



Remise du rapport de Xavier DE ROUX
La création d'un patrimoine d'affectation

à

Hervé NOVELLI

Secrétaire d'Etat chargé du Commerce, de l'Artisanat,
Des Petites et Moyennes Entreprises, du Tourisme et des Services

Mercredi 5 novembre 2008

LA CREATION D'UN PATRIMOINE D'AFFECTATION

Xavier DE ROUX

Par lettre du 18 juillet 2008, Madame le Ministre de l'Economie, Madame le Garde des Sceaux et Monsieur le Secrétaire d'Etat à l'Artisanat et au Commerce m'ont demandé de procéder :

- à une évaluation de la situation patrimoniale actuelle de l'entrepreneur individuel ;
- à l'analyse des difficultés qui seraient posées par la création d'un patrimoine d'affectation réservé à cet entrepreneur, qu'il soit commerçant ou artisan ;
- et à un examen des solutions juridiques de nature à permettre de les surmonter.

1. L'entrepreneur individuel, qu'il soit artisan, commerçant, ou qu'il exerce une activité libérale, est **celui qui possède et exploite son entreprise.**

Il existe en France 2 352 800 PME de moins de 250 salariés dont 1 211 200 n'emploient aucun salarié*.

* Source : *Les chiffres clés des PME, Ed. 2008, Ministère de l'Economie*

Elles exercent leurs activités dans les domaines les plus divers et ce nombre a tendance à augmenter d'une part parce que la création d'entreprises a été fortement encouragée par les politiques gouvernementales successives menées depuis 1993, notamment dans le domaine de la simplification du droit commercial, et d'autre part parce que les délocalisations massives d'entreprises de main d'œuvre ont conduit beaucoup d'anciens salariés à créer leur propre activité.

En 2007, 295 516 entreprises nouvelles sont nées, et on constate que l'entreprise individuelle peut prendre des formes juridiques très différentes. En effet, une entreprise peut être possédée et exploitée par une même personne, mais peut choisir aussi bien le nouveau statut d'auto-entrepreneur que celui de personne morale comme une EURL, voire une société anonyme simplifiée. Elle peut encore être une société fictive comme une SARL dont en réalité, toutes les parts sont entre les mains d'un seul entrepreneur.

En 2007, la moitié des créateurs d'entreprises ont choisi l'activité individuelle, 35 % la SARL, 11 % l'EURL et 2 % la SAS. La raison de ces choix n'apparaît pas très clairement et ils ne sont pas toujours rationnels.

L'article 2284 du Code civil instituant **un gage général des créanciers** sur le patrimoine du débiteur, **la forme sociétale** a pour objet de distinguer du patrimoine de l'entrepreneur, le patrimoine affecté à son activité, qui ne doivent pas être mêlés ou confondus sous peine de sanctions dont la première est de n'être plus à l'abri des poursuites des créanciers ...

Le législateur a expressément prévu cette séparation en instituant par une loi du 11 juillet 1985 la société unipersonnelle à responsabilité limitée (EURL)* pour restreindre les risques encourus par les entrepreneurs individuels qui, faute d'avoir recours à la personnalité morale, sont tenus des dettes de leur entreprise sur la totalité de leur patrimoine, alors que l'unique associé de l'EURL ne doit supporter les dettes sociales qu'à concurrence du montant de ses apports.

* Loi n°85-697 du 11 juillet 1985

Rappelons qu'à l'époque, le législateur a fait fi de la doctrine qui soutenait qu'il ne pourrait y avoir de société, c'est-à-dire de personne morale, s'il n'y avait pas au moins deux associés. Le législateur a estimé qu'il fallait mettre le droit en conformité avec la réalité en évitant le recours aux sociétés fictives composées de prête-noms.

Déjà lors de la discussion de cette loi, la question du patrimoine d'affectation consistant à séparer le patrimoine de l'entrepreneur pour en affecter une partie à l'activité de son entreprise sans création de personnalité morale a été longuement débattue. Le législateur de 1985 a écarté cette solution en la trouvant « extrêmement compliquée »*.

L'EURL, objet de la loi, semblerait une bien meilleure réponse.

En effet, c'est une société à responsabilité limitée. Elle est soumise à toutes les règles applicables à cette forme de société. Elle permet une transmission des parts aux héritiers, et donc de respecter le principe d'égalité sans évaluation compliquée d'un fonds de commerce. Elle impose une gestion comptable et financière. Cependant, beaucoup d'entrepreneurs individuels estiment que les obligations qui en découlent – tel le dépôt annuel des comptes au Tribunal de Commerce ou la tenue d'un registre des décisions – constituent une sorte d'obstacle culturel et psychologique freinant l'initiative.

D'ailleurs, la société ne peut ni consentir un prêt à l'associé unique, ni garantir ses activités personnelles.

