

TOULOUSE
CAPITOLE
Publications



« Toulouse Capitole Publications » est l'archive institutionnelle de
l'Université Toulouse 1 Capitole.

OBSERVATIONS SUR L'EIRL ET LES SÛRETÉS

FRANCINE MACORIG-VENIER

Référence de publication : BJS mars 2011, n° JBS-2011-0106, p. 253

Pour toute question sur Toulouse Capitole Publications,
contacter portail-publi@ut-capitole.fr

OBSERVATIONS SUR L'EURL ET LES SÛRETÉS

Le principe même de la possibilité pour l'EURL de consentir aux créanciers dont la créance est relative à l'activité à laquelle un patrimoine a été affecté des sûretés qui porteraient sur des biens non affectés ou sur le patrimoine non affecté dans son entier est contesté. Pourtant, il apparaît que la plupart des objections au recours à ces sûretés peuvent être repoussées. En revanche, si la constitution de sûretés réelles semble assez largement pouvoir être envisagée, la constitution de sûretés personnelles devrait être fort restreinte.

1. Le crédit est assurément indissociable des sûretés¹. Il n'est dès lors pas surprenant que la question de la constitution de sûretés en garantie des crédits consentis aux EURL² ait été soulevée dès la présentation du projet de loi et de manière récurrente lors des travaux préparatoires de la loi n° 2010-658 du 15 juin 2010. Dans la mesure où, selon l'article L. 526-12, alinéa 5, 2° du Code de commerce, leur droit de gage général se trouve limité aux biens composant le patrimoine affecté (qui comprend certes tous les biens nécessaires à l'activité, mais pas nécessairement tous les biens simplement utiles à celle-ci), alors qu'il portait auparavant sur l'ensemble des biens de l'entrepreneur individuel, les créanciers « professionnels » dont la créance se rapporte à l'activité à laquelle a été affecté le patrimoine peuvent nourrir quelque inquiétude et souhaiter obtenir des sûretés pour améliorer leurs chances de paiement, spécialement sur les biens non affectés.

La crainte est la même que celle que provoqua la scission patrimoniale opérée par la création de l'EURL en 1985. On sait précisément que l'institution de l'EURL n'a pas tout à fait offert la protection patrimoniale souhaitée, notamment en raison des garanties systématiquement exigées par les établissements prêteurs de l'associé unique (et le plus souvent gérant de celle-ci), situation qui expliquerait en partie son échec³. Seules les dispositions protectrices des cautions personnes physiques, au demeurant introduites pour la plupart⁴ bien plus tard⁵ dans notre droit, ont pu tempérer quelque peu pour celui-ci ou ses proches ces exigences, dispositions dont il a en revanche été privé lorsqu'était sollicité de sa part l'octroi d'une sûreté réelle grevant un de ses biens mobiliers ou immobiliers⁶, sous réserve toutefois, depuis la récente ordonnance du 18 décembre 2008, des mesures applicables en cas de procédure de sauvegarde, voire de redressement judiciaire⁷.

2. L'EURL sera-t-il voué à un sort comparable à celui de l'associé unique de l'EURL ? La réponse à cette question dépend en grande partie du point de savoir comment le législateur a choisi de résoudre ce qui fait figure d'une impossible équation entre une protection patrimoniale efficace de l'EURL et le maintien du crédit à son profit. Telle est peut-être la principale difficulté à laquelle le nouveau statut est confronté, difficulté largement mise en exergue⁸ et reconnue par les promoteurs de la réforme⁹. Lors des débats parlementaires, ces derniers ont mis en avant le recours à un organisme de caution mutuelle Oseo. Mais il n'a pas été clairement répondu dans la loi à la question de la constitution de sûretés par l'EURL. On attendait, à vrai dire, des précisions de l'ordonnance à laquelle renvoyait l'article 8, I de la loi. En effet, cette disposition était venue autoriser le Gouvernement non seulement à prendre par voie

d'ordonnance dans les six mois de sa publication les dispositions nécessaires à l'adaptation au patrimoine affecté des dispositions du livre VI du Code de commerce¹⁰, mais également à « procéder aux harmonisations nécessaires en matière de droit des sûretés, de droit des procédures civiles d'exécution et de règles applicables au surendettement ». Or, aucune disposition relative aux sûretés n'a été adoptée par cette ordonnance et n'éclaire la question spécifique du recours à des sûretés et des sûretés susceptibles d'être consenties par l'EIRL. Il n'est pas surprenant que le dispositif permettant la mise en vigueur des textes au 1er janvier 2011 comprenant un décret et un arrêté du 29 décembre 2010 ne contienne pas davantage de précisions à cet égard.

3. Si les dispositions légales contiennent bien des tempéraments au cloisonnement patrimonial sur lequel repose le statut de l'EIRL, ces divers tempéraments, tous déjà longuement examinés par les différents articles ayant présenté le statut¹¹, concernent les créanciers de manière générale ou certains créanciers particuliers tels que le fisc et les organismes de sécurité sociale. Ils ne concernent pas spécifiquement les créanciers titulaires de sûretés ou, plus exactement les créanciers qui souhaitent obtenir une telle sûreté en dépit du cloisonnement instauré. C'est pourquoi ils ne seront pas examinés.

