



HAL
open science

EIRL : Opposabilité de la déclaration d'affectation aux créanciers

Manuella Bourassin

► **To cite this version:**

| Manuella Bourassin. EIRL : Opposabilité de la déclaration d'affectation aux créanciers . 2011. <hal-01487007>

HAL Id: hal-01487007

<https://hal.parisnanterre.fr/hal-01487007v1>

Preprint submitted on 10 Mar 2017

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.



HAL Authorization

L'opposabilité de la déclaration d'affectation aux créanciers de l'EIRL *par Manuella Bourassin, Professeur à l'Université de Bourgogne*

En énonçant que "quiconque s'est obligé personnellement, est tenu de remplir son engagement sur tous ses biens mobiliers et immobiliers, présents et à venir" et que "les biens du débiteur sont le gage commun de ses créanciers", les articles 2284 et 2285 du Code civil suggèrent le concept de patrimoine, ensemble de biens présents et à venir qui répondent du passif actuel et futur du débiteur.

Tout comme le patrimoine, envisagé depuis Aubry et Rau comme une émanation de la personnalité, le droit de gage général est un et indivisible : tout créancier peut saisir n'importe quel bien de son débiteur, sans que celui-ci puisse affecter des biens particuliers au paiement de certaines dettes et mettre d'autres biens à l'abri de certaines poursuites.

« Cette règle fait peur. Elle peut conduire l'entrepreneur et sa famille à la ruine et même à la rue. Elle effraie aussi le candidat entrepreneur qui préférera s'abstenir de créer une entreprise pourtant utile à l'économie plutôt que de risquer toute sa vie privée »¹. Le droit de gage général serait ainsi une menace pour les entrepreneurs, un frein à la création d'entreprise².

En vue de limiter le risque entrepreneurial et d'encourager la création d'entreprise, le législateur a multiplié les exceptions au droit de gage général. Dans un premier temps, ces exceptions sont demeurées respectueuses du principe d'unicité du patrimoine. Ainsi, en cas de recours à la formule sociétaire, notamment l'EURL depuis 1985. Ou en créant, en 1994, une sorte de bénéfice de discussion permettant à un entrepreneur de contraindre ses créanciers professionnels à exercer leurs poursuites d'abord sur ses biens professionnels³. Ou encore en autorisant les entrepreneurs individuels à rendre insaisissable leur logement, en 2003, et même l'ensemble de leurs biens immobiliers, en 2008⁴. Dans un second temps, les exceptions au principe de généralité des poursuites des créanciers chirographaires ont purement et simplement écarté la règle de l'unicité du patrimoine, puisque des patrimoines d'affectation ont été reconnus, d'abord, par la loi du 19 février 2007 sur la fiducie, puis par la loi du 15 juin 2010 relative à l'EIRL. Aux termes du nouvel article L. 526-6 du Code de commerce, l'EIRL peut ainsi " affecter à son activité professionnelle un patrimoine séparé de son patrimoine personnel, sans création d'une personne morale". Le gage des créanciers de l'EIRL n'est plus général alors. Selon l'article L. 526-12, le droit de poursuite des créanciers professionnels est limité au patrimoine affecté à l'activité exercée par l'entrepreneur et le droit de gage de ses créanciers personnels est restreint au patrimoine non affecté.

Ces limitations ne procèdent nullement d'aménagements contractuels, que le caractère non impératif des articles 2284 et 2285 du Code civil autorise pourtant⁵. Elles résultent de la volonté unilatérale de l'entrepreneur de séparer juridiquement les biens de son entreprise du reste de ses biens tout en demeurant seul propriétaire de l'ensemble. Toutefois, comme la protection des droits des créanciers de l'entrepreneur conditionne l'accès au crédit de celui-ci et la bonne santé de son activité, les intérêts de ces créanciers (prêteurs, fournisseurs, clients) ne sauraient être ignorés. La loi du 15 juin 2010 a cherché à concilier ces intérêts divergents en réglementant l'opposabilité de la déclaration d'affectation aux créanciers de l'EIRL. C'est le régime de cette opposabilité, tel qu'il est inscrit dans le nouvel article L. 526-12 du Code de commerce, que je vais présenter.

Quelques précisions liminaires sur les termes de ce sujet s'imposent. D'abord, l'opposabilité c'est quoi ? L'opposabilité doit ici s'entendre dans son sens le plus classique d'aptitude d'un acte, d'un droit ou d'une situation à rayonner à l'égard de ceux qui n'ont été ni parties ni représentés, en obligeant ces tiers à reconnaître leur existence, à les respecter et à en subir les effets, dans les conditions fixées par la loi. Ensuite, l'opposabilité de quoi ? Pour rester fidèle au thème qui m'a été confié, j'étudierai l'opposabilité

¹ E. Dubuisson, *L'entrepreneur individuel à responsabilité limitée*, Litec, Carré droit, 2010.

² Le conditionnel est de mise, car la France compte toujours plus de créateurs d'entreprises. Selon le rapport de F. Hurel en faveur d'une meilleure reconnaissance du travail indépendant, en date du 10 janvier 2008, 300 000 créations d'entreprises par an sont actuellement dénombrées, alors qu'en 2002, il n'en était recensé que 170 000 (http://www.minefe.gouv.fr/presse/dossiers_de_presse/rap_hurel/rap_hurel080110.pdf).

³ Art. 22-1 de la loi du 9 juillet 1991, issu de l'art. 47-III de la loi *Madelin* du 11 février 1994.

⁴ Art. L. 526-1 et s. C. com. issus de la loi *Dutreil* du 1er août 2003 et modifiés par la loi de modernisation de l'économie du 4 août 2008.

⁵ Un créancier peut renoncer à saisir tel bien ou telle catégorie de biens ou, inversement, limiter son droit de poursuite à tel bien ou à telle catégorie de biens. En ce sens, cf. Cass. com., 29 avril 2002, *Defrénois* 2002, art. 37591, p. 1088 ; Cass. 1re civ., 15 fév. 1972, *Bull. civ. I*, n° 50.

de la déclaration d'affectation et non celle des actes survenant en cours d'activité, en particulier les affectations postérieures à la constitution du patrimoine affecté ou la transmission du patrimoine affecté, qui seront développés par d'autres intervenants. Enfin, l'opposabilité à qui ? La déclaration d'affectation est susceptible d'intéresser divers tiers, comme les membres de la famille de l'entrepreneur, ses cocontractants s'il décide d'affecter des contrats, ses débiteurs s'il décide d'affecter des créances⁶ et, bien sûr, ses créanciers. Seule l'opposabilité aux créanciers sera ici envisagée, mais toutes les catégories de créanciers que distingue l'article L. 526-12 seront en revanche étudiées.

Ce texte, qui est véritablement au cœur de notre sujet et dont il convient dès lors de suivre le plan, commence par énoncer les conditions de l'opposabilité de la déclaration d'affectation en distinguant selon la date de naissance des créances, postérieure ou antérieure au dépôt de la déclaration d'affectation (I). Il précise ensuite les effets de l'opposabilité en s'attachant à la nature des créances (une distinction est implicitement opérée entre les créances chirographaires et celles qui sont garanties) ainsi qu'à leur origine (sont expressément opposées les créances nées à l'occasion de l'exercice de l'activité professionnelle à laquelle le patrimoine est affecté et les autres créances) (II). L'accent sera mis sur les interrogations que suscite l'article L. 526-12, interrogations qui « pourraient provoquer au mieux l'attentisme, au pis la méfiance à l'égard du nouveau statut »⁷.

I/ Des conditions faussement simples

La légitime protection des créanciers de l'EIRL exige de subordonner l'opposabilité de la déclaration d'affectation à un formalisme permettant de les informer de l'étendue de leurs droits et de renforcer ce formalisme en présence des créanciers dont les intérêts sont les plus sacrifiés sur l'autel de la protection de l'entrepreneur individuel. A cet égard, comme la déclaration d'affectation vient limiter le gage de tous les créanciers chirographaires de l'entrepreneur et qu'elle déjoue, en plus, les prévisions de ceux dont la créance est née antérieurement, qui voient l'assiette de leur droit de poursuite redéfinie rétroactivement, le formalisme devrait être gradué en fonction de la date de naissance des créances. L'article L. 526-12 répond à cette attente. En effet, alors que son premier alinéa prévoit une opposabilité "de plein droit" aux créanciers postérieurs (A), les quatre alinéas suivants soumettent à de plus strictes conditions l'opposabilité aux créanciers antérieurs (B).

A/ Opposabilité "de plein droit" aux créanciers postérieurs

Selon l'article L. 526-12, alinéa 1er, "la déclaration d'affectation mentionnée à l'article L. 526-7 est opposable de plein droit aux créanciers dont les droits sont nés postérieurement à son dépôt".

Qui sont ces créanciers que nous qualifierons par commodité de "postérieurs" ? Le seul critère de définition retenu par le texte réside dans la date de naissance de la créance. Ce critère est loin d'être aussi simple qu'il n'y paraît au premier abord. Il convient effectivement de distinguer la date de naissance de la créance de son exigibilité. Par ailleurs, l'identification de la date de naissance de certaines créances pose de réelles difficultés, que l'on songe aux créances nées d'un contrat à exécution successive, à durée déterminée ou indéterminée, ou celles nées d'un délit. Les éclaircissements apportés par la jurisprudence et par la doctrine en d'autres domaines devront certainement être ici transposés⁸. Le texte vise les créanciers postérieurs, sans tenir compte de l'origine de leur créance. Il peut donc s'agir de créances légales, contractuelles, quasi-contractuelles ou délictuelles, qui peuvent résulter, ou non, de l'activité professionnelle à laquelle le patrimoine est affecté. Dans l'alinéa 1er de l'article L. 526-12, la nature des créances postérieures est également indifférente. La distinction entre les créances chirographaires et les créances garanties ne transparait que dans la suite de l'article, lorsqu'il est question des effets de l'opposabilité⁹.

A l'égard des créanciers postérieurs ainsi définis, l'opposabilité de la déclaration d'affectation a lieu "de plein droit". Que signifie ici cette expression ? Elle implique que les créanciers postérieurs se voient imposer la décision de l'entrepreneur, sans qu'un accord de leur part ne soit requis et sans qu'ils soient même personnellement informés de la décision unilatérale de l'EIRL. L'expression est toutefois

⁶ Sur l'objet de l'affectation, cf. art. L. 526-6, al. 2 et l'intervention de L. C. Henry

⁷ B. Mallet-Bricout, *L'affectation d'un patrimoine : fonctionnement et cessation*, in EIRL, Litec, coll. Droit 360°, sous la dir. de F. Terré, 2011

⁸ **Sur les difficultés posées par la date de naissance des créances, cf.**

⁹ Cf. 2e Partie et, sur la question des sûretés conventionnelles prises après le dépôt de la déclaration sur l'autre patrimoine, l'intervention d'A. Aynès.

trompeuse, puisqu'elle ne consacre nullement une opposabilité automatique. L'opposabilité est subordonnée, en réalité, au respect de règles de publicité, notamment imposées par l'article L. 526-7, relatif au dépôt de la déclaration, auquel renvoie l'article L. 526-12, alinéa 1er.

C'est pour permettre aux nouveaux partenaires de l'entrepreneur de connaître l'assiette de leur droit de poursuite et, partant, pour asseoir la crédibilité des EIRL auprès de ces partenaires¹⁰, que la publicité de la composition et de la valeur du patrimoine affecté est imposée, à peine d'inopposabilité. Cette publicité résulte, d'une part, de formalités générales lors de la constitution du patrimoine affecté (1) et, d'autre part, de formalités préalables et facultatives, dépendant de la nature ou de la valeur des biens affectés (2).

1- Formalités générales lors de la constitution du patrimoine affecté

Aux termes de l'article L. 526-7, "la constitution du patrimoine affecté résulte du dépôt" de la déclaration d'affectation sur un registre. C'est cet enregistrement qui assure la publicité et qui conditionne l'opposabilité de la déclaration aux créanciers postérieurs. La loi du 15 juin 2010 n'a pas prévu la création d'un registre unique, contrairement à la loi du 19 février 2007 relative à la fiducie¹¹. Quatre modalités d'enregistrement sont prévues par l'article L. 526-7, en fonction de la nature de l'activité exercée par l'entrepreneur individuel.

En premier lieu (art. L. 526-7, 1°), la déclaration constitutive du patrimoine affecté doit être effectuée auprès du registre de publicité légale auquel l'entrepreneur est tenu de s'inscrire au titre de l'activité professionnelle qu'il exerce. Les artisans doivent donc déposer la déclaration d'affectation au répertoire des métiers et les commerçants au registre du commerce et des sociétés.

En deuxième lieu (art. L. 526-7, 2°), en cas de double immatriculation, le dépôt doit être opéré au "registre de publicité légale choisi par l'entrepreneur individuel" et "dans ce cas, mention en est portée à l'autre registre". Cela peut concerner les artisans exerçant également, à titre accessoire, une activité commerciale et se trouvant dès lors immatriculé au registre des métiers et au RCS. Cela peut également concerner les entrepreneurs immatriculés dans deux registres géographiquement distincts.

En troisième lieu (art. L. 526-7, 3°), pour les entrepreneurs qui ne sont pas tenus de s'immatriculer à un registre de publicité légale, tels les professionnels libéraux et les auto-entrepreneurs, le dépôt doit être effectué à un nouveau registre¹², tenu "au greffe du tribunal statuant en matière commerciale du lieu de leur établissement principal"¹³. Cette solution peut surprendre, puisque les entrepreneurs concernés n'exercent justement pas, le plus souvent, d'activité commerciale. Elle est toutefois justifiée par le légitime souci de centraliser la publicité auprès du greffe déjà compétent pour les entrepreneurs commerçants.

En quatrième et dernier lieu (art. L. 526-7, 4°), s'agissant des exploitants agricoles, la loi de modernisation de l'agriculture et de la pêche du 27 juillet 2010 est venue préciser que la déclaration d'affectation doit être effectuée auprès de la chambre d'agriculture compétente¹⁴.

Le dépôt de la déclaration à l'un des quatre registres prévus par l'article L. 526-7 est une formalité de publicité, visant à informer les tiers, en particulier les créanciers de l'entrepreneur, de la dualité patrimoniale voulue par celui-ci.

Pour conforter la protection des partenaires de l'EIRL, l'article L. 526-8 impose d'autres formalités, qui doivent notamment permettre aux créanciers d'apprécier la composition et la valeur du patrimoine d'affectation, partant l'efficacité de leur droit de poursuite. En effet, lors de son dépôt, la déclaration constitutive doit être accompagnée d'un état descriptif "en nature, qualité, quantité et valeur" de tous les "biens, droits, obligations ou sûretés affectés à l'activité professionnelle" et l'objet de cette activité doit lui aussi être mentionné dans la déclaration¹⁵. Notons que ce formalisme rappelle celui existant en

¹⁰ Sur ces bienfaits attendus de la publicité, cf. Rapport n° 362 déposé le 24 mars 2010 par M. Jean-Jacques Hyest.