Ils estiment surtout que la limitation de responsabilité de l'associé unique au montant de ses apports est illusoire en raison des garanties que demandent les créanciers, au premier plan desquels, les banques.

D'un **point de vue fiscal**, l'EURL détenue par une personne physique est soumise au régime fiscal des sociétés de personnes. Les bénéfices sociaux sont donc directement imposables à l'impôt sur le revenu, mais elles peuvent opter pour l'impôt

* JO, déb. AN 12.04.1985, p. 142 ; JO déb. AN 19.06.1985, p. 1734

sur les sociétés, et sur **le plan social**, l'associé unique sera soumis comme un entrepreneur individuel au régime de protection des travailleurs non salariés.

L'EURL n'a pas eu le succès escompté. 5 % seulement des 2 352 000 PME existantes empruntent la forme de l'EURL, tandis que les entreprises individuelles représentent 58,2 % du total*.

2. La question se pose donc de savoir si une opération d'affectation de patrimoine à l'activité sans création d'une personne morale supportant ce patrimoine est de nature à apporter une réponse aux demandes des professionnels.

Les Chambres de Métiers insistent pour que l'affectation du patrimoine à une activité ne puisse se faire uniquement par la création d'une personne morale. Elles estiment que l'entreprise « *sous la forme individuelle est le mode d'accès à l'entrepreneuriat le plus aisé* » et qu'au nom de la liberté d'entreprendre il convient de ne créer aucune forme de discrimination, notamment fiscale, entre les différentes formes d'activités.

Les Chambres de Métiers souhaitent deux mesures essentielles :

- une séparation du patrimoine personnel et du patrimoine professionnel,
- une fiscalité et des charges sociales basées uniquement sur le revenu du professionnel tiré des bénéfices de l'entreprise.

Elles estiment que la possibilité donnée à une personne physique, et donc à l'entrepreneur individuel, de constituer une fiducie ne trouve pas d'application concrète dans l'activité normale d'une entreprise artisanale et ne saurait remplacer le patrimoine d'affectation tel qu'il est demandé.

* Toutefois, en 2007, 11% des entreprises nouvelles ont choisi l'EURL, ce qui représente un progrès

3. Avant d'examiner la faisabilité de l'affectation d'un patrimoine à une activité sans création d'une personne morale, on peut toutefois souligner que l'utilisation rationnelle du droit des sociétés, et notamment l'application de la loi du 11 juillet 1985 instituant l'EURL, permet de résoudre l'essentiel du problème posé. La mission des Chambres des Métiers est d'assurer par un minimum de pédagogie la formation des candidats à l'installation artisanale. Cette formation devrait comporter un minimum de notions de droit et de comptabilité. Elle pourrait être complétée – ce qui existe parfois – par une aide au choix de la forme juridique à utiliser, et par une mise en ligne des formalités à accomplir, qui pour une EURL sont réduites à la plus simple expression, si l'on veut bien ne pas y ajouter une complexité inutile.

Au Tribunal de Commerce de Paris, le Greffe permet la création d'une EURL sous quarante huit heures dès lors que les statuts sont déposés. Il se trouve qu'aucune pédagogie favorisant l'EURL n'a été faite depuis la publication de la loi de 1985.

Or, une EURL peut se faire **sans capital minimum**, elle peut avoir **son siège** au domicile de l'associé unique, sans désormais l'exigence d'un bail commercial ; elle peut être domiciliée dans les bureaux d'une autre entreprise ou même dans les bureaux d'une société de domiciliation. Enfin, l'article L.210-2 du Code de Commerce impose que soient seulement indiqués dans les statuts, outre la forme, la durée, le siège, l'objet et le montant du capital, la raison sociale choisie et l'évaluation de l'apport en nature, s'il existe.

Mais cette simplification des formalités du droit des sociétés reste largement ignorée ; les derniers débats parlementaires lors de la loi sur la modernisation de l'économie l'ont une fois de plus montré. En effet, les mêmes demandes ont été faites et les mêmes amendements déposés que lors de la discussion de la loi Jacob-Dutreil sur les PME ou de la loi Breton sur la confiance et la modernisation de l'économie.

Or, ces textes contiennent justement les dispositions simplificatrices du droit faites pour faciliter la création d'entreprises. Il est parfois étonnant de constater qu'il y a peu de liens entre l'effet et la cause et que l'objet du texte est oublié par le législateur lui-même.

4. Pour que l'affectation d'un patrimoine à une activité soit bien la solution à un problème incontestablement existant, encore faut-il que les formalités soient plus simples et plus efficaces que celles nécessaires à la création d'une personne morale réalisant cette séparation du patrimoine.

Il est certain qu'un entrepreneur individuel, commerçant ou artisan, simplement inscrit au Registre du Commerce ou au Répertoire des Métiers, engage la totalité de son patrimoine dans son activité et parfois sans en avoir une très claire conscience. Peu d'entrepreneurs individuels usent de la faculté de rendre insaisissable l'immeuble dans lequel ils résident et dont ils ont la propriété* .

