

Octroi de sûretés et EIRL

Par Francine Macorig-Venier, professeur Université Toulouse Capitole, Directrice du Centre de Droit des Affaires (EA 780)

L'heure des incertitudes a sonné, ainsi que l'annonce le programme de cette journée consacrée aux structures unipersonnelles. L'incertitude dont il m'a été demandé de traiter concerne l'octroi de sûretés par l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée, spécialement de sûretés constituées par ce dernier sur le patrimoine non affecté, ou certains des biens qui le compose, en garantie de dettes nées au titre du patrimoine affecté à l'activité entrepreneuriale choisie par l'entrepreneur. Les incertitudes sont étonnamment les mêmes que celles rencontrées il y a dix ans au moment de l'institution du statut d'EIRL, statut qu'elles concernent exclusivement. La constitution de sûretés ne présente, en effet, pas de spécificité particulière s'agissant des structures sociétaires unipersonnelles. C'est la raison pour laquelle le thème de la présente communication sur l'octroi de sûretés a été réduit à l'EIRL.

Il apparaît pour le moins surprenant que le mouvement de promotion de l'EIRL à travers la loi Pacte du 22 mai 2019 ait laissé totalement dans l'ombre la question, que l'on croyait précisément cruciale, de l'octroi de sûretés par l'EIRL en garantie de ses dettes nées au titre du patrimoine affecté sur le patrimoine non affecté ou des biens déterminés de ce patrimoine, sûretés appelées « auto-garanties » ou encore garanties « exogènes ». Alors que le patrimoine affecté peut désormais être vide à sa création, à l'instar du patrimoine non affecté, l'octroi de garanties par l'entrepreneur au profit de ses créanciers n'a pas suscité la moindre intervention du législateur...

La question n'a pas été, ou guère, renouvelée depuis l'adoption du statut par le législateur lui-même et aucune jurisprudence ayant eu à se prononcer directement sur la question ne peut être mentionnée. L'ordonnance adaptant le statut de l'EIRL aux sûretés annoncée dès 2010 est toujours en attente¹ et le débat sur la possibilité pour l'EIRL de consentir des sûretés pour des dettes nées au titre d'un patrimoine par la constitution de sûretés sur l'autre patrimoine dans son entier, ou sur des biens déterminés, non tranché.

La permanence du débat juridique en doctrine (I) contraste avec la situation pratique où il paraît pour l'heure privé d'objet pratique (II).

I/ La permanence en doctrine du débat juridique sur l'octroi de sûreté par l'EIRL

Un vif débat a opposé deux courants et perdure aujourd'hui encore : d'une part, un courant favorable à l'octroi de sûretés sur les biens du patrimoine non affecté, voire sur l'ensemble de ce patrimoine, par le biais d'un cautionnement notamment (A), et, d'autre part, un courant défavorable à l'octroi de sûretés, du moins de sûretés grevant l'entier patrimoine non affecté (B).

A) Pour l'admission de l'octroi de sûretés sur le patrimoine non affecté

En faveur de la possibilité pour l'EIRL de constituer des sûretés sur le patrimoine non affecté ou des biens le composant en garantie des dettes nées au titre de l'activité à laquelle

¹ L'article 8, I de la loi du 15 juin 2010 comportait une habilitation du gouvernement à prendre par voie d'ordonnance les dispositions nécessaires à l'adaptation au patrimoine affecté des dispositions du livre VI du Code de commerce 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 ».

un patrimoine a été affecté, plusieurs arguments sont invoqués : en premier lieu, les travaux préparatoires, en second lieu l'absence d'interdiction légale expresse en ce sens, enfin, une approche renouvelée du cautionnement.

S'agissant des travaux préparatoires, ont été relevés les propos très clairs de M. Novelli, lors de la séance du 17 février 2010. Ce dernier avait affirmé : « 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 ».

Un autre argument repose sur la loi elle-même, notamment sur l'absence d'interdiction expresse à la fois dans les dispositions régissant le statut d'EIRL et dans celles de l'article L. 313-21 du code monétaire et financier que, pourtant, la loi du 15 juin 2010 a quelque peu modifié². Les dispositions de ce texte s'efforcent de limiter pour l'entrepreneur individuel le recours aux sûretés sur les biens non nécessaires à l'exploitation et également de limiter les sûretés sollicitées auprès des proches de ce dernier. Il vise sans distinction l'entrepreneur individuel et ne saurait être restreint au seul entrepreneur individuel non EIRL. Ce dernier peut parfaitement être concerné par la première restriction posée, le patrimoine affecté lui-même pouvant comporter des biens simplement utiles à l'activité, au-delà des biens nécessaires à celle-ci qu'il doit obligatoirement comprendre. Ces biens pourront demeurer logés dans le patrimoine non affecté aux côtés des biens étrangers à l'activité. A l'évidence, la limitation des sûretés consenties par des proches est susceptible de s'appliquer quel que soit le statut de l'entrepreneur individuel. Or, en dépit de la modification de ce texte en 2010, n'y a été ajoutée aucune interdiction pour l'EIRL de constituer des sûretés sur le patrimoine non affecté.