¹¹ Le registre national des contrats de fiducie, prévu par l'article 2020 du Code civil et dont les modalités ont été précisées par le décret n° 2010-219 du 2 mars 2010, n'est consultable que par les autorités publiques et non par les tiers intéressés.

¹² Le fonctionnement de ce registre spécial, institué pour les déclarations d'affectation de patrimoine professionnel, est décrit par les nouveaux articles R. 526-15 à R. 526-24, issus du décret d'application du 29 décembre 2010. Ce fonctionnement est largement inspiré de celui du RCS.

¹³ Il s'agira, soit du greffe du tribunal de commerce (qui est déjà responsable de la tenue du RCS), soit du greffe du tribunal de grande instance statuant en matière commerciale.

¹⁴ Il s'agit, est venu préciser le décret du 29 décembre 2010, de la chambre départementale du lieu du siège d'exploitation.

¹⁵ Un modèle type facultatif de déclaration d'affectation de patrimoine, remis gratuitement par chaque centre de formalités des entreprises aux déclarants, a été publié par un arrêté du 29 décembre 2010.

droit des sociétés ; ainsi, l'article 1835 du Code civil prévoit-il que les statuts déterminent notamment les apports de chaque associé et l'objet de la société.

Les autorités chargées de la tenue des registres doivent contrôler la régularité formelle de la déclaration déposée par l'EURL. L'article L. 526-8 précise, à cet égard, que si l'une des mentions ou si l'un des justificatifs devant accompagner la déclaration fait défaut, ces autorités doivent refuser le dépôt. C'est donc seulement si toutes les formalités énoncées par les articles L. 526-7 et L. 526-8 sont respectées que la déclaration est opposable aux créanciers postérieurs de l'EURL. La date de l'opposabilité est alors, non pas celle de la déclaration elle-même, mais celle de son dépôt au registre d'immatriculation de l'entrepreneur. En conséquence, une déclaration jamais déposée ne saurait produire d'effet.

La loi du 15 juin 2010 n'a pas accompagné cette formalité d'enregistrement d'une publicité de la création du patrimoine d'affectation dans un journal d'annonces légales ou au Bulletin officiel des annonces civiles et commerciales. Pourtant préconisé par plusieurs rapports¹⁶, ce type de publicité supplémentaire¹⁷ n'a pas été retenu, certainement pour ne pas rendre la constitution du patrimoine affecté plus coûteuse que celle d'une EURL ou d'une SASU, qui en sont également dispensées, et pour rendre par là même le nouveau statut attractif aux yeux des entrepreneurs individuels. Du point de vue des créanciers, faut-il regretter l'absence de publicité dans un journal d'annonces légales ou au BODACC ? La réponse mérite d'être nuancée. Certes, une telle publicité aurait pu simplifier la recherche d'informations par les créanciers, en les dispensant d'identifier le registre professionnel adéquat, puis de le consulter. Mais le risque de méconnaissance par les créanciers de l'étendue de leur droit en raison de l'absence de ce genre de publicité ne doit pas être exagéré, car les publications dans les journaux d'annonces légales restent très souvent sans effet, surtout auprès des créanciers autres que les établissements de crédit, qui n'en sont pas de fidèles lecteurs.

Avant d'accomplir les formalités générales de publicité des articles L. 526-7 et L. 526-8, l'entrepreneur peut être tenu de satisfaire d'autres exigences, liées à la nature ou à la valeur des biens qu'il entend affecter à son activité professionnelle.

2- Formalités préalables dépendant de la nature ou de la valeur des biens affectés

Selon l'article L. 526-8, "les organismes chargés de la tenue des registres mentionnés à l'article L. 526-7 n'acceptent le dépôt de la déclaration visée au même article qu'après avoir vérifié qu'elle comporte...

3° Le cas échéant, les documents attestant de l'accomplissement des formalités visées aux articles L. 526-9 à L. 526-11". Certaines formalités sont donc préalables à l'enregistrement de la déclaration. Deux d'entre elles dépendent de la nature des biens affectés et la troisième de la valeur de ceux-ci.

La première, prévue par l'article L. 526-9, concerne l'affectation d'un bien immobilier ou d'une partie d'un tel bien. L'affectation doit alors être reçue par un notaire et être publiée au bureau des hypothèques ou au Livre foncier pour les immeubles situés en Alsace-Moselle. Lors de l'enregistrement de la déclaration d'affectation, l'entrepreneur devra donc joindre une copie authentique de l'acte d'affectation immobilière et une copie de la publicité foncière. L'article L. 526-9, alinéa 1er, ajoute que, si l'affectation porte sur une partie d'un immeuble, par exemple en présence d'un immeuble à usage mixte (habitation et professionnel), un état descriptif de division doit être établi. Il convient de souligner que, dans le cadre de la déclaration d'insaisissabilité, des formalités analogues sont imposées par les articles L. 526-1 et L. 526-2 du Code de commerce. Selon l'article L. 526-9, alinéa 4, "le non respect des règles prévues au présent article entraîne l'inopposabilité de l'affectation". Cette sanction suscite deux difficultés sérieuses d'interprétation. D'une part, quelle en est l'étendue ? L'inopposabilité frappe-t-elle la déclaration d'affectation dans sa totalité ou est-elle limitée à l'affectation de l'immeuble à l'égard duquel les formalités n'ont pas été respectées ? La lettre du texte invite à retenir la seconde interprétation, puisque c'est l'affectation qui est visée par l'article L. 526-9, alinéa 4, et non la déclaration. L'interprétation restrictive se justifie, en outre, par la *ratio legis*, très

¹⁶ Rapport de Cl. Champaud relatif à l'EPRL (Entreprise Personnelle à Responsabilité Limitée), RTD com. 1979, p. 579 et s. ; rapport présenté le 5 novembre 2008 par X. de Roux à H. Novelli relatif à la création d'un patrimoine d'affectation (www.ladocumentationfrancaise.fr/rapports-publics/08400076) (à vérifier).

¹⁷ En matière de déclaration d'insaisissabilité, la publication dans un journal d'annonces légales du département dans lequel est exercée l'activité professionnelle n'est pas une formalité qui s'ajoute à celle de la mention de cette déclaration dans un registre professionnel. Elle n'est prescrite par l'article L. 526-2, alinéa 3, du Code de commerce que "lorsque la personne n'est pas tenue de s'immatriculer dans un registre de publicité légale".

protectrice de l'entrepreneur, cherchant à limiter autant qu'il est possible le formalisme et ses conséquences radicales. D'autre part, quels sont les effets de l'inopposabilité de l'affectation immobilière ? L'immeuble concerné reste-t-il le gage de tous les créanciers, professionnels comme personnels, ou bien tombe-t-il dans le patrimoine non affecté, de sorte que seuls les créanciers non professionnels pourraient le saisir ? Au soutien de la première solution, on pourrait avancer que l'inopposabilité de l'affectation implique le retour au droit commun, c'est-à-dire au droit de gage général de tous les créanciers de l'entrepreneur, quelle que soit l'origine de leurs créances. La seconde interprétation, plus étroite, pourrait cependant l'emporter, dans la mesure où le législateur, en 2010, n'a pas retenu la même sanction qu'en matière de déclaration d'insaisissabilité, à savoir la nullité¹⁸, qui joue nécessairement *erga omnes*. Il a préféré l'inopposabilité, dont les effets peuvent être limités à certaines catégories de tiers, ici les créanciers personnels, qui pourraient dès lors saisir l'immeuble comme s'il n'était pas sorti de leur gage, sans subir le concours des créanciers professionnels¹⁹. C'est aux juges qu'il appartiendra de résoudre ces questions d'interprétation, qui ne manqueront pas de leur être posées.

La deuxième formalité préalable dépendant de la nature des biens affectés est inscrite à l'article L. 526-11, relatif à l'affectation d'un bien commun ou indivis, tel un fonds de commerce commun (acquis ou créé durant le mariage) ou un fonds de commerce appartenant à des époux séparés de biens ou à des partenaires liés par un Pacs ou encore à des concubins. L'article L. 526-11 énonce trois exigences. En premier lieu, l'entrepreneur doit informer son conjoint ou coïndivisaire sur les droits des créanciers professionnels sur le patrimoine affecté²⁰. Cette obligation d'information rappelle celle que l'article 1832-2 du Code civil fait peser sur l'époux qui entend constituer un capital social au moyen de biens communs et celle que l'article L. 526-4 du Code de commerce met à la charge d'un époux commun en biens qui entend s'immatriculer à un registre de publicité légale à caractère professionnel²¹. En deuxième lieu, une fois informé, le conjoint ou coïndivisaire doit donner son accord exprès à l'affectation de biens communs ou indivis. L'affectation de biens communs constitue donc une nouvelle cause de cogestion, qui vient tempérer l'indépendance professionnelle de chacun des époux mariés en communauté (C. civ., art. 1421, al. 2). L'accord n'a pas à être donné en la forme notariée²², mais un écrit est en revanche nécessaire pour que l'entrepreneur puisse en justifier lors de l'enregistrement de la déclaration (art. L. 526-8, 3°). Deux modèles type d'accords, l'un du conjoint, l'autre du coïndivisaire, qui doivent être remis par chaque CFE aux déclarants, ont été publiés par voie d'arrêté le 29 décembre 2010²³. Leur utilisation est cependant facultative. En troisième et dernier lieu, l'article L. 526-11 précise qu'un même bien commun ou indivis ne peut entrer dans la composition que d'un seul patrimoine affecté. "Les deux époux ou les coïndivisaires ne peuvent donc intégrer le même bien dans chacune des déclarations d'affectation patrimoniale alors même qu'ils peuvent opter pour le statut d'EIRL pour l'exercice de leur propre activité professionnelle"²⁴. La liberté professionnelle des époux se trouve donc là encore écornée. Le non-respect de toutes ces règles "entraîne l'inopposabilité de l'affectation" (art. L. 526-11, al. 3). Cette sanction pose les mêmes difficultés d'interprétation que celle prévue par l'article L. 526-9. Pour les raisons exposées précédemment, on peut penser que l'inopposabilité sera limitée à l'affectation des biens communs ou indivis à l'égard desquels les formalités n'auront pas été respectées et que ces biens devront être considérés comme non affectés, donc à l'abri des poursuites des créanciers professionnels de l'EIRL.

¹⁸ L'article L. 526-2 précise que la déclaration est "reçue par notaire sous peine de nullité".

¹⁹ En faveur de cette seconde interprétation, cf. not. E. Dubuisson, *op. cit.* ; F. Pérochon, *Les patrimoines de l'EIRL*, Rev. proc. coll. janv. 2011 ; S. Piedelièvre, *L'EIRL*, Defrénois 2010, art. 39134, p. 1417 ; F. Vauvillé, *Commentaire de la loi du 15 juin relative à l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée*, Defrénois 2010, art. 39144, p. 1649.

²⁰ Sur ces droits, cf. *infra*.

²¹ Il doit informer son conjoint "des conséquences sur les biens communs des dettes contractées dans l'exercice de sa profession".

²² Au contraire, "si les biens, droits ou sûretés transférés dans le patrimoine fiduciaire dépendent de la communauté existant entre les époux ou d'une indivision, le contrat de fiducie est établi par acte notarié à peine de nullité" (C. civ., art. 2012, issu de l'ord. n° 2009-112 du 30 janv. 2009). Le notaire doit alors recueillir le consentement du conjoint du fiduciaire (C. civ., art. 1424, al. 2, issu de la loi n° 2008-776 du 4 août 2008).

²³ C. com., art. A. 526-1 et Annexe 5-1, II et III.

²⁴ D. Martin, *L'affectation d'un patrimoine : constitution du patrimoine*, in EIRL, Litec, coll. Droit 360°, sous la dir. de F. Terré, 2011.

La troisième formalité préalable, prévue par l'article L. 526-10, dépend non plus de la nature des biens affectés, mais de leur valeur. Tout élément d'actif du patrimoine affecté, autre que des liquidités, d'une valeur déclarée supérieure à 30 000 euros (montant fixé par le décret d'application du 29 décembre 2010), doit faire l'objet d'une évaluation par l'un des professionnels strictement énumérés par l'article L. 526-10, à savoir "un commissaire aux comptes, un expert-comptable, une association de gestion et de comptabilité ou un notaire²⁵ désigné par l'entrepreneur individuel". Cette procédure d'évaluation est inspirée de celle applicable aux apports en nature dans les SARL ou EURL (C. com., art. L. 223-9) ; elle n'est pas prévue, au contraire, en cas de déclaration d'insaisissabilité. L'objectif poursuivi est clair. Il s'agit d'éviter que l'EURL ne soit tenté de surévaluer les actifs qu'il affecte à son activité professionnelle afin de créer, vis-à-vis de ses créanciers professionnels, une apparence trompeuse de solvabilité, qui lui permettrait d'accéder plus facilement au crédit. Mais, parce que l'évaluation par un professionnel alourdit le formalisme et le coût²⁶ de la constitution du patrimoine affecté et qu'elle est donc susceptible de décourager les candidats au nouveau statut d'EURL, l'article L. 526-10 ne l'impose pas à peine d'inopposabilité de l'affectation. L'entrepreneur peut ne pas suivre la procédure d'évaluation, soit en ne recourant pas du tout à l'un des professionnels visés par le texte, soit en déclarant une autre valeur que celle "proposée" par ledit professionnel. La sanction prévue par l'article L. 526-10, si la surévaluation est prouvée (ce qui pourra faire difficulté), réside dans "un décloisonnement partiel des patrimoines pour le différentiel de valeurs"²⁷, c'est-à-dire la différence entre la valeur déclarée par l'entrepreneur et, soit la valeur proposée par le professionnel (alinéa 3), soit, à défaut d'évaluation par un professionnel, la valeur réelle du bien (alinéa 4)²⁸. La sanction est par ailleurs limitée en durée, c'est-à-dire pendant cinq ans. Ce décloisonnement légal limité risque de susciter de nombreuses difficultés de mise en œuvre et la frontière entre la surévaluation et la fraude, qui emporte quant à elle un décloisonnement total, risque d'être délicate à tracer²⁹.

Les formalités, générales ou spéciales, plus ou moins contraignantes, qui entourent la constitution du patrimoine d'affectation démontrent bien que l'opposabilité de la déclaration d'affectation aux créanciers postérieurs est loin d'être automatique, même si elle joue "de plein droit", c'est-à-dire sans information personnelle et encore moins sans accord de leur part. A l'égard des créanciers antérieurs, l'opposabilité de la déclaration est subordonnée à de plus strictes conditions encore.