Une défaillance professionnelle peut donc signifier la ruine de l'entrepreneur et de sa famille. Or, cette défaillance ne provient pas simplement de risques exagérés, d'erreurs ou de faute de gestion qui doivent être assumés, mais aussi d'évènements sur lesquels l'entrepreneur a peu de prise.

C'est le cas des entreprises de sous-traitance qui dépendent de leurs donneurs d'ordre dont la solvabilité est mise en cause ou qui rompent leurs contrats. C'est le cas des entreprises qui doivent faire face à l'insolvabilité d'un client, à un événement accidentel ou plus simplement à l'interruption de l'accès au crédit soit parce que l'entreprise a une croissance trop rapide et que ses besoins de financement liés aux investissements nécessaires ne sont plus trouvés, soit parce que les comptes de l'entreprise n'offrent pas aux banques les ratios nécessaires à l'obtention d'un crédit, qui risquent d'ailleurs, vu les circonstances actuelles, de devenir une denrée rare !

* Loi du 1^{er} août 2003 sur l'initiative économique

Certes, là encore, le droit commercial a fait des progrès récents et la loi « de sauvegarde des entreprises »* a créé des outils pour mieux mettre à l'abri l'activité économique, mais les commerçants et les artisans ne sont pas toujours informés des procédures qui seraient susceptibles de les mettre sous protection de justice et qui ont plutôt tendance à les alarmer !

Cette fragilité des petites entreprises très faiblement capitalisées constatée par le nombre de défaillances rend également fragile l'ensemble du patrimoine de l'entrepreneur, et donc sa sécurité matérielle et morale et celle de sa famille.

On comprend, dès lors, que la limitation de sa responsabilité soit pour lui un sujet essentiel. Créer de nouveaux instruments de cette limitation peut sembler tentant, pour autant qu'ils n'apparaissent pas plus complexes que ceux existants déjà.

L'affectation du patrimoine à une activité peut donc être envisagée pourvu que cette affectation soit simple, et sa simplicité est parfois difficile à faire vivre.

5. L'affectation d'un patrimoine à une activité peut apparaître comme un facteur de sécurité et de limitation du risque entrepreneurial.

La faible capitalisation des entreprises françaises est un fait ; leur faible dotation en capitaux dès leur création est une réalité. Ce phénomène s'explique peut-être justement par la confusion entretenue entre le patrimoine de l'entrepreneur et son activité. En effet, puisque le créancier a pour gage l'ensemble du patrimoine, pourquoi dès lors capitaliser spécialement une entreprise, c'est-à-dire une activité ? L'accès au crédit pour l'entrepreneur est à ce prix là.

La solvabilité d'une entreprise, en effet, c'est évidemment d'abord une valeur calculable, mais c'est aussi une valeur irrationnelle, ou à tout le moins subjective, tenant à la qualité de l'entrepreneur, à ce que l'on appelle « sa surface ».

* Loi du 26 juillet 2005

Les besoins de fonds propres de l'entreprise sont par nature mesurables puisqu'il s'agit de la fraction des capitaux nécessaires à son fonctionnement et des fonds pouvant absorber les pertes. Toutefois, le niveau de fonds propres affectés à une entreprise dépend de facteurs très variables, dont le premier est évidemment la nature de l'activité selon qu'il s'agit d'une activité à haute ou à faible intensité capitalistique.

Séparer les patrimoines signifie affecter les capitaux nécessaires à l'entreprise, puisqu'un élément subjectif de solvabilité va disparaître qui est justement le patrimoine personnel de l'entrepreneur. Cela signifie aussi créer une comptabilité propre à l'activité exercée qui sera la base d'une fiscalité propre à l'activité.

Cela nous conduit à l'idée chère aux parlementaires qui ont déposé des amendements dans le sens de la création d'une entreprise individuelle à responsabilité limitée*.

6. Peut-on, en droit, permettre d'affecter des biens à une activité professionnelle et opter pour une fiscalité reposant sur une comptabilisation de ces activités ?

La société n'est pas la seule technique d'organisation de l'entreprise, mais personne morale, elle est évidemment le meilleur outil pour affecter des biens, des capitaux, des droits et des obligations à une activité déterminée par son objet.

Peut-on affecter des biens, des capitaux, des droits à une activité sans créer une personne morale mais en les isolant dans son propre patrimoine ?

En droit, la question a été largement débattue. Certes, le principe de l'unicité du patrimoine semblait assez bien ancré en droit français qui a longtemps répugné à

* Cf. Maître Frédéric Roussel, *De la fiducie à l'entreprise individuelle à responsabilité limitée (EIRL)*, semaine juridique n°37, 12 septembre 2008, 1282

l'idée qu'une universalité de droits ou d'obligations ne soit pas attachée à une personne.

