

Dogme déjà contesté, l'unicité du patrimoine vient de recevoir un nouveau coup de semonce avec la création d'un nouveau patrimoine d'affectation. L'analyse d'Yves Lequette.

Le principe même de ce colloque m'apparaît comme une initiative heureuse. Couronnant l'année universitaire, il est l'occasion d'une sorte de jeu de rôle où professeurs et étudiants occupent une position inversée : les étudiants conçoivent et les professeurs exécutent. Benjamin Moron-Puech m'a demandé d'introduire ce colloque, en assortissant sa demande d'une recommandation et d'une exclusive. La recommandation : il me faut parler de l'histoire ; l'exclusive : il me faut éviter le droit comparé en raison des interventions ultérieures. Le thème de ce colloque est dicté par l'actualité. La crise financière rendant plus pressant le besoin de protection des entrepreneurs individuels, le gouvernement a conçu un nouveau statut, celui de l'entreprise individuelle à responsabilité limitée (EIRL), qui devrait permettre la création d'un patrimoine professionnel séparé du patrimoine personnel, afin de limiter le risque entrepreneurial. Une telle démarche se heurtant inéluctablement, en droit français, à un principe longtemps jugé fondamental, celui de l'unicité du patrimoine, les étudiants du master 2 de Droit privé général ont, fort logiquement et fort opportunément, fait de cette question le thème de leur colloque. À considérer le principe de l'unicité du patrimoine, quelques images reviennent constamment sous la plume des auteurs qui en traitent. Celui-ci serait un « dogme », une « icône de la pensée juridique française », une « bastille des mieux établies », ou encore une « citadelle assiégée qui résiste toujours et encore aux assauts ». On constate que les images employées sont empruntées à deux registres, celui de la religion et celui de l'art militaire, chacun de ces registres étant porteur d'un message différent. En tant que dogme, le principe de l'unicité du patrimoine serait traditionnellement, en France, l'objet d'un véritable culte, mais la référence à la citadelle assiégée veut marquer que ce culte serait aujourd'hui très menacé, puisque, à en croire, beaucoup, 2010 devrait : « l'achèvement de la longue marche » du droit français vers son concurrent de toujours, le patrimoine d'affectation (Doc. Sénat n° 362, 2009-2010, p. 9, par Hiest J.-J.). C'est dire que le droit français est aujourd'hui dans une position d'équilibre très instable entre le principe traditionnel de l'unicité du patrimoine et celui nouveau, du moins pour nous d'affectation. On dira quelques mots de l'un et de l'autre.

I - Un dogme contesté

Si la culture est ce qui tout oublié, la règle de l'unicité du patrimoine fait certaine culture juridique française. Tout étudiant ayant suivi un cours d'introduction au droit civil garde en mémoire la fameuse trilogie : tout patrimoine suppose à sa tête une personne, un sujet de droit ; toute personne a nécessairement un patrimoine ; toute personne n'a qu'un patrimoine. Une enquête conduite, en 1995, par le Laboratoire de sociologie juridique de Paris II, auprès des représentants des professions juridiques et judiciaires, avait révélé que pour ceux-ci le principe de l'unicité du patrimoine ne se discutait pas, en sorte qu'on ne pouvait innover en la matière qu'en raisonnant en termes d'exceptions par rapport à celui-ci. Pour les auteurs qui avaient analysé les résultats de cette enquête, il en résultait que la règle de l'unicité du patrimoine était une sorte de dogme structurant le discours juridique, une variété de coutume orale juridique qui se transmettrait par les amphithéâtres et qui aurait pour gardiens du temple les universitaires (Université Panthéon-Assas, Paris II, Sociologie du patrimoine, la réalité de la règle de l'unicité du patrimoine, annexes, juill. 1995, p. 69 et 75). Encore faut-il, pour en éprouver la pertinence, en rechercher les origines et en dégager les fondements.