B/ Opposabilité sous réserves aux créanciers antérieurs

Les alinéas 2 à 5 de l'article L. 526-12 encadrent l'opposabilité de la déclaration d'affectation aux "créanciers dont les droits sont nés antérieurement à son dépôt". Qui sont ces créanciers que l'on peut qualifier d'antérieurs ? Le critère de la date de naissance des créances appelle les mêmes observations que celles faites précédemment au sujet des créanciers postérieurs. Il s'agit du seul élément de définition retenu par la loi. En effet, aucune distinction n'est opérée au regard de l'origine de la créance. Les créances antérieures peuvent donc être légales, contractuelles, délictuelles ou quasi-contractuelles. L'origine de la créance peut être encore professionnelle ou personnelle : si l'entrepreneur démarre sa première activité sous le régime de l'EURL, ses dettes antérieures seront exclusivement personnelles ; en revanche, si un entrepreneur, déjà installé, décide d'exercer pour l'avenir son activité sous le statut de l'EURL, ses dettes antérieures pourront être, soit professionnelles, soit personnelles. L'article L. 526-12, alinéa 2, ne distingue pas non plus les créances exigibles et impayées des créances non échues procédant notamment de contrats en cours. La nature de la créance,

²⁵ "L'évaluation par un notaire ne peut concerner qu'un bien immobilier" (art. L. 526-10, al. 1er, *in fine*). Il s'agira logiquement du notaire auprès duquel l'affectation de l'immeuble sera reçue.

²⁶ Dans le projet de loi initial n° 2265 du 27 janvier 2010, il était prévu le recours à un commissaire aux apports. Lors de l'adoption du projet de loi en première lecture par les députés, le 17 février 2010, le recours au commissaire aux apports a été remplacé par l'intervention d'un commissaire aux comptes ou d'un expert-comptable. Cela s'explique par le fait qu'ils constituent les interlocuteurs habituels de l'entrepreneur et que leurs prestations sont habituellement moins onéreuses.

Cf. le dossier législatif de la loi du 15 juin 2010 : http://www.assemblee-nationale.fr/13/dossiers/entrepreneur_individuel_responsabilite_limitee.asp

²⁷ S. Piedelièvre, art. préc.

²⁸ Cette première limitation au décloisonnement des patrimoines n'existe pas dans le cadre de la SARL ou de l'EURL, où les associés (ou l'associé unique) "sont solidairement responsables pendant cinq ans, à l'égard des tiers, de la valeur attribuée aux apports en nature lors de la constitution de la société" (C. com., art. L. 223-9, *in fine*).

²⁹ Sur ces questions, cf. intervention de V. Cuisinier sur le décloisonnement légal des patrimoines.

au stade des conditions de l'opposabilité de la déclaration, est également indifférente. C'est seulement dans le cadre des effets de l'opposabilité (alinéa 6 et s.) que les créances chirographaires ou garanties se trouvent différenciées.

A l'égard des créanciers antérieurs, ainsi définis, l'opposabilité de la déclaration d'affectation ne va pas de soi. Une fois rappelés les termes du débat relatif au principe même de cette opposabilité (1), seront analysées les conditions d'opposabilité finalement adoptées, qui sont sensées exprimer un compromis entre les intérêts divergents de l'entrepreneur individuel et de ses créanciers antérieurs (2).

1- Débat sur le principe même de l'opposabilité aux créanciers antérieurs

Dans l'avant-projet de loi d'avril 2009 relatif à l'entreprise à patrimoine affecté³⁰, puis dans le projet de loi relatif à l'EIRL du 27 janvier 2010, la déclaration d'affectation n'avait d'effet qu'à l'égard des créances nées postérieurement à sa publication". Lors de l'examen du projet de loi à l'Assemblée Nationale, un amendement fut adopté, contre l'avis du Gouvernement³¹, pour rendre la déclaration d'affectation opposable à l'ensemble des créanciers, et ce sans droit d'opposition des créanciers antérieurs³². Les Sénateurs sont revenus sur ce point crucial, en limitant l'opposabilité de l'affectation aux créanciers postérieurs³³. Quelles justifications ont été proposées de part et d'autre ?

En faveur de l'extension de l'opposabilité aux créanciers antérieurs, des arguments économiques ont d'abord été avancés. Il s'agit de répondre "à la demande des 1,5 million de travailleurs indépendants qui comptent sur ce projet (...), de tenir compte de la crise qui fragilise les petites activités, enfin, d'éviter la complexité des procédures" qui résulterait d'un traitement distinct de chaque catégorie de créanciers³⁴. Des arguments juridiques ont été par ailleurs mis en avant. D'une part, l'opposabilité aux créanciers antérieurs n'aurait d'effet que sur leur droit de gage général et non sur les sûretés dont ils seraient titulaires³⁵. D'autre part, la limitation rétroactive du gage des créanciers chirographaires antérieurs serait parfaitement "logique"³⁶ au regard du régime du droit de gage général lui-même : ce droit porte seulement sur le patrimoine tel qu'il existe au moment de l'exécution ; il n'emporte, ni dépossession, ni réduction des prérogatives du débiteur sur ses biens tant qu'aucune saisie n'a été pratiquée ; comme le créancier chirographaire ne peut donc empêcher son débiteur de disposer de ses biens³⁷, *a fortiori*, ne devrait-il pas pouvoir empêcher son débiteur de pouvoir conserver ses biens, mais en les affectant à son activité professionnelle. Bien que ce dernier argument soit tout à fait convaincant, la thèse de l'opposabilité de la déclaration d'affectation aux créanciers antérieurs a suscité de sérieuses objections.

Cette opposabilité, qui rime avec imprévisibilité et insécurité pour les créanciers antérieurs dont le gage se trouverait réduit unilatéralement (par la seule volonté de l'entrepreneur) et rétroactivement, comporterait "trop de risques, d'effets pervers et d'effets d'aubaine injustifiés"³⁸. D'un point de vue économique, d'abord, l'atteinte au droit de gage général des créanciers antérieurs serait dangereuse et ce, quelle que soit la qualité de ces créanciers. A l'égard des fournisseurs de l'EIRL, qui sont fréquemment eux-mêmes des petits entrepreneurs, qui n'exigent pas les garanties que prennent les banques, la limitation du droit de gage général pourrait constituer un facteur de faillite. A l'égard des établissements de crédit, "la possible affectation à tout moment pourrait être perçue comme un « risque » nouveau, nécessitant des garanties encore plus lourdes"³⁹ et pourrait dès lors se retourner contre les entrepreneurs individuels que la loi cherche au contraire à protéger. Pour toutes ces raisons, la plupart des organisations professionnelles consultées au cours des travaux préparatoires de la loi

³⁰ <http://www.lesechos.fr/medias/2009/0204//300326983.pdf>

³¹ H. Novelli, secrétaire d'État chargé du commerce, de l'artisanat, des petites et moyennes entreprises, du tourisme, des services et de la consommation, 2e séance de l'AN du 17 février 2010 (cf. dossier législatif préc.).

³² Projet de loi relatif à l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée, adopté en 1^{ère} lecture par l'Assemblée nationale le 17 février 2010, TA n° 420 (cf. dossier législatif préc.).

³³ Projet de loi relatif à l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée, modifié en 1^{ère} lecture par le Sénat le 8 avril 2010, TA n°85 (cf. dossier législatif préc.).

³⁴ A. Trassy-Paillogues, 2e séance de l'AN du 17 février 2010 (cf. dossier législatif préc.).

³⁵ Sur cette sauvegarde des droits des créanciers garantis, cf. *infra* 2e Partie.

³⁶ L. de La Raudière, rapporteure de la commission des affaires économiques, 2e séance de l'AN du 17 février 2010 (cf. dossier législatif préc.).

³⁷ Cela explique que le contrat de fiducie, qui constitue un acte de disposition emportant une diminution de l'actif du constituant, soit opposable aux créanciers chirographaires antérieurs de celui-ci.

³⁸ Rapport n° 362 du 24 mars 2010 fait au nom de la commission des lois par J.-J. Hyest (cf. dossier législatif préc.).

³⁹ Rapport préc. de J.-J. Hyest.

Novelli "ont fait état de leur doute, voire de leur hostilité, à ce que l'affectation produise des effets à l'égard des créances en cours"⁴⁰. D'un point de vue juridique, c'est le risque d'inconstitutionnalité de l'opposabilité de la déclaration d'affectation aux créanciers antérieurs qui a été mis en exergue. Les articles 2284 et 2285 du Code civil n'ont aucune valeur constitutionnelle ou supralégislative. La hiérarchie des normes autorise donc le législateur à déroger à ces dispositions législatives dans d'autres textes de même valeur. Là ne réside donc pas le risque d'inconstitutionnalité. Celui-ci a été justifié par l'atteinte que porterait l'opposabilité de l'affectation aux créanciers antérieurs et aux contrats en cours au principe de la liberté contractuelle et à celui de la force obligatoire du contrat. Il est vrai que, si le Conseil constitutionnel décide, depuis 1994, qu'"aucune norme de valeur constitutionnelle ne garantit le principe de la liberté contractuelle"⁴¹, il impose néanmoins, depuis 1998, le respect de ce principe en tant qu'il constitue un élément de droits ayant eux-mêmes valeur constitutionnelle, à savoir la liberté et la sûreté⁴². En conséquence, le Conseil constitutionnel considère que "le législateur ne saurait porter aux contrats légalement conclus une atteinte qui ne soit justifiée par un motif d'intérêt général suffisant sans méconnaître les exigences résultant des articles 4 et 16 de la Déclaration de 1789 »⁴³. Or, "l'opposabilité de l'affectation aux créanciers antérieurs et donc aux contrats en cours porterait manifestement atteinte aux contrats conclus entre ceux-ci et les entrepreneurs individuels à responsabilité limitée, sans que l'on soit assuré que la seule protection du patrimoine personnel des entrepreneurs puisse nécessairement constituer un motif d'intérêt général suffisant"⁴⁴. Enfin, d'un point de vue juridique encore, l'opposabilité de l'affectation aux créanciers antérieurs d'un EIRL a été contestée sur le fondement d'une comparaison avec la solution inverse retenue en matière de déclaration d'insaisissabilité. Effectivement, selon l'article L. 526-1, cette 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". Or, dans la mesure où les deux dispositifs de protection du patrimoine personnel d'un entrepreneur individuel peuvent se cumuler, il serait cohérent que leur opposabilité soit subordonnée aux mêmes conditions.

On le voit, le débat sur le principe même de l'opposabilité de la déclaration d'affectation aux créanciers de l'EIRL a été fort riche. Des solutions de compromis ont finalement été adoptées dans la loi du 15 juin 2010.

2- Solutions de compromis adoptées

Sur proposition d'une commission mixte paritaire, un amendement a été adopté par l'Assemblée Nationale le 12 mai 2010⁴⁵ visant à rendre opposable aux créanciers antérieurs la déclaration d'affectation à la double condition que ces créanciers aient été informés de la constitution du patrimoine d'affectation et qu'ils disposent d'un droit d'opposition. Ces conditions d'opposabilité ont été précisées par les alinéas 2 à 5 de l'article L. 526-12, ainsi que par le décret d'application du 29 décembre 2010. Il est très important de souligner que ces conditions, propres aux créanciers antérieurs, viennent s'ajouter à toutes celles envisagées précédemment au sujet des créanciers postérieurs, c'est-à-dire les formalités générales et spéciales prescrites par les articles L. 526-7 à L. 526-11. Les deux conditions d'opposabilité propres aux créanciers antérieurs, c'est-à-dire leur information personnelle, d'une part (a) et leur droit d'opposition, d'autre part (b), sont censées réaliser un équilibre entre les intérêts de ces créanciers et ceux de l'EIRL. C'est ce qu'il convient de vérifier.

a- Information personnelle des créanciers antérieurs

⁴⁰ Rapport préc. de J.-J. Hiest.

⁴¹ Cons. constit. 3 août 1994, déc. n° 94-348 sur la loi relative à la protection sociale complémentaire des salariés.

⁴² Cons. constit. 10 juin 1998, déc. n° 98-401 sur la loi d'orientation et d'incitation relative à la réduction du temps de travail.

⁴³ Cons. constit. 19 nov. 2009, déc. n° 2009-592 sur la loi relative à l'orientation et à la formation professionnelle tout au long de la vie, citée au cours des travaux préparatoires de la loi *Novelli* du 15 juin 2010.

Sur la valeur du principe de liberté contractuelle, cf. plus généralement Ph. Terneyre, *Le législateur peut-il abroger les articles 6 et 1123 du Code civil ? Sur la valeur constitutionnelle de la liberté contractuelle*, Mélanges Peiser, 1995, p. 473 et s. ; F. Moderne, La liberté contractuelle est-elle vraiment et pleinement constitutionnelle, RFDA 2006, n° 1, p. 2 et s. ; N. Molfessis, *Les sources constitutionnelles du droit des obligations*, in Le renouvellement des sources du droit des obligations, Journées Ass. H. Capitant, Litec, 1997, p. 65 et s. ; E. Zoller, *Le Code civil et la constitution*, in 1804-2004, Le Code civil, un passé, un présent, un avenir, Univ. Paris II

⁴⁴ Rapport préc. de J.-J. Hiest.

⁴⁵ Cf. dossier législatif préc.

Selon l'article L. 526-12, alinéa 2, 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".

L'opposabilité aux créanciers antérieurs dépend donc, d'abord, d'une mention en ce sens dans la déclaration d'affectation. Il s'agit d'une simple faculté⁴⁶, d'une "option"⁴⁷ ouverte à l'EIRL. A défaut de cette mention, la séparation des patrimoines ne jouera qu'à l'égard des créanciers postérieurs et, au contraire, les créanciers antérieurs conserveront intact leur droit de gage général sur les deux patrimoines de l'entrepreneur. A l'égard des créanciers antérieurs, la dérogation aux articles 2284 et 2285 du Code civil n'est donc que facultative⁴⁸, puisqu'elle peut être tenue en échec par l'EIRL, dont la volonté occupe décidément une place prééminente. Toutefois, la volonté de l'entrepreneur déjà installé, qui souhaite exercer pour l'avenir son activité en qualité d'EIRL, sera certainement dictée par les relations qu'il entretient déjà avec ses créanciers professionnels et des crédits qu'il entend leur redemander. On imagine sans peine que, pour maintenir la confiance de ses partenaires habituels, cet entrepreneur ne cochera pas la case "Opposabilité de la déclaration d'affectation aux créanciers dont les droits sont nés antérieurement au dépôt de la déclaration", qui figure dans le modèle de déclaration, issu de l'arrêté du 29 décembre 2010⁴⁹. Ajoutons qu'à la lumière de ce texte, la déclaration semble devoir être, soit opposable à tous les créanciers antérieurs, soit opposable à aucun d'entre eux. L'entrepreneur ne pourrait donc pas discriminer entre ses créanciers antérieurs en en mentionnant que certains dans la déclaration d'affectation⁵⁰.