On ne s'intéressera ici qu'à ce qui relève spécialement des sûretés que pourraient être tentés de prendre les créanciers, spécialement les créanciers « professionnels » dont la créance est relative à l'activité à laquelle est affecté le patrimoine séparé sur le patrimoine non affecté ou sur certains des biens qui le composent. Mais la prise de sûreté peut aussi intéresser les créanciers étrangers à l'activité exercée au sein du patrimoine affecté : la plupart seront sans doute des créanciers « domestiques¹² » ; d'autres pourront, le cas échéant, être des créanciers professionnels dont la créance se rapporte à une autre activité que celle pour laquelle le patrimoine affecté a été créé (étant rappelé que, pour l'heure et jusqu'en 2013, un seul patrimoine affecté peut être créé). Leur droit de gage est en effet également limité¹³. Selon l'article L. 526-12, alinéa 5, 2°, « les autres créanciers auxquels la déclaration est opposable ont pour seul gage général le patrimoine non affecté ».

Nous ne nous pencherons pas non plus sur le sort des sûretés obtenues par l'EIRL, sûretés qu'il peut comprendre dans le patrimoine affecté (C. com., art. L. 526-6, al. 2) et qui seront mentionnées dans la déclaration d'affectation¹⁴, ni sur celui des garanties dont la constitution peut être ordonnée par le juge en cas d'opposition d'un créancier antérieur à la déclaration d'affectation (C. com., art. L. 526-12, al. 3).

La question à laquelle est consacrée cette étude est celle du recours à des sûretés par l'EIRL ou ses proches, recours controversé (I) mais qui doit être admis, fût-ce de manière limitée (II).

I – LE RECOURS DISCUTE AUX SURETES CONSENTIES PAR L'EIRL ET SES PROCHES

4. Le principe même de la possibilité pour l'EIRL de consentir aux créanciers dont la créance est relative à l'activité à laquelle un patrimoine a été affecté des sûretés qui porteraient sur des biens non affectés ou sur le patrimoine non affecté dans son entier, est contesté. Pourtant, il apparaît, à l'examen,

que la plupart des objections au recours à ces sûretés peuvent être repoussées et que l'admission de la constitution des sûretés doit être admise dans son principe, même si pour l'heure cette admission nous paraît réduite.

A – Les objections à la constitution de sûretés

Elles tiennent, soit au statut même de l'EIRL, soit au droit des obligations ou des sûretés.

1 – L'antinomie avec le cloisonnement patrimonial et l'esprit de la loi

5. L'objection la plus fondamentale à la constitution de sûretés est le cloisonnement patrimonial que le législateur a souhaité instaurer entre les différents patrimoines de l'entrepreneur à responsabilité limitée. C'est donc l'esprit même de la loi qui est invoqué pour repousser toute possibilité pour un créancier d'obtenir que l'EIRL lui consente des sûretés qui lui permettraient d'atteindre les biens du patrimoine qui ne correspond pas à sa catégorie de rattachement telle que définie par l'article L. 526-12, sûretés que l'on pourrait, par commodité de langage, en reprenant l'expression utilisée par un auteur, dénommer sûretés « exogènes¹⁵ ». L'opinion a été soutenue avec conviction par le professeur Saintourens¹⁶ malgré l'affirmation contraire contenue dans les travaux parlementaires qu'il cite. Il considère en effet que « si une telle possibilité de décroisonnement était admise, elle rendrait totalement inutile et surtout sans effet le statut de l'EIRL qui est normalement destiné à sécuriser le patrimoine personnel et familial ».

6. D'autres auteurs, avant l'examen de la loi, émettaient, pour les mêmes raisons, des doutes quant à la licéité des conventions qui remettraient en question le cloisonnement patrimonial, sans évoquer précisément la constitution de sûretés¹⁷. Outre l'esprit de la loi, la formulation des textes dans le projet de loi nourrissait légitimement de tels doutes. En effet, l'article L. 526-11, 1^o, tel qu'il résultait de ce projet¹⁸, disposait : « les créanciers dont les droits sont nés à l'occasion ou pour les besoins de l'activité professionnelle déclarée ont pour seul gage le patrimoine affecté à l'exclusion de tout autre bien et droit de l'entrepreneur », formule dont l'interprétation stricte pouvait être de nature à exclure la constitution de sûretés permettant d'atteindre d'autres biens que ceux de la catégorie de rattachement du créancier¹⁹.

Si la rédaction de ce texte a par la suite été modifiée, en revanche, un autre argument de texte avancé subsiste. Il est tiré de ce que la renonciation à l'affectation prévue par l'article L. 526-15 ne peut être que globale²⁰.

7. Enfin, une réponse ministérielle du 19 octobre 2010²¹ semble bien exclure le recours à des sûretés sur les biens personnels de l'EIRL et même à des garanties consenties par des proches : « les biens affectés à l'activité professionnelle peuvent constituer les seuls gages des créanciers professionnels [...] »

en conséquence le Gouvernement a souhaité que l'EIRL ait accès au crédit sans avoir à constituer des sûretés sur ses biens personnels ou apporter la garantie de ses proches ».

2 – L'incompatibilité avec le droit commun des obligations ou des sûretés

8. Outre les arguments spécifiques à la loi sur l'EIRL elle-même, d'autres arguments tirés du droit civil ont été mis en avant, en particulier l'obstacle lié au caractère très restrictif du contrat avec soi-même qui ne permettrait pas à l'EIRL de consentir des sûretés engageant en tout ou partie le patrimoine autre que celui auquel la créance garantie est rattachée²².

