de demeurer soumis à l'impôt sur le revenu pour les revenus de l'activité professionnelle, soit d'opter pour l'impôt sur les sociétés (46). Cette option est d'ores et déjà présentée comme « une avancée significative permettant d'unifier le régimes fiscal applicable aux PME quelle que soit la forme juridique retenue » (47).

Dans cette hypothèse d'option à l'impôt sur les sociétés, la loi a prévu une clause dite « anti-abus » destinée à limiter les pertes de recettes des organismes sociaux (48).

En effet, dès lors que l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée est un , travailleur non salarié, il doit verser des cotisations sociales calculées sur le revenu professionnel des non-salariés retenu au titre du calcul de l'impôt sur le revenu.

En cas d'option pour l'impôt sur les sociétés, les cotisations sont calculées sur les revenus de l'activité prise en compte pour le calcul de l'impôt sur le revenu, donc sur la rémunération mais il a été décidé d'assujettir aux cotisations sociales de droit commun, à partir d'un certain montant, les revenus de l'activité professionnelle versés au sein du patrimoine personnel sous forme de dividendes. Le seuil de déclenchement de l'assujettissement aux cotisations est, soit de 10 % du montant de la valeur des biens du patrimoine affecté constatée en fin d'exercice, soit de « 10 % du montant du bénéfice net

si celui-ci est supérieur » (49). Il a été expliqué que « les dividendes versés en deçà de ces seuils sont libres de cotisations, ce qui présente un avantage certain pour l'entrepreneur et une incitation à opter pour l'impôt sur les sociétés » (50). On peut ainsi lire sur le site officiel du Gouvernement que "en cas d'option à l'IS, l'entrepreneur individuel cotisera sur sa rémunération, augmentée d'une part des revenus de capitaux mobiliers excédant 10 % de la valeur du patrimoine affecté ou 10 % du bénéfice".

C. Les suites de l'affectation

Comme en matière de déclaration d'insaisissabilité, le législateur a souhaité préciser le sort du dispositif dans certaines circonstances particulières.

1. La renonciation et le décès

En matière de déclaration d'insaisissabilité, la loi vise le cas de la renonciation, celui du décès et de la dissolution du régime matrimonial, ce qui permet d'englober le cas du divorce.

En matière d'EIRL, l'article L. 526-15 du Code de commerce pose en principe qu'« en cas de renonciation de l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée à l'affectation ou en cas de décès de celui-ci, la déclaration d'affectation cesse de produire effet ».

Le texte initial prévoyait que dans ces circonstances (renonciation ou décès), le patrimoine affecté était liquidé et que cette liquidation entraînait le désintéressement des créanciers professionnels. La formule finalement retenue paraît devoir être comprise comme signifiant que le patrimoine se trouve réuni. Le texte précise toutefois qu'en cas de cessation de l'activité concomitante à la renonciation ou en cas de décès, les créanciers professionnels comme privés conservent pour seul gage général celui qui était le leur au moment de la renonciation ou du décès. En d'autres termes, dans l'hypothèse du décès, la déclaration cesse de produire effet mais le droit de poursuite des créanciers s'apprécie au regard de la déclaration d'affectation... qui continue donc de produire

effet ! Il faut donc comprendre : "cesse de produire effet" à l'égard des créanciers de demain, mais demeure efficace à l'égard des créanciers d'hier.

Deux précisions complémentaires :

- selon l'article L. 526-15, alinéa 2, du Code de commerce, "en cas de renonciation, l'entrepreneur individuel en fait porter la mention au registre auquel a été effectué le dépôt de la déclaration prévue à l'article L. 526-7. En cas de décès, un héritier, un ayant droit ou toute personne mandatée à cet effet en fait porter la mention au même registre" ;

- selon l'article L. 526-16 du même code, "l'affectation ne cesse pas dès lors que l'un des héritiers ou ayant droit de l'entrepreneur individuel décédé, sous réserve du respect des dispositions successorales, manifeste son intention de poursuivre l'activité professionnelle à laquelle le patrimoine était affecté". C'est alors à lui de faire porter la mention au registre auquel a été effectué le dépôt de la déclaration initiale dans un délai de trois mois à compter de la date du décès. Par ailleurs, "la reprise du patrimoine affecté, le cas échéant après partage et vente de certains des biens affectés pour les besoins de la succession, est subordonnée au dépôt d'une déclaration de reprise au registre auquel a été effectué le dépôt de la déclaration initiale».

