

L'entreprise individuelle sans risque et le patrimoine d'affectation : le miroir aux alouettes ?

Anne-Sophie Courtier

DANS **MANAGEMENT & AVENIR** 2014/8 N° 74 , PAGES 145 À 158
ÉDITIONS **MANAGEMENT PROSPECTIVE ÉDITIONS**

ISSN 1768-5958

DOI 10.3917/mav.074.0145

Date de mise en ligne : 09/01/2015

Article disponible en ligne à l'adresse

<https://shs.cairn.info/revue-management-et-avenir-2014-8-page-145?lang=fr>



Découvrir le sommaire de ce numéro, suivre la revue par email, s'abonner...
Scannez ce QR Code pour accéder à la page de ce numéro sur Cairn.info.



Distribution électronique Cairn.info pour Management Prospective Éditions.

Vous avez l'autorisation de reproduire cet article dans les limites des conditions d'utilisation de Cairn.info ou, le cas échéant, des conditions générales de la licence souscrite par votre établissement. Détails et conditions sur cairn.info/copyright.

Sauf dispositions légales contraires, les usages numériques à des fins pédagogiques des présentes ressources sont soumises à l'autorisation de l'Éditeur ou, le cas échéant, de l'organisme de gestion collective habilité à cet effet. Il en est ainsi notamment en France avec le CFC qui est l'organisme agréé en la matière.

L'entreprise individuelle sans risque et le patrimoine d'affectation : le miroir aux alouettes ?

Anne-Sophie COURTIER¹

Résumé

Le principe d'unicité du patrimoine dégagé à la fin du XIX^e siècle est très présent en droit français. Pourtant, son application pose de nombreuses difficultés car le patrimoine unique et indivisible devient le seul gage général des créanciers et représente en cela un risque juridique, notamment en cas d'exploitation d'une entreprise. La scission patrimoniale n'étant pas possible, le législateur a dû composer avec les montages juridiques à sa disposition ou en proposer de nouveaux. Le patrimoine d'affectation est l'un de ces montages juridiques dont le but est de cloisonner les biens d'une personne selon leur affectation commune. Le patrimoine d'affectation est alors envisagé pour pallier le risque juridique inhérent au principe d'unicité du patrimoine. Cet article pose un regard critique sur cette notion de patrimoine d'affectation et nous verrons qu'il n'est pas aussi efficient qu'il le semble.

Summary

The theory of the unicity of patrimony is highly used in French law but its application causes however huge difficulties. Due to an indivisible and unique patrimony, creditors can seize all goods, which represent a legal risk for entrepreneurs. The theory doesn't allow a division of the patrimony. In a legal perspective, the legislator has to compose with legal structures or to propose new models. The patrimony of affectation is one of these models proposed as remedy of legal risks. The purpose of this article is to offer a critical of the patrimony of affectation through the analyze of trust on one side and the analyze of individual entrepreneur's situation on the other. The first section discusses the growth and consecration of the patrimony of affectation by highlighting the defects of the first theory of patrimony. The second section deals with the resistance of the theory of patrimony face to this new model which is nevertheless not so efficient.

1 Anne-Sophie COURTIER : Professeur Associé de droit à NEOMA Business School, Membre de l'Association des Professeurs de droit des Grandes Ecoles - anne-sophie.courtier@neoma-bs.fr