La théorie de l'unicité du patrimoine a été développée au XIX^{ème} siècle à partir d'une interprétation de l'ancien article 2092 du Code civil qui dispose « *quiconque s'est obligé personnellement est tenu de remplir son engagement sur tous ses biens mobiliers et immobiliers, présents et à venir* »*.

Messieurs Aubry et Rau ont défini alors le patrimoine comme « *l'ensemble des biens d'une personne envisagé comme formant une universalité de droits* ». Selon eux « *l'idée du patrimoine se déduit directement de celle de la personnalité* ». Le patrimoine serait ainsi, comme la personnalité, une et indivisible.

Cette thèse a longtemps été admise par la jurisprudence et enseignée dans nos facultés. Laissés en tête du Livre quatrième du Code civil « Des sûretés » créé par la réforme du 23 mars 2006, les articles 2284 et 2285 du Code civil ont repris sans changement les anciens articles 2092 et 2093 créant le gage général.

Ce droit de gage constitue simplement la norme à laquelle toute sûreté déroge, et la réforme de mars 2006, modernisant les sûretés du droit français, en a augmenté l'autonomie et la diversité.

En effet, le lien entre la personne et l'universalité des droits correspond de moins en moins à la réalité économique et sociale.

Il y a bien longtemps que le droit anglo-saxon, comme d'ailleurs de nombreux droits continentaux, ont reconnu une existence propre à un ensemble de biens : le trust ou la fondation. La création d'un trust ou d'une fondation, affectant des biens ou des droits à un objet, peut avoir pour but d'établir une sûreté, de conserver un patrimoine ou de le transmettre.

* L'article 2092 est devenu en 2006 l'article 2284 du Code civil, sans changement de rédaction.

On peut s'interroger sur la résistance du législateur français à l'introduction de la fiducie dans notre droit qui est aujourd'hui chose faite. Était-il guidé par la peur de violer les principes supérieurs d'égalité instaurés par la Révolution, comme l'égalité devant l'héritage et l'interdiction du droit d'aînesse, ou plus simplement était-il guidé par la crainte de favoriser l'évasion fiscale ? Il est toujours difficile de sonder la raison des peuples ; toujours est-il que désormais, en droit positif français, la fiducie organise bien l'affectation du patrimoine du constituant.

Mais très tôt, la thèse d'Aubry et Rau a été combattue. Il suffit de constater qu'un patrimoine peut exister sans l'existence d'une personne... Et notamment au décès de cette dernière. Certes, selon le vieil adage « le mort saisit le vif », mais l'acceptation d'une succession sous bénéfice d'inventaire fait qu'un patrimoine existe avec ses droits et ses obligations avant d'être intégré au patrimoine des héritiers, ou à défaut avant d'être liquidé. Accepté sous bénéfice d'inventaire par l'héritier, le patrimoine du défunt reste le gage des créanciers puisque l'héritier n'est tenu de ses dettes que dans les limites de l'actif successoral.

Dans ses « Leçons de droit civil », le Professeur Michel de Juglart reprenant l'œuvre d'Henri Léon et Jean Mazeaud écrit déjà en 1965 (5^{ème} édition, 1^{er} volume, p. 325) : « *il serait souvent souhaitable qu'un commerçant puisse n'affecter à son entreprise qu'une masse de biens déterminée de façon à préserver pour la sécurité de sa famille une fraction de son capital contre les risques d'une faillite* », et il ajoutait « *du moment que des biens sont affectés à un but particulier, ils forment nécessairement un tout qui doit pouvoir vivre une vie juridique commune* ».

Et Michel de Juglart fait remarquer **qu'il n'existe pas de principe supérieur de droit interdisant d'affecter des biens à une activité particulière** en leur appliquant les règles du patrimoine et notamment celles essentielles de la subrogation.

L'introduction de la fiducie en droit français est maintenant la preuve que ce droit n'a jamais exigé l'existence d'un lien entre la personne et le patrimoine, pas plus que le droit anglo-saxon d'ailleurs.

Cela signifie que l'on peut parfaitement affecter une masse de biens, un ensemble de droits et d'obligations à un but déterminé, et ce but déterminé peut parfaitement être une activité économique.

Dès lors, la théorie d'Aubry et Rau qui est elle-même datée **ne constitue pas un principe supérieur de droit auquel le législateur ne pourrait pas déroger.**

Il est cependant évident que la création d'un droit permettant d'affecter une partie d'un patrimoine à une activité nécessite la modification de l'article 2284 du Code civil puisque l'obligation de l'entreprise est bien celle personnelle de l'entrepreneur. Il conviendrait d'écrire « *Sauf affectation spéciale d'une partie du patrimoine à une activité, quiconque est obligé ...* ».

