

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

En raison de l'importance patrimoniale des dispositions que comporte la récente loi relative à l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée (EIRL), les notaires seront amenés à conseiller leurs clients sur l'opportunité d'adopter ce nouveau statut.

Dans ce but, l'auteur de cette étude commente les points clés du dispositif d'affectation du patrimoine, en le mettant en parallèle avec un autre mécanisme protecteur des entrepreneurs, celui de la déclaration d'insaisissabilité.

La création de l'entreprise individuelle à responsabilité limitée (EIRL) se fonde sur un double constat ; le premier est d'ordre socio-économique, le second est plus juridique.

Le premier tient au fait que la moitié des entrepreneurs français exercent, en nom propre, leur activité professionnelle (1). Il a, de manière plus précise, été souligné qu'au 1er janvier 2008, sur les 3 003 693 entreprises recensées en France par l'Insee, 1 540 130 prenaient la forme d'une société soit 51.4% tandis que 1 459 563 étaient des personnes physiques exerçant en nom propre, soit 48.6%. De plus en 2008, sur 331 439 entreprises créées, 169 631 étaient des entreprises individuelles, soit 51.2%. En 2009, eu égard au succès de la formule de l'auto- entrepreneur, les entreprises individuelles représentaient un total de 427 890 sur 580 193, soit 73.7%.

A cette importance économique indéniable de l'entreprise individuelle, il faut associer une donnée juridique essentielle. Conformément à l'article 2284 du Code civil, l'entrepreneur individuel engage son patrimoine par ses dettes professionnelles. Il en résulte que "la totalité du patrimoine de l'entrepreneur et de sa famille peut être mise en péril en cas d'échec de l'entreprise ou simplement de difficultés professionnelles passagères" (2), ce qui a été présenté comme une "profonde injustice" (3).

D'où -on le sait depuis longtemps- la nécessité de réfléchir à une protection patrimoniale de l'entrepreneur individuel. Selon le législateur de 2010, les réponses apportées jusqu'à présent par la loi ne se sont pas révélées satisfaisantes. Il a ainsi, en premier lieu, été souligné que la création de l'entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée (EURL), par la loi du 11 juillet 1985, «n'a pas rencontré le succès escompté» (4). Il a été expliqué que cette formule ne représentait, en 2008, que 6,2 % du nombre total des entreprises, insuccès que l'on a expliqué par la psychologie des entrepreneurs réticents à constituer une personne morale et, plus généralement, à suivre des procédures et à remplir des formalités. De plus, cette technique sociétaire - comme toute technique sociétaire d'ailleurs - se révèle imparfaite sur le plan de la protection patrimoniale, puisque, en pratique, les banques n'hésitent pas à exiger des garanties sur le patrimoine privé de l'associé unique lors d'un crédit accordé à la société. Quant à la loi Madelin du 11 février 1994 relative à l'initiative et à l'entreprise individuelle, il a été reconnu qu'elle apportait une protection très relative du patrimoine familial (5).

L'approche a été plus nuancée s'agissant de l'insaisissabilité de la résidence principale instituée par la loi du 1er août 2003 pour l'initiative économique. Applicable à « tous les types d'entrepreneurs individuels », cette déclaration n'a certes d'effet qu'à l'égard des créanciers professionnels dont les droits sont nés postérieurement à sa publication, mais elle constitue une

réelle protection contre « les aléas de l'activité professionnelle », dès lors que la maison de l'entrepreneur individuel ne pourra pas être saisie à la demande de ses créanciers professionnels.

La protection est d'autant plus appréciable qu'elle a été étendue par la loi du 4 août 2008 de modernisation de l'économie à tous les biens fonciers, bâtis ou non, que le déclarant n'a pas affecté à son activité professionnelle (6) ; par ailleurs, elle constitue une procédure simple et peu coûteuse dont coût global a été évalué autour des 500 €.

Reste que, d'après l'exposé des motifs du projet de loi, la déclaration d'insaisissabilité concernerait peu d'entrepreneurs et n'aurait pas rencontré le succès attendu. Il a, à cet égard, été relevé par le rapporteur du projet devant le Sénat que la déclaration demeurait un dispositif méconnu pour lequel n'avait pas été effectuée une promotion suffisante auprès des intéressés. Il a ainsi été avancé au cours des débats qu'Infogreffe n'aurait comptabilisé que 12 000 déclarations d'insaisissabilité (7). Une telle présentation du bilan de la déclaration d'insaisissabilité n'est pas sans étonner : sur un plan statistique tout d'abord, il est bien évident que le nombre de 12 000 déclarations révélé par Infogreffe est trompeur : d'une part, parce qu'il ne recense pas les déclarations ayant donné lieu à une publicité dans un journal d'annonces légales (il s'agit des entrepreneurs individuels exerçant une activité agricole ou indépendante) et, d'autre part, le nombre doit être mis en regard avec celui des entrepreneurs individuels qui seraient propriétaires de leur immeuble, nombre qui n'est pas avancé.