L'entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2011 du statut d'EIRL (Entrepreneur Individuel à Responsabilité Limitée) a relancé, chez les juristes, le débat relatif à l'entreprise sans risque (Champaud et Danet, 2010). Dans un contexte économique de crise, il semble opportun de multiplier les possibilités de créations d'entreprises tout en rassurant porteurs de projets et investisseurs. Un audit des outils juridiques à disposition du législateur convainc ce dernier que la sagesse brime l'audace. La théorie du patrimoine telle qu'elle existe aujourd'hui en droit français ne permet pas de garantir à l'entrepreneur une sécurité juridique suffisante face aux risques juridiques liés à l'exploitation. Cette théorie engendre une confusion du patrimoine de l'entreprise individuelle avec la personne de l'entrepreneur, créant un risque pour les biens personnels de celui-ci. C'est ainsi que peu à peu l'influence économique a conduit les juristes à proposer de nouveaux concepts juridiques plus adaptés aux besoins pratiques. Le patrimoine d'affectation en est la parfaite illustration. Il est présenté comme palliatif de ces risques juridiques inhérents à la théorie du patrimoine. Si le recours à cette notion est parcellaire au XX^e siècle, il s'accroît dans les années 1970 jusqu'à sa consécration en 2010 avec le statut d'EIRL. L'exploration de la littérature sur l'entrepreneuriat n'est pas chose aisée tant elle est vaste et hétérogène. Les concepts qui s'y rattachent connaissent depuis ces dernières années de profondes mutations (Bygrave et *al.*, 1991). La multiplicité des approches disciplinaires (économie, management, psychologie, histoire, sociologie, droit...) est à la source de nombreuses recherches aux thématiques variées (Fayolle et Tounes, 2006), notamment sur le risque entrepreneurial (Brockhaus, 1980 ; Palich and Ray Bagby, 1995 ; Zahra, 2005). Cependant, aucune étude en gestion n'a, à ce jour, envisagé l'étude de l'entreprise individuelle par le prisme du patrimoine (et notamment du patrimoine d'affectation). Généralement étudiées sous l'angle juridique, les notions de patrimoine et de patrimoine d'affectation dépassent pourtant le simple cadre légal et viennent irriguer tout l'environnement de l'entrepreneur. Se détachant ainsi d'une approche uni-disciplinaire, cet article se propose d'établir un dialogue entre la gestion et le droit en offrant une appréhension transversale d'un concept juridique. Dès lors, à l'aune des différentes évolutions législatives et conceptuelles, il est permis de s'interroger : le patrimoine d'affectation offre-t-il à l'entrepreneur individuel une garantie suffisante permettant de déployer l'idée d'une entreprise sans risque ? L'analyse du concept de patrimoine d'affectation confronté au patrimoine classique (1) nous permet d'en douter. Face à une crise économique qui a, plus que jamais, renforcé le besoin de protéger le patrimoine personnel et malgré les efforts d'un législateur soucieux de composer avec les montages juridiques à sa disposition, le recours au patrimoine d'affectation demeure un mode de scission patrimoniale non opérationnel (2) et cette conséquence pratique trouve sa cause dans l'absence de théorisation du concept (3).

1. La théorie du patrimoine et la naissance du patrimoine d'affectation

Un simple survol du droit français permet de constater que la notion de patrimoine y est très présente, voire essentielle. Droit des personnes et droit des biens, droit des régimes matrimoniaux et des successions, droit des sociétés ou encore droit fiscal, le sujet est transversal et la littérature considérable. Une grande partie du droit français s'articule aujourd'hui autour de cette notion. Pourtant, le patrimoine n'est nullement défini. S'il est d'usage de rattacher son étude aux articles 2284 et 2285 du Code civil, aucun texte de loi ni aucun article de code ne lui sont exclusivement consacrés. Issu du droit romain, le

L'entreprise individuelle sans risque et le patrimoine d'affectation : le miroir aux alouettes ?

concept de patrimoine a été élaboré par Aubry et Rau (1838). Et c'est cette théorie dite classique qui demeure aujourd'hui son unique fondement.

Erigée au rang de dogme par la doctrine française, la théorie du patrimoine souffre aujourd'hui d'insuffisances qui ne peuvent plus répondre aux besoins de la pratique. Le patrimoine d'affectation, hérité du droit allemand, est alors entrevu comme remède à tous ces maux.

1.1. Les insuffisances du patrimoine classique et le timide remède du patrimoine d'affectation

La compréhension des notions juridiques de patrimoine et de patrimoine d'affectation ne peut se faire sans une esquisse historique et théorique. C'est ce que nous nous proposons de faire en distinguant d'une part le concept de patrimoine (1.1.1.) et d'autre part celui de patrimoine d'affectation, le second étant une réponse aux lacunes du premier (1.1.2.).