Une autre solution pourrait consister à doter l'activité d'une personnalité à laquelle on rattacherait les éléments du patrimoine transférés par l'entrepreneur, que ce soit en usufruit ou en pleine propriété. Cette nouvelle entité ressemblerait alors étrangement à une personne morale. La différence avec une EURL serait très faible si ce n'est que les règles d'une société commerciale ne seraient pas automatiquement applicables.

Certains auteurs, comme Maître Frédéric Roussel, défendent la création de l'entreprise individuelle à responsabilité limitée (EIRL)*.

* *Semaine Juridique déjà citée, n°37, 12 juin 2008*

UN PATRIMOINE LIÉ A L'ACTIVITÉ : L'ENTREPRISE

1. Peut-on utiliser la toute nouvelle fiducie pour faire vivre cette idée ?

L'introduction de la fiducie en droit français fait évidemment couler beaucoup d'encre, et son utilisation en droit de l'entreprise soulève bien des espoirs, d'autant qu'avec la loi sur la modernisation de l'économie le gouvernement a proposé au législateur qui l'a accepté une avancée très importante : la mise à disposition de la fiducie aux personnes physiques qui peuvent notamment s'en servir pour constituer des suretés.

D'un strict point de vue théorique, dans l'hypothèse de l'utilisation de la fiducie pour séparer un patrimoine, l'entrepreneur individuel est le constituant. Il abandonne donc la propriété fiduciaire des biens qu'il affecte à son activité. Il en conserve la jouissance pour continuer l'exploitation. Il peut en faire une sureté lui permettant l'accès au crédit.

La qualité de fiduciaire est réservée aux établissements de crédits et aux avocats. L'entrepreneur conservera donc l'exploitation de l'activité, le fiduciaire veillera à ce que le patrimoine fiduciaire garantisse bien les obligations contractées.

Mais ce mode de fonctionnement si nouveau n'est pas encore adapté à l'entrepreneur individuel qui estime que la création d'une EURL est d'un formalisme qui fait obstacle à son usage ! Par ses règles et son coût, la fiducie présente au moins les mêmes inconvénients et sera donc refusée pour les mêmes raisons. Ceci étant ce dispositif peut être utilisé, et il le sera certainement lorsque les professionnels manieront mieux ces notions.

Cependant, l'article 2025 du Code civil tel qu'il a été créé par la loi du 19 février 2007 constitue une difficulté importante. En effet, il dispose :

« en cas d'insuffisance du patrimoine fiduciaire, le patrimoine du constituant constitue le gage commun de ses créanciers, sauf stipulation contraire du contrat de fiducie mettant tout ou partie du passif à la charge du fiduciaire ».

Ce faisant, l'article 2025 rend perméable le patrimoine du constituant et cesse de le mettre à l'abri de ses créanciers. On peut donc craindre que la séparation des patrimoines n'ait lieu que très imparfaitement, et qu'ainsi la création d'un patrimoine autonome dédié à l'entreprise soit susceptible d'échouer. Il serait peut-être judicieux de revoir cette disposition.

En l'état, la complexité du système et la perméabilité du patrimoine qu'elles instituent conduisent à ne pas considérer la fiducie capable de résoudre aujourd'hui le problème posé.

2. Vers la création d'un patrimoine affecté à l'entreprise

L'entrepreneur va dédier à son activité un ensemble de moyens, matériels et financiers, qui constitueront le patrimoine professionnel de l'entreprise défini par son objet.

Dès l'abord se pose la question de savoir si le patrimoine rattaché à l'activité, et qui sera comptablement décrit dans le bilan et les comptes de résultat, devient indépendant de celui de son fondateur sans plus de lien avec la personne, ou s'il s'agit pour la même personne de posséder deux patrimoines, l'un personnel et l'autre professionnel.

(I) L'entreprise individuelle à responsabilité limitée

La question n'est pas simplement théorique puisque va se poser la question de **la propriété**. Si le patrimoine dépend de **l'activité**, et non plus de l'entrepreneur ou du fondateur, on invente un nouvel être juridique que certains qualifient « Entreprise individuelle à responsabilité limitée ».

Cet être nouveau va être susceptible d'être propriétaire d'un immeuble, d'un fonds de commerce, de matériel, et il va être débiteur d'obligations vis-à-vis des tiers. On ne voit pas ce qui le distingue alors d'une personne morale, sauf que la loi pourrait préciser que cette entreprise n'a pas la personnalité morale ; elle est une universalité titulaire de droits et d'obligations, susceptible d'être propriétaire.

Il conviendra donc de faire en sorte que les tiers et les cocontractants, qu'ils connaissent son objet et ses capacités financières, soient parfaitement informés de la personne avec laquelle ils contractent.

En conséquence de quoi, il conviendra de **l'immatriculer** au registre du commerce ou au répertoire des métiers, en précisant son objet, son siège, sa raison sociale, le montant et la nature des apports, sa création devra faire **l'objet d'une annonce légale**. Elle devra tenir une **comptabilité régulière** conforme au plan comptable, que ce soit le plan comptable général ou le plan comptable particulier à une activité s'il existe.