9. Par ailleurs, mais ici l'objection a une portée plus réduite, il peut être défendu que la constitution d'une sûreté personnelle par l'EIRL, sûreté qui permettrait au créancier d'atteindre le gage général auquel il n'a pas vocation compte tenu de sa catégorie de rattachement, se heurte à la définition de chacune des sûretés personnelles régies par le titre II du Livre IV du Code civil. Ces différentes définitions postulent que la caution, le garant, le souscripteur de la lettre d'intention sont des tiers par rapport au débiteur de l'obligation principale garantie²³. Au demeurant, si aucune définition générale des sûretés personnelles n'a été donnée par le législateur²⁴, chacun s'accorde pour considérer que le mécanisme des sûretés personnelles consiste bien à ajouter à un droit de gage général un autre droit de gage général sur le patrimoine d'un tiers. L'EIRL ne peut, pour l'heure, être considéré comme un tiers, la loi du 15 juin 2010 ayant écarté toute référence à une personnalité – morale – distincte²⁵. N'a pas été retenu²⁶ le concept de « pro personnalité » proposé par certains²⁷, concept qui aurait permis, de manière générale, le développement des relations contractuelles entre les différents patrimoines, l'entrepreneur étant pris alors en des qualités – personnalités – distinctes, et, plus particulièrement, la constitution d'un cautionnement engageant un patrimoine différent de celui auquel est rattachée la dette garantie. En définitive, le législateur n'est peut-être pas allé au bout de la révolution entreprise.

Sous cette importante réserve, le recours aux sûretés nous paraît devoir être admis dans son principe.

B – L'admission du principe du recours aux sûretés

10. Plusieurs arguments militent en faveur de la possibilité pour l'EIRL (ou ses proches) de consentir des sûretés « exogènes », même si, comme cela sera ensuite précisé, le recours à de telles sûretés est conçu comme un recours limité. Outre la volonté du législateur, exprimée notamment au cours des travaux parlementaires, ce sont surtout les dispositions légales elles-mêmes qui peuvent être invoquées pour défendre la constitution de sûretés « exogènes », auxquelles peuvent encore être ajoutés des arguments tirés de la réfutation des objections reposant sur le droit commun.

1 – Les travaux parlementaires et la volonté du législateur

11. À de multiples reprises, lors des débats parlementaires, la question des garanties a été abordée. De manière constante, la possibilité de constituer des sûretés sur l'autre patrimoine a été affirmée. À titre d'illustration, peuvent être mentionnés les propos très clairs en ce sens de du secrétaire d'État Hervé Novelli, lors de la séance du 17 février 2010 : « je précise que le patrimoine d'affectation concerne le seul gage général ; il n'interdit pas la prise de sûretés spécifiques sur l'un ou l'autre des patrimoines. Il n'en faut pas moins limiter autant que possible le recours à des sûretés personnelles ou réelles sur le patrimoine non affecté ».

Ajoutons, par ailleurs, que si le législateur a souhaité avec l'adoption du statut de l'EIRL améliorer la situation de l'entrepreneur individuel, il n'a pas entendu spécialement l'avantager par rapport à l'associé unique et gérant de l'EURL, mais a, semble-t-il, au contraire cherché à en aligner le sort ainsi qu'en atteste la transposition à l'EIRL de bien des mesures relatives à l'EURL.

2 – Les dispositions relatives à l'EIRL

12. Les dispositions instituant l'EIRL peuvent être invoquées pour autoriser la constitution de sûretés exogènes. On observera en premier lieu l'absence de dispositions interdisant une telle constitution et, en second lieu, l'existence de dispositions envisageant cette situation.

a – L'absence de prohibition légale expresse

13. Pour un certain nombre d'auteurs²⁸, faute de prohibition clairement et expressément posée, il ne peut être question d'écarter le recours aux sûretés.

La dérogation apportée par l'article L. 526-12 aux articles 2284 et 2285 du Code civil ne consiste qu'en une limitation de la « surface » de l'assiette du gage général « de droit commun », lequel est étendu à l'ensemble des biens du débiteur. Au contraire, dans le cas de constitution d'un patrimoine affecté, ainsi que Mme Thomat-Raynaud l'a fait observer, il s'agit d'un « nouveau type de droit de gage général : le gage général affecté²⁹ ».

Le législateur a bien pris soin de modifier la rédaction du projet en ajoutant le terme « général » à celui de « gage », seul utilisé dans l'article L. 526-11 devenu l'article L. 526-12.

Il a également supprimé la partie finale de la phrase qui était propre à interdire – fût-ce partiellement – le recours aux sûretés « exogènes » comme cela a été mentionné précédemment.

14. Enfin, à l'initiative de la commission mixte paritaire, l'interdiction de constituer de telles sûretés, même pour la part du concours financier déjà garantie par un établissement de crédit, une entreprise d'assurance ou une société de caution mutuelle – prohibition introduite sur amendement par les

députés par adjonction d'une nouvelle phrase au second alinéa à l'article L. 313-21 du Code monétaire et financier – a été supprimée. Seules les modifications apportées au premier alinéa de cette disposition ont été conservées. Or, elles autorisent le recours aux sûretés (ou du moins à certaines d'entre elles).