1.1.1. La théorie classique du patrimoine et ses insuffisances

A la fin du XIXe siècle, deux professeurs de droit français, Aubry et Rau (1838), proposent de réunir tous les biens d'une même personne dans un ensemble plus large appelé patrimoine qu'ils définissent comme étant « *l'ensemble des biens d'une personne envisagé comme formant une universalité de droit* ». Prenant comme point de départ les travaux de la science juridique allemande et notamment l'ouvrage de Carl Salomon Zachariae (1808), les auteurs affirment que l'idée de patrimoine se déduit directement de celle de la personnalité. C'est à partir de cette affirmation qu'Aubry et Rau vont systématiser la notion de patrimoine et la rendre très abstraite. Ils en font la déduction que seules les personnes peuvent avoir un patrimoine, que toute personne a nécessairement un patrimoine et qu'une même personne ne peut avoir qu'un seul patrimoine. Ces trois affirmations seront la clef de voute de toute leur construction juridique. C'est une conception de la dette pesant en premier lieu sur la personne et seulement après sur ses biens. On déduit de ces préceptes les principes d'unicité et d'indivisibilité du patrimoine, celui-ci étant le reflet de la personne, elle-même unique et indivisible (voir Figure 2). Si la littérature sur l'entrepreneuriat fait régulièrement référence à la notion de patrimoine (Levratto et Serverin, 2009 ; Fayolle et Pereira, 2013), c'est la théorie d'Aubry et Rau qui est citée, aucune définition explicite ou implicite distincte n'étant proposée.

Juridiquement très innovatrice, la théorie classique du patrimoine a reçu, au départ, un accueil très favorable de la doctrine. Elle permettait de préciser pour chaque personne l'ensemble de ses biens et de ses obligations (actif et passif) et offrait aux créanciers un droit de gage dit général, portant sur l'ensemble des biens contenus dans le patrimoine. C'est aujourd'hui encore cette théorie dite classique qui est l'unique fondement de la notion de patrimoine. Elle est traditionnellement déduite des articles 2284 et 2285 du Code civil qui définissent le droit de gage général des créanciers en ces termes : « *quiconque s'est obligé personnellement, est tenu de remplir son engagement sur tous ses biens mobiliers et immobiliers, présents et à venir* » et « *les biens du débiteur sont le gage commun de ses créanciers (...)* ». Dans le cas d'une entreprise individuelle, les biens de l'entreprise sont ceux de l'entrepreneur et le risque induit par cette confusion patrimoniale est réel. L'absence de séparation entre les biens professionnels et les biens personnels augmente

l'assiette de la garantie, c'est-à-dire ce que peut saisir le créancier. La confusion patrimoniale autorise n'importe quel créancier à saisir n'importe quel bien. Et le risque ultime de disparition de l'entreprise frappe l'entrepreneur d'une sur sanction (Philippart, 2012) : le risque patrimonial de perdre tous ses biens personnels (logement...).

Afin de contourner ces risques, la technique juridique s'est adaptée et a mis en place des palliatifs. Le recours massif à la création de personnes morales en est l'illustration la plus importante. Puisqu'un patrimoine ne peut exister sans être rattaché à une personne juridique, on a « créé » une nouvelle personne juridique chaque fois que l'on voulait isoler une masse de biens (Bailly-Masson, 2008). L'exemple le plus symbolique en est la société unipersonnelle : l'entrepreneur souhaitant isoler les biens professionnels de ses biens personnels va créer une personne morale dont il sera le seul et unique associé. Deux personnes juridiques justifient alors l'existence de deux patrimoines distincts, dans le respect de la théorie du patrimoine. Ainsi, le cloisonnement des biens implique une répartition des créanciers en deux groupes, ce qui permet de limiter le risque juridique. Les actifs et passifs professionnels sont dans le patrimoine de la société unipersonnelle et servent de garantie aux créanciers professionnels. Les actifs et passifs personnels demeurent, eux, dans le patrimoine de l'entrepreneur et ne sont saisissables que par les créanciers personnels (voir Figure 2).

Le recours systématique à la création d'une personne morale dès lors qu'un cloisonnement des biens est souhaité est un mécanisme lourd de conséquences, tant administratives que fiscales ou comptables. Peu à peu, le concept de patrimoine s'est trouvé amoindri, ébranlé au point de perdre une certaine utilité tel qu'il est conçu aujourd'hui. D'autant que l'activité doctrinale autour de la notion de patrimoine est alimentée par la multiplication des échanges et le constat récurrent que les droits étrangers vivent sans connaître la corrélation entre personne et patrimoine (droit allemand, Code civil du Québec). Dès lors, le législateur, sans pour autant le remettre en cause, a très vite tenté une approche différente : la reconnaissance du patrimoine d'affectation.