On comprend que les créanciers professionnels de l'héritier repreneur dont les droits naîtront après le décès du chef de ce repreneur n'auront d'action que sur les biens affectés. Mais quid des créanciers professionnels du défunt ? En cas d'acceptation pure et simple de l'héritier, auront-ils action sur tous les biens de cet héritier ou uniquement sur le patrimoine affecté ?

Il a été précisé au cours des débats qu'il était inutile de préciser que la reprise avait pour effet de maintenir sur le patrimoine affecté repris le droit de gage des créanciers professionnels de l'entrepreneur individuel décédé (51). L'affectation continue donc de pouvoir être opposée aux créanciers du défunt. C'est une exception à l'obligation ultra vires de l'héritier pur et simple, confirmation que le patrimoine d'affectation bouleverse les principes du droit civil.

2. La cession et l'apport en société

Il s'agit d'une question absente du projet de loi initial, qui a été introduite par l'Assemblée nationale sur proposition de la Commission des affaires économiques : le patrimoine affecté peut être cédé ou apporté en société. L'article L. 526-17-1 prévoit ainsi que « l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée peut céder à titre onéreux, transmettre à titre gratuit entre vifs ou apporter en société l'intégralité de son patrimoine affecté et en transférer la propriété dans les conditions prévues au II et III du présent article sans procéder à sa liquidation».

< /p>

Selon le II, la cession à titre onéreux ou la transmission à titre gratuit entre vifs du patrimoine affecté à une personne physique entraîne sa reprise avec maintien de l'affectation dans le patrimoine du cessionnaire ou du donataire. Cette reprise sera opposable aux tiers après l'accomplissement d'une déclaration de transfert au registre auquel a été effectué le dépôt de la déclaration initiale.

En revanche, en cas d'apport en société ou de cession du patrimoine affecté au profit d'une personne morale, il y a transfert de propriété dans le patrimoine du cessionnaire ou de la société mais sans maintien de l'affectation.

L'artisan ou le commerçant ayant affecté son fonds ne procédera pas à la vente de son fonds, mais à la vente de son patrimoine affecté. Il devra à cette occasion effectuer et publier une déclaration de transfert qui sera accompagnée d'un état descriptif des biens, droits, obligations ou sûretés composant le patrimoine affecté.

Selon l'article L. 526-17, III, alinéa 2, du Code de commerce, « les articles L. 141-1 à L. 141-22 ne sont pas applicables à la cession ou à l'apport en société d'un fonds de commerce intervenant par suite de la cession ou de l'apport en société d'un patrimoine affecté ». Dit autrement, la cession de patrimoine affecté n'est pas considérée comme une cession de fonds de commerce, de sorte que les règles spécifiques de la cession de fonds ne s'appliquent pas. Se trouvent ainsi écartés, non seulement le formalisme informatif

qui caractérise la matière, mais également les règles destinées à protéger les créanciers du vendeur (droit d'opposition et droit de surenchère).

Pour autant, les créanciers ne sont pas sacrifiés, puisque « le cessionnaire, le donataire ou le bénéficiaire de l'apport est débiteur des créanciers de l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée mentionnés au 1° de l'article L. 526-12 (c'est-à-dire les créanciers professionnels), en lieu et place de celui-ci, sans que cette substitution emporte novation à leur égard ».