La seconde condition d'opposabilité figurant dans l'article L. 526-12, alinéa 2, réside dans l'information des créanciers antérieurs. S'agit-il d'une information générale, résultant du dépôt de la déclaration à l'un des quatre registres visés par l'article L. 526-7, ou bien d'une information individuelle ? Le Conseil constitutionnel, dans sa décision du 10 juin 2010, a imposé la solution sous forme d'une réserve d'interprétation : "le deuxième alinéa de l'article L. 526-12 du code de commerce ne porte pas atteinte aux conditions d'exercice du droit de propriété des créanciers garanti par les articles 2 et 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789" sous réserve que les créanciers antérieurs "soient personnellement informés de la déclaration d'affectation et de leur droit de former opposition"⁵¹. Pour que la protection des créanciers antérieurs soit effective, chacun doit donc être individuellement informé. L'article D. 526-9, issu du décret du 29 décembre 2010, traduit cette exigence en précisant que l'information "est effectuée par lettre recommandée avec accusé de réception". Le coût en sera évidemment supporté par l'entrepreneur. L'information doit avoir lieu "dans le mois suivant le dépôt de la déclaration d'affectation". La nature de ce délai pose problème. Est-ce un délai préfix ou est-il susceptible d'être suspendu ou interrompu ? En particulier, l'ignorance, par l'EIRL, de l'existence d'une créance née avant le dépôt de la déclaration pourrait-elle permettre de reporter le point de départ du délai ? Cette question se pose d'autant plus que la date de naissance de certaines créances est particulièrement difficile à identifier. Concernant le contenu de l'information, il est précisé par l'article R. 526-8 : l'entrepreneur doit porter à la connaissance de chacun des créanciers antérieurs les informations mentionnées à l'article R. 526-3, c'est-à-dire toutes celles qui doivent figurer dans la déclaration d'affectation. Il doit en outre informer ses créanciers antérieurs de leur droit de former opposition à la déclaration d'affectation, comme le Conseil constitutionnel l'avait prescrit, et du délai dont ils disposent pour agir en justice devant le tribunal compétent selon les règles de droit commun. Il importe de relever que l'information doit être délivrée selon ces modalités à tous les créanciers antérieurs, et ce quelle que soit la nature de leur créance. La distinction entre les créanciers chirographaires et les créanciers privilégiés n'intéresse effectivement que les conséquences de l'opposabilité et non ses conditions. De plus, l'information des créanciers titulaires de sûretés peut être

⁴⁶ En ce sens, cf. art. R. 526-3, issu du décret du 29 déc. 2010 : " La déclaration d'affectation mentionnée à l'article L. 526-7 contient les informations suivantes : 6° Le cas échéant, la mention de l'opposabilité de la déclaration d'affectation aux créanciers dont les droits sont nés antérieurement à son dépôt".

⁴⁷ Terme employé à plusieurs reprises dans l'arrêté du 29 déc. 2010 relatif à l'entrepreneur à responsabilité limitée (JORF n° 0303 du 31 déc. 2010, p. 23464, texte n° 46).

⁴⁸ Plus généralement, sur la portée de la dérogation aux articles 2284 et 2285 du Code civil, cf. *infra*.

⁴⁹ Annexe 5-1 aux articles A. 526-1 et A. 526-2.

⁵⁰ Sur les autres moyens de rétablir le droit de gage général de certains créanciers, cf. *infra*.

⁵¹ Déc. n° 2010-607.

essentielle s'ils sont amenés à agir en qualité de chirographaires⁵². En tout état de cause, si un créancier antérieur n'était pas personnellement informé dans les conditions fixées par le décret du 29 décembre 2010, la déclaration d'affectation lui serait inopposable et il conserverait alors intact son droit de gage sur les deux patrimoines de son débiteur. L'inopposabilité serait individuelle ici, alors qu'elle concernerait l'ensemble des créanciers antérieurs si n'était pas respectée l'autre exigence de l'article L. 526-12, alinéa 2, à savoir la mention de l'opposabilité dans la déclaration.

Si les deux conditions cumulatives de l'alinéa 2 sont satisfaites, "dans ce cas, les créanciers concernés peuvent former opposition à ce que la déclaration leur soit opposable" (alinéa 3). Quelles caractéristiques présente ce droit d'opposition des créanciers antérieurs et quelles conséquences son exercice est-il susceptible d'emporter ?

b- Droit d'opposition des créanciers antérieurs

Le droit d'opposition des créanciers antérieurs personnellement informés de la déclaration d'affectation a été ajouté à la toute fin des travaux préparatoires de la loi sur l'EIRL pour contrebalancer la réduction unilatérale et rétroactive de leur droit de poursuite. A l'aune du champ d'application, des modalités et des effets de ce droit d'opposition, il est cependant permis de relativiser la protection des intérêts des créanciers antérieurs et le rétablissement de la confiance en l'entrepreneur censés en résulter.

Tout d'abord, le système d'opposition décrit par les alinéas 3 à 5 de l'article L. 526-12 n'est prévu qu'à l'occasion de la déclaration initiale d'affectation et non à l'égard des transferts qui, par la suite, seraient réalisés par l'EIRL entre ses deux patrimoines. Le domaine d'application du droit d'opposition paraît ainsi trop étroitement défini⁵³.

Ensuite, les modalités d'exercice du droit d'opposition sont contraignantes pour les créanciers concernés. D'une part, l'opposition ne saurait prendre la forme d'un acte extrajudiciaire, notifié ou même signifié à l'entrepreneur, au contraire de ce qui est admis en d'autres domaines, par exemple l'opposition des créanciers à un changement de régime matrimonial⁵⁴ ou celle au paiement après une vente de fonds de commerce⁵⁵. Pour former opposition à la déclaration d'affectation, les créanciers antérieurs de l'EIRL doivent "agir en justice devant le tribunal compétent selon les règles de droit commun" (art. R. 526-8). D'autre part, le délai pour agir, fixé par l'article R. 526-10, issu du décret du 29 décembre 2010, est "d'un mois à compter de la date de première présentation de l'information individuelle" par LRAR. Outre que la nature de ce délai est incertaine (s'agit-il d'un délai de prescription ou préfix ?), sa durée est relativement brève⁵⁶ et son point de départ ne dépend nullement de la réception effective de l'information par le créancier (la présentation de la lettre recommandée suffit). Dans ces conditions, on peut craindre que des "entrepreneurs perclus de dettes (ne s'instituent) EIRL à une date où leurs créanciers seront partis en vacances, et ne seront donc pas en mesure de faire jouer le droit d'opposition"⁵⁷.

La protection des intérêts de l'entrepreneur avant celle de ses créanciers ressort encore nettement de l'examen des effets de l'opposition. L'article L. 526-12, alinéa 5, précise que "l'opposition formée par un créancier n'a pas pour effet d'interdire la constitution du patrimoine affecté". L'EIRL n'a donc pas à attendre l'expiration du délai d'opposition et encore moins la décision judiciaire se prononçant sur celle-ci pour pouvoir affecter un patrimoine à son activité professionnelle. Cela montre bien que l'opposition, ici, est "une simple manifestation de volonté destinée à neutraliser l'acte déclaratif d'affectation, pas une voie de recours"⁵⁸. Par ailleurs, comme le juge saisi par le créancier opposant va statuer à un moment où la séparation des patrimoines existe déjà, il va tenir compte de cette dualité patrimoniale pour prendre les décisions qui lui incombent.

⁵² Sur ces hypothèses, cf. *infra*.

⁵³ Dans le même sens, not. E. Dubuisson, *L'EIRL et son crédit*, RLDA 2010, 53.

⁵⁴ L'opposition des créanciers, prévue par l'article 1397 du Code civil, est notifiée aux époux et au notaire ayant établi l'acte de changement de régime matrimonial.

⁵⁵ Selon l'article L. 141-14 du Code de commerce, cette opposition peut être formée "par simple acte extrajudiciaire". De jurisprudence constante, un exploit d'huissier signifié au domicile élu du précédent propriétaire est exigé à peine de nullité.

⁵⁶ Notons que l'opposition des créanciers au changement de régime matrimonial de leur débiteur est ouverte pendant un délai de trois mois (C. civ., art. 1397, al. 3).

⁵⁷ B. Dondero, *EIRL - Duo in carne una*. - À propos de l'ordonnance du 9 décembre 2010, JCP 2010, p. 1261.

⁵⁸ O. Salati, *La loi n° 2010-658 du 15 juin 2010 relative à l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée et le principe de saisissabilité : une menace de plus sur le droit au recouvrement ?*, Procédures 01/11/2010, étude 8.

L'article L. 526-12, alinéa 3, ouvre au juge saisi de l'opposition trois voies, calquées sur celles existant en cas d'opposition à la transmission universelle du patrimoine de sociétés civiles ou commerciales⁵⁹, alors même qu'en cas de constitution d'un patrimoine affecté par un EIRL il n'y a aucun transfert patrimonial !

La première solution, pour le juge saisi par le créancier opposant, réside dans le rejet de l'opposition. La loi n'en précise pas les motifs. Il est probable que, si la créance est d'origine professionnelle et que le patrimoine affecté est suffisant pour l'éteindre⁶⁰ ou, symétriquement, si la créance est personnelle et que les biens non affectés sont d'une valeur suffisante pour désintéresser son titulaire, le juge rejettera l'opposition. Il pourrait également statuer en ce sens en présence d'une créance dont le terme ne serait pas encore échu. Naturellement, si la validité ou l'existence même de la créance était contestée par l'entrepreneur et que le juge accueillait ce moyen de défense⁶¹, l'opposition s'en trouverait aussi rejetée. Quel qu'en soit le motif, le rejet de l'opposition aura pour effet de conforter l'opposabilité de la déclaration d'affectation au créancier antérieur opposant, qui verra donc son droit de gage limité à l'un des deux patrimoines selon l'origine professionnelle ou privée de sa créance.

La deuxième solution, pour le juge saisi de l'opposition, consiste à ordonner "le remboursement des créances". Dans le silence de la loi, on peut supposer qu'il en ira ainsi lorsque les formalités constitutives n'auront pas été respectées, sans que les autorités chargées de l'enregistrement n'aient empêché celui-ci. Le remboursement pourrait par ailleurs être ordonné si la créance antérieure professionnelle dépassait la valeur des biens affectés ou si la créance antérieure personnelle dépassait la valeur des biens non affectés. Cette solution devrait être privilégiée en présence d'une créance échue et liquide ou encore d'une créance garantie par une sûreté personnelle, pour éviter que le garant ne soit inquiété (surtout si le garant est le conjoint de l'entrepreneur). Concernant les modalités du remboursement, plusieurs questions se posent. Le remboursement pourrait-il être seulement partiel ? Le texte ne l'interdit pas, mais il serait préférable d'éviter les complications qu'une telle solution pourrait entraîner. Dans quel délai le remboursement devra-t-il avoir lieu ? Le juge devrait le préciser. Et, pour les créances non échues, le terme devrait être rappelé et respecté, puisque la loi de 2010 n'a nullement prévu que la constitution d'un patrimoine d'affectation emporte la déchéance du terme des contrats en cours. Enfin, sur quel patrimoine de l'entrepreneur le remboursement devra-t-il être opéré ? Logiquement, si le juge ordonnait le remboursement d'une créance professionnelle en raison de l'insuffisance du patrimoine affecté, les biens non affectés devraient servir au désintéressement du créancier concerné (et symétriquement en présence d'une créance personnelle). Il y aurait là un décloisonnement possible des patrimoines au profit des créanciers antérieurs opposants, qui pourrait heureusement compenser l'absence de réciprocité de la règle énoncée par l'article L. 526-12, dernier alinéa, au profit des créanciers personnels en cas d'insuffisance du patrimoine non affecté. Il n'est toutefois pas du tout certain qu'un tel décloisonnement pourra être opéré en l'absence d'une disposition expresse en ce sens et alors même qu'il irait à l'encontre de l'esprit de la loi. En tout état de cause, si le remboursement intégral était ordonné et que l'entrepreneur s'y pliait, le créancier désintéressé n'aurait pas à souffrir de la limitation du droit de gage résultant de l'affectation. Il s'agit là de la solution la plus protectrice des intérêts des créanciers antérieurs opposants.

La troisième et dernière décision que peut prendre le juge saisi de l'opposition réside dans "la constitution de garanties, si l'entrepreneur individuel en offre et si elles sont jugées suffisantes". L'idée qui sous-tend cette solution est simple : conforter la position du créancier antérieur, alors que son remboursement intégral n'est pas possible ou souhaitable ; protéger dans le même temps les intérêts de l'entrepreneur, puisque, grâce à la garantie, le créancier ne devrait pas exercer son droit de poursuite sur n'importe quel bien de l'un ou l'autre des patrimoines. La mise en œuvre de cette solution est cependant délicate. D'abord, comment interpréter l'expression "si l'entrepreneur en offre" ? Limite-t-elle les garanties aux sûretés réelles portant sur les biens de l'entrepreneur ou celui-ci pourrait-il proposer la constitution d'une sûreté personnelle ou d'une sûreté réelle portant sur un bien appartenant

⁵⁹ Cf. C. com., art. L. 236-14 et L. 236-23., sur la fusion entre sociétés anonymes ou entre SARL ; C. civ., art. 1844-5 sur la dissolution des sociétés civiles dont les parts sont réunies entre les mains d'un associé unique.

⁶⁰ Rappelons, à cet égard, que la valeur des biens affectés doit figurer dans la déclaration d'affectation (art. L. 526-7, R. 526-3) et que le juge pourra en tenir compte, puisqu'il sera saisi après que le patrimoine affecté ait été constitué (art. L. 526-12, al. 5).

⁶¹ Comme l'opposition doit être formée devant le juge désigné par les règles de compétence de droit commun, ce juge pourra connaître des contestations portant sur la ou les créances de l'opposant.