1.1.2. Apparition du concept de patrimoine d'affectation et variations sur un même thème

C'est encore une fois chez les auteurs germaniques que l'on trouve les prémisses d'une théorie qui sera plus tard adoptée en France. Dans la seconde moitié du XIXe siècle, Brinz et Bekker (1888) s'écartent de l'idée selon laquelle tout patrimoine appartient nécessairement à une personne et mettent en place le concept de *Zweckvermögen*, c'est-à-dire de patrimoine séparé ou patrimoine-but. Ces auteurs soutiennent qu'il n'est pas besoin de recourir à la création de personnes car « *une chose peut ne pas appartenir comme il est d'ordinaire à quelqu'un mais aussi appartenir pour quelque chose* » (Brinz et Bekker, 1888).

Le patrimoine-but ou *Zweckvermögen* dégagé par Brinz et Bekker est donc un patrimoine d'affectation pris dans le sens d'ensemble de biens réunis dans un but commun, une affectation commune. Là où les modernes auraient procédé à la création d'une personne morale, Brinz et Bekker soutiennent l'idée que ce patrimoine appartient à son but.

La théorie de Brinz et Bekker a été adoptée en France et en droit public par Léon Duguit (1930). Selon cet auteur, « *il est complètement inutile de faire intervenir le concept de personnalité pour expliquer le patrimoine individuel. (...) Si le patrimoine est un ensemble*

L'entreprise individuelle sans risque et le patrimoine d'affectation : le miroir aux alouettes ?

de richesses affectées à un certain but, cette affectation peut être socialement protégée, sans qu'il y ait une personne titulaire du patrimoine. Brinz ne voulait pas dire autre chose : et il était dans le vrai ». Duguit adopte donc les idées de Brinz sur le Zweckvermögen ou patrimoine d'affectation. Mais il s'en distingue sur un point : l'auteur voit dans le patrimoine-but ou patrimoine d'affectation le fondement de l'existence, pour un même sujet, de plusieurs patrimoines distincts. « Cette conception du patrimoine-but et de la capacité patrimoniale est la seule qui puisse rendre compte de toute une série de situations reconnues aujourd'hui par une jurisprudence constante et qui sont en contradiction complète avec la théorie traditionnelle du patrimoine personnel, c'est-à-dire du patrimoine correspondant rigoureusement et exclusivement à une personnalité individuelle déterminée » (Duguit, 1930). Ainsi, l'auteur publiciste réfute en totalité la théorie classique du patrimoine d'Aubry et Rau car pour lui, le patrimoine doit être envisagé de façon unitaire : tous les patrimoines sont des patrimoines-buts.

Duguit a été suivi en droit privé par Plastara (1903) et Percerou (1951). A travers l'étude de la personne morale de droit privé, Percerou est l'un des premiers auteurs à tenter de définir clairement le patrimoine d'affectation. Il ne veut pas édifier une théorie du patrimoine d'affectation en opposition à celle de la personnalité morale mais bien trouver dans le patrimoine d'affectation le « critère qui permettrait de restituer au régime juridique des personnes morales l'unité qui leur fait défaut » (Percerou, 1951, p.89). Pour cela, il envisage l'hypothèse de cellules sociales constituées par un patrimoine d'affectation et définit celui-ci comme étant « un ensemble de biens et de droits évaluables en argent servant à la réalisation d'un objet donné ». Par objet, l'auteur entend le but, et donc l'exercice d'une activité économique.

L'analyse, non exhaustive, de ces auteurs nous permet de constater que, malgré quelques variations, tous convergent vers une même idée : celle d'un patrimoine d'affectation synonyme d'une masse de biens réunis par une affectation commune à un but économique précis. Il faudra attendre les années 1970 pour que ce patrimoine d'affectation soit reconnu en pratique comme le remède à l'asphyxie de notre Droit par la théorie classique du patrimoine toujours en vigueur. En effet, lors de la création de l'entreprise unipersonnelle, la consécration d'un patrimoine d'affectation économique est proposée comme alternative par les auteurs de la loi (Champaud, 1979). Si dans cette hypothèse précise, le législateur a préféré s'attaquer au fondement contractuel de la technique sociétaire, le mouvement n'en a pas moins été amorcé.