b – Les textes envisageant le recours aux sûretés

15. Ayant pour origine la loi Madelin du 10 février 1994³⁰, les dispositions de l'article L. 313-21 du Code monétaire et financier modifiées par la loi du 15 juin 2010 reposaient déjà sur la volonté du législateur de protéger l'entrepreneur individuel contre l'appétit de ses créanciers sur les biens non nécessaires à l'exploitation de son activité. Il s'agissait plus exactement, par les mesures prévues, d'orienter la constitution de sûretés en garantie des dettes professionnelles prioritairement sur les biens nécessaires à l'exploitation. L'essentiel du dispositif, qui demeure applicable, réside dans une information effectuée auprès de l'entrepreneur individuel lorsque, à l'occasion d'un concours financier consenti pour les besoins de l'activité professionnelle, l'établissement de crédit envisage de demander « une sûreté réelle sur un bien non nécessaire à l'exploitation ou une sûreté personnelle consentie par une personne physique ». Cette information portait jusqu'ici (seulement) sur la possibilité pour l'entrepreneur de proposer une garantie sur les biens nécessaires à l'exploitation. Si la garantie proposée sur les biens professionnels par l'entrepreneur individuel ne paraît pas suffisante, l'établissement de crédit peut la refuser et indiquer le montant chiffré des garanties qu'il souhaite prendre sur les biens non nécessaires à l'activité ou auprès de tout autre garant³¹. In fine, de telles garanties peuvent donc être constituées sauf désaccord de l'entrepreneur, désaccord ouvrant alors à l'établissement de crédit la possibilité de refuser l'octroi du crédit sans encourir de responsabilité pour ce refus. La loi du 15 juin 2010 a seulement ajouté à ce texte une information sur la possibilité pour l'entrepreneur de solliciter une garantie auprès d'un autre établissement de crédit, d'une entreprise d'assurance habilitée à pratiquer des opérations de caution ou d'une société de caution mutuelle. C'est précisément là le système envisagé par le législateur pour éviter ou limiter le recours des créanciers professionnels de l'EIRL à des sûretés exogènes. Cela confirme bien que le recours à ces sûretés demeure possible.

3 – *Le droit des obligations*

16. Les obstacles que le droit des obligations opposerait à la constitution de sûretés par l'EIRL liés à l'interdiction du contrat avec soi-même ne nous semblent pas pouvoir être invoqués s'agissant des contrats constitutifs de sûreté qui ne correspondent précisément pas à ce cas de figure de contrat avec soi-même. La constitution d'une sûreté réelle par l'EIRL au profit d'un créancier sur un bien quelconque lui appartenant, quel que soit le rattachement de ce bien, patrimoine affecté ou non, est un contrat conclu entre le créancier et le débiteur EIRL. De même, le contrat de cautionnement (ou plus largement le contrat

constitutif de sûretés personnelles) est conclu entre le créancier et la caution, le débiteur principal n'étant pas partie au contrat de cautionnement.

17. En revanche, le droit des sûretés nous paraît s'opposer, pour les raisons précédemment énoncées, à ce que l'EIRL, qui est une seule et même personne, puisse garantir les dettes relatives au patrimoine affecté par un cautionnement permettant d'atteindre le patrimoine non affecté.

Tel est le seul argument qui réduit la portée de l'admission du principe du recours aux sûretés, recours que le législateur a souhaité être un recours limité.

II – LE RECOURS LIMITE AUX SURETES CONSENTIES PAR L'EIRL (ET SES PROCHES)

18. Si le législateur n'a pas interdit le recours à des sûretés exogènes consenties par l'EIRL ou par des proches de celui-ci, il a clairement souhaité limiter le recours à ces sûretés. Cette volonté ne se traduit toutefois pas avec la même clarté dans les textes. Le caractère subsidiaire du recours aux sûretés consenties par l'EIRL ou ses proches manque de fermeté (A). D'autres limites pourront également être recherchées quant aux sûretés susceptibles d'être consenties, ce qui permettra d'indiquer des éléments de leur régime (B).

A – Le recours subsidiaire aux sûretés consenties par l'EIRL (et ses proches)

19. L'intention des rédacteurs du projet a été de favoriser l'intervention des établissements bancaires et organismes de caution mutuelle vers lesquels ils ont souhaité orienter les EIRL en imposant une information sur les possibilités d'une telle intervention.

1 – L'intervention privilégiée des organismes de caution mutuelle

20. Dès le début des travaux parlementaires³², M. Novelli déclarait, en accord avec un député, que pour faire face aux exigences des banques sans compromettre le succès de l'EIRL, « la solution repose dans une large mesure sur le recours au cautionnement solidaire d'organismes tels Oseo » ajoutant « qu'Oseo offrira des garanties à 70 % pour les prêts à la création et des garanties plus faibles pour les autres types de prêts », le tout moyennant une tarification s'élevant à 1,20 % de l'encours du prêt. Le secrétaire d'État ajouta même que l'intervention d'Oseo devait être subordonnée à l'absence de sûreté, plus exactement « à l'absence de prise de caution personnelle par la banque ». C'est toutefois un amendement à l'initiative de M. Patrick Ollier, alors président de la commission des affaires économiques de l'Assemblée nationale, qui introduisit une mesure contraignante en ce sens, prévoyant qu'aucune

garantie, sûreté réelle sur le patrimoine non professionnel ou sûreté personnelle consentie par une personne physique, ne pourrait être demandée en supplément de la garantie offerte par un établissement de crédit ou une société de caution mutuelle, une telle sûreté ne pouvant être valablement sollicitée que pour couvrir la partie non garantie par ces organismes. Cependant, en raison du risque d'effets pervers d'une telle mesure, celle-ci fut supprimée. M. Novelli rappela toutefois dans le même temps l'engagement d'Oseo qui « pourra offrir à la banque une garantie à hauteur de 70 % des crédits, la banque s'engageant, pour sa part, à ne retenir que les garanties sur les actifs affectés à l'activité et non sur les biens personnels de l'entrepreneur³³ ».

Ainsi, en dépit de la suppression de l'interdiction de cumul des garanties, l'intervention d'Oseo semble la poutre maîtresse de l'édifice. L'établissement public est à la tête d'un groupe dont les sociétés ont été fusionnées suite à la réforme opérée par la loi de régulation bancaire et financière du 22 octobre 2010³⁴. L'édifice repose également sur un engagement informel des banques de ne pas exiger de garanties sur les biens personnels de l'EIRL. L'octroi de la garantie d'Oseo semble en tout cas le préalable à la constitution de sûretés sur des biens non affectés ou de sûretés obtenues de la part de tiers personnes physiques. C'est du moins ce qui ressort des dispositions relatives à l'obligation d'information dont sont tenus ceux qui solliciteraient ce type de garantie.