Enfin, une partie de la doctrine considère que l'EIRL peut consentir non seulement des sûretés sur des biens du patrimoine non affecté pour garantir les dettes professionnelles, mais également qu'il peut se porter caution sur le patrimoine non affecté en prônant une approche renouvelée (d'aucuns ont dit « audacieuse ») du cautionnement, à l'aune de la dualité de patrimoines de l'EIRL. Le cautionnement devrait être admis car il reviendrait en définitive à permettre de garantir les dettes d'un autre patrimoine, peu important qui est à la tête de cet autre patrimoine. De manière très évocatrice, le plaidoyer en faveur de cette solution rédigé par l'un de ces auteurs, Mme Pérochon, est intitulé « EIRL : un patrimoine peut en garantir un autre »³. Le même raisonnement est également appliqué par un autre auteur aux autres formes de sûretés personnelles que le cautionnement, garantie autonome ou lettre d'intention⁴.

Pourtant, si certains concèdent que « le cautionnement redevient aussi possible dès lors que l'on considère que le cautionnement permet de garantir les dettes d'un autre patrimoine »⁵, ils n'en formulent pas moins des réserves : « En l'état des textes, l'analyse est cependant audacieuse »⁶. Il importe ainsi d'évoquer désormais les arguments avancés à l'encontre de la possibilité pour l'EIRL de consentir des sûretés sur le patrimoine non affecté.

² Y a été ajoutée à la charge de l'établissement de crédit une obligation d'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

³ F. Pérochon, « EIRL : un patrimoine peut en garantir un autre », *Revue des procédures collectives* n° 2, Mars 2011, dossier 25. Dans le même sens : M. Mignot, *L'EIRL et les sûretés*, RRJ 2011, p. 1455.

⁴ N. Borga, *L'EIRL et la constitution de sûretés personnelles*, BJE mars 2011, n° JBE-2011-0007, p. 76.

⁵ D. Legeais, *Ordonnance du 9 décembre 2010, Sûretés et EIRL*, *Revue de Droit bancaire et financier* n° 1, Janvier 2011, comm. 6

⁶ D. Legeais, *précit.*

B) A l'encontre de l'admission de la constitution de sûretés ou de certaines sûretés sur le patrimoine non affecté

L'esprit, mais également la lettre de la loi, sont notamment invoqués pour repousser la constitution de sûretés sinon sur les biens du patrimoine affecté, du moins sur celui-ci dans son entier.

Par hypothèse, le cloisonnement patrimonial recherché se heurte à l'octroi de sûretés sur le patrimoine non affecté⁷. Or, c'est ce à quoi l'octroi d'un cautionnement aboutirait complètement. La constitution de sûretés réelles sur des biens déterminés composant le patrimoine affecté, sans avoir la même ampleur, constituerait assurément autant de brèches dans ce cloisonnement patrimonial.

Au-delà de l'esprit des textes, la lettre de la loi y ferait également obstacle. En effet, l'article L. 526-12 I 1° du code de commerce dispose que « Les créanciers auxquels la déclaration 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 ». Cette disposition empêcherait de constituer une sûreté conférant un autre droit de gage général sur le patrimoine non affecté, tandis qu'elle ne se heurterait pas en revanche à l'octroi de sûretés réelles sur des biens déterminés⁸. C'est le cautionnement qui se trouve plus particulièrement visé car, sans doute, le plus spontanément pratiqué. Deux auteurs pointent du doigt le risque de requalification du cautionnement en sûreté réelle globale sur le patrimoine non affecté⁹.

Par ailleurs, l'absence de renonciation, autre que générale, au patrimoine affecté est avancée¹⁰ et considérée même par certains auteurs comme une question centrale¹¹. On observera que la situation est assurément distincte de celle retenue par la législateur s'agissant de l'insaisissabilité à laquelle il a permis de renoncer en faveur d'un ou plusieurs créanciers¹².

On pourrait encore ajouter à cela une réponse ministérielle du 19 octobre 2010¹³ semblant bien exclure le recours à des sûretés sur les biens personnels de l'EIRL et à des garanties consenties par des proches de celui-ci. Il est affirmé en effet que « 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 ».