à un tiers ? Habituellement, lorsqu'un texte fait référence à une sûreté capable de répondre d'une dette, le critère de la suffisance de la sûreté l'emporte sur celui de sa nature, de sorte que tout type de garantie est admis⁶². Ici, cette interprétation pourrait poser une grave difficulté : si le juge ordonnait la constitution d'une sûreté personnelle ou d'une sûreté réelle portant sur un bien appartenant à autrui et que le tiers, finalement, refusait de conclure cette garantie, l'exécution forcée serait exclue et seuls des dommages et intérêts pourraient éventuellement être réclamés à ce tiers sur le fondement de la non-exécution d'une promesse de sûreté. L'entrepreneur, quant à lui, pourrait-il néanmoins être sanctionné par l'inopposabilité de l'affectation (art. L. 526-12, al. 4) ? Pour éviter ces difficultés, on pourrait être tenté de limiter les garanties visées par l'article L. 526-12, alinéa 3, aux seules sûretés réelles grevant un bien de l'entrepreneur. Mais cela ne serait pas satisfaisant, car cette solution empêcherait la constitution de sûretés efficaces (en particulier un cautionnement bancaire). En outre, il existe bien d'autres textes qui enjoignent à des débiteurs de présenter à leurs créanciers une personne qui s'engage à devenir garant ; le cautionnement est alors légal ou judiciaire⁶³, en ce sens que son fait générateur réside dans une loi ou une décision de justice, mais son existence dépend toujours de la conclusion d'un contrat entre le créancier et le garant⁶⁴. Il nous paraît donc opportun d'interpréter largement l'expression "si l'entrepreneur en offre". L'autre exigence formulée par l'article L. 526-12, alinéa 3 - "et si elles sont jugées suffisantes" -, conduira le juge saisi de l'opposition à apprécier, au cas par cas, la valeur du bien que l'entrepreneur propose de grever (valeur dépendant, non seulement du prix du marché, mais également d'éventuelles sûretés préexistantes qui réduiraient les chances du créancier opposant d'être entièrement désintéressé) ou la solvabilité du tiers que l'entrepreneur propose à titre de caution et ce au regard du montant de la créance de l'opposant. Bien que le texte emploie le terme "garanties" au pluriel, une seule pourrait en réalité être constituée, si elle répondait au critère de suffisance. D'autres difficultés concernent, ensuite, les modalités de constitution des garanties⁶⁵ et, plus précisément, leur assiette si une sûreté réelle portant sur un bien de l'entrepreneur était envisagée. Est-ce que, en fonction de l'origine professionnelle ou personnelle de la créance antérieure, seuls les biens figurant dans l'un des deux patrimoines pourraient être donnés en garantie ou, au contraire, est-ce que la séparation des patrimoines devrait être ici ignorée de sorte que n'importe quel bien du débiteur, affecté ou non, pourrait être grevé d'une sûreté ? Bien que le décloisonnement des patrimoines ne soit pas expressément prévu par la loi dans cette hypothèse de constitution d'une garantie au profit d'un créancier antérieur opposant, il nous semble qu'il devrait être admis. En effet, le cloisonnement patrimonial n'affecte que le droit de gage général des articles 2284 et 2285 du Code civil, et non les sûretés⁶⁶. De plus, si la conclusion de sûretés sur l'autre patrimoine, à la demande des créanciers, devait être admise, ce que la majorité de la doctrine préconise⁶⁷, il serait logique qu'elle le soit également sur décision du juge saisi d'une opposition. Enfin, il s'agirait de la solution la plus protectrice des intérêts des créanciers antérieurs, qui, avant l'enregistrement de l'affectation, auraient pu demander à être garantis sur n'importe quel bien de leur débiteur. Si le décloisonnement des patrimoines nous semble donc devoir être admis pour fixer les modalités de la constitution de garanties, il n'en va pas de même au sujet des effets de cette constitution. Comme il a déjà été dit, elle vise à empêcher le créancier concerné d'agir sur les biens de l'entrepreneur (si la garantie est accordée par un tiers) ou sur les autres biens de l'entrepreneur (si cette garantie est une sûreté réelle portant sur un bien de l'entrepreneur). *Quid*, alors, si le créancier, en cas d'impayé, n'entendait pas mettre en œuvre la garantie ? Il ne pourrait y être contraint, car la réalisation d'une sûreté est un droit et nullement un devoir. Mais s'il voulait saisir un autre bien que celui donné en garantie, il devrait respecter la séparation des patrimoines résultant de l'affectation.

⁶² Il en va ainsi, par exemple, au sujet des "sûretés capables de répondre du loyer" que l'article 1752 du Code civil impose au "locataire qui ne garantit pas la maison de meubles suffisants". La Cour de cassation décide que les avantages procurés par la sûreté ne s'apprécient pas abstraitement, mais au regard de la situation de l'espère (Soc., 16 juil. 1955, *Gaz. Pal.* 1955, 2, 199).

⁶³ Cf. C. civ., art. 2317 à 2320. Pour des exemples de cautionnements légaux ou judiciaires, cf. not. C. civ., art. 277, 601 et C. proc. civ., art. 517.

⁶⁴ L'emploi de la notion de "constitution", dans l'article L. 526-12, alinéa 3, confirme que la garantie aura nécessairement une source conventionnelle.

⁶⁵ Le délai de constitution des garanties devrait être précisé par le juge.

⁶⁶ Cf. 2e Partie.

⁶⁷ Sur cette question, cf. l'intervention d'A. Aynès.

Il convient d'en déduire que, lorsque le juge ordonne la constitution de garanties, l'opposition n'est pas pleinement admise, puisque l'affectation devrait rester opposable au créancier décidant de ne pas mettre en œuvre la garantie. A côté des équations simples, rejet de l'opposition = opposabilité de la déclaration aux créanciers antérieurs et admission de l'opposition par remboursement des créanciers antérieurs = inopposabilité de la déclaration d'affectation, il existe donc une voie intermédiaire, plus complexe, en cas de constitution de garanties suffisantes au profit du créancier antérieur opposant.

Le quatrième alinéa de l'article L. 526-12 renferme, en outre, une dernière équation : non respect de la décision ordonnant le remboursement ou la constitution de garanties⁶⁸ = inopposabilité de la déclaration aux créanciers dont l'opposition a été admise. Cette inopposabilité implique que le gage du créancier concerné⁶⁹ restera général, autrement dit que ce 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 de l'entrepreneur.

En résumé, la déclaration d'affectation est opposable aux créanciers postérieurs si l'EIRL a bien respecté les formalités générales et spéciales de publicité imposées par les articles L. 526-7 à L. 526-11. A l'égard des créanciers antérieurs, la déclaration d'affectation est opposable : si le formalisme des articles L. 526-7 à L. 526-11 est observé ; si cette opposabilité est mentionnée dans la déclaration ; si le créancier antérieur a été personnellement informé par l'entrepreneur de l'affectation et de son droit d'y former opposition, et ce dans les conditions fixées par le décret du 29 décembre 2010 ; si ce créancier n'a pas formé opposition ou bien si son opposition a été judiciairement rejetée ou encore si le juge a ordonné la constitution de garanties et que celles-ci ont été effectivement conclues.

L'opposabilité de la déclaration d'affectation aux créanciers, postérieurs et surtout antérieurs, est donc subordonnée à de nombreuses et diverses conditions. Il faut se réjouir de l'existence de ces exigences, nécessaires à la sauvegarde de la transparence, de l'information et de la protection des créanciers, partant du crédit de l'entrepreneur lui-même. Il est permis de déplorer, en revanche, les annonces trompeuses qui ont pu accompagner la création du nouveau statut d'EIRL⁷⁰ et les présentations officielles exagérément louangeuses qui continuent d'en être faites⁷¹. En particulier, la simplicité de constitution et la plus grande souplesse du nouveau dispositif par rapport à la création d'une personne morale distincte de l'entrepreneur - une EURL - sont des leurres⁷². Comment pourrait-il en aller autrement, d'ailleurs, alors que la plupart des règles entourant la constitution du patrimoine affecté ont été empruntées au droit des sociétés ? "Il est donc illusoire de s'enorgueillir de l'absence de création de personne morale : le formalisme et la lourdeur sont liés à la constitution d'un patrimoine indépendant et l'absence de personnalité morale n'y change rien"⁷³. A l'aune des conditions de mise en place du patrimoine affecté et de son opposabilité aux différents créanciers de l'EIRL, on peut dès lors douter de la pertinence de cette institution dont l'originalité par rapport à celles existantes est contestable. De surcroît, nombre de dispositions de la loi du 15 juin 2010 étant lacunaires et équivoques, les difficultés d'interprétation risquent d'entraver l'adoption du nouveau statut. Reste à se demander si l'opposabilité de la déclaration d'affectation aux créanciers est susceptible de produire des effets bénéfiques tels que les entrepreneurs individuels se tourneront néanmoins massivement vers ce nouveau mode d'exercice professionnel.

II/ Des effets réellement limités

Après avoir énoncé les conditions de l'opposabilité de la déclaration d'affectation aux créanciers, selon la date de naissance de leurs créances, l'article L. 526-12 expose les effets de l'opposabilité en s'attachant cette fois à la nature et à l'origine des créances. Selon son sixième alinéa, ces effets sont définis "par dérogation aux articles 2284 et 2285 du Code civil". Bien que peu éclairante pour des

⁶⁸ Sous-entendu, dans le délai et les conditions fixés par la décision statuant sur l'opposition.

⁶⁹ L'inopposabilité est bien individuelle ici et non pas profitable à l'ensemble des créanciers antérieurs.

⁷⁰ Cf. dossier législatif préc. et, particulièrement, l'étude d'impact accompagnant le projet de loi initial du 27 janvier 2010.

⁷¹ Cf. www.eirl.fr, le site officiel, sous l'égide, notamment, du Ministère de l'économie, des finances et de l'industrie.

⁷² Des auteurs sont encore plus sévères en parlant de "calamité" (F-X Lucas, *EIRL, de la fausse bonne idée, à la vraie calamité*, Bull. Joly avril 2010), de "petite escroquerie intellectuelle" (Ph. Pétel, *L'adaptation des procédures collectives à l'EIRL*, JCP E 2011, 1071), d'"usine sans gaz" (G. Teboul, *L'entrepreneur individuel à responsabilité limitée : une usine sans gaz ?*, Gaz. Pal. 23 juin 2010).

⁷³ F. Pérochon, *L'efficacité des mécanismes de prévention des risques : l'EIRL*, Rev. proc. coll. nov. 2010, dossier 5.

néophytes, cette expression est pourtant essentielle puisqu'elle délimite le champ des effets de l'opposabilité et, par conséquent, l'étendue de l'efficacité du nouveau statut d'EIRL. L'expression "par dérogation aux articles 2284 et 2285 du Code civil" implique, effectivement, une distinction entre, d'une part, les créanciers chirographaires, dont le gage général consacré par ces articles se trouve restreint par la déclaration d'affectation et, d'autre part, les créanciers qui peuvent exercer des poursuites sur d'autres fondements que le simple droit de gage général contre leur débiteur, qui ne vont pas pâtir des atteintes portées à ce droit. Dit autrement, la déclaration d'affectation opposable vient limiter le gage général des créanciers chirographaires (A), mais laisse intacts, en revanche, les droits des créanciers garantis (B). Les sûretés étant sauves, il sera nécessaire de nuancer les bienfaits attendus de la constitution d'un patrimoine affecté à la vie professionnelle, à savoir la protection du patrimoine personnel des entrepreneurs individuels et l'incitation à la création d'entreprise censée en résulter.

A/ Dérogation au droit de gage général des créanciers chirographaires

L'effet essentiel de l'opposabilité de la déclaration d'affectation aux créanciers de l'EIRL réside dans la limitation de leur droit de gage général. L'article L. 526-12, alinéa 6, l'impose et le nouvel article 22-2 de la loi du 9 juillet 1991, issu de l'ordonnance du 9 décembre 2010, l'exprime de manière quelque peu redondante en énonçant qu'"en cas de saisie à l'encontre d'un débiteur entrepreneur individuel à responsabilité limitée, celle-ci ne peut porter que sur le ou les biens sur lesquels le créancier a un droit de gage général tel que défini par les dispositions de l'article L. 526-12 du code de commerce". Il importe de préciser, d'abord, quelles sont les conséquences de la "dérogation aux articles 2284 et 2285 du Code civil" (1) et, ensuite, quelle est la portée de cette limitation du gage général des créanciers chirographaires (2).

1- Conséquences de la "dérogation aux articles 2284 et 2285 du Code civil"

"Par dérogation aux articles 2284 et 2285 du Code civil :

1° 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 à laquelle le patrimoine est affecté ont pour seul gage général le patrimoine affecté ;

2° Les autres créanciers auxquels la déclaration est opposable ont pour seul gage général le patrimoine non affecté".

Les créanciers chirographaires de l'EIRL, auxquels la déclaration d'affectation est opposable, ne peuvent donc plus saisir tous les "biens mobiliers et immobiliers, présents et à venir" (art. 2284) de leur débiteur. Le "gage commun" (art. 2285) sur l'unique patrimoine du débiteur est remplacé par un gage restreint à l'un des deux patrimoines de l'entrepreneur, affecté ou non affecté, en fonction de l'origine de la créance, professionnelle ou personnelle. En apparence, les conséquences de la dérogation aux articles 2284 et 2285 du Code civil et, par là même, à la théorie classique de l'unicité du patrimoine, sont donc simples. En réalité, elles soulèvent un certain nombre de questions et de difficultés, tant du côté de l'entrepreneur (a), que de ses créanciers professionnels (b) ou personnels (c), sur lesquelles il convient d'insister.

a- Conséquences pour l'entrepreneur

Le but du cloisonnement des patrimoines résultant de la déclaration d'affectation réside dans la protection du patrimoine personnel des entrepreneurs individuels, notamment pour limiter les conséquences juridiques excessives de leur faillite. Il doit permettre, "à la manière des portes étanches de certains navires, de cantonner le naufrage à un seul patrimoine pour mieux sauver le capitaine"⁷⁴ et sa famille. Le statut d'EIRL pourrait avant tout séduire les entrepreneurs individuels qui ont déjà une activité et souhaitent limiter leur responsabilité. S'il en allait ainsi, le nombre de transformations d'entreprises individuelles ou d'EURL pourrait être supérieur à celui des véritables créations d'entreprises, alors que c'est l'effet inverse qui a présidé à la mise en place du nouveau statut⁷⁵.

⁷⁴ R. Mortier, *EIRL recherche cobayes*, Droit des sociétés, n° 8, août 2010, repère 8.

⁷⁵ D'ici fin 2012, 100 000 entrepreneurs feraient le choix du statut d'EIRL. Ce chiffre prévisionnel devrait recouvrir 60 000 créations d'entreprises, 35 000 transformations d'entreprises individuelles et 5 000 transformations d'EURL (chiffres cités par F. Roussel et Ph. Van Steenlandt, *La loi Novelli du 15 juin 2010, le droit français de l'entreprise à l'heure du XXI^e siècle*, JCP N n° 42, 22 oct. 2010, p. 1327.