2 – L'obligation d'information préalable à la constitution de sûretés exogènes, une limitation timide au recours aux sûretés exogènes

21. Comme il a été indiqué précédemment, l'alinéa premier de l'article L. 313-21 du Code monétaire et financier a étendu le contenu de l'information exigée de l'établissement de crédit auprès duquel un entrepreneur individuel (quel qu'en soit le statut) sollicite un concours financier pour les besoins de son activité professionnelle, lorsque cet établissement entend solliciter « une sûreté réelle sur un bien non nécessaire à l'exploitation ou une sûreté personnelle consentie par une personne physique ». Outre l'information sur la possibilité de proposer une garantie sur les biens nécessaires à l'exploitation de l'entreprise, il lui est dorénavant imposé une information sur la possibilité de « solliciter une garantie auprès d'un autre établissement de crédit, d'une entreprise d'assurance habilitée à pratiquer des opérations de caution ou d'une société de caution mutuelle mentionnée aux articles L. 515-4 à L. 515-12 ». Cette obligation reste enchâssée dans un texte « ancien » rédigé dans un tout autre contexte, ce qui rejait sur le domaine de l'obligation ainsi prescrite. Quant à la sanction de cette obligation, elle demeure inchangée, malgré les critiques formulées à son encontre.

a – Le domaine de l’obligation d’information préalable

22. L’information ne concerne pas toutes les hypothèses dans lesquelles un créancier souhaite obtenir une sûreté sur un autre patrimoine que celui sur lequel il dispose d’un droit de gage général.

Seule la constitution de sûretés par une personne physique – un tiers par hypothèse³⁵ – ou sur des biens ne rentrant pas dans la composition du patrimoine affecté pour garantir les dettes professionnelles nées dans le cadre de l’activité à laquelle le patrimoine a été affecté doit donner lieu à cette obligation d’information³⁶. L’information n’est due que si le bien est un bien non affecté à ce patrimoine. Il convient de considérer qu’elle n’est pas due si le bien fait partie du patrimoine affecté, que ce bien soit compris parmi les biens nécessaires ou figure parmi les biens simplement utiles à l’activité à laquelle le patrimoine a été affecté (C. com., art. L. 526-6, al. 2), et ce en dépit des termes de l’article L. 313-21 qui n’impose l’obligation d’information que lorsque la sûreté est constituée sur un bien non nécessaire à l’exploitation. Au passage, qu’il soit permis de regretter le manque d’harmonisation de ces textes.

En revanche, aucune obligation comparable n’est imposée en sens inverse, i. e. en cas de constitution envisagée d’une sûreté par une caution personne physique ou sur un bien du patrimoine affecté en garantie des dettes liées au patrimoine non affecté, lorsque ces dettes seront des dettes domestiques. Mais, si ces dettes sont des dettes professionnelles parce que l’EIRL exploite une autre activité en dehors du patrimoine affecté, cette information sera-t-elle due ? A priori, la réponse devrait être positive dès lors que les biens que l’on entend grever ne sont pas nécessaires à cette activité ou que l’on obtient la sûreté d’un tiers personne physique.

b – La sanction du non-respect de l’obligation d’information préalable

23. L’obligation d’information instituée par la loi Madelin était jugée peu efficace compte tenu de la sanction posée, qui consiste en l’impossibilité pour le créancier de se prévaloir des garanties prises dans ses relations avec l’entrepreneur individuel. La sanction est sans intérêt en cas de cautionnement consenti par un tiers, le créancier se prévalant du cautionnement qu’il entend mettre en œuvre non à l’égard du débiteur, mais à l’égard de la seule caution. En cas de sûreté réelle soumise à publicité, la sanction suppose que le débiteur ait fait radier l’inscription prise. La sanction ainsi édictée ne subit aucune modification.

Si l’on devait admettre que l’EIRL peut consentir un cautionnement des dettes relatives au patrimoine affecté engageant le patrimoine non affecté, la sanction serait alors très efficace, le créancier étant alors privé de la possibilité de mettre en œuvre cette sûreté. La formulation est à cet égard identique à celle employée pour sanctionner le cautionnement disproportionné. Mais l’on peut sérieusement douter qu’une telle sûreté puisse pour l’heure être consentie.

B – Les sûretés susceptibles d’être consenties par l’EIRL et ses proches

24. Tandis que la constitution de sûretés réelles nous semble assez largement pouvoir être envisagée, la constitution de sûretés personnelles devrait être fort restreinte.

1 – Les sûretés réelles

25. L’EIRL peut naturellement consentir aux créanciers une sûreté réelle sur un bien du patrimoine auquel se rattache sa dette et sur lequel il a un droit de gage général. L’octroi du gage général n’exclut pas en effet la constitution de sûretés sur un plusieurs biens de ce patrimoine. Cela a été rappelé au cours des travaux préparatoires³⁷.