Au-delà des précédents arguments, l'objection la plus notable tient assurément à la structure même du cautionnement, qui nous paraît s'y opposer¹⁴, opinion partagée par plusieurs autres auteurs mettant par ailleurs également en avant le régime du cautionnement¹⁵. Le cautionnement repose en effet sur l'altérité du sujet de droit prenant l'engagement *ab initio*¹⁶. Cette nécessaire altérité ressort indirectement, mais sûrement, de la définition donnée par l'article 2288 du code civil selon lequel « celui qui se rend caution d'une

⁷ B. Saintourens, L'entrepreneur individuel à responsabilité limitée, Commentaire de la loi n° 2010-658 du 15 juin 2010, Rev. Sociétés 2010, p. 351 et s, n° 57

⁸ H. Synvet et A. Gaudemet, EIRL et sûretés, Petites affiches, 28 avr. 2011 n° 84, p. 32, n°32.

⁹ Droit des sûretés, HyperCours Dalloz, 7 e éd., 2019, n° 20.

¹⁰ F. Vauvillé, Commentaire de la loi du 15 juin 2010 relative à l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée, Defrénois 2010, p. 15

¹¹ H. Synvet et A. Gaudemet, précit. , n° 28.

¹² C. Com. Art. L. 526-3. C. Com.

¹³ Rép. min. n° 80164 : JOAN Q 19 oct. 2010, p. 11390

¹⁴ F. Macorig-Venier, Observations sur l'EIRL et les sûretés, BJS mars 2011, n° JBS-2011-0106, p. 253.

¹⁵ S. Cabrillac, EIRL et sûretés personnelles : faute de grives, on mange des merles, Cahiers de droit de l'entreprise n° 3, Mai 2011, dossier 16.

¹⁶ M. Bourassin et V. Brémond, Droit des sûretés, Sirey, 7^e éd., 2020, n° 53, note 5.

obligation, se soumet envers le créancier à satisfaire cette obligation, si le débiteur n'y satisfait pas lui-même ».

La solution sera confortée par la prochaine réforme des sûretés. Cette réforme devrait en effet reprendre les propositions de réforme du droit des sûretés de l'association Capitant. Elle vaudra non seulement pour le cautionnement, mais également pour l'ensemble des sûretés personnelles. En effet, la sûreté personnelle sera définie comme « l'engagement pris envers le créancier *par un tiers non tenu à la dette* qui dispose d'un recours contre le débiteur principal ». Ainsi la lettre d'intention, à laquelle un auteur avait estimé le recours possible car la définition actuelle ne postule pas l'altérité de son souscripteur, sera également à écarter¹⁷.

La constitution de sûretés réelles sur des biens entrant dans la composition du patrimoine affecté ne se heurte évidemment pas non plus à ce type d'objection et paraît ainsi envisageable.

Alors qu'il apparaissait crucial en 2010 que ce débat doctrinal soit tranché, il est demeuré en pratique quasiment sans objet.

II / Un débat apparemment sans objet en pratique

Il apparaît qu'en pratique la question de l'octroi de sûretés par l'EIRL en garantie de ses dettes professionnelles sur les biens du patrimoine affecté ou sur la totalité de celui-ci via un cautionnement ne semble pas avoir été directement posée. Sans doute le faible nombre d'entrepreneurs ayant opté en faveur du statut d'EIRL explique-t-il en partie cette situation. Elle tient probablement également pour partie au dispositif mis en place en dehors des dispositions du code de commerce régissant le patrimoine affecté et ce afin d'éviter le recours à des garanties consenties tant par le l'EIRL que ses proches. Ce dispositif repose à la fois sur des mesures favorisant le recours à des garanties bancaires (A) et sur des mesures destinées à limiter le recours aux garanties consenties par l'EIRL et ses proches (B).

A) Les mesures favorisant le recours à des garanties bancaires

Les pouvoirs publics ont, dès le printemps 2011, cherché à encourager au profit des entrepreneurs individuels à responsabilité limitée spécialement, ou, plus exactement, de leurs créanciers, le recours à la garantie de sociétés de caution mutuelle. Les mesures ainsi prises ont été même renforcées par la suite, en dépit de la réforme du groupe OSEO¹⁸ appelé avec SIAGI au soutien de ce dispositif.

En avril 2011, selon un communiqué du Ministère de l'économie et des finances, était signée une convention entre le secrétaire d'État chargé des PME et deux organismes, OSEO (reposant sur deux structures, un établissement public à caractère industriel et commercial et une société anonyme détenue à plus de 50 % par l'État) et SIAGI, Société Interprofessionnelle Artisanale de Garantie des Investissements, société de caution mutuelle. Il était prévu que ceux-ci apporteraient leurs garanties au profit des entrepreneurs individuels à responsabilité limitée afin de garantir alors 70 % des crédits qui leur seraient consentis¹⁹.