Au-delà de l'aspect quantitatif, il manque surtout une donnée d'ordre qualitatif, puisqu'on ne sait toujours pas si la déclaration d'insaisissabilité permet à l'entrepreneur individuel mis en procédure collective de « sauver » le ou les immeubles qu'il aura préalablement déclarés insaisissables, dès lors du moins qu'il existe des créanciers auxquels la déclaration ne peut pas être opposée, en particulier des créanciers « privés ».

Quoi qu'il en soit, l'extension de la déclaration d'insaisissabilité à l'ensemble des immeubles non affectés à l'activité professionnelle en 2008 annonçait nécessairement un dispositif de protection plus étendu, tant il était peu cohérent de ne protéger que les immeubles privés.

Le législateur de 2010 a considéré qu'en ces temps de crise, où la mondialisation de l'économie favorise le travail non salarié (8), il fallait franchir un pas de plus et instituer « le patrimoine professionnel d'affectation ».

Il a été rappelé au cours des débats parlementaires que l'idée consistant à créer un patrimoine d'affectation pour protéger les entrepreneurs individuels n'était pas nouvelle. On se souvient ainsi qu'en 1978, un groupe de travail présidé par le professeur Champaud avait rédigé un rapport préconisant la création d'une entreprise personnelle à responsabilité limitée, et qu'au lendemain de la loi de 1985 sur l'EURL, le sénateur Marini avait suggéré la création d'un patrimoine fiscal d'affectation. Plus récemment, en 2008, un rapport rédigé par M. de Roux et remis à Hervé Novelli, alors secrétaire d'État en charge des entreprises et du commerce extérieur, avait à nouveau suggéré la création d'un patrimoine d'affectation (9).

C'est ainsi qu'à la fin de l'année 2009, le Premier ministre a annoncé la création du statut d'entrepreneur individuel à responsabilité limitée, considérant, après l'extension de la déclaration d'insaisissabilité à l'ensemble du patrimoine immobilier non professionnel, qu'il était devenu « artificiel de distinguer les biens immobiliers des autres biens ». Selon les initiateurs du texte, il s'agit, avec l'EIRL, de « faire le choix du patrimoine d'affectation, afin de permettre de limiter le risque pesant sur le patrimoine personnel et familial de celui qui entreprend, sans lui imposer les formalités de constitution et de gestion d'une société, fût-elle unipersonnelle » (10). Bref, il est question de protéger, comme s'il y avait société, mais sans avoir à suivre les formalités qu'impose la création d'une personne morale. Certains diront : « le beurre et l'argent du beurre ».

Plus juridiquement, ensuite, il s'agit de faire "le choix du patrimoine d'affectation" (11) et de scinder patrimoine de l'entrepreneur individuel pour distinguer d'une part, un patrimoine personnel et d'autre part, un patrimoine professionnel qui ne répondra que des dettes professionnelles ; pratiquement, la séparation s'effectue par une simple déclaration d'affectation qui revient à rendre saisissables les biens professionnels, le contraire d'une déclaration d'insaisissabilité...

Le projet de loi a été présenté en conseil des ministres le 27 janvier 2010, avant d'être adopté par l'Assemblée nationale, en première lecture, le 17 février 2010 dans le cadre d'une procédure d'urgence. Le Sénat y a apporté quelques retouches le 8 avril 2010, d'où l'intervention d'une commission mixte paritaire dont le texte a été adopté par le Sénat le 5 mai et par l'Assemblée nationale le 12. Le texte a été soumis au Conseil constitutionnel qui, le 10 juin 2010, a censuré des dispositions jugées sans lien avec l'EIRL ; en revanche, toutes les dispositions relatives à celle-ci ont été jugées conformes à la Constitution. Le texte est ainsi devenu la loi du 15 juin 2010, publiée au Journal officiel du lendemain (12).

L'un des principaux points de discorde entre les deux assemblées a été de savoir s'il convenait de maintenir la déclaration notariée qui permet à l'entrepreneur individuel de protéger son patrimoine personnel des poursuites de ses créanciers professionnels conduit, en effet, à rendre insaisissable l'ensemble de ses biens privés. L'EIRL est donc plus protectrice que la déclaration notariée d'insaisissabilité qui permet de ne mettre à l'abri que les immeubles non professionnels. En d'autres termes ; sur le plan de la protection patrimoniale, l'EIRL absorbera la déclaration d'insaisissabilité. C'est ce qui explique qu'à l'origine du projet, il était prévu de supprimer la déclaration d'insaisissabilité dans un délai de neuf mois à compter de la publication de la loi nouvelle.

Le Sénat a pour sa part estimé qu'il était préférable de maintenir la déclaration d'insaisissabilité. Il a d'abord été avancé que sur les 12 000 déclarations recensées de 2003 à 2009, 10 000 avaient été faites pour la seule année 2009, accélération « sans doute due à la crise économique » permettant d'affirmer que « l'insaisissabilité commence enfin à rencontrer le succès » (13).