L'entreprise devra décrire son actif et son passif, établir chaque année un **bilan** et un **compte de résultat** conforme au code comptable ; clôturer ses comptes tous les douze mois, et les faire tenir éventuellement par un organisme de gestion agréé à défaut de comptable dédié.

Du point de vue fiscal :

Ces comptes pourraient être soumis à un régime normal des sociétés de personnes, comme l'EURL. Enfin, l'entrepreneur sera soumis aux prélèvements sociaux des travailleurs indépendants qui passeront en charge de l'entreprise.

On se rend compte très vite que les tenants de l'EURL ne font que réinventer l'EURL à laquelle ils aboutissent si l'on dote l'EURL de la personnalité morale et que l'on copie si l'on conserve simplement l'universalité des biens attachés à une activité.

En pratique, les formalités seront les mêmes, ou tout au moins comparables, et la sanction du non-respect de la forme sera l'inexistence de l'affectation du patrimoine, et donc le retour au droit commun.

(II) L'entrepreneur à patrimoine affecté

C'est donc vers la séparation du patrimoine de l'entrepreneur qu'il convient de revenir. La loi doit affirmer clairement qu'une personne peut avoir plusieurs patrimoines affectés à des buts différents. C'est ce que fait le droit allemand.

Michel de Juglart* affirmait « *C'est vers cette notion de patrimoine d'affectation, de patrimoine existant comme universalité dès qu'il est destiné à un but que devrait résolument se diriger notre droit* ».

* *Leçons de Droit civil – déjà cité*

Et il ajoute « *Dans le système français, la personne domine le droit : on ne conçoit pas un droit dont une personne ne serait pas titulaire. D'aucuns hésiteront donc à adopter la conception qui est celle du droit allemand, d'un **patrimoine sans maître**, et par suite de droits n'ayant pas une personne pour titulaire* » ...
« **il est en tout cas une réforme qui s'impose, celle du cloisonnement ou de la division du patrimoine : les droits dont une personne est titulaire doivent pouvoir constituer des masses de biens distincts ...** ».

Le statut de l'entrepreneur à patrimoine affecté serait justement cette réforme. L'entrepreneur serait propriétaire de deux patrimoines : le patrimoine général et celui spécialement affecté à l'exercice de son activité professionnelle.

- (1) L'affectation du patrimoine passe évidemment par une **déclaration** au Registre du Commerce ou au Répertoire des Métiers, voire au Registre de la propriété foncière, et à une publication légale, de façon à le rendre opposable aux tiers.
- (2) L'entrepreneur **sera propriétaire** des biens affectés à l'objet de l'entreprise qu'ils soient meubles ou immeubles.
- (3) L'entrepreneur établira une comptabilité retraçant les activités de l'entreprise, bilan et compte de résultats annuels conformes au plan comptable.
- (4) Les créanciers auront pour gage les actifs de l'entreprise tels qu'ils apparaissent à l'origine dans la déclaration puis tels qu'ils sont ensuite retracés dans les bilans.
- (5) L'entrepreneur sera soumis sur le plan fiscal à un régime réel d'imposition normal ou simplifié (BIC, BNC, BA) à moins que le législateur décide de lui appliquer le régime dont bénéficie aujourd'hui l'EURL.

(6) La responsabilité financière de l'entrepreneur sera limitée à l'actif du patrimoine affecté ; en cas de défaillance, seul le patrimoine affecté constituera le gage des créanciers, sauf évidemment faute de l'entrepreneur conformément au droit commun.

La difficulté sera de prévoir **une déclaration simple d'affectation de patrimoine**. Il sera nécessaire pourtant de publier le nom de l'entrepreneur, son adresse, l'objet de son activité, la nature et la consistance des biens affectés, puis ensuite chaque année, rendre public les comptes de façon à ce que les tiers puissent connaître l'évolution du patrimoine affecté puisqu'il s'agit de leur gage.

3. L'effet du statut de l'entrepreneur à patrimoine affecté sur son régime matrimonial

Deux cas de figures doivent être examinés.

(1) Le premier, c'est le cas où l'entrepreneur affecte son patrimoine avant d'entrer dans les liens du mariage.

Au jour du mariage, soit il choisit par contrat de mariage de conserver le patrimoine affecté en dehors de tout patrimoine commun, soit il choisit le **régime de la communauté légale**.

a) Le régime de séparation des biens :

Il n'existe pas de masse commune. Il existe entre les époux deux patrimoines indépendants. Les dettes de l'époux entrepreneur lui sont personnelles. Ses créanciers ne pourront pas poursuivre les biens de l'autre époux.

Toutefois, ce principe de séparation des patrimoines peut connaître certains tempéraments : un époux est engagé par les dettes contractées par son conjoint auquel il a donné mandat, **même tacite**, de gérer ses biens personnels, par ailleurs les époux peuvent décider d'acquérir ensemble un bien qui sera indivis.