En 2012, la convention était renouvelée et une garantie élargie était proposée pour le financement des EIRL par OSEO et SIAGI (jusqu'à 80% en création ex nihilo, et jusqu'à 70% pour la reprise par 1ère installation, reprise, développement, et transformation). Il était souligné ainsi par le communiqué de presse commun d'OSEO et SIAGI du 23 février 2012 que « pour

¹⁷ S. Cabrillac, précit.

¹⁸ 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 (Décision n° 2010-607 DC du 10 juin 2010, JORF n°0137 du 16 juin 2010 page 10988). Elle a finalement été opérée par la loi de régulation bancaire et financière du 22 octobre 2010 : cf. T. Bonneau, Commentaire de la loi n° 2010-1249 du 22 octobre 2010 de régulation bancaire et financière, JCP E 2010, 1957, n°5

¹⁹ Communiqué Minefi, 1er avr. 2011 : JCP E 2011, act. 202 ; Ch. Lebel, J-Cl. Comm. Fasc 80, n° 44.

les EIRL, les banques peuvent limiter leur quote-part de perte finale à 20% en création ex-nihilo et 30% dans les autres cas ».

Entre temps, BPI France prit le relais d'OSEO²⁰.

L'édifice reposait également sur un engagement informel des banques de ne pas exiger de garanties sur les biens personnels de l'EIRL, alors que l'interdiction d'un cumul de la garantie bancaire avec des sûretés consenties par l'EIRL ou ses proches, un temps envisagé, avait finalement été écartée lors des travaux préparatoires au profit de mesures tendant à limiter le recours à ces garanties.

B) Les mesures limitant le recours aux sûretés consenties par l'entrepreneur ou ses proches

Il convient de revenir ici aux dispositions de l'article L. 313-21 du Code monétaire et financier. Ce texte impose aux établissements bancaires d'informer par écrit l'entrepreneur individuel, lorsqu'ils envisagent de prendre sûreté réelle sur biens non nécessaires à l'exploitation ou d'obtenir une sûreté personnelle d'une personne physique, de la possibilité qui lui est offerte de proposer une garantie sur les biens nécessaires à l'exploitation de l'entreprise *ou de solliciter une garantie auprès d'un autre établissement de crédit, d'une société de financement ou d'une entreprise d'assurance habilitée à pratiquer les opérations de caution*. L'information imposée avant la loi du 15 juin 2010 portait seulement sur la possibilité pour l'entrepreneur de proposer une garantie sur les biens nécessaires à l'exploitation.

Comme indiqué précédemment, si cette disposition ne vise pas expressément l'EIRL, elle lui parfaitement est applicable.

Au-delà du souhait du législateur d'éviter le recours aux garanties par l'EIRL et ses proches, on observera que cette disposition sanctionne le non-respect de l'obligation d'information qu'elle édicte par l'impossibilité pour l'établissement bancaire de se prévaloir dans ses relations avec l'entrepreneur des garanties qu'il aurait prises. Si tant est qu'un cautionnement de l'EIRL soit admis, il ne pourrait ainsi être invoqué. S'agissant des sûretés réelles prise sur les biens du patrimoine non affecté, la privation de la possibilité de les mettre en œuvre suppose que la mesure de publicité prise ait été radiée. L'application de la sanction ainsi prévue n'a pas, à notre connaissance, donné lieu à ce jour à du contentieux²¹.

Après la loi Pacte, qui impose aux nouveaux entrepreneurs individuels de se prononcer sur le choix du statut d'EIRL *ab initio*, il est permis d'imaginer que cela devrait changer et que le débat sur l'octroi de sûretés par l'EIRL sur le patrimoine non affecté soit enfin tranché.

²⁰ Bpifrance Financement (ex-OSEO) BPI est issue du regroupement d'OSEO, de CDC Entreprises, FSI et FSI Régions

²¹ On notera que la sanction prévue est sans intérêt s'agissant de cautionnements consentis par des tiers. C'est sans doute la raison pour laquelle certains juridictions du fond ont été amenées à se placer sur le terrain du droit commun. On observe ainsi des arrêts ayant annulé pour dol des cautionnements consentis par des tiers au mépris du dispositif prévu pour la garantie d'OSEO sans que la caution en ait été informée : parmi plusieurs décisions rendues le même jour, cf. CA Toulouse 3 juillet 2017, n° 16/02060.