En vérité, les chiffres sont faux, puisque, lors de la loi de modernisation de l'économie, il avait été avancé le chiffre de 10 000 déclarations (14)... Toujours est-il que le Sénat a estimé qu'il ne serait

pas pertinent de supprimer ce dispositif au motif qu'il n'intéresse pas les entrepreneurs. Il a, par ailleurs, été ajouté que « le législateur doit veiller à donner aux entrepreneurs la liberté de choisir eux-mêmes la forme de protection ou la forme d'exercice professionnel qui leur convient le mieux » (15). Dans la même logique, il a été considéré qu'il n'y avait pas lieu d'envisager de supprimer, pour l'avenir, l'EURL ; là encore, il convient de laisser le choix à l'entrepreneur individuel de choisir le cadre juridique qui lui paraît correspondre le mieux à sa situation personnelle, étant entendu qu'il est possible de cumuler les dispositifs, par exemple, le statut d'entrepreneur individuel à responsabilité limitée et l'insaisissabilité (16).

La commission mixte paritaire a également considéré qu'il convenait de maintenir la déclaration d'insaisissabilité, au motif que ce dispositif « peut présenter un intérêt pour ceux des 1,5 million d'entrepreneurs individuels qui ne font pas le choix de l'EURL » (17).

Il n'en demeure pas moins que ce maintien d'une pluralité de dispositifs de protection pose question. D'ores et déjà des critiques fortes apparaissent, en particulier lorsqu'on se livre à un parallèle entre l'EURL et l'EURL (18) et qu'on tente de cerner l'utilité du nouveau dispositif.

Assurément, le praticien sera interpellé demain par les entrepreneurs individuels qui s'interrogeront sur la protection la mieux adaptée à leur situation et se demanderont quels sont les avantages et inconvénients de chaque dispositif. C'est dire si le notariat, conseil traditionnel de l'entrepreneur individuel, doit s'efforcer de se familiariser avec ce nouveau statut de l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée, qui soulève deux questions principales : comment se crée l'entreprise (I) et quelle protection elle apporte (II).

< p>

I. L'affectation

Le principe de l'affectation est consacré par l'article L. 526-6 du Code de commerce : « tout entrepreneur individuel peut affecter à son activité professionnelle un patrimoine séparé de son patrimoine personnel, sans création d'une personne morale ».

La première question qui se pose est celle du contenu de ce patrimoine professionnel (A). Il conviendra ensuite de rechercher comment se réalise cette affectation (B).

A. La composition du patrimoine affecté

Selon l'article L. 526-6, alinéa 2, du code précité, « ce patrimoine est composé de l'ensemble des biens, droits, obligations ou sûretés dont l'entrepreneur individuel est titulaire, nécessaires à l'exercice de son activité professionnelle. Il peut comprendre également les biens, droits>

obligations ou sûretés dont l'entrepreneur individuel est titulaire, utilisés pour l'exercice de son activité professionnelle et qu'il décide d'y affecter».

Dans l'esprit des initiateurs du texte, il y a, comme en matière fiscale, deux catégories de biens (19) susceptibles d'être affectés :

- d'une part, les biens nécessaires à l'exercice de l'activité professionnelle qui doivent obligatoirement être affectés (20) ;
- d'autre part, l'entrepreneur a la possibilité d'affecter des biens qui sont utilisés pour l'exercice de son activité professionnelle (21).

Il a été donné comme exemple le cas du commerçant pour lequel le fonds de commerce constitue un bien nécessaire, tandis que le véhicule personnel qu'il utilise pour se rendre chez ses fournisseurs y chercher les produits qu'il vend sera seulement considéré comme un bien utilisé. De la même manière, les outils de l'artisan seront un bien nécessaire, tandis que l'atelier qu'il a aménagé dans sa résidence et qui lui sert pour son activité professionnelle sera un bien utilisé (22).

Si l'affectation est ouverte à tous les entrepreneurs individuels, la composition du patrimoine affecté combine une obligation (les biens nécessaires) et une faculté (les biens utilisés). Il y a ainsi d'un côté des biens qui sont « affectés par nature » à l'activité (23) et des biens simplement utilisés pour les besoins de l'activité professionnelle, c'est-à-dire des biens à usage mixte personnel et professionnel (24).

Cette distinction, présentée comme empruntée à la doctrine et à la jurisprudence fiscale, pose nécessairement la question de savoir si la faculté qui s'offre à l'entrepreneur individuel, s'agissant des biens utilisés, pourrait, ou non, être critiquée ; s'agissant d'une affectation qui rend saisissable le bien par les créanciers professionnels, on ne voit pas a priori l'intérêt qu'a l'entrepreneur à affecter le bien qui est seulement utilisé, si on lui offre la possibilité de ne pas le faire.

Reste que, selon les travaux préparatoires, « le dispositif est optionnel (et) respectueux de la liberté de l'entrepreneur... (mais) garantit que les biens purement professionnels constitueront le gage des créanciers, tandis que l'entrepreneur peut moduler une partie de son niveau d'engagement financier » (25).

Deux observations complémentaires :

- d'une part, selon l'article L. 526-6, alinéa 2, in fine, du Code de commerce, « un même bien, droit, obligation ou sûreté ne peut entrer dans la composition que d'un seul patrimoine affecté » ;
- d'autre part, selon l'article 14 de la loi, qui paraît accorder un délai de réflexion au législateur, « un même entrepreneur individuel peut constituer plusieurs patrimoines affectés », mais seulement à compter du 1er janvier 2013.