Mis en lumière timidement au début du XX^e pour contrebalancer les lacunes d'un patrimoine juridique sclérosé, le patrimoine d'affectation est depuis lors régulièrement cité et utilisé. Certains auteurs évoquent même la « théorie du patrimoine d'affectation » (Piedelièvre, 2007 ; *contra* Courtier, 2007). Nous allons voir que c'est principalement dans le domaine de l'entreprise individuelle que la notion prend toute sa signification.

1.2. Le déploiement du patrimoine d'affectation garant d'une entreprise individuelle sans risque

Depuis les années 1970, plusieurs avancées législatives ont permis de déployer peu à peu le concept de patrimoine d'affectation afin de pallier les risques liés au statut d'entrepreneur individuel.

1.2.1. L'EURL et autres mesures de protection du patrimoine

En droit français, l'entreprise individuelle n'a aucune existence. Elle se confond avec la personne de l'entrepreneur et n'a donc pas d'autonomie patrimoniale. Elle n'est qu'un élément du patrimoine de l'entrepreneur (Segrestin et Hatchuel, 2009). A ce titre, tous les biens sont confondus et les créanciers personnels peuvent saisir les biens liés à l'exploitation, de même que les créanciers professionnels peuvent saisir les biens nécessaires à la famille. Avant l'introduction en 1985 de l'EURL (Entreprise Unipersonnelle à Responsabilité Limitée) dans notre droit, l'entrepreneur individuel qui souhaitait pallier cette confusion patrimoniale n'avait pour seule solution que de s'associer avec des partenaires de complaisance (généralement des membres de sa famille) afin de valider la condition de pluralité d'associés requise pour toute création de société. Soucieux de répondre aux attentes des entrepreneurs en quête de sécurité juridique, le législateur a longtemps envisagé de créer un patrimoine d'affectation dans le patrimoine de l'entrepreneur (Champaud, 1979). Cela aurait permis de séparer les biens personnels de ceux de l'entreprise, chaque sous-patrimoine étant alors composé d'un actif et d'un passif propres. Les créanciers auraient, eux aussi, été scindés en deux groupes, selon que leur créance avait pour origine le sous-patrimoine personnel ou professionnel, réduisant d'autant l'assiette de leur droit de gage. La reconnaissance du patrimoine d'affectation allant à l'encontre de la théorie classique qui prône l'indivisibilité du patrimoine, le choix du législateur s'est tourné vers la création d'une personne morale, l'EURL (Entreprise Unipersonnelle à Responsabilité Limitée), détentrice de ce sous-patrimoine professionnel consacré à l'entreprise. Pour cela, il fut nécessaire de réviser la définition même de la société qui reposait sur le contrat entre deux ou plusieurs associés et autoriser le contrat avec soi-même. C'est ainsi que l'application stricte de la théorie du patrimoine conduit, avec l'EURL, à reconnaître deux personnes et donc deux patrimoines distincts dans l'hypothèse de l'entrepreneur ayant opté pour la forme sociétale alors que sa situation professionnelle est identique à celle de l'entrepreneur individuel. Si à l'époque, le concept de patrimoine d'affectation n'a pas été retenu, l'idée d'une entreprise individuelle sans risque chemine avec, en toile de fond, celle du cloisonnement des biens et, par voie de conséquence, des créanciers. Dans les années 1990, parallèlement à la société unipersonnelle, la recherche d'un moyen de protéger l'entrepreneur individuel contre le risque patrimonial conduit le législateur à envisager une autre voie : agir sur l'assiette de la garantie offerte aux créanciers. C'est ainsi que la loi Madelin n° 94-126 du 11 février 1994 a mis en place deux types de mesures tendant à cantonner les droits des créanciers professionnels sur les biens de l'entreprise. L'entrepreneur individuel se voit tout d'abord reconnaître un bénéfice de discussion lors des poursuites d'exécution sur ses biens personnels par un créancier dit « professionnel ». L'entrepreneur individuel peut « *s'il établit que les biens nécessaires à l'exploitation de l'entreprise sont d'une valeur suffisante pour garantir le paiement de la créance, demander au créancier que l'exécution soit en priorité poursuivie sur ces derniers* ». Ainsi, les créanciers professionnels seront