À l'échelle de l'histoire, les racines du principe de l'unicité du patrimoine sont modestes. Certes, le terme de patrimoine pourrait, par son étymologie latine « patrimonium », laisser croire que la règle a une ascendance romaine. Mais il n'en est rien. Ni le droit romain ni l'Ancien droit français ne connaissaient la règle de l'unicité du patrimoine. Celle-ci est une invention de la doctrine française du XIXe siècle, plus précisément d'Aubry et Rau. Tous deux prénommés Charles, tous deux nés la même année, en 1803, un an avant le Code civil, tous deux professeurs à la faculté de droit de Strasbourg, tous deux conseillers à la Cour de cassation, ces auteurs ont, à partir de la traduction de l'œuvre de Zachariae, élaboré, dans leur fameux Cours de droit civil français, la théorie de l'unité du patrimoine en prenant appui sur ce qui était à l'époque les articles 2092 et 2093 du Code civil (Aubry et Rau, Cours de droit civil français, éd., t. VI, § 573-582, p. 229 et s. ; 5e éd., t. IX. p. 333 et s.). Entendu comme un prolongement de la personnalité, le patrimoine rassemble tous les éléments d'actif et de passif dont une personne est titulaire. La personnalité étant indivisible, le patrimoine l'est aussi. Il en résulte, c'est là le cœur de la doctrine, que l'ensemble des biens d'une personne répond de l'ensemble de ses dettes. Autrement dit, une personne ne saurait diviser son patrimoine en plusieurs compartiments étanches.

La théorie est séduisante, en ce qu'elle établit un lien entre la personne et le patrimoine, entre l'être et l'avoir. Elle satisfait ainsi à un impératif moral : lorsqu'une personne contracte des dettes, il est normal qu'elle doive les payer. De ce point de vue, la corrélation de l'actif et du passif évitera qu'une personne puisse se soustraire à ses engagements au moyen d'artifices juridiques. Elle répond aussi à un impératif économique : plus le patrimoine renferme de biens, plus les créanciers ont de chances d'être payés et plus le débiteur a de crédit. Elle se fait ainsi l'allié des banques et plus généralement des créanciers, mais aussi indirectement de ceux qui cherchent à se procurer des fonds. En dépit de ses séductions, quelques auteurs se sont montrés très tôt critiques à son égard. Le premier, François Gény a conduit l'assaut. Dans quelques pages de ses célèbres Méthodes d'interprétation et sources en droit privé positif publiées en 1899, il s'est insurgé contre la conception excessivement théorique et abstraite qu'auraient Aubry et Rau du patrimoine (Gény F., Méthodes d'interprétation et sources en droit privé positif, Essai critique, LGDJ, 2e éd., 1919, reprint 1995, n° 67, p. 141 et s.). Conçue comme une sorte de « jardin à la française » (Dupichot Ph., L'unicité du patrimoine aujourd'hui, JCP N 2009, n° 1356), cette théorie s'annoncerait en principes inflexibles insusceptibles de s'adapter aux exigences changeantes et variées de la vie. Pour Gény, féru de sociologie, la théorie classique du patrimoine ne serait tolérable que si l'individu mène une vie unique, stable et linéaire. Elle ne saurait convenir dès lors que l'individu a des vies multiples, vie personnelle, vie familiale, vie professionnelle. Elle introduit alors, en effet, une rigidité inopportune en interdisant à une personne, et particulièrement à un entrepreneur individuel, de cantonner son passif professionnel sur ses actifs professionnels afin de protéger son patrimoine personnel, en sorte que la vie personnelle ou familiale peut être ruinée par les aléas de la vie professionnelle. Autrement dit, pour lui, la vie apparaît, dans une société toujours plus complexe, comme une juxtaposition d'activités non nécessairement liées les unes aux autres, un patrimoine devant correspondre à chacune de ces activités.