Il s'agit de prendre en compte l'hypothèse de la pluriactivité, hypothèse dans laquelle on pouvait hésiter entre héberger « plusieurs activités au sein d'un même patrimoine affecté ou, au contraire, permettre une pluralité de patrimoines affectés » (le projet initial prévoyait qu'« un même entrepreneur individuel ne peut constituer plusieurs patrimoines affectés »).

B. La procédure d'affectation

Compte tenu des conséquences juridiques de l'affectation à l'égard des tiers, une publicité est nécessaire ; clients, fournisseurs et prêteurs doivent savoir que le professionnel est un entrepreneur individuel à responsabilité limitée.

1. Les règles générales de publicité

a. On doit, en premier lieu, relever que la loi impose à l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée de révéler sa qualité à l'occasion de l'exercice de son activité professionnelle. C'est ainsi que, selon l'article L. 526-6, alinéa 3, du Code de commerce, « pour l'exercice de l'activité professionnelle à laquelle le patrimoine est affecté, l'entrepreneur individuel utilise une dénomination incorporant son nom, précédée ou suivie immédiatement des mots : "entrepreneur individuel à responsabilité limitée" ou des initiales : "EIRL" ». C'est ainsi, par exemple, qu'on pourra lire demain sur un courrier professionnel ou une facture : « EIRL Durand ».

Le législateur est attaché à cette publicité, à tel point que, selon l'article L. 526-20, le ministère public, ainsi que tout intéressé, peuvent demander au président du tribunal statuant en référé d'enjoindre sous astreinte un entrepreneur individuel à responsabilité limitée de porter sur tous ses actes et documents sa dénomination, précédée ou suivie immédiatement et lisiblement des mots : « entrepreneur individuel à responsabilité limitée » ou des initiales « EIRL ».

Bref, la qualité d'entrepreneur individuel à responsabilité limitée doit s'afficher.

Cette publicité ne saurait naturellement suffire.

b. L'article L. 526-7 prévoit ainsi que « la constitution du patrimoine affecté résulte du dépôt d'une déclaration effectuée :

1. soit au registre de publicité légale auquel l'entrepreneur individuel est tenu de s'immatriculer ;
2. soit au registre de publicité légale choisi par l'entrepreneur individuel en cas de double immatriculation ;

Dans ce cas, mention en est portée à l'autre registre ;

3. soit, pour les personnes physiques qui ne sont pas tenues de s'immatriculer à un registre de publicité légale ou pour les exploitants agricoles, à un registre tenu au greffe du tribunal statuant en matière commerciale du lieu de leur établissement principal »,

On retrouve les deux catégories d'entrepreneurs individuels que vise l'article L. 526-1 du Code de commerce en matière de déclaration d'insaisissabilité ; ce texte distingue en effet, d'une part, les personnes physiques immatriculées à un registre de publicité légale à caractère professionnel et, d'autre part, celles qui exercent une activité professionnelle, agricole ou indépendante.

En matière de déclaration d'insaisissabilité, celle-ci doit être mentionnée au registre où le professionnel se trouve immatriculé, c'est-à-dire, en pratique, le registre du commerce et des sociétés ou le répertoire des métiers. Il en ira de même pour la déclaration d'affectation, avec cette différence, qu'en cas de double immatriculation, la déclaration d'affectation sera effectuée auprès d'un registre, mais mention en sera faite au second (ainsi, l'artisan qui, à titre accessoire, fait du commerce et se trouve alors immatriculé au registre du commerce et des sociétés et au répertoire des métiers, fera sa déclaration au répertoire des métiers, mais mention de la déclaration sera faite au registre du commerce).

S'agissant des personnes physiques qui ne sont pas tenues de s'immatriculer ou exercent une activité agricole, l'article L. 526-2 prévoit, à propos de la déclaration d'insaisissabilité, une publicité dans un journal d'annonces légales.

Une telle publicité n'a pas paru suffisante en matière d'EIRL pour assurer l'information des tiers ; on imagine mal, en effet, que le fournisseur d'un entrepreneur individuel à responsabilité limitée soit tenu de consulter les journaux d'annonces légales des années passées pour s'assurer de l'existence d'une EIRL. C'est pourquoi le législateur a fait le choix d'un point de rattachement fixe en créant un nouveau registre. La méthode n'est pas sans précédent ; c'est celle qui a été retenue en droit des procédures collectives lorsque la matière a été ouverte aux agriculteurs puis aux professionnels indépendants : il existe un registre spécial tenu par le greffe du tribunal de grande instance.