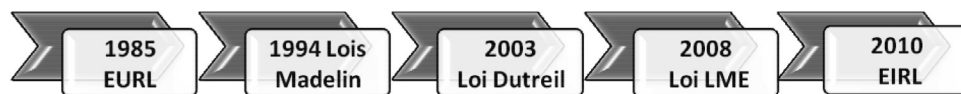
L'entreprise individuelle sans risque et le patrimoine d'affectation : le miroir aux alouettes ?

orientés en priorité vers les biens professionnels afin de protéger au mieux le patrimoine propre de l'entrepreneur.

Ensuite, l'article L. 313-21 du Code monétaire et financier prévoit que tout entrepreneur qui sollicite un concours financier pour son activité professionnelle peut proposer à l'établissement de crédit de ne prendre de garantie que sur les biens nécessaires à l'exploitation de l'entreprise. Bien que la responsabilité de l'établissement financier ne puisse être engagée en cas de refus de sa part, ce texte permet de dissocier les biens nécessaires à l'exploitation des autres biens dits personnels. Ceci conduit à proposer une sorte de gage spécial à l'établissement financier. A la lumière de ces deux mesures, on perçoit la volonté du législateur de créer une sorte de cloisonnement entre les biens nécessaires à l'exploitation et les dettes ayant trouvé leur cause en leur sein. La loi Madelin constitue « l'embryon d'une nouvelle logique : n'affecter que les biens professionnels aux créanciers de l'activité » (Philippart, 2012).

Dix ans plus tard, le souci de pallier les conséquences de l'exposition illimitée de l'entrepreneur individuel aux risques de l'exploitation demeure. La loi Dutreil de 2003 relative à l'initiative économique insère alors un nouvel article L.526-1 dans le Code de commerce afin d'organiser l'insaisissabilité de la résidence principale de l'entrepreneur individuel par simple déclaration à un registre de publicité légale. Il s'agit là d'un grand pas en direction d'une séparation souhaitée des patrimoines personnel et professionnel de cet entrepreneur. Mais limitée à la seule résidence principale de l'entrepreneur, cette séparation est trop restrictive (Roussel *et al.*, 2008). Les travaux parlementaires sur la loi de modernisation de l'économie LME du 4 août 2008 vont alors envisager la création de l'EIRL, Entreprise Individuelle à Responsabilité Limitée (Roussel *et al.*, 2008), patrimoine dédié aux risques de l'entrepreneur et cadre juridique essentiel pour développer une économie de proximité. Mais une fois encore, l'amendement est retiré, laissant place à un avatar : l'élargissement de l'insaisissabilité à tous les biens fonciers de l'entrepreneur individuel. En proposant de rendre insaisissables les biens fonciers personnels de l'entrepreneur individuel par simple déclaration à un registre de publicité légale, le législateur, par la loi LME, a pensé répondre aux inquiétudes de ces entrepreneurs soucieux de préserver leur patrimoine personnel de leur activité professionnelle. Il s'agit ni plus, ni moins, de sortir ces biens personnels du champ d'exercice du droit de gage général des créanciers professionnels. Ce protectionnisme peut être vu comme une scission patrimoniale : d'un côté les biens saisissables par tous les créanciers, de l'autre, les biens insaisissables par les créanciers professionnels, sorte de patrimoine d'affectation. Une forme de sécurité juridique pour l'entrepreneur individuel semble être pleinement garantie. Or ces biens rendus insaisissables sont ceux qui représentent souvent la plus grande valeur économique. Comment alors convaincre des établissements bancaires d'octroyer des financements ? Il faut choisir entre la protection de l'entrepreneur et le bon fonctionnement du crédit : on ne peut pas disposer d'un patrimoine complètement protégé et bénéficier d'un accès facile au crédit bancaire. Lorsqu'on met à l'abri un patrimoine, il ne peut plus constituer une garantie d'emprunt, ce qui rend difficile l'obtention d'un prêt. La loi Dutreil proposant l'insaisissabilité des biens fonciers a donc des conséquences néfastes corrélées et proportionnelles à ses atouts. Comme le souligne Rochfeld, « il n'est pas certain qu'elle parvienne à servir le but poursuivi (la promotion de l'initiative économique) » (2003, p.746).