S’agissant des biens composant le patrimoine affecté, spécialement des biens nécessaires à l’exercice de l’activité, il est permis toutefois de se demander si est possible la constitution d’une fiducie sûreté dès lors que la propriété du bien est transférée à un fiduciaire et que le maintien de ces biens dans le patrimoine affecté semble absolument nécessaire à l’existence même de l’affectation patrimoniale. À défaut, un manquement grave aux règles de l’article L. 526-6 ne pourrait-il être caractérisé et entraîner l’anéantissement de cette affectation³⁸ ? Une telle conséquence n’est peut-être pas inéluctable et la constitution de la fiducie sûreté pourrait peut-être être admise en présence d’une convention de mise à disposition conclue au bénéfice de l’EIRL, lequel conserverait ainsi l’usage et/ou la jouissance du bien. Cette convention intégrerait alors le patrimoine affecté au lieu et place du bien sur lequel elle porte. Il reste que sa valeur ne sera pas identique à celle du bien lui-même et qu’il n’est pas exclu que les créanciers non inscrits sur le bien dont les droits sont protégés par l’article 2025 du Code civil y voient une fraude permettant de faire échec au cloisonnement patrimonial.

26. L’EIRL peut également consentir des sûretés réelles sur les biens de l’autre patrimoine, en particulier sur les biens non affectés, pour garantir une dette née dans le cadre de l’activité à laquelle un patrimoine a été affecté. Les sûretés qui seraient ainsi consenties au moment de la déclaration d’affectation – hypothèse envisageable lorsque le patrimoine affecté est créé au moment du début de l’activité, spécialement parce que peu de biens nécessaires à l’activité pourront être affectés³⁹ – devront être mentionnées dans l’état descriptif contenu dans la déclaration d’affectation dont le modèle figure en annexe de l’arrêté du 29 décembre 2010⁴⁰.

27. Le régime de ces sûretés appelle quelques observations si l’EIRL vient à faire l’objet d’une procédure soumise au livre VI pour le patrimoine affecté, notamment au regard de l’obligation de déclaration du créancier et quant au sort de l’EIRL.

Le créancier garanti qui est créancier de cette activité a l’obligation de déclarer sa créance, mais aura-t-il également l’obligation de déclarer sa sûreté, obligation qui s’impose au créancier titulaire d’une sûreté portant sur un bien du débiteur, mais que la jurisprudence a écartée lorsque la sûreté réelle grève le bien appartenant à un tiers⁴¹ ? La sûreté réelle consentie par l’EIRL sur un bien du patrimoine non

affecté porte certes sur un bien lui appartenant, mais ce bien ne fait pas partie de l'actif de la procédure, de sorte que la mention de la sûreté ne s'impose pas. La solution découle des dispositions du nouveau titre VIII du livre VI du Code de commerce issues de la loi du 15 juin 2010. En effet, l'article L. 680-1 dispose que « lorsque les dispositions des titres Ier à VI du présent livre sont appliquées à raison des activités professionnelles exercées par un entrepreneur individuel à responsabilité limitée, elles le sont patrimoine par patrimoine ». Le raisonnement est précisé par les deux articles suivants concernant, pour l'un, l'acceptation des dispositions intéressant la situation économique, les biens, droits et obligations du débiteur EIRL (C. com., art. L. 680-1) et, pour l'autre, « les droits ou obligations des créanciers du débiteur EIRL » (C. com., art. L. 680-2). Finalement, on est ici conduit à raisonner comme si la sûreté avait été consentie par un tiers. Cette conséquence positive est contrebalancée par une conséquence négative, le créancier n'ayant pas alors à être destinataire de la lettre recommandée avec demande d'avis de réception l'informant de son obligation de déclarer sa créance à la procédure et du délai pour effectuer cette déclaration, la Cour de cassation ayant jugé que le créancier titulaire d'une sûreté publiée sur un bien n'appartenant pas au débiteur soumis à la procédure ne pouvait invoquer l'inopposabilité de la forclusion qui résultait alors du défaut d'avertissement⁴².

Au-delà de la déclaration de créance, le raisonnement prescrit par le législateur conduit également à écarter l'application à ce créancier de la règle de l'interdiction des inscriptions, seules les inscriptions sur des biens composant le patrimoine affecté étant interdites.

Enfin, cette approche, qui consiste, dans le contexte de la procédure collective, à assimiler la sûreté conférée par l'EIRL sur des biens non affectés à l'exercice de l'activité à l'occasion de laquelle elles sont nées à une sûreté consentie par un tiers, devrait conduire à appliquer à ce dernier le régime des sûretés réelles pour autrui consenties par des personnes physiques⁴³, régime spécialement favorable en cas de procédure de sauvegarde puisque, outre la suspension des actions à leur encontre, qui joue également dans la procédure de redressement judiciaire, elles bénéficient de l'arrêt du cours des intérêts de moins d'un an, du bénéfice du plan et de l'inopposabilité des créances non déclarées.

Ce régime s'appliquera aux sûretés réelles ou personnelles octroyées par ses proches.

2 – Les sûretés personnelles

28. Des sûretés personnelles peuvent être assurément consenties par les proches de l'EIRL, de la même manière qu'elles peuvent l'être par des proches de l'entrepreneur individuel qui ne fait pas le choix de créer un patrimoine affecté. La seule contrainte de l'établissement bancaire qui en sollicite l'octroi est, comme cela a été précédemment précisé, de respecter l'obligation d'information prescrite par l'article L. 313-21 du Code monétaire et financier.

En revanche, pour l'heure, l'EIRL ne saurait consentir une sûreté personnelle qui engagerait le patrimoine non affecté dans son entier en garantie d'une dette résultant de l'activité exercée au sein du patrimoine affecté. L'inadaptation des règles relatives aux sûretés personnelles y fait obstacle. Il ne nous

paraît pas possible de proposer une interprétation extensive des règles d'adaptation du droit des entreprises en difficulté de l'ordonnance du 9 décembre 2010 et de considérer qu'en dehors de ces procédures il soit permis de raisonner patrimoine par patrimoine. Peut-être est-ce là la vision du juriste modelé par la théorie classique du patrimoine. Le législateur, s'il craint que les juges n'aient les mêmes œillères, sera peut-être amené à se remettre à l'ouvrage pour donner à sa réforme toute son ampleur.