En matière d'EIRL, le registre sera tenu par le greffe du tribunal statuant en matière commerciale du lieu de l'établissement principal. La solution est curieuse, puisque sont par hypothèse concernées, d'une part, des personnes qui ne sont pas tenues de s'immatriculer à un registre de publicité légale, c'est-à-dire les professionnels indépendants et, d'autre part, les « exploitants agricoles » ; or, les uns et les autres n'exercent pas une activité commerciale mais une activité civile, ce qui explique, par exemple, la compétence du tribunal de grande instance en cas de procédure collective. Le choix du tribunal de commerce est alors étonnant, puisqu'en aucun cas, le professionnel indépendant ou l'agriculteur n'est amené à relever de cette juridiction...

c. Cette publicité fait l'objet d'un contrôle quant aux pièces qui doivent accompagner la déclaration lors de son dépôt. L'article L. 526-8 du Code de commerce prévoit, à cet égard, que «

les organismes chargés de la tenue des registres (...) n'acceptent le dépôt de la déclaration qu'après avoir vérifié qu'elle comporte... » certaines pièces.

La déclaration doit d'abord comporter « un état descriptif des biens, droits, obligations ou sûretés affectés à l'activité professionnelle, en nature, qualité, quantité et valeur ». Si l'on reprend l'exemple du commerçant affectant son fonds de commerce, ce dernier devra donc procéder, non seulement à sa désignation, mais aussi à son estimation.

L'article L. 526-8 impose ensuite de mentionner l'objet de l'activité professionnelle à laquelle le patrimoine est affecté, sachant que, si l'objet est modifié, il conviendra de le mentionner au registre auquel a été effectué le dépôt de la déclaration.

L'article L. 526-8 prévoit enfin la vérification des documents attestant de l'accomplissement des formalités visées aux articles L. 526-9 à L. 526-11, ce qui correspond à des situations particulières.

-

2. Les règles spéciales d'affectation

a. Les biens de valeur

L'article L. 526-10 du Code de commerce concerne le cas des éléments d'actifs -autres que des liquidités- qui seraient d'une valeur déclarée supérieure à un montant fixé par décret ; le texte initial prévoyait un seuil fixé par décret, mais l'Assemblée nationale a jugé bon de fixer ce seuil à 30 000 euros, solution sur laquelle est revenu le Sénat, estimant préférable de revenir au système de la fixation d'un seuil par décret afin de ne pas empêcher la réévaluation nécessaire pour tenir compte de l'inflation (26).

En présence d'un tel élément d'actif, l'évaluation doit être faite "au vu d'un rapport annexé à la déclaration et établi sous sa responsabilité par un commissaire aux comptes, un expert-comptable, une association de gestion et de comptabilité ou un notaire désigné par l'entrepreneur individuel" (mais "l'évaluation par un notaire ne peut concerner qu'un bien immobilier").

Il était prévu à l'origine l'intervention d'un commissaire aux apports, mais l'Assemblée nationale a préféré remplacer le recours de ce commissaire aux apports par un commissaire aux comptes ou encore par un expert-comptable, "interlocuteur habituel de l'entrepreneur et dont les prestations sont habituellement moins onéreuses" (27).

Selon les travaux préparatoires, cette exigence est à rapprocher de celle prévue en cas de société à responsabilité limitée (C. com., art. L. 223-9).

Ce souci d'alignement, clairement affiché par les parlementaires, a conduit à poser deux autres règles :

- lorsque l'affectation d'un bien de valeur est postérieure à la constitution du patrimoine affecté, elle fait l'objet d'une évaluation dans les mêmes formes et donne lieu au dépôt d'une déclaration complémentaire (C. com., art. L. 526-10, al. 2, qui a été mis en comparaison avec l'article L. 222-33 du même code en cas d'augmentation du capital d'une SARL) ;

- il a été souligné que, « de même que pour les SARL, l'absence d'évaluation entraîne la responsabilité de l'entrepreneur individuel, à l'égard des tiers, sur la totalité de son patrimoine professionnel comme personnel, à hauteur de la valeur attribuée aux biens dans la déclaration. Cependant, en cas de déclaration d'une valeur supérieure à celle figurant dans l'évaluation, la responsabilité est limitée à la différence entre ces deux valeurs, alors qu'elle porte toujours sur la totalité de la valeur attribuée aux apports pour les sociétés à responsabilité limitée» (28).

L'article L. 526-10 prévoit ainsi que « lorsque la valeur déclarée est supérieure à celle proposée par le commissaire aux comptes, l'expert-comptable, l'association de gestion et de comptabilité ou le notaire, l'entrepreneur individuel est responsable pendant une durée de cinq ans à l'égard des tiers sur totalité de son patrimoine, affecté et non affecté, à hauteur de la différence entre la valeur proposée et la valeur déclarée ». De même, en l'absence de recours à un professionnel, l'entrepreneur individuel est responsable, pendant une durée de cinq ans sur la totalité de son patrimoine... à hauteur de la différence entre la valeur réelle du bien au moment de l'affectation et la valeur déclarée.

L'objectif est « d'éviter les surévaluations de nature à fausser la perception de la consistance du patrimoine affecté » (29).

b. Les immeubles

Selon l'article L. 526-9 du Code de commerce, « l'affectation d'un bien immobilier ou d'une partie d'un tel bien est reçue par acte notarié et publiée au bureau des hypothèques ou, dans les départements du Bas-Rhin, du Haut-Rhin et de la Moselle, au Livre foncier de la situation des biens ».

L'on comprend que, lors du dépôt de la déclaration d'affectation, il conviendra de joindre une copie authentique de l'acte d'affectation immobilière.