Figure 1 - Progression de la loi sur la protection du patrimoine de l'entrepreneur individuel



1.2.2. L'EIRL et la création d'un patrimoine d'affectation

L'EIRL (Entrepreneur Individuel à Responsabilité Limitée) a été mise en place par la loi 15 juin 2010, entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2011. Sans création d'une personne morale distincte, ce statut permet à l'entrepreneur individuel d'opérer une scission patrimoniale nette entre biens professionnels et biens personnels. Ainsi, au sein d'un seul et même patrimoine, les biens professionnels sont réunis dans un patrimoine d'affectation par le jeu d'une déclaration d'affectation, ce qui va à l'encontre de la notion classique de patrimoine qui prône l'indivisibilité de ce dernier. Se voulant plus simple que la déclaration d'insaisissabilité, son régime fait penser à celui des sociétés avec apport en nature car l'évaluation des biens mobiliers d'une valeur supérieure à 30 000 euros doit être faite par un CAC ou expert-comptable... Voulant offrir une véritable sécurité juridique aux entrepreneurs, le législateur a fait un effort supplémentaire sur l'un des points clefs du régime de l'EIRL, à savoir la prise de garantie. Il signe une charte avec OSEO et SIAGI le 31 mai 2011 (Legeais, 2011), mais également avec la Fédération bancaire française dont le réseau s'engage à accorder des crédits sans prise de gage sur le patrimoine personnel du chef d'entreprise ou de sûreté personnelle sur l'entrepreneur ou son conjoint. Dès lors, la scission patrimoniale opérée par le régime de l'EIRL semble être garantie par les banques elles-mêmes. Enfin, le statut de l'EIRL bénéficie d'un aménagement de son régime fiscal. Il permet notamment de transformer une entreprise individuelle en EIRL sans conséquence fiscale pénalisante (liée par exemple à l'imposition des plus-values au titre de l'affectation de biens au patrimoine). L'EIRL a désormais le choix entre le régime de l'impôt sur le revenu et celui de l'impôt sur les sociétés : le régime de l'impôt sur le revenu s'applique en principe. Si l'entrepreneur (à condition de ne pas être auto-entrepreneur) opte pour l'assimilation à une EURL, c'est le régime de l'impôt sur les sociétés qui s'applique.


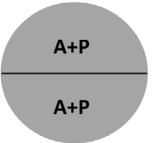

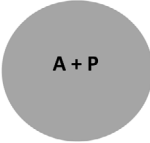
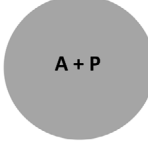
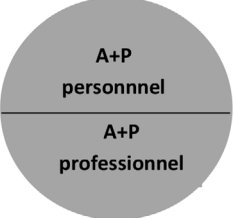

Ainsi, depuis le 1^{er} janvier 2011, en distinguant le patrimoine personnel du patrimoine professionnel, la loi permet de protéger ses biens privés tout en exerçant son activité professionnelle à titre individuel et ainsi d'atténuer les risques qui se trouvent accrus lors de la création d'entreprise. Il est désormais possible d'identifier la partie du patrimoine privé affectée à l'activité professionnelle. Avec ce nouveau mécanisme, l'entrepreneur n'est plus redevable de ses dettes professionnelles sur la totalité de son patrimoine en cas de difficultés économiques. Les biens personnels sont ainsi préservés.

Le succès semble ainsi garanti pour le statut d'EIRL et nous avons pu voir que la pression économique a incité le législateur à proposer des statuts novateurs tant dans leur conception que dans la sécurité juridique qu'ils prétendent apporter à leurs adeptes. Pourtant, ces statuts fondés sur le concept de patrimoine d'affectation demeurent illusoire. Nous

L'entreprise individuelle sans risque et le patrimoine d'affectation : le miroir aux alouettes ?

allons en effet montrer que le patrimoine tel que conçu par les classiques reste appliqué et ne peut souffrir aucune cohabitation avec le patrimoine d'affectation.