Par ailleurs, "le nouveau dispositif pourrait se révéler très attractif pour des professionnels qui n'ont guère besoin de crédit mais sont exposés, occasionnellement, à une très lourde responsabilité civile en cas de faute ou autre manquement contractuel générateur d'un dommage. On songe ici aux professions libérales (...): avocats, experts comptables, anesthésistes, gynécologues, etc."⁷⁶. Les clauses exonératoires ou même seulement limitatives de responsabilité stipulées au profit de ces professionnels sont pourchassées, tant par le législateur, que par la jurisprudence⁷⁷. Or, ce qui est actuellement devenu très difficile par voie conventionnelle, est dorénavant accessible, avec une extrême simplicité, par voie unilatérale : affectez à votre activité professionnelle, pour les uns, une robe noire, deux codes et trois manuels, ou, pour les autres une blouse blanche, une table d'examen et une paire de bottes d'accouchement, et le tour sera joué, vous aurez, à quelques centaines d'euros, limité les conséquences concrètes de votre responsabilité"⁷⁸. Si notre droit n'y gagne certainement pas en cohérence, la majorité des professionnels libéraux optant pour le régime de l'EIRL n'y gagneront peut-être pas non plus, en réalité, en sécurité. La raison en est que la possibilité qu'il leur est désormais offerte de limiter unilatéralement leur responsabilité risque de conduire à "une élévation du minimum des plafonds de garantie dans les assurances de responsabilité civile professionnelle obligatoire avec, en conséquence évidemment, des augmentations de primes"⁷⁹. Le cloisonnement des patrimoines est donc susceptible d'engendrer des effets pervers à l'encontre des entrepreneurs que la loi de 2010 cherche au contraire à protéger.

b- Conséquences pour les créanciers professionnels

L'article L. 526-12 distingue les effets de l'opposabilité de la déclaration d'affectation selon l'origine de la créance. Concernant les créanciers "dont les droits sont nés à l'occasion de l'exercice de l'activité professionnelle à laquelle le patrimoine est affecté", ils "ont pour seul gage général le patrimoine affecté" (art. L. 526-12, 1^o). Avant d'apprécier cette limitation, l'identification de ces créanciers mérite quelques précisions.

Il peut s'agir aussi bien de créanciers postérieurs que de créanciers antérieurs à l'enregistrement de la déclaration d'affectation, dès lors que celle-ci leur est opposable dans les conditions détaillées précédemment. Ce qui importe ici, c'est l'origine professionnelle de la créance, plus précisément le lien avec l'activité professionnelle dont l'objet est inscrit dans la déclaration (art. L. 526-8, 2^o). Certaines créances répondent manifestement à ce critère, comme les salaires des employés, les factures des fournisseurs, les cotisations et contributions sociales, ou encore les indemnités sanctionnant des agissements ayant trait à l'exercice de l'activité professionnelle concernée. La qualification et le régime des créances qui ne sont qu'en partie professionnelles, tel le crédit d'acquisition d'un véhicule utilisé également à des fins personnelles, posent, en revanche, de réelles difficultés. "Les créances mixtes figurent-elles, à due concurrence, au passif de chacun des patrimoines ? Ou bien seulement à celui du patrimoine affecté, puisqu'elles sont nées, serait-ce pour partie, à l'occasion de l'activité et que la loi n'en requiert pas davantage ?"⁸⁰. Cette seconde interprétation conduirait à "dilater à l'excès le passif du patrimoine affecté"⁸¹. Mieux vaut lui préférer une répartition proportionnelle entre les deux patrimoines, par exemple au prorata des utilisations effectives du bien acheté à crédit, même si, il faut bien le reconnaître, la mise en œuvre de cette solution ne serait pas toujours aisée.

Le recouvrement des créances totalement ou partiellement professionnelles, par mise en œuvre du seul droit de gage général, devra être opéré uniquement sur le patrimoine affecté, à l'exclusion des biens non affectés qui échappent aux créanciers chirographaires professionnels. Ceux-ci ne souffriront pas forcément de la séparation des patrimoines, car, corrélativement, ils ne seront pas en concours avec les créanciers personnels sur les biens affectés. Ainsi, "chaque créancier, s'il perd en étendue d'assiette de gage, gagne en qualité puisqu'il se trouve débarrassé de la concurrence des créanciers garantis sur

⁷⁶ L. Leveneur, *L'EIRL, ou le triomphe paradoxal de la limitation de responsabilité par voie unilatérale !*, CCC août 2010.

⁷⁷ En jurisprudence, cf. la "saga Chronopost". En législation, cf. le décret n° 2009-302 du 18 mars 2009, qui liste les clauses abusives dans les contrats conclus entre des professionnels et des non-professionnels ou des consommateurs, en distinguant celles qui sont irréfragablement présumées abusives, donc interdites (clauses noires), et celles qui sont présumées abusives, sauf preuve contraire rapportée par le professionnel (clauses grises). Les clauses exonératoires ou limitatives de responsabilité figurent parmi les clauses noires (C. consom., art. R. 132-1, 6^o).

⁷⁸ L. Leveneur, art. préc.

⁷⁹ D. Martin, art. préc.

⁸⁰ F. Pérochon, *Les patrimoines de l'EIRL*, Rev. proc. coll. janv. 2011.

⁸¹ F. Pérochon, *ibid.*

l'autre gage du même débiteur"⁸². En réalité, le risque le plus sérieux d'atteinte aux droits des créanciers chirographaires professionnels, auxquels la déclaration d'affectation est opposable, réside dans la composition même du patrimoine affecté.

L'efficacité de leur droit de poursuite dépendra, en premier lieu, de la manière dont les juges résoudront les contestations portant sur la nécessité ou l'utilité des biens pour l'activité professionnelle exercée, au sens de l'article L. 526-6, alinéa 2⁸³. Ces difficultés d'interprétation seront d'ailleurs accrues à compter du 1er janvier 2013, date à laquelle un même entrepreneur pourra constituer autant de patrimoines affectés qu'il exercera d'activités différentes⁸⁴.

L'efficacité du droit de gage limité des créanciers du patrimoine affecté dépendra, en deuxième lieu, de l'évolution de ce patrimoine en cours d'activité. Si l'entrepreneur acquiert de nouveaux biens, les créanciers professionnels n'en profiteront pas automatiquement. La raison en est que l'affectation au patrimoine professionnel dépend de la volonté de l'entrepreneur et du respect de diverses formalités. L'emprise de la volonté de l'EIRL et l'imprévisibilité qui en résulte pour ses créanciers professionnels sont également flagrantes à l'égard de l'emploi des revenus issus de l'activité exercée. En effet, l'article L. 526-18 autorise l'entrepreneur à déterminer les "revenus" (et non les seuls bénéfiques) qu'il verse dans son patrimoine non affecté. Cette faculté est certes indispensable, en pratique, pour permettre à l'entrepreneur de vivre et de faire vivre sa famille. Mais elle "constitue le talon d'Achille du patrimoine affecté et de l'entreprise correspondante"⁸⁵, puisque l'entrepreneur risque d'assécher la trésorerie par des ponctions excessives et de limiter davantage encore le gage de ses créanciers professionnels. Comme les différents partenaires de l'EIRL ne peuvent donc pas être rassurés par la perspective de croissance de leur débiteur, "le résultat est perdant-perdant : le créancier n'a plus de sécurité, le débiteur n'a plus de crédit"⁸⁶. Le subjectivisme dans la composition des deux patrimoines pourrait donc finalement se retourner contre l'entrepreneur qu'il est au contraire censé protéger.

En troisième lieu, l'efficacité du droit de poursuite des créanciers chirographaires professionnels pourra être entravée par la présence, au sein du patrimoine affecté, de biens indivis⁸⁷. Effectivement, les créanciers professionnels dont la créance ne résulterait, ni de la conservation, ni de la gestion de biens indivis, devraient être assimilés à des créanciers personnels de l'indivisaire. Or, en vertu de l'article 815-17, alinéas 2 et 3, du Code civil, de tels créanciers ne peuvent saisir les biens indivis, ni même la part de leur débiteur ; ils peuvent seulement provoquer le partage au nom de celui-ci. Faute pour l'article L. 526-12 de déroger expressément au droit commun de l'indivision, il faut considérer que l'affectation de biens indivis ne saurait conférer aux créanciers professionnels dont la créance ne se rattache pas à ces biens le droit de les saisir⁸⁸. Le gage de ces créanciers serait donc encore plus limité que l'article L. 526-12 ne le laisse entrevoir.

En quatrième et dernier lieu, l'exercice du droit de poursuite des créanciers professionnels pourra être compliqué par la présence d'immeubles affectés partiellement⁸⁹, puisqu'alors la partie professionnelle sera le gage des créanciers professionnels et la partie domestique sera le gage des créanciers personnels. On imagine sans mal les difficultés que la mise en œuvre de cette solution occasionnera, tant d'ailleurs pour les créanciers professionnels que personnels.

c- Conséquences pour les créanciers personnels

Le cloisonnement patrimonial établi par la loi du 15 juin 2010 pour soustraire les biens personnels au gage des créanciers professionnels de l'EIRL est bilatéral, puisque, selon l'article L. 526-12, 2°, "les autres créanciers auxquels la déclaration est opposable ont pour seul gage général le patrimoine non affecté".

⁸² E. Dubuisson, *op. cit.* Dans le même sens, cf. not. B. Dondero, *L'EIRL, ou l'entrepreneur fractionné*, JCP 2010, p. 1274 ; B. Saintourens, *L'entrepreneur individuel à responsabilité limitée*, Rev. sociétés 2010. 351.

⁸³ Sur ces difficultés, cf. intervention de L.-C. Henry.

⁸⁴ Art. 14, II, de la loi du 15 juin 2010.

⁸⁵ F. Pérochon, *L'efficacité des mécanismes de prévention des risques : l'EIRL*, Rev. proc. coll. nov. 2010, dossier 5.

⁸⁶ E. Dubuisson, *L'EIRL et son crédit*, RLDA oct. 2010, 53.

⁸⁷ Sur le formalisme spécial que requiert l'article L. 526-11 en cas d'affectation de biens indivis, cf. *supra*.

⁸⁸ En ce sens, cf. not. I. Dauriac et Cl. Grare, *Projet d'Entreprise Individuelle à Responsabilité Limitée (EIRL) : L'enjeu pour la famille*, Defrénois 2010, art. 39096, p. 819 ; A.-M. Leroyer et J.-F. Pillebout, *EIRL et droit des régimes matrimoniaux*, in EIRL, Litec, coll. Droit 360°, sous la dir. de F. Terré, 2011 ; F. Vauvillé, *Commentaire de la loi du 15 juin 2010 relative à l'EIRL*, Defrénois 2010, p. 1649.

⁸⁹ Sur cette faculté, prévue par l'article L. 526-9, cf. *supra*.

Qui sont ces créanciers ? Il peut s'agir, aussi bien de créanciers postérieurs, que de créanciers antérieurs au dépôt de la déclaration d'affectation, dès lors que celle-ci leur est opposable dans les conditions fixées par la loi et son décret d'application du 29 décembre 2010. Le critère de qualification déterminant réside dans l'origine de leur créance : elle ne doit pas résulter de l'activité professionnelle à laquelle les biens sont affectés. Cela recouvre les créances ayant une origine domestique, telles les dettes ménagères, les dettes de l'époux entrepreneur envers ses enfants (obligation alimentaire) ou son conjoint (contribution aux charges du mariage, prestation compensatoire, créance de participation aux acquêts...). Sont en outre concernées les créances résultant d'une activité professionnelle distincte de celle pour laquelle l'entrepreneur, pluriactif, a effectué une déclaration d'affectation patrimoniale.

Ces divers créanciers ont pour seul gage le "patrimoine non affecté". Il renferme tout ce que l'entrepreneur n'a pas décidé d'affecter, tant *ab initio*, qu'*a posteriori*, tels les revenus que l'entrepreneur retire de l'activité professionnelle s'il décide de les verser dans son patrimoine non affecté (art. L. 526-18). Rappelons qu'il comprend, en outre, les immeubles qui n'auraient pas été affectés dans les conditions imposées par l'article L. 526-9⁹⁰, ainsi que les biens communs ou indivis à l'égard desquels les formalités de l'article L. 526-11 n'auraient pas été respectées⁹¹ et encore, dans les limites fixées par l'article L. 526-10, les biens affectés d'une valeur supérieure à 30 000 euros qui auraient fait l'objet d'une surévaluation⁹².

Il convient de préciser que la saisie des comptes afférents au patrimoine non affecté d'un EIRL ne saurait priver celui-ci d'"une somme à caractère alimentaire d'un montant égal au montant forfaitaire, pour un allocataire seul, mentionné à l'article L. 262-2 du code de l'action sociale et des familles" (nouvel article 47-1 de la loi du 9 juillet 1991, issu de l'ordonnance du 9 décembre 2010), c'est-à-dire correspondant au revenu de solidarité active. Seuls les créanciers personnels de l'EIRL voient leur gage limité par ce "reste à vivre", qui ne saurait être invoqué en cas de saisie des comptes relatifs au patrimoine affecté.

Patrimoine non affecté et patrimoine affecté de l'EIRL ont donc une composition et un régime différents. Cette dualité patrimoniale et la limitation du droit de poursuite qui en résulte pour les créanciers s'imposent-elles en tout état de cause dès lors que les conditions d'opposabilité de la déclaration d'affectation sont réunies ou bien existe-t-il des cas de restauration de l'unicité patrimoniale et du droit de gage général ? Autrement dit, quelle est la portée de la dérogation aux articles 2284 et 2285 du Code civil ?

2- Portée de la dérogation

La loi du 15 juin 2010 a prévu le décloisonnement, total ou partiel, des patrimoines de l'EIRL dans diverses hypothèses. La plupart visent à sanctionner l'instrumentalisation de l'affectation par l'entrepreneur aux fins d'organisation de son insolvabilité. Tel est le cas de la fraude ou du manquement grave aux règles relatives à la composition du patrimoine affecté ou aux obligations comptables et bancaires (article L. 526-12, alinéa 9), des manœuvres frauduleuses ou de l'inobservation grave et répétée de la législation fiscale ou de la sécurité sociale (articles L. 273 B du Livre des procédures fiscales et L. 133-4-7 du Code de la Sécurité sociale) ou encore de la surévaluation des biens affectés dans les conditions de l'article L. 526-10. Il existe, par ailleurs, un cas de décloisonnement qui est étranger à l'idée de sanction de l'entrepreneur. Il s'agit de l'extension du droit de gage général de ses créanciers personnels sur "le bénéfice réalisé (...) lors du dernier exercice clos", "en cas d'insuffisance du patrimoine non affecté" (article L. 526-12, dernier alinéa). Toutes ces hypothèses de décloisonnement légal des patrimoines⁹³ montrent que la séparation patrimoniale découlant de la constitution d'un patrimoine d'affectation n'est nullement plus absolue que celle résultant de la création d'une personne morale. On trouve là une raison supplémentaire de douter de l'utilité du nouveau statut d'EIRL. Ce doute est d'autant plus légitime que le retour au principe du droit de gage général sur l'ensemble des biens de l'entrepreneur pourrait procéder, outre de la loi, de diverses manifestations de volonté. Trois exemples peuvent en être donnés.