Comme en matière de déclaration d'insaisissabilité, il est prévu que l'entrepreneur individuel, qui n'affecte qu'une partie d'un immeuble, désigne celle-ci dans un état descriptif de division (30). De même est-il prévu que l'établissement de l'acte notarié et l'accomplissement des formalités de

publicité donnent lieu au versement d'émoluments fixes dans le cadre d'un plafond déterminé par décret (C. com., art. L 526-9) (31).

Il y a néanmoins une différence sensible : il s'imposera en matière d'EIRL, de respecter l'exigence d'un état descriptif du bien en nature, qualité, quantité et valeur, dès lors que l'immeuble dépassera la valeur fixée demain par décret, le notaire sera tenu d'évaluer l'immeuble, exigence qui n'existe pas en matière de déclaration d'insaisissabilité.

On notera, par ailleurs, deux règles spécifiques à l'EIRL :

- lorsque l'affectation d'un immeuble sera postérieure à la constitution du patrimoine affecté, il conviendra, comme pour les biens de valeur, de procéder à une déclaration complémentaire au registre (C. com., art. L. 526-9, al. 3) ;
- en matière de déclaration d'insaisissabilité, la déclaration doit être reçue par notaire, sous peine de nullité, En matière d'EIRL, il est seulement prévu que le non-respect des règles prévues au présent article (c'est-à-dire non seulement l'exigence d'un acte notarié, mais également l'exigence de la publicité foncière ou de l'état descriptif de division) entraîne l'inopposabilité de l'affectation ; doit-on comprendre que, si l'affectation est inopposable, l'immeuble doit être considéré comme figurant dans le patrimoine privé et se trouve en conséquence à l'abri des créanciers professionnels ou doit-on, au contraire, considérer que l'immeuble est le gage de tous les créanciers ? Logiquement, on devrait admettre que l'immeuble n'est finalement pas affecté et se trouve à l'abri des poursuites des créanciers professionnels, contrairement à ce que voulait l'entrepreneur individuel.

c. L'affectation d'un bien commun ou indivis

Comme pour la déclaration d'insaisissabilité, le législateur a pensé au cas où le bien affecté n'appartiendrait pas exclusivement à l'entrepreneur individuel mais dépendrait ou d'une communauté ou d'une indivision.

Dans une telle hypothèse, l'article L. 526-11 du code précité pose une double exigence : l'entrepreneur individuel doit justifier de l'accord exprès de son conjoint ou de ses coïndivisaires, d'une part et de leur information préalable sur les droits des créanciers professionnels sur le patrimoine affecté, d'autre part.

Si l'on songe à nouveau à l'artisan ou au commerçant qui affecte son fonds, si ce fonds est par exemple commun pour avoir été acquis ou créé durant le mariage, le conjoint doit donner son accord exprès, mais il doit aussi être informé du fait que les créanciers professionnels n'ont de droit que sur le patrimoine affecté, de sorte qu'ils pourront saisir le fonds commun (de manière redondante, eu égard à l'article L. 526-6, alinéa 2, l'article L. 526-11, alinéa 1er, prévoit, in fine, qu'"un même bien commun ou indivis ou une même partie d'un bien immobilier commun ou indivis ne peut entrer dans la composition que d'un seul patrimoine affecté").

L'exigence de cogestion laisse entendre que dans l'esprit du législateur l'affectation est un acte grave (32). C'est ce que confirme l'exigence d'une information préalable, information qui est également prévue depuis la loi du 1er août 2003 ayant créé la déclaration d'insaisissabilité ; selon l'article L. 526-4, lorsqu'un époux commun en biens entend s'immatriculer à un registre de publicité légale à caractère professionnel, il doit justifier que son conjoint a été informé des conséquences sur les biens communs des dettes contractées dans l'exercice de la profession, c'est-à-dire informé de l'engagement de toute la communauté par les dettes professionnelles.

Reste que l'affectation d'un bien commun ne dégrade pas la situation juridique du bien au regard des dettes professionnelles ; sans affectation, le professionnel engage par toutes ses dettes, quelles qu'elles soient, professionnelles ou privées, la totalité des biens communs en vertu de l'article 1413 du Code civil. Si le professionnel affecte un bien commun, celui-ci est toujours engagé par les dettes professionnelles, mais il ne l'est plus par les dettes privées. En d'autres termes, à l'égard des biens communs et du conjoint, l'affectation est protectrice : elle maintient les poursuites des créanciers professionnels sur les biens affectés mais les empêche désormais sur les biens non affectés.

De ce point de vue, la double exigence légale - cogestion et information - ne se justifie pas. Reste que, par l'affectation de l'époux professionnel, le conjoint ne peut plus offrir par ses dettes les biens affectés (33) ; son crédit s'en trouve donc diminué. La cogestion ne se justifie donc pas, comme c'est généralement le cas par l'importance du bien et/ou la dangerosité de l'acte ; elle tient à l'atteinte que porte l'affectation des biens communs au crédit qu'offrent, normalement, l'article 1413 du Code civil et l'engagement de toute la communauté.