Les juristes français ne sont pas restés insensibles à ces considérations. Mais pour répondre à la diversité des situations, ils ont raisonné en termes de principe et d'exceptions, ce qui les a conduits à assortir le dogme de l'unicité du patrimoine de tempéraments multiples qui permettent à un entrepreneur de cantonner sa responsabilité entrepreneuriale à une partie de son patrimoine. Sans prétendre à l'exhaustivité, on rappellera que, bouleversant les fondements mêmes du droit des sociétés, la loi n° 85-697 du 11 juillet 1985 (JO 12 juillet 1985) a autorisé les

sociétés unipersonnelles ; c'est la fameuse EURL, entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée, à laquelle s'est ajoutée, avec la loi n° 99-587 du 12 juillet 1999 (JO 13 juillet 1999), la SASU, société par actions simplifiée unipersonnelle. Autre démarche, celle des lois pour l'initiative économique et de modernisation de l'économie, qui, en 2003 et 2008 (L. n° 2003-721, 1er août 2003, JO 5 août 2003 ; L. n° 2008-776, 4 août 2008, JO 5 août 2008), ont permis de déclarer insaisissables la résidence principale puis, franchissant ainsi un seuil important, l'ensemble des biens immobiliers non utilisés professionnellement, afin de les soustraire aux poursuites des créanciers professionnels. L'impératif de survie personnelle et familiale prévaut alors sur la force des engagements.

Face à la multiplication de ces tempéraments, certains ont parfois été portés à affirmer qu'il faudrait procéder à un renversement du principe et de l'exception. Mais pour qu'on puisse envisager un tel renversement, il faut qu'on soit en présence d'exceptions qui expriment un principe concurrent susceptible de subvertir le principe établi et non de tempéraments qui s'harmonisent avec celui-ci. Le quantitatif n s peut engendrer à lui seul le qualitatif. Or le recours à une personne morale nouvelle, l'EURL, pour fonder le cantonnement du passif professionnel s'harmonise parfaitement avec la théorie classique du patrimoine puisqu'il respecte l'équation une personne (morale, en l'occurrence), un patrimoine. De même en va-t-il des déclarations d'insaisissabilité ; il n'est pas alors question de créer une masse de biens affectée à l'activité professionnelle ou sociale, comme le veut la théorie du patrimoine d'affectation, mais seulement d'exclure certains biens des poursuites des créanciers professionnels. Mieux, à l'époque, la voie de l'EURL a été choisie, car on a préféré dénaturer le contrat de société plutôt que de porter directement atteinte au principe de l'unicité du patrimoine considéré comme «immuable, intangible et sacré» (Rapp. commission des lois, Hyest J.-J., Doc. Sénat n° 362, 2009-2010, p. 13).

II - Un dogme nouveau

Aujourd'hui, l'esprit a changé. Ceux qui occupent le sommet de l'État ont beau être passés par les amphithéâtres des facultés de droit, que ce soit à Nanterre ou au Mans, le principe de l'unicité du patrimoine leur est manifestement étranger. Ils veulent avant tout, en limitant le risque d'entreprendre aux biens affectés à l'entreprise, lever un frein à la création d'entreprise. À cet effet, ils ont prévu l'inclusion dans le Code de commerce d'un nouvel article L. 526-6 qui dispose que « tout entrepreneur individuel peut affecter à son activité professionnelle un patrimoine séparé de son patrimoine personnel, sans création d'une personne morale », ce qui revient ni plus ni moins à consacrer un nouveau dogme, celui du patrimoine d'affectation. En vertu de celui-ci, une personne peut, sans user du détour d'une personne morale, avoir, selon le mot de Jean-Denis Bredin, « deux patrimoines : le patrimoine d'entreprise, dans lequel l'entrepreneur travaille, et le patrimoine personnel où il s'endort et se repose ». Et tant pis si cela doit faire du principe de l'unicité du patrimoine un dogme déchu. Il est vrai que la conjoncture se fait pressante, car ce qui est présenté comme l'instrument d'une politique économique favorable à la création d'entreprise pourrait bien être en réalité celui d'une politique sociale destinée à favoriser les reconversions de salariés licenciés. Avec le remplacement du marché commun par un marché intérieur qui n'est plus qu'une portion du marché mondial ouverte à tous les vents et à tous les appétits et la création d'une monnaie unique, l'euro, l'emploi, c'est-à-dire le chômage, est devenu, l'actualité nous en donne chaque jour la triste illustration, la principale variable d'ajustement pour les entreprises françaises. Mais le discours libéral a trouvé une réponse à cette douloureuse situation :