Le premier concerne les créanciers antérieurs. L'opposabilité de la déclaration d'affectation à leur égard repose sur la volonté de l'entrepreneur, qui doit, d'une part, la mentionner expressément dans la

⁹⁰ Cf. *supra*.

⁹¹ Cf. *supra*.

⁹² Cf. *supra*.

⁹³ Développées dans l'intervention de V. Cuisinier.

déclaration initiale et, d'autre part, en informer individuellement chacun de ses partenaires dont la créance est née avant l'enregistrement de la déclaration⁹⁴. Pour que le gage de l'ensemble ou de certains créanciers antérieurs soit maintenu sur tous les biens de l'entrepreneur, affectés ou non affectés, il suffit donc que celui-ci n'accomplisse pas les formalités prévues par l'article L. 526-12, alinéa 2. Il est probable qu'il en ira souvent ainsi lorsque l'EIRL aura besoin de solliciter de nouveaux crédits auprès de ses anciens créanciers, fournisseurs ou établissements bancaires.

Le deuxième exemple concerne encore les créanciers antérieurs. La question se pose de savoir si, dans les contrats conclus entre ceux-ci et un entrepreneur individuel, pourrait être stipulée une clause en vertu de laquelle la constitution d'un patrimoine d'affectation, dans les conditions de la loi du 15 juin 2010, emporterait la déchéance du terme et un remboursement immédiat. Ce type de clause est expressément admis par l'article L. 236-14, alinéa, 5, en cas de fusion de la société débitrice avec une autre société. Dès lors que l'article L. 526-12 reprend les conditions d'opposabilité aux créanciers antérieurs énoncées par cet article L. 236-14⁹⁵, sauf en ce qui concerne la clause dérogatoire envisagée, faut-il néanmoins admettre une extension analogique ou, au contraire, considérer que l'absence d'alignement sur ce point manifeste implicitement la volonté des auteurs de la loi de 2010 d'interdire ladite clause ? Cette seconde interprétation pourrait l'emporter, car la clause de déchéance du terme en cas de constitution d'un patrimoine d'affectation risquerait, dans le cas contraire, de devenir de style et de compromettre ainsi l'efficacité du nouveau régime en présence de créanciers antérieurs. Il appartiendra toutefois à la jurisprudence de répondre à cette question, qui lui sera certainement posée.

Le troisième exemple de manifestation de volonté contrecarrant la séparation des patrimoines intéresse, cette fois, tous les créanciers de l'EIRL auxquels la déclaration d'affectation est opposable. Il s'agit de la renonciation par l'entrepreneur au cloisonnement en faveur d'un ou plusieurs créanciers déterminés, antérieurs comme postérieurs, qui profiteraient alors d'un retour aux principes énoncés par les articles 2284 et 2285 du Code civil. La validité d'une telle renonciation *in favorem* est discutée⁹⁶. En effet, l'article L. 526-15 envisage la renonciation de l'entrepreneur, mais à l'affectation dans son ensemble, c'est-à-dire comme mode d'extinction du statut d'EIRL, et non au cloisonnement patrimonial en faveur de certains créanciers seulement, c'est-à-dire comme mode d'extension du gage des créanciers. De plus, l'esprit de la loi du 15 juin 2010 paraît s'opposer à une telle renonciation, car la protection du patrimoine personnel de l'EIRL, que cette loi a recherchée avant tout, resterait lettre morte si la renonciation à la compartimentation des patrimoines se généralisait à la demande des créanciers les plus influents de l'entrepreneur. Pour toutes ces raisons, on peut estimer que la renonciation d'affectation *in favorem* devrait être privée d'effet⁹⁷. D'autres arguments militent, à l'inverse, en faveur de son efficacité. D'une part, cette renonciation contredit certes la séparation entre les deux patrimoines, affecté et non affecté de l'entrepreneur, mais cette séparation est loin d'être étanche, de par la volonté même de la loi. D'autre part, le même débat a eu lieu au sujet de la déclaration d'insaisissabilité, qui constitue également, en principe, une "dérogation aux articles 2284 et 2285 du Code civil" (art. L. 526-1), et la loi de modernisation de l'économie du 4 août 2008 y a mis fin en consacrant la possibilité de renoncer à cette déclaration "au bénéfice d'un ou plusieurs créanciers" professionnels postérieurs (art. L. 526-3). Dès lors, "il se pourrait bien qu'une disposition identique soit prise demain en matière d'EIRL, tant il est vrai qu'il serait regrettable que l'incertitude en la matière conduise à imposer une renonciation globale"⁹⁸. Si une nouvelle loi venait ainsi consacrer la renonciation *in favorem*, elle devrait en organiser la publicité (par exemple, par mention sur le registre auprès duquel la déclaration d'affectation a été déposée), afin que les créanciers non bénéficiaires en soient informés.

⁹⁴ Cf. *supra*.

⁹⁵ Cf. *supra*.

⁹⁶ Contre l'admission de cette renonciation, cf. not. Cl. Champaud et D. Danet, *Petites et moyennes sociétés et entrepreneurs à responsabilité limitée au regard des besoins de financements et des pratiques bancaires*, RTD com. 2010, p. 365 ; E. Dubuisson, *op. cit.* ; A-M Leroyer, *Entrepreneur individuel à responsabilité limitée, Loi n° 2010-658 du 15 juin 2010*, RTD civ. 2010, p. 632 ; B. Mallet-Bricout, art. préc. ; D. Martin, art. préc. ; J. Prieur et D. Coiffard, *Le patrimoine professionnel affecté : l'EIRL*, JCP N 2010, n° 51, 1390.

⁹⁷ En revanche et évidemment, "il ne faudrait pas qu'une telle renonciation soit vue comme le manquement (visé par l'article L. 526-12, al. 9) à l'autonomie des patrimoines entraînant la disparition de la séparation des patrimoines pour tous les créanciers !" (B. Dondero, *L'EIRL, ou l'entrepreneur fractionné*, JCP 2010, p. 1274).

⁹⁸ F. Vauvillé, art. préc.

Il existe donc bien diverses exceptions volontaires à la dérogation au droit de gage général inscrite dans l'article L. 526-12, qui permettent aux créanciers de l'EIRL de ne pas pâtir de la constitution d'un patrimoine d'affectation.

Il est important de souligner que les créanciers de l'EIRL peuvent sortir indemnes de l'opération par une autre voie encore, à savoir s'ils sont également créanciers du conjoint de l'entrepreneur commun en biens. Tel est le cas lorsque les époux sont codébiteurs solidaires en vertu, soit d'une loi⁹⁹, soit d'une stipulation conventionnelle. Le créancier bénéficiaire de la solidarité pourra alors "toujours poursuivre les biens communs et les biens propres du conjoint, indépendamment de l'existence d'un patrimoine d'affectation pour les époux mariés sous un régime communautaire"¹⁰⁰. Les clauses de solidarité entre époux, déjà très fréquentes en pratique, aussi bien lorsque les deux sont intéressés à la dette que lorsque "l'affaire pour laquelle la dette a été contractée solidairement ne concernait que l'un des coobligés solidaires" (C. civ. art. 1216¹⁰¹), devraient donc se multiplier. Les biens communs pourront être saisis dans un autre cas de figure encore, celui de la coexploitation conjugale de l'entreprise individuelle en nom. En effet, si le conjoint du chef d'entreprise ayant opté pour le statut d'EIRL y exerce une activité professionnelle en tant que collaborateur ou salarié, mais qu'il accomplit, en réalité, des actes de commerce de façon habituelle et indépendante, il pourra être considéré comme un commerçant de fait. "C'est alors du chef de (ce) conjoint coexploitant que les créanciers professionnels de l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée retrouveront dans leur gage l'ensemble de la fortune familiale"¹⁰².

La dérogation aux articles 2284 et 2285 du Code civil qu'emporte la déclaration d'affectation faite par l'EIRL a donc, finalement, une portée tout à fait relative à l'égard de ses créanciers chirographaires, dont le gage peut se trouver étendu par de très nombreux biais.

A l'égard des créanciers titulaires d'une sûreté, la déclaration d'affectation produit moins d'effets encore, puisque l'opposabilité de cette déclaration n'implique pas la remise en cause des droits des créanciers garantis.

B/ Sauvegarde des droits des créanciers garantis

L'article L. 526-12, on l'a vu, énonce les conditions d'opposabilité aux créanciers postérieurs ou antérieurs, sans distinguer la nature de leur créance, chirographaire ou garantie par une sûreté. Au contraire, les effets de l'opposabilité sont dictés par cette nature, puisque l'article L. 526-12 prévoit une dérogation aux articles 2284 et 2285 du Code civil, c'est-à-dire au seul droit de gage général sur l'ensemble des biens du débiteur, sans porter atteinte, en revanche, aux sûretés susceptibles de conforter le paiement des créanciers de l'EIRL. Deux catégories de sûretés se trouvent ainsi préservées : d'une part, les sûretés nées avant le dépôt de la déclaration d'affectation, quelle que soit leur source (1) ; d'autre part, les sûretés légales naissant postérieurement (2)¹⁰³.

1- Sûretés antérieures

Dans l'avant-projet de loi d'avril 2009 relatif à l'entreprise à patrimoine affecté¹⁰⁴, une disposition, réservait le "droit des créanciers du déclarant titulaires d'un droit de suite attaché à une sûreté publiée antérieurement à la déclaration d'affectation". Dans les textes qui ont suivi, cette précision, pourtant essentielle, a été supprimée. Toutefois, l'idée de sauvegarder les sûretés nées avant l'enregistrement de la déclaration d'affectation n'a pas disparu. A plusieurs reprises au cours des travaux préparatoires de

⁹⁹ Par exemple, selon l'article 1691 *bis* du Code général des impôts, les époux (ainsi que les partenaires liés par un pacte civil de solidarité) sont tenus solidairement au paiement de l'impôt sur le revenu, lorsqu'ils font l'objet d'une imposition commune, et de la taxe d'habitation, lorsqu'ils vivent sous le même toit. En vertu de l'article 220 du Code civil, les époux sont également codébiteurs solidaires des dettes "qui ont pour objet l'entretien du ménage ou l'éducation des enfants".

¹⁰⁰ S. Piedelièvre, art. préc.

¹⁰¹ Sur cette figure originale de solidarité passive sans intéressement du débiteur à la dette, cf. not. M. Bourassin, V. Brémond et M.-N. Jobard-Bachelier, *Droit des sûretés*, Sirey, 2e éd., 2010, n° 697 et s.

¹⁰² I. Dauriac et Cl. Grare, art. préc.

¹⁰³ Ne seront pas envisagées les sûretés conventionnelles postérieures que des créanciers professionnels pourraient prendre sur des biens affectés ou que des créanciers personnels pourraient prendre sur des biens non affectés, qui ne soulèvent pas de difficultés particulières. Ne seront pas non plus étudiées les sûretés conventionnelles postérieures qu'un créancier pourrait demander sur un bien dépendant d'un patrimoine sur lequel il n'a pas de gage général, qui soulèvent au contraire de vifs débats, puisque l'intervention d'A. Aynès leur est entièrement consacrée.

¹⁰⁴ <http://www.lesechos.fr/medias/2009/0204//300326983.pdf>

la loi du 15 juin 2010, il a en effet été affirmé que "l'acte de séparation du patrimoine ne remet pas en cause les sûretés préexistantes pour les différents créanciers, professionnels ou personnels"¹⁰⁵. Il est dommage que cette solution de bon sens, seule à même de respecter le droit constitutionnel de propriété des créanciers titulaires de sûretés, ne figure pas expressément dans l'article L. 526-12, à l'image de l'article 2025, alinéa 1er, du Code civil qui énonce les effets de la création du patrimoine fiduciaire d'affectation en réservant le droit de suite attaché à une sûreté publiée avant la conclusion du contrat de fiducie.

Il n'en reste pas moins que toutes les sûretés antérieures sont préservées, qu'elles soient conventionnelles, légales ou judiciaires, qu'elles garantissent une créance professionnelle ou personnelle et quels que soient les droits qu'elles confèrent à leurs titulaires.

S'agissant des sûretés réelles grevant les biens de l'entrepreneur, elles pourront être réalisées par le créancier bénéficiaire impayé selon l'une des trois voies de droit commun¹⁰⁶, sans que puisse lui être opposée l'appartenance du bien grevé au patrimoine sur lequel il n'a pas de droit de gage général. Par ailleurs, en cas de cession par l'EIRL du bien objet de la sûreté, le créancier titulaire de celle-ci pourra exercer son droit de suite contre le tiers acquéreur dans les conditions de droit commun. Remarquons que la constitution du patrimoine affecté ne constitue pas une cession ouvrant l'exercice de ce droit de suite, puisque l'entrepreneur reste propriétaire de l'ensemble des biens, affectés comme non affectés. Le créancier bénéficiaire d'une sûreté réelle née avant le dépôt de la déclaration d'affectation conserve donc intactes les prérogatives attachées à cette sûreté. S'il est privilégié, ce créancier n'en demeure pas moins titulaire du droit de gage général des articles 2284 et 2285 du Code civil. Les sûretés réelles viennent effectivement renforcer le droit de gage général, sans le supprimer. Cela emporte deux conséquences importantes. En premier lieu, si le créancier n'entendait pas mettre en œuvre sa sûreté¹⁰⁷, il ne pourrait poursuivre les biens de l'entrepreneur que dans le respect du cloisonnement patrimonial prévu par l'article L. 526-12, alinéas 7 et 8, dès lors que la déclaration d'affectation lui serait bien opposable. En second lieu, si le prix de vente du bien grevé ou si la valeur de ce bien attribué au créancier judiciairement ou sur le fondement d'un pacte comissoire était inférieur au montant de la créance garantie, le créancier (gagiste, hypothécaire ou privilégié) conserverait sa créance pour le solde, mais seulement en qualité de chirographaire, de sorte que, pour le paiement de ce solde, la limitation du droit de gage général résultant de la création du patrimoine affecté lui serait opposable. Pour ces deux raisons au moins, il est donc essentiel que les formalités d'opposabilité de la déclaration d'affectation soient accomplies à l'égard des créanciers antérieurs titulaires de sûretés réelles sur les biens de l'entrepreneur.