La sanction que prévoit la loi paraît confirmer cette orientation spécifique. Traditionnellement, l'exigence de cogestion se trouve sanctionnée par la nullité. L'article L. 526-11 du Code de commerce prévoit pour sa part que « le non-respect des règles prévues au présent article entraîne l'inopposabilité de l'affectation ». Si l'on comprend, comme pour l'article L. 526-9, que, par exemple, le fonds de commerce ne sera pas affecté, les créanciers de l'époux dont le consentement a fait défaut pourront poursuivre le fonds nonobstant l'affectation.

S'agissant des biens indivis (par exemple, le fonds de commerce appartenant à des époux séparés de biens ou à des partenaires), en exigeant l'information de l'autre coindivisaire quant aux droits des créanciers professionnels, le législateur laisse entendre, qu'en cas d'affectation d'un bien indivis par un indivisaire, les créanciers professionnels pourront saisir le bien indivis, tandis que les créanciers privés ne le pourront plus. C'est oublier que, selon l'article 815-17 du Code civil, les créanciers personnels ne peuvent pas saisir les biens indivis et, qu'en principe, les créanciers professionnels d'un indivisaire qui exploite seul un fonds de commerce indivis sont des créanciers personnels.

Selon nous, l'affectation d'un bien indivis ne saurait conférer aux créanciers professionnels un droit de saisir que le droit de l'indivision leur refuse, de sorte que l'affectation ne préjudicie pas au coindivisaire.

Pour autant, l'affectation ne nous paraît pas sans intérêt ; un créancier privé, bénéficiant de la solidarité, constitue un créancier de l'indivision qui peut, normalement, saisir les biens indivis ; s'il s'agit d'un créancier privé, en cas d'affectation du bien indivis, il ne pourra plus saisir le bien indivis.

d. L'affectation par un mineur

On sait que traditionnellement le mineur, même émancipé, ne peut faire le commerce (C. com., art L. 121-2). La justification traditionnelle tient à la dangerosité de l'activité commerciale. L'EIRL la rend bien évidemment moins dangereuse. Il eut dès lors été logique de lever l'interdiction de faire le commerce, mais à condition de créer une EIRL. Ce n'est pas la logique qu'adopte la loi nouvelle.

D'une part, si le mineur émancipé peut désormais être commerçant, c'est à la condition d'être autorisé par le juge des tutelles au moment de la décision d'émancipation ou par le président du tribunal de grande instance s'il formule cette demande après avoir été émancipé (la même règle est reprise par les articles 413-8 du Code civil et L. 121-2 du Code de commerce).

D'autre part, le mineur, même s'il n'est pas émancipé, peut « accomplir seul les actes d'administration nécessaires pour les besoins de la création ou de la gestion d'une entreprise individuelle à responsabilité limitée ou d'une société unipersonnelle, à condition d'être autorisé par, d'une part, ses deux parents qui exercent en commun l'autorité parentale ou par son administrateur légal sous contrôle judiciaire et, d'autre part, le juge des tutelles » (néanmoins les actes de disposition ne peuvent être effectués que par ses deux parents ou, à défaut, par son administrateur légal sous contrôle judiciaire avec l'autorisation du juge des tutelles : C. civ., art. 389-8).

Selon l'article 389-8, alinéa 2, du Code civil, l'autorisation visée au premier alinéa (c'est-à-dire l'autorisation parentale) revêt la forme d'un acte sous seing privé ou d'un acte notarié et comporte la liste des actes d'administration pouvant être accomplis par le mineur (l'article 401 du Code civil prévoit la même solution en cas de tutelle, auquel cas c'est le conseil de famille qui autorisera le mineur par acte sous seing privé ou notarié).

(...)

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

(1) Rapp. AN n° 2298, fév. 2010.

(2) Rapp. Sénat n° 362, mars 2010.

(3) Rapp. AN préc.

(4) Rapp. Sénat préc.

(5) V. en particulier, rapp. Sénat préc.

(6) Sur cette extension souvent critiquée par les commentateurs, v. par exemple, C. Lebel, « Brèves remarques sur le projet de modernisation de l'économie [à propos de l'entrepreneur individuel] »

: JCP E 2008, 240 - M. Suquet- Cozic, « L'insaisissable réforme de la déclaration d'insaisissabilité » : BRDA 21/08 - O. Salati, « Modifications apportées au dispositif d'insaisissabilité de la résidence principale de l'entrepreneur individuel par la loi du 4 août 2008 de modernisation de l'économie » : Procédures nov. 2008, Alerte n° 39 - D. Bert, « La nouvelle physionomie de la déclaration d'insaisissabilité après la LMB » : Dr. et patr. mai 2009, p. 44 - S. Piedelièvre, « Le nouveau droit de l'insaisissabilité » : Defrénois 2008, art. 38856, p. 2245 et s. - L. Lauvergnat, « De l'abolition du droit des créanciers professionnels : la loi du 4 août 2008 » : Dr. et procéd. 2009, p. 68. Adde : notre étude, « Brèves observations sur les dettes de l'auto-entrepreneur » : Rev. proc. coll. janv.-févr. 2010, n° 3, p. 17.