Dans cette hypothèse, ce bien sera soumis au gage des créanciers des deux époux, dans la proportion de leurs droits.

Enfin, l'un des époux peut avoir une activité de fait dans l'entreprise de son conjoint et ce rôle peut être de nature à engager sa responsabilité sur son propre patrimoine.

En d'autres termes, celui des époux, entrepreneur, qui a décidé d'affecter des biens à une activité, devra être extrêmement prudent pour ne pas associer son conjoint à cette activité.

b) La participation aux acquêts :

La participation aux acquêts signifie que pendant la durée du régime, les patrimoines existants au jour du mariage restent séparés. A cette date, les dettes de l'époux entrepreneur lui sont personnelles et les biens de son conjoint sont protégés.

A la dissolution, les acquêts réalisés par chacun des époux sont évalués en vue de déterminer la créance de participation due par l'un des époux à l'autre en fonction de leur enrichissement réciproque dans le mariage.

Certes, les époux ont la faculté, en vertu de la liberté des conventions matrimoniales, de prévoir que les biens professionnels seront exclus de la composition de leur patrimoine. Ils peuvent également décider de ne pas exclure les biens professionnels mais de prévoir que la créance de participation ne pourra être supérieure à une valeur déterminée dans la mesure où l'exploitation serait bénéficiaire.

Il faudra qu'ils prennent soin, en tout état de cause, à ne pas créer d'indivision sur le patrimoine affecté. Nous risquerions alors de nous trouver devant une société de fait.

(2) Les mécanismes de protection commun à tous les régimes matrimoniaux

a) La protection du domicile familial :

En application de l'article L.526-1 du Code de commerce, dans sa rédaction issue de la loi 2008-776 du 4 août 2008, une personne physique immatriculée à un registre de publicité légale à caractère professionnel ou exerçant une activité professionnelle indépendante peut déclarer insaisissables ses droits sur l'immeuble où est fixée sa résidence principale ainsi que sur tout bien bâti ou non bâti qu'elle n'a pas affecté à son usage professionnel.

Cette déclaration n'a d'effet qu'à l'égard des créanciers dont les droits naissent postérieurement à la publication.

Il va donc de soi que l'affectation à l'activité de la résidence ou d'une partie de la résidence (garage, atelier, etc...) rend cette protection inopérante.

b) Protection du patrimoine de l'autre conjoint :

L'article 1387-1 du Code civil, issu de la loi n° 2 005-882 du 2 août 2005, prévoit que lorsque le divorce est prononcé, si des dettes ou des sûretés ont été consenties par les époux, solidairement ou séparément, dans le cadre de la gestion d'une entreprise, le Tribunal de Grande Instance **peut** décider d'en faire supporter la charge exclusive au conjoint qui **conserve le patrimoine professionnel** ou à défaut la qualification professionnelle ayant servi de fondement à l'entreprise.

L'affectation du patrimoine à une activité **par l'un** des conjoints devrait avoir le même effet que la constitution d'une EURL ou d'une SARL, c'est-à-dire constituer un écran avec le patrimoine personnel des époux et limiter la responsabilité de l'entrepreneur au montant de ses apports.

Toutefois, si les époux sont mariés sous le régime de la communauté, et que le patrimoine affecté n'a pas été exclu de la communauté par contrat, ce patrimoine affecté constitue un bien commun

L'article 1832-2 du Code civil impose à l'époux qui emploie des biens communs pour en faire un apport à une société d'en avertir son conjoint et de justifier de cet avertissement dans l'acte d'apport ou d'achat, et le conjoint peut solliciter que la moitié des parts achetées lui soient attribuées ; des garanties sur ces parts ne pourront être données qu'avec l'accord du conjoint.

Mais cette indivision ne va-t-elle pas constituer alors une société de fait entraînant la responsabilité financière du conjoint associé sur ses biens propres et sur les biens communs du couple non affectés à l'activité ? En cas de divorce, ces biens feront l'objet de l'actif de la communauté à partager, et il en sera de même en cas de décès.

La solution serait de prévoir dans la loi qu'en cas de biens communs, ils seront conjointement affectés à une activité, après publicité particulière, de sorte qu'aucun des apporteurs ne puisse être recherché séparément par les créanciers. Il n'en reste pas moins que la liquidation de la communauté pèsera nécessairement qu'elle qu'en soit la cause sur la pérennité des biens affectés, et donc sur l'activité elle-même.

Il conviendrait de prévoir une convention matrimoniale particulière permettant de trouver une solution en cas de survenance de cet événement.

4. L'entrepreneur à patrimoine affecté et l'accès au crédit

L'affectation à son activité d'une partie seulement de son patrimoine va modifier vis-à-vis de ses créanciers, et notamment des banques, l'estimation de la « surface » de l'entrepreneur.