Concernant les sûretés réelles qui ne confèrent pas un droit de préférence, mais un droit exclusif sur un ou plusieurs biens du débiteur, c'est-à-dire les propriétés-sûretés, elles échappent naturellement aux restrictions de l'article L. 526-12. En effet, tant les biens transférés à un créancier à titre de garantie (dans le cadre d'une fiducie-sûreté nommée ou innommée), que les biens dont la propriété est retenue par le créancier à titre de garantie (sur le fondement d'un contrat de crédit-bail ou d'une clause de réserve de propriété), ne sauraient figurer dans le patrimoine affecté, même s'ils sont nécessaires à l'exercice de l'activité professionnelle de l'entrepreneur, car ce dernier n'en n'est plus ou pas encore titulaire (condition posée par l'article L. 526-6). En cas de non paiement, le créancier utilisera son droit absolu et exclusif de propriété pour être désintéressé (soit en acquérant la libre disposition du bien cédé à titre de garantie, soit en revendiquant le bien retenu à titre de garantie) et, à cette occasion, la limitation de son droit de gage général sera parfaitement indifférente.

Dans le même ordre d'idée, il convient de remarquer qu'un droit de rétention exercé par un créancier de l'entrepreneur avant que celui-ci ne constitue un patrimoine affecté demeurera efficace après le

¹⁰⁵ A. Trassy-Paillogues, 2e séance de l'AN du 17 février 2010. Dans le même sens : "en tout état de cause les sûretés antérieurement constituées (ne sont) pas remises en causes par l'affectation" (Rapport n° 362 déposé le 24 mars 2010 par J.-J. Hyest).

¹⁰⁶ La vente du bien grevé en vue de l'exercice du droit de préférence sur le prix de vente ; l'attribution judiciaire ; la mise en œuvre un pacte comissoire.

¹⁰⁷ A condition que cette liberté ne soit pas restreinte par une règle de subsidiarité imposant au créancier de ne poursuivre la vente de biens non garantis, en vertu de son droit de gage général, qu'en cas d'insuffisance des biens sur lesquels porte sa sûreté (cf. C. civ., art. 2192, al. 2).

dépôt de la déclaration d'affectation¹⁰⁸, et ce même si le bien retenu ne fait pas partie de ceux sur lesquels le créancier rétenteur dispose désormais d'un droit de gage limité, tout simplement parce que la garantie¹⁰⁹ que constitue le droit de rétention ne repose nullement sur le droit de gage général, mais sur la détention, en principe effective, d'un bien.

S'agissant des sûretés réelles prises sur les biens d'un tiers garant, elles ne sont évidemment pas perturbées par l'opposabilité de la déclaration d'affectation, dont les effets sont circonscrits aux relations existant entre l'EIRL et ses créanciers. Il en va de même au sujet des sûretés personnelles, puisque le droit de gage général du créancier contre le garant n'est pas concerné par la dérogation inscrite dans l'article L. 526-12, qui ne s'applique qu'au droit de gage général à l'encontre de l'entrepreneur lui-même, débiteur principal de la dette cautionnée. Notons, en revanche, que si le tiers garant *solvens* exerce un recours en remboursement contre l'entrepreneur garanti, il risque de se heurter à la limitation du droit de gage général de l'article L. 526-12, car il agira alors, en principe, en qualité de créancier chirographaire. Il en ira cependant autrement si la déclaration d'affectation ne lui est pas opposable, ce qui risque d'être fréquemment le cas dans la mesure où l'on peut craindre que nombre d'entrepreneurs, dans l'ignorance de la jurisprudence décidant que la créance de la caution *solvens* prend naissance à la date de son engagement et non à la date de son paiement¹¹⁰, n'auront pas personnellement informé leur caution de la constitution du patrimoine d'affectation, dans les formes et délai imposés par le décret du 29 décembre 2010. Si, au contraire, la déclaration d'affectation était opposable au garant *solvens*, celui-ci pourrait néanmoins échapper au cloisonnement patrimonial s'il avait lui-même garanti son recours en remboursement contre l'entrepreneur, soit par une sûreté réelle portant sur un bien de celui-ci (sûreté réelle antérieure échappant aux limitations de gage imposées par l'article L. 526-12), soit par une sûreté personnelle, tel un sous-cautionnement.

Les sûretés antérieures à l'enregistrement de la déclaration d'affectation, quelles que soient leur nature et leur origine, sont donc, pour l'essentiel, à l'abri des perturbations qu'occasionne cette déclaration pour les créanciers non garantis. Qu'en est-il des sûretés naissant postérieurement de par la seule volonté de la loi ?

2- Sûretés légales postérieures

Certaines créances naissant après la constitution du patrimoine d'affectation, que ce soit à l'occasion de l'activité professionnelle de l'EIRL ou non, vont être automatiquement garanties si elles présentent une "qualité" à laquelle une loi attache l'existence d'un privilège¹¹¹. Une question importante se pose alors : les créanciers postérieurs bénéficiant de plein droit d'un privilège vont-ils devoir cantonner leurs poursuites sur les biens, soit du patrimoine affecté, soit du patrimoine non affecté, selon l'origine professionnelle ou personnelle de leur créance, ou bien pourront-ils saisir n'importe quel bien de l'entrepreneur ?

A l'égard des privilèges spéciaux, mobiliers¹¹² ou immobiliers¹¹³, le problème ne devrait pas se poser, puisque c'est la loi elle-même qui désigne les biens sur lesquels ces privilèges particuliers peuvent être exercés et parce qu'il existera, normalement, une adéquation entre l'origine professionnelle de la créance et l'appartenance des biens objets du privilège au patrimoine affecté¹¹⁴ et, corrélativement, une

¹⁰⁸ Cette déclaration peut tout à fait prévoir l'affectation de biens retenus par un créancier, puisque, même si l'entrepreneur n'en a pas la détention matérielle au moment de l'accomplissement des formalités constitutives, il n'en demeure pas moins pleinement propriétaire.

¹⁰⁹ Selon la Cour de cassation, le droit de rétention est une garantie et non une sûreté (Cass. com 20 mai 1997, *Bull. civ. IV*, n° 141 ; 9 juin 1998, *Bull. civ. IV*, n° 181 ; 21 mars 2006, n° 04-19794).

¹¹⁰ Cass. com. 16 juin 2004, *Bull. civ. IV*, n° 123.

¹¹¹ C. civ., art. 2324 : "Le privilège est un droit que la qualité de la créance donne à un créancier d'être préféré aux autres créanciers, même hypothécaires".

¹¹² L'article 2332 du Code civil en fournit une longue liste, à laquelle il faut ajouter tous ceux qui ont été institués par des textes particuliers. Il s'agit, notamment, des privilèges du bailleur d'immeuble (art. 2332, 1°), du vendeur de meubles (art. 2332, 4°), du conservateur (art. 2332, 3°), du transporteur (C. com., art. L. 133-7), du commissionnaire (C. com., art. L. 132-2) ou encore du vendeur de fonds de commerce (C. com., art. L. 141-5).

¹¹³ Enumérés par l'article 2374 du Code civil, ils profitent aux vendeurs d'immeuble, aux syndicats de copropriété, aux prêteurs de deniers destinés à l'acquisition d'un immeuble, aux copartageants, aux architectes, entrepreneurs et ouvriers, aux créanciers successoraux et aux créanciers personnels de l'héritier, aux accédants à la propriété et enfin à l'Etat et aux communes pour le recouvrement des créances résultant de mesures de lutte contre l'habitat insalubre et dangereux.

¹¹⁴ Par exemple, les créances d'un transporteur, d'un commissionnaire ou d'un vendeur de fonds de commerce naissent à l'occasion de l'exercice de l'activité professionnelle et les privilèges qui s'y rapportent grèvent des biens nécessaires ou à tout

adéquation entre l'origine personnelle de la créance et l'appartenance des biens grevés au patrimoine non affecté¹¹⁵.

La question de l'assiette des saisies pratiquées par un créancier privilégié concerne en revanche les privilèges portant sur l'ensemble du patrimoine mobilier du débiteur (privilèges généraux mobiliers¹¹⁶), voire sur l'ensemble de son patrimoine, mobilier et immobilier (privilèges pleinement généraux¹¹⁷). Comme ces privilèges recouvrent, en tout ou en partie, l'assiette du droit de gage général des articles 2284 et 2285 du Code civil, leur exercice doit-il se trouver perturbé lorsque le droit de gage général l'est lui-même à la suite de la constitution d'un patrimoine affecté par un entrepreneur individuel ? En faveur d'une réponse positive, peut être avancée l'idée défendue par certains auteurs selon laquelle "le privilège général participe simplement de la nature du droit de gage général, dont il n'est qu'une modalité"¹¹⁸. Autrement dit, le privilège général donnerait le droit d'être payé par préférence en cas de concours sur les biens du débiteur, mais ne modifierait pas l'assiette du droit de gage général, de sorte que la limitation de cette assiette par le cloisonnement des patrimoines de l'EIRL obligerait le créancier privilégié à respecter cette compartimentation¹¹⁹. Nous ne sommes pas convaincus par cette analyse. En effet, même si les privilèges généraux présentent une indéniable originalité quant à leur régime (caractère occulte, opposabilité limitée), on peut à l'inverse considérer qu'ils n'en restent pas moins des privilèges, c'est-à-dire des droits réels, que seule la loi peut consacrer et qui viennent s'ajouter au droit de gage général, qui a au contraire une nature personnelle¹²⁰. En adoptant cette seconde conception des privilèges généraux, le cloisonnement patrimonial résultant de la constitution d'un patrimoine d'affectation ne devrait pas entraver l'exercice de ces privilèges sur n'importe quel bien de l'entrepreneur (pour les privilèges pleinement généraux) ou sur n'importe lequel de ses meubles (pour les privilèges généraux mobiliers). On constate, en tout cas, que la controverse relative à la nature juridique des privilèges généraux pourrait cesser d'être "confinée au plan purement spéculatif"¹²¹ et enfin recevoir, dans le cadre du nouveau régime de l'EIRL, une réponse pratique. En dehors de la conception que l'on peut retenir des privilèges généraux, le décloisonnement des patrimoines en faveur des créanciers postérieurs bénéficiaires de ces privilèges pourrait être fondé sur la réponse apportée à un autre débat, à savoir celui relatif aux sûretés conventionnelles prises par un créancier sur l'autre patrimoine. Effectivement, si ces sûretés conventionnelles devaient être admises, comme y invitent d'ailleurs la majorité des commentateurs de la loi du 15 juin 2010 et les travaux préparatoires de cette loi eux-mêmes, *a fortiori* faudrait-il reconnaître que les privilèges généraux puissent être exercés sur des biens appartenant au patrimoine sur lequel le créancier n'a pas de droit de gage général. Il y aurait donc un nouveau décloisonnement patrimonial au bénéfice de créanciers garantis.

le moins utiles à cette activité ; si un bien affecté à l'activité professionnelle fait l'objet de réparations, la créance de conservation qui en résulte a une origine également professionnelle.

¹¹⁵ Par exemple, si un immeuble, acquis après la constitution du patrimoine affecté, n'est pas expressément versé dans ce patrimoine par l'entrepreneur, il appartiendra au patrimoine personnel et les créances afférentes à cette acquisition auront, elles aussi, une origine personnelle ; les créances résultant d'un bail à usage d'habitation ont une origine personnelle et le privilège du bailleur d'immeuble devra porter sur des biens non affectés, puisque, selon la jurisprudence, ne sauraient être grevés par ce privilège les meubles qui n'ont pas de rapport direct avec l'occupation des lieux loués.

¹¹⁶ A côté des privilèges mobiliers généraux énumérés par l'article 2331 du Code civil (par exemple, le privilège des frais funéraires et le privilège de fourniture de subsistance), deux privilèges portant également sur l'ensemble du patrimoine mobilier du débiteur jouent un rôle considérable, en pratique. Il s'agit du privilège de la Sécurité sociale et des organismes de prévoyance (CSS, art. L. 243-4 et s.), d'une part, et des très nombreux et divers privilèges du Trésor énoncés dans le Code général des impôts, d'autre part.

¹¹⁷ Il s'agit du privilège des frais de justice (C. civ., art. 2331, 1° et 2375, 1°), du privilège des salaires (C. civ., art. 2331, 4° et 2375, 2° et, dans le cadre d'une procédure collective, du privilège de conciliation (C. com., art. L. 611-11), du privilège de la procédure (C. com., art. L. 622-17 et L. 641-13), du super-privilège des salariés (C. com., art. L. 625-8), dans les droits desquels l'AGS peut être subrogée (C. trav., art. L. 3253-6 à L. 3253-18-9).

¹¹⁸ M. Cabrillac, Ch. Mouly, S. Cabrillac et Ph. Pétel, *Droit des sûretés*, 9e éd., 2010, n° 649 et les auteurs qui sont cités dans le même sens.

¹¹⁹ En ce sens, sans que la nature des privilèges généraux n'ait été toutefois invoquée, cf. F. Pérochon, *L'efficacité des mécanismes de prévention des risques : l'EIRL*, Rev. proc. coll. nov. 2010 : "seuls les créanciers chirographaires ou titulaires de privilèges généraux (on songe évidemment à l'AGS, dont le taux de récupération devrait encore baisser) feront alors les frais de la limitation de leur gage, sans diminution corrélative du risque effectivement supporté par l'exploitant".

¹²⁰ En faveur de cette conception des privilèges généraux, cf. not. J. Mestre, E. Putman et M. Billiau, *Droit commun des sûretés réelles*, LGDJ, 1996, n° 138.

¹²¹ M. Cabrillac, Ch. Mouly, S. Cabrillac et Ph. Pétel, *op. cit.* n° 649.

En résumé, les conditions de l'opposabilité de la déclaration d'affectation aux créanciers de l'EIRL sont bien plus difficiles à remplir que l'article L. 526-12, alinéas 1er à 5, ne le laisse entrevoir et les effets de cette opposabilité sont finalement assez restreints, les alinéas 7 et 8 ne dérogeant qu'au droit de gage général, et non aux sûretés, et la dérogation aux articles 2284 et 2285 du Code civil ayant elle-même une portée limitée. Nous ne pouvons qu'en conclure, comme beaucoup d'autres avant nous, que la protection du patrimoine personnel de l'EIRL est essentiellement un leurre et que les avantages véritables de ce nouveau statut sont ailleurs, c'est-à-dire dans ses effets fiscaux, comptables et sociaux. Etait-il vraiment besoin, pour atteindre ces résultats, de sacrifier la théorie du patrimoine et son corollaire, le droit de gage général ?