Par ailleurs, les créanciers professionnels antérieurs (ainsi que les créanciers antérieurs à la déclaration initiale auxquels cette déclaration n'est pas opposable lorsque le patrimoine affecté fait l'objet d'une donation entre vifs) peuvent former opposition à la transmission du patrimoine affecté. Dans ce cas, une décision de justice rejette l'opposition ou ordonne, soit le remboursement des créances, soit la constitution de garanties, si le cessionnaire ou le donataire en offre et si elles sont jugées suffisantes. À défaut de remboursement des créances ou de constitution des garanties ordonnées, la transmission du patrimoine affecté est inopposable aux créanciers dont l'opposition a été admise.

Il a été expliqué que « cette substitution de débiteur n'emporte pas novation à l'égard des créanciers antérieurs, c'est-à-dire que les obligations contractées par l'entrepreneur individuel demeurent inchangées à la charge du nouveau débiteur. Ainsi, la continuité de affectation avec un autre titulaire entraîne la continuité des obligations à l'égard des créanciers » (52).

Reste qu'on voit mal comment les parades pourront s'entendre sur un prix, puisqu'on ne peut pas savoir à l'avance quelles sont les créances qui seront "reprises" et quelles sont celles qui devront être payées suite à opposition... On n'improvise pas avec le patrimoine d'affectation !

3. La procédure collective de l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée

En matière de déclaration d'insaisissabilité, aucune disposition n'est consacrée à cette hypothèse majeure, ce qui conduit depuis l'origine à s'interroger sur l'efficacité réelle de la déclaration en tant que technique de protection patrimoniale (53).

À l'origine, le projet de loi prévoyait que compte tenu du recours à la procédure accélérée, la loi serait suivie, dans un délai de neuf mois, de deux ordonnances : l'une pour adapter à l'EIRL les dispositions du droit des procédures collectives et procéder aux harmonisations nécessaires en matière de droit des sûretés et de droit des procédures civiles d'exécution ; l'autre pour assurer la coordination entre le patrimoine d'affectation et le droit des régimes matrimoniaux et des successions. Le Sénat a estimé que « l'habilitation en matière de régime matrimonial et de droit des successions ne semble pas réellement utile » (54). Mais si, selon le projet initial, l'ordonnance devait être publiée dans un délai de neuf mois suivant la publication de la loi, celle-ci était applicable dès sa publication. Comme l'a souligné le Sénat, « les entrepreneurs individuels pourraient donc constituer des patrimoines affectés alors même que les procédures collectives n'auraient pas encore été adaptées» (55).

Il a finalement été prévu d'autoriser le Gouvernement à prendre par voie d'ordonnance, dans un délai de six mois à compter de la publication de la présente loi (c'est-à-dire le 16 juin 2010), les dispositions relevant du domaine de la loi nécessaires pour adapter au patrimoine affecté de l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée les dispositions du livre VI du Code de commerce relatives à la prévention et au traitement des difficultés des entreprises et aux responsabilités et sanctions encourues par l'entrepreneur à cette occasion, afin de permettre à l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée d'adhérer à un groupement de prévention agréé et de bénéficier des procédures de prévention et des difficultés des entreprises, du mandat ad hoc, de conciliation, de sauvegarde, de redressement judiciaire et de liquidation judiciaire, et procéder aux harmonisations nécessaires en matière de droit des sûretés, de droit des procédures civiles d'exécution et de règles applicables au surendettement des particuliers. D'autre part, la loi prévoit que les dispositions relatives au patrimoine affecté n'entreront en vigueur qu'à compter de la publication de cette ordonnance.

C'est ce qui explique que, sur le site officiel du Gouvernement, il soit d'ores et déjà indiqué que le nouveau statut entrera en vigueur le 1er janvier 2011 ; en vérité, le plus tard le 16 décembre 2010.

Fondamentalement, la question sera de savoir si, dès lors qu'il y a deux sous-patrimoines, la procédure collective ne concernera que le patrimoine affecté ; par

exemple, devra-t-on soumettre à la discipline collective tous les créanciers, professionnels comme personnels, ou l'arrêt des poursuites sera-t-il opposable aux seuls créanciers de l'entreprise (56) ? Certaines réponses paraissent imposées par la logique du patrimoine d'affectation, comme le législateur l'a admis à propos de la fiducie Ainsi, seul le patrimoine affecté devrait être concerné par la procédure et réciproquement, le patrimoine non affecté devrait être « hors procédure » (57).