1 –

1. D. Legeais, *Sûretés et garanties du crédit*, LGDJ, coll. Manuel, 2009, 7e éd., n° 2.

2 –

2. Nous utiliserons le sigle au lieu et place de l'expression entrepreneur à responsabilité limitée.

3 –

3. S. Piédelièvre : *Defrénois* 2010, art. 39134, p. 1417.

4 –

4. Seules les dispositions ayant imposé aux établissements de crédit d'informer les cautions, à la fois personnes physiques et personnes morales, garantissant un concours consenti à une entreprise sous condition de l'octroi de la garantie (L. n° 84-148, 1er mars 1984, art. 48 : JO 2 mars 1984, p. 751 – C. mon. fin., art. L. 313-22) pouvaient alors leur profiter.

5 –

5. Ce sont essentiellement les mesures introduites dans le Code de la consommation par la loi initiative économique du 1er août 2003 (C. consom., art. L. 341-2 à 341-6) qui bénéficient aux dirigeants personnes physiques cautions des dettes de la personne morale (formalisme et proportionnalité de l'engagement notamment). Il faut y ajouter les règles favorables résultant du droit des entreprises en difficulté jouant plus particulièrement en cas de procédure de sauvegarde ouverte à l'égard de la personne morale (suspension des poursuites, possibilité d'invoquer les délais et remises du plan de sauvegarde...).

6 –

6. L'information prescrite par l'article L. 313-22 du Code monétaire et financier lui a été refusée par la Cour de cassation en ce cas, de même que l'application du principe de proportionnalité.

7 –

7. L'ordonnance du 18 décembre 2008 a pris le parti d'aligner la situation de toutes les personnes physiques co-obligés ou ayant consenti une sûreté personnelle ou réelle en garantie des dettes de l'entreprise afin de déjouer toute stratégie de la part des créanciers (v. P. Pétel, « Les sûretés personnelles dans le nouveau droit des entreprises en difficulté » : *CDE* 2009/4, dossier n° 20 ; N. Borga, « Regards sur les sûretés dans l'ordonnance de 2008 » : *RD bancaire et fin.* mai-juin 2009, étude n° 20 ; F. Macorig-Venier, « Les apports de la réforme du 18 décembre 2008 en matière de sûretés » : *Dr. et patr.* janv. 2010, p. 26).

8 –

8. V. notamment F.-X. Lucas, « EIRL. De la fausse bonne idée à la vraie calamité » : *BJS* avr. 2010, Éditorial, p. 311 ; « M. Menjucq, L'entreprise individuelle à responsabilité limitée : quelle utilité ? » : *Rev. proc. coll.* 2010/2, Repère, p. 1.

9 –

9. H. Novelli, séance AN 17 févr. 2010 s'adressant à M. Remiller : « Vous avez raison de souligner que le succès du dispositif dépend pour partie de l'attitude qu'adopteront les banques. »

10 –

10. Sur la question, v. ce numéro, M.-H. Monsérié-Bon, « L'entrepreneur individuel à responsabilité limitée et le droit des entreprises en difficulté » : BJS mars 2011, p. 270, n° 108.

11 –

11. Certains de ces tempéraments résultent des dispositions du livre V du Code de commerce instituant l'EIRL, d'autres des dispositions du livre VI. Voir sur la question dans son ensemble, F. Pérochon, « L'efficacité des mécanismes de prévention des risques : l'EIRL » : Rev. proc. coll. 2010/6, p. 104, n° 25 à 32. Pour les tempéraments au cloisonnement liés au droit des entreprises en difficulté tels que précisés par l'ordonnance, v. M.-H. Monsérié-Bon, préc., n° 12 et 13.

12 –

12. B. Saintourens, « L'entrepreneur individuel à responsabilité limitée. Commentaire de la loi n° 2010-658 du 15 juin 2010 » : Rev. sociétés 2010, p. 351.

13 –

13. Sur les risques pour le crédit « domestique » des EIRL, v. I. Dauriac et C. Grare-Didier, « Projet d'EIRL : l'enjeu pour la famille » : Defrénois 2010, art. 39096, p. 819.

14 –

14. C. com., art. R. 526-3, 7° et ann. 5-1 aux art. A. 526-1 et A. 526-2.

15 –

15. E. Dubuisson : JCP N 2010, 110.

16 –

16. B. Saintourens : Rev. sociétés 2010, p. 351, n° 57.

17 –

17. T. Revet évoquait les clauses de réunion de patrimoines (« Introduction », in Le patrimoine professionnel d'affectation (premières analyses de l'EIRL), Dossier : Dr. et patr. avr. 2010, p. 56. Il est préconisé de les réputer non écrites comme contraires aux dispositions d'ordre public de l'article L. 526-12 du Code de commerce : A.-M. Leroyer : RTD civ. 2010, p. 632, n° 15 ter.

18 –

18. Devenu C. com., art. L. 526-12.

19 –

19. S. Schiller, « Quelle perméabilité contractuelle entre le patrimoine affecté et le patrimoine non affecté ? » : Dr. et patr. avr. 2010, p. 84, Dossier.

20 –

20. F. Vauvillé : Defrénois 2010, art. 39144, p. 1649.

21 –

21. Rép. min. n° 80164 : JOAN Q 19 oct. 2010, p. 11390.

22 –

22. S. Schiller, préc. Adde sur la question envisagée de manière générale pour les contrats et non par rapport aux sûretés, M.-H. Monsérié-Bon : BJE mars 2010, à paraître.