il suffit de transformer les salariés licenciés en auto- entrepreneurs. Encore faut-il que ceux-ci disposent d'un statut juridique adapté, ce que se propose de leur offrir l'EIRL, laquelle requiert elle-même la consécration du patrimoine d'affectation. CQFD. Reste que cette voie n'est peut-être pas aussi évidente à suivre que le pensent ses promoteurs et qu'il pourrait bien se rencontrer sur celle-ci quelques écueils.

Financier, d'abord. La voie capitaliste suppose, pardon de rappeler pareille évidence, des capitaux. Or, fréquemment, les auto-entrepreneurs ne disposent pas des fonds propres suffisants pour pouvoir assurer leur autofinancement, en sorte qu'il leur faudra avoir recours au crédit, lequel ne leur sera accordé que s'ils fournissent des garanties suffisantes, sous forme le plus souvent d'une sûreté personnelle donnée par leur conjoint ou un proche ou encore de sûretés réelles consenties sur leurs biens personnels. En d'autres termes, l'unicité du patrimoine qu'on voulait écarter se réintroduit indirectement par l'entremise des sûretés. Les banques contournent déjà la séparation patrimoniale permise par l'EURL ou la déclaration d'insaisissabilité en demandant des sûretés ou une renonciation à l'insaisissabilité, sous peine de se voir refuser l'accès au crédit. Il est à parier qu'il en ira de même pour l'EIRL.

Organique, ensuite. L'existence de patrimoines séparés suppose l'accomplissement de formalités comptables destinées à fixer leur composition, d'une publicité permettant d'en informer les tiers ainsi que de règles de gestion. Or il est, sur ce terrain, difficile d'aller beaucoup plus loin sur la voie de la simplification que ne l'a déjà été le législateur avec l'EURL (Lucas F.-X., L'entrepreneur à patrimoine affecté, est-ce une si bonne idée ?, Bull. Joly Sociétés 2008, p. 839). Comme on a pu le relever, la similitude de nature des deux acronymes reflète en quelque sorte la similitude de nature des deux dispositifs. En revanche, l'EIRL se situe sensiblement plus haut que l'entreprise individuelle classique complexité. C'est dire que les formalités à accomplir pourraient détourner les auto-entrepreneurs d'avoir recours à l'EIRL comme elles les ont, semble-t-il, détournés de l'EURL. Et ceci d'autant plus que de nouveaux problèmes se poseront, ayant trait notamment à l'étanchéité ou à la porosité de la cloison qui sépare les deux patrimoines, à propos desquels le texte reste singulièrement discret. On aborde ainsi la dernière source d'inquiétude : comment le dispositif nouveau va-t-il se coordonner avec notre droit privé, au sein duquel le principe de l'unicité du patrimoine jouait depuis plus de deux siècles un rôle structurant ? Comment s'articulera-t-il avec notre droit des régimes matrimoniaux, notre droit des procédures collectives, notre droit du surendettement ? À cet égard, on ne peut qu'être un peu interloqué en constatant que le traitement de ces difficultés a été renvoyé à une ordonnance qui devra être prise dans un délai de six mois à compter de la publication de la loi relative à l'EIRL. Autrement dit, l'important est d'y aller, m verra plus tard comment on y va...

Aussi bien peut-on se demander si, plutôt que de consacrer un énième dispositif qui risque de bouleverser profondément notre droit positif, sans profit réel pour les entrepreneurs, il n'aurait pas été préférable de clarifier et de promouvoir les dispositifs existants. Il est vrai qu'une telle démarche aurait eu un grave inconvénient : elle aurait privé le gouvernement d'un effet d'annonce qui lui a permis de marquer sa sollicitude à une partie de son électorat. Reste désormais à savoir quels seront, outre cet effet d'annonce, les effets positifs ou négatifs de ce nouveau dispositif. Les travaux de ce colloque devraient nous aider à répondre à cette question.