D'autres questions sont plus politiques ; par exemple l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée peut-il engager son patrimoine non affecté en cas de faute de gestion ayant contribué à l'insuffisance d'actif, de la même manière que le gérant de SARL perd le bénéfice de l'écran social en cas d'action en comblement de passif (58) ? C'est l'une des nombreuses interrogations que posera inmanquablement l'EIRL...

Frédéric Vauvillé, Professeur à l'Université Lille 2, Avocat au barreau de Lille

(34) Rapp. AN préc., p. 29

(35) Rapp. Sénat préc., p. 48. La décision du Conseil constitutionnel du 10 juin 2010 montrera que la crainte du Sénat était légitime et que la solution de l'Assemblée nationale aurait entraîné la censure du texte.

(36) Rapp. AN n° 2461 préc., et rapp. Sénat n° 420 préc., p. 4.

(37) Rapp. Sénat préc., p. 49.

(38) V. en ce sens, S. Piedelièvre, art. préc. n° 24 ; E. Dubuisson, art. préc., n° 64.

(39) V. en ce sens, S. Piedelièvre, art. préc. n° 6.

(40) T. Revet, art. préc., p. 58 - S. Schiller, « Quelle perméabilité contractuelle entre le patrimoine affecté et le patrimoine non affecté », *in* dossier spécial préc., p. 88 et s., spéc. p. 88. Adde : E. Dubuisson, art. préc., n° 86 et s. La seule constitution d'une sûreté ne nous paraît pas suffire à écarter l'article L. 526-12 du Code de commerce, car une sûreté ne donne pas en elle-même le droit de saisir ; que l'on songe à l'hypothèque prise sur un bien insaisissable ou sur un bien indivis par un créancier personnel ; la question est de savoir, indépendamment d'une sûreté, si l'on peut déroger à la compartimentation qui naît de l'EIRL ; dit autrement, l'article L. 526-12 est-il d'ordre public ?

(41) Pour certains commentateurs de la loi du 15 juin 2010, la renonciation « est nécessairement intégrale » (S. Piedelièvre, art. préc., n° 38).

(42) Comp. J.-L. Pierre, art. préc., n° 39.

(43) Rapp. Sénat préc.

(44) S. Piedelièvre, art. préc., n° 28

(45) Rapp. Sénat préc.

(46) Rapp. Sénat préc., p. 59.

(47) V. sur le site Entreprise individuelle à responsabilité limitée.fr, la fiche pratique sur le régime fiscal de l'EIRL. On a néanmoins introduit une différence « entre entrepreneur EIRL et entrepreneur non EIRL » (E. Dubuisson, art. préc., n° 20).

(48) Rapp. Sénat préc., p. 62.

(49) *Ibid.*

(50) *Ibid.*

(51) Rapp. Sénat préc., p. 54.

(52) Rapp. Sénat préc., p. 55.

(53) V. par exemple, F. Vauvillé, « Déclaration d'insaisissabilité et procédure collective du déclarant » : Act. proc. coll. 31 oct. 2003.

(54) Rapp. Sénat préc., p. 63. Pourtant les interrogations ne manqueront pas : v. par exemple, sur le plan successoral, les développements de M. Sénéchal et S. Piedelièvre, art. préc.

(55) Rapp. Sénat préc., p. 63.

(56) Sur cette problématique, v. J. Vallansan, «Le sort de l'éventuelle entreprise à patrimoine affecté soumise à une procédure collective » : JCP E 2010, 1083, Acide : M, Sénéchal, art. préc., p. 89 et s.

(57) V. en ce sens, M. Sénéchal, art. préc.

(58) Sur cette question, v. F.-X. Lucas, «Les dangers de l'EIRL» : Dr. et patr. mai 2010, p. 49. Adde : M. Sénéchal, art. préc., spéc. p. 96, et J. Prieur, art, préc., spéc. p. 66.