Or, si les créanciers demandent sous forme de garantie les biens restés dans le patrimoine personnel, la situation n'aura été modifiée que dans la forme.

La garantie patrimoniale ne sera plus implicite, elle sera **explicite**.

C'est d'ailleurs un progrès puisque la demande de garantie pourra faire prendre conscience à l'entrepreneur de sa situation financière et des risques qu'il court.

Toutefois, pour le développement de l'entreprise, la situation ne sera pas améliorée.

Il faut donc permettre à l'entrepreneur à patrimoine affecté de fournir des garanties au financement qu'il sollicite, extérieures au patrimoine affecté, si ce dernier ne satisfait pas complètement le prêteur.

L'entrepreneur à patrimoine affecté pourrait avoir recours à l'assurance crédit que pourrait fournir des institutions comme OSEO ou la SIAGI.

Par exemple, la société interprofessionnelle artisanale de garantie d'investissement (SIAGI) pourrait recevoir mission de fournir une garantie financière s'énonçant en montants fixes choisis par l'entrepreneur, corrélée aux risques que l'entreprise fait supporter aux tiers moyennant une rémunération à déterminer.

Le contrat de garantie opèrerait en cas de défaillance de l'entreprise et dès lors que le patrimoine affecté serait insuffisant pour couvrir les dettes, cette garantie contractuelle serait donnée au prêteur qui pourrait l'exercer, soit au moment de la défaillance en subrogeant le garant dans ses droits, soit aux termes de la liquidation si elle est insuffisante pour régler le prêteur.

Il faudrait aller plus loin d'ailleurs dans l'analyse. En effet, en cas de décision de sauvegarde de l'entreprise, les créanciers bancaires, réunis dans un comité, peuvent abandonner une partie de leurs créances ou accepter un moratoire. Il ne faudrait pas que l'existence d'une garantie les détourne d'accompagner le redressement d'une entreprise.

Certes, les procédures de sauvegarde, à l'origine ont été conçues pour des entreprises d'une certaine dimension, mais l'expérience montre – après une année d'application de la loi – que plus de 50 % de ces procédures étaient appliquées à des entreprises de 1 à 9 salariés, dont 32,8 % à des entreprises de 1 à 4 salariés*.

On pourrait imaginer également de créer un fonds mutuel de garantie prenant en charge le passif après la liquidation des actifs en cas de défaillance de l'entrepreneur. Ce fonds serait abondé par une cotisation annuelle déterminée en fonction de la taille de l'entreprise ; les cotisations versées au fonds de garantie constitueraient des charges déductibles du résultat comptable et fiscal. Il ne s'agit là évidemment que de pistes qui demandent à être explorées.

* *Application de la Loi de sauvegarde des entreprises, succès et nécessaires ajustements. Rapport d'information. A.N. février 2007*

Mais l'accès au crédit, en tout état de cause, demande un **renforcement des fonds propres**. Le levier fiscal peut être utile. On pourrait imaginer que l'entrepreneur à patrimoine affecté voit son résultat, s'il est bénéficiaire, **non taxé s'il n'est pas prélevé et cela dans une limite** à déterminer, de sorte que la création d'une réserve soit possible, mais c'est un autre débat sur le rôle respectif de la fiscalité et des banques.

CONCLUSIONS

1. La séparation du patrimoine de l'entrepreneur individuel pour mettre à l'abri son patrimoine familial et lui assurer une certaine sécurité est une idée ancienne.
2. Le législateur en créant l'EURL (entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée) en 1985 avait cru apporter la solution. Cette formule en créant une personne morale à laquelle l'entrepreneur apporte le patrimoine nécessaire à son activité, réalise juridiquement une séparation efficace. Elle crée cependant deux patrimoines distincts liés à deux personnes différentes, une personne morale et une personne physique.
3. L'EURL n'a pas connu le succès espéré et malgré une récente progression, n'apporte pas, sans doute pour des raisons culturelles, la réponse attendue.
4. Différentes propositions de séparation du patrimoine ont été faites. Il apparaît qu'il n'existe pas de principe supérieur de droit s'opposant à la séparation d'un patrimoine, et à l'affectation d'une partie d'un patrimoine à une activité. Le législateur peut donc créer une telle séparation, ayant pour conséquence qu'une même personne aura plusieurs patrimoines.
5. Lier une partie du patrimoine à l'activité pour inventer une EURL reviendrait à créer une personne distincte de l'entrepreneur et reviendrait pratiquement à l'EURL si décriée.
6. La solution semble être la création d'un Entrepreneur à patrimoine affecté instaurant un double patrimoine pour une même personne. Si ce statut était créé, il conviendrait d'examiner plus en détail son effet sur les régimes matrimoniaux, l'accès au crédit ainsi qu'une fiscalité adaptée.

Xavier de ROUX