(7) Rapp. AN préc

(8) Sur cet aspect économique, v. spéc. X. de Roux, « Esprit général du projet de loi », in dossier « Le patrimoine professionnel d'affectation (premières analyses de l'EIRL) » : Dr. et patr. avr. 2010, p. 62 et s., spéc. p. 62.

(9) Sur ces précédents, v. en particulier, rapp. Sénat préc.

(10) Rapp. Sénat préc. p. 21.

(11) S. Piedelièvre, *L'entreprise individuelle à responsabilité limitée* ; Defrénois 2010, art. 39134, p. 1417 et s., n° 5.

(12) V. Defrénois SR, 24 juin 2010, p. 7 et s. ; S. Piedelièvre, art. préc.

(13) Rapp. Sénat préc., p. 31. D'autres commentateurs avancent le chiffre de 20 000 déclarations : v. S. Piedelièvre, « L'entreprise individuelle à responsabilité limitée » : Defrénois 2010, art. 39134, n° 3

(14) V. par exemple, A. Rabieau, « L'entrepreneur individuel et son patrimoine : nouvelles perspectives » : Dr. et patr. déc. 2009, p. 37

(15) Rapp. Sénat préc., p. 31

(16) V. en ce sens, rapp. Sénat préc., p. 32

(17) Rapp. AN n° 2461, avr. 2010 et rapp. Sénat n° 420, avr. 2010, p. 4.

(18) V. par exemple, M. Menjucq, « L'entreprise individuelle à responsabilité limitée : quelle utilité ? » : Rev. proc. coll. mars-avr, 2010, p. 1 à 3. Adde : F.-X. Lucas, « Défense et illustration de l'EURL », in dossier spécial préc., p. 67 et s., qui parle de « fausse bonne idée » - J.-L. Pierre, art. préc., n° 69. Comp., plus nuancé, J. Prieur, « EIRL ou société : quels critères de choix? », in dossier spécial préc., p. 64 et s., spéc. p. 64. Pour une critique plus orientée sur l'atteinte portée à la théorie du patrimoine, v. « l'éclairage » de R. Libchaber, « Feu la théorie du patrimoine » : Bull. Joly Sociétés avr. 2010

(19) Alors que le texte initial visait les biens, droits et sûretés, l'Assemblée nationale a jugé utile d'ajouter les obligations ; en réalité, le terme de bien aurait suffi. Sur ce débat, v. spéc. T. Revet, Introduction, in dossier spécial préc., p. 56 et s., spéc. p. 50. Adde, à propos des sûretés : P. Théry, « Le passif. Situation générale », in dossier spécial préc., p. 85 et s., spéc. p. 87.

(20) La logique du dispositif nous paraît imposer au déclarant de posséder certains biens nécessaires au moment de la déclaration ; il n'y a pas de déclaration portant sur les biens futurs ; v. en ce sens S. Piedelièvre, préc.

(21) Sur cette présentation, v. Rapp. Sénat préc.

(22) Sur ces exemples v. Rapp. Préc. p. 40.

(23) Rapp. AN n° 2298 préc.

(24) Rapp. Sénat préc. p. 40.

(25) Rapp. AN n° 2298 préc. p. 31.

(26) Rapp. Sénat préc., p. 45.

(27) Rapp. AN n° 2298 préc. p. 32.

(28) Rapp. Sénat préc., p. 46.

(29) Rapp. Sénat préc.

(30) On retrouvera sur ce point les difficultés rencontrées avec la déclaration d'insaisissabilité : v. notre étude, "Pratique notariale et déclaration notariée d'insaisissabilité" : Dr. et patr., février 2006.

(31) Comme pour la déclaration d'insaisissabilité, il est prévu d'une part un droit fixe de 25 € et d'autre part qu'aucune perception ne sera due au titre de la publicité foncière (CGI, art. 846 bis mod.).

(32) Pour autant l'affectation ne paraît pas être un acte de disposition mais un acte d'administration : v. en ce sens, S. Piedelièvre, art. préc., n° 11 ; B. Dubuisson, "Projet de loi relatif à l'EIRL".

(33) V. en ce sens, M. Sénéchal, « Le patrimoine affecté à l'épreuve du droit des procédures collectives », *in* dossier spécial préc., p. 89 et s., spéc. p. 93. Adde : E. Dubuisson, art. préc., n° 51, qui évoque une « perte de gage général pour le couple ». Si l'on admet que les créanciers du conjoint ne peuvent plus saisir les biens affectés, la dette privée assortie de la solidarité (conventionnelle ou légale) ne le permet pas davantage (*contra* : S. Piedelièvre, art. préc., p. 1430, et J.-L. Pierre, art. préc., n° 53, qui estiment que le fisc peut saisir les biens communs indépendamment du patrimoine d'affectation). Et la dette professionnelle assortie de la solidarité ? Le créancier a pour seul gage le patrimoine affecté en vertu de l'article L. 52.6-12 du Code de commerce, ce qui renvoie à la question de savoir si l'on peut déroger à la compartimentation. Et le conjoint caution bien connu de la pratique et de la jurisprudence ?