23 –

23. En ce sens pour le cautionnement, P.-M. Le Corre, « L'heure de vérité de l'EIRL : le passage sous la toise du droit des entreprises en difficulté » : D. 2011, p. 91 ; A. Guesmi, « EIRL versus EURL à l'aune du droit des procédures collectives » : D. 2011, p. 104 et s.

24 –

24. La commission Grimaldi, dont les travaux ont en quelque sorte constitué l'avant-projet de la réforme du droit des sûretés opérée en 2006, sous réserve des propositions relatives au cautionnement (pour lesquelles le Parlement a refusé d'habiliter le Gouvernement à statuer par voie d'ordonnance), avait proposé la définition suivante de la sûreté personnelle : « La sûreté personnelle est l'engagement pris envers le créancier par un tiers non tenu à la dette. » Voir sur le rapport rendu par cette commission : F. Macorig-Venier, « La modernisation du droit des sûretés. Les propositions de la commission Grimaldi », in G. Jazottes (dir.), La modernisation du droit des affaires, Litec, coll. Colloques et débats, 2007, p. 45.

25 –

25. F. Terré, « La personne et ses patrimoines. Des pépins par milliers » : JCP G 2010, 1328.

26 –

26. E. Dubuisson, « La non-adoption de la "propersonnalité" », in Le patrimoine professionnel d'affectation (premières analyses de l'EIRL), Dossier : Dr. et patr. avr. 2010, p. 75) soulignant les inconvénients de cette non-adoption, spécialement du point de vue de l'établissement des liens contractuels entre les deux patrimoines.

27 –

27. E. Dubuisson : JCP N 2010, 110.

28 –

28. F. Pérochon, « L'efficacité des mécanismes de prévention des risques : l'EIRL », in Loi de sauvegarde des entreprises. Risques et responsabilités en droit des procédures collectives, Actes colloque Caen : Rev. proc. coll. 2010/6, dossier n° 5, p. 71, n° 32. Dans le même sens semble-t-il : A.-L. Thomat-Raynaud, « Protection des biens personnels de l'entrepreneur individuel et droits des créanciers : vers quel équilibre ? », in Actes colloque Corte : RLDA juin 2010, p. 50, n° 16.

29 –

29. A.-L. Thomat-Raynaud, préc., n° 16.

30 –

30. J. Devèze, « Le financement de l'entreprise individuelle » : LPA 7 sept. 1994, p. 4.

31 –

31. C. mon. fin., art. L. 313-21, al. 2.

32 –

32. Séance AN 17 févr. 2010.

33 –

33. Séance AN 12 mai 2010.

34 –

34. La réforme du groupe Oseo contenue à l'article 9 de la loi relative à l'EIRL adoptée par le Parlement a été invalidée par le Conseil constitutionnel (Cons. const., 10 juin 2010, n° 2010-607 DC : JO 16 juin 2010, p. 10988). Elle a finalement été opérée par la loi de régulation bancaire et financière du 22 octobre 2010 : v. T. Bonneau : JCP E 2010, 1957.

35 –

35. L'article L. 313-21 du Code monétaire et financier n'a pas été modifié à cet égard. Si l'alinéa 1er vise la « sûreté personnelle consentie par une personne physique », l'alinéa 2 se réfère aux garanties « sur les biens non nécessaires à l'exploitation de l'entreprise ou auprès de tout autre garant ».

36 –

36. Comme la loi se réfère largement à tout entrepreneur individuel (sans jamais viser spécifiquement l'EIRL), cette obligation continue de s'appliquer également au sein du patrimoine non affecté si y est exploitée une activité professionnelle.

37 –

37. H. Novelli, séance AN 17 févr. 2010, indiquant : « Je précise que le patrimoine d'affectation concerne le seul gage général ; il n'interdit pas la prise de sûreté spécifique sur l'un ou l'autre des patrimoines. »

38 –

38. B. Saintourens, préc., n° 61.

39 –

39. La tentation de constituer de telles sûretés sera même plus grande pour ceux qui démarrent complètement une nouvelle activité. Avant le début de celle-ci, comment par exemple affecter un fonds de commerce qui n'existe pas encore et à supposer que l'on puisse en admettre rapidement l'existence, sa consistance et sa valeur peuvent paraître insuffisantes au créancier.

40 –

40. C. com., art. A. 526-1 et A. 526-2, ann. 5-1 (A. 29 déc. 2010).

41 –

41. Cass. 3e civ., 24 juin 1998, n° 97-17108 : Bull. civ. 1998, III, n° 137 ; D. aff. 1998, p. 1403, obs. A. Lienhard ; D. 1999, somm. p. 301, obs ; S. Piedelièvre ; RTD com. 1999, p. 972, note A. Martin-Serf ; JCP E 1998, 2065, note M. Cabrillac.

42 –

42. Cass. com., 21 juin 2005, n° 04-10383 : Bull. civ. 2005, IV, n° 113 ; Gaz. Pal. 5 nov. 2005, p. 39, P.-M. Le Corre ; D. 2005, AJ p. 1851, obs. A. Lienhard ; RTD com. 2006, p. 914, note A. Martin-Serf.

43 –

43. Dans le même sens, P.-M. Le Corre, « L'heure de vérité de l'EIRL : le passage sous la toise du droit des entreprises en difficulté » : D. 2011, p. 91. A. Guesmi (« EIRL versus EURL à l'aune du droit des procédures collectives » : D. 2011, p. 104) considère qu'une intervention législative en ce sens est nécessaire et en annonce l'adoption.