Figure 2 - Théorie du patrimoine, EURL, EIRL : illustration du risque patrimonial

Théorie du patrimoine	Conséquences		
	Montage autorisé	Montages interdits	
	Personne ↓ 	Personne ↓ 	Personne ↙ ↘ 
<p>EURL</p> <p>Une personne physique crée seule une personne morale. 2 personnes donc 2 patrimoines</p>	<p>Personne physique ↓ </p>	+	<p>Personne morale ↓ </p>
<p>EIRL</p> <p>Une personne physique crée un patrimoine d'affectation. 1 personne et 1 patrimoine divisé</p>	<p>Personne physique ↓ </p>		
Légende	 représente le patrimoine de la personne		A+P représente l'ensemble de l'actif et du passif de la personne

2. La résistance de la notion classique de patrimoine face au patrimoine d'affectation

Face à une crise économique qui a renforcé le besoin de protéger son patrimoine personnel, le recours au patrimoine d'affectation a paru répondre à cette attente. Pourtant,

nous verrons qu'il n'en est rien. Le patrimoine d'affectation demeure un mode de scission patrimoniale non opérationnel (2.1.) et cette conséquence pratique trouve sa cause dans l'absence de théorisation du concept (2.2.).

2.1. Le patrimoine d'affectation, mode de scission patrimoniale non opérationnel

En reprenant tour à tour les différentes illustrations du patrimoine d'affectation, nous verrons que la scission patrimoniale recherchée, autrement appelée cloisonnement des patrimoines, n'est finalement qu'illusoire.

2.1.1. L'insaisissabilité des biens fonciers de l'entrepreneur individuel

La garantie offerte par la scission patrimoniale née de l'insaisissabilité des biens fonciers est-elle réelle ? Plusieurs raisons nous en font douter. Tout d'abord, la lourdeur administrative (déclaration chez un notaire) et le coût de cette déclaration d'insaisissabilité (coût de rédaction et d'enregistrement évalué à 800 euros, coût variable selon l'immeuble, sa situation et le nombre de biens fonciers concernés) sont les premières sources de son insuccès (environ 20 000 déclarations depuis sa mise en place en 2004 pour près de 1,5 millions d'entrepreneurs individuels). Cela laisse à penser que les entrepreneurs individuels préfèrent renoncer à cette forme de sécurité juridique pour des raisons de simplicité. Ensuite, l'insaisissabilité relative instituée par la loi Dutreil, opposable seulement aux futurs créanciers professionnels, ne permet pas de savoir ce qu'il advient en cas de procédure collective. Bien que la chambre commerciale de la Cour de cassation ait précisé dans un arrêt du 28 juin 2011² que la déclaration était opposable au liquidateur, l'incertitude tant législative que jurisprudentielle ne permet certes pas de rassurer l'entrepreneur individuel, surtout lorsqu'un autre arrêt l'incite à la fraude en admettant une déclaration même irrégulière (arrêt du 13 mars 2012³).

Mais surtout, cette garantie n'est pas efficace et c'est bien là l'autre source d'échec de la déclaration d'insaisissabilité. Car rien n'empêche un créancier de solliciter une sûreté sur l'un des biens insaisissables (cautionnement réel, hypothèque...) et de devenir ainsi créancier privilégié. Garantie que l'entrepreneur individuel aura du mal à refuser s'il veut obtenir un financement. C'est ce que relèvent Levratto et Serverin (2009, p.343) : « *L'auto-entrepreneur est mal armé face à ses bailleurs et créanciers. (...) Dans les faits, rien n'empêche les banques de demander la levée de la protection du patrimoine de l'entrepreneur en contrepartie de l'octroi d'un prêt* ».

Dès lors, là où la loi cloisonne les biens par le jeu du patrimoine d'affectation, la pratique défait cette loi pour revenir au principe d'unicité du patrimoine et ainsi conserver un droit de gage maximum. Le patrimoine d'affectation créé par l'insaisissabilité n'est donc pas un mode opérationnel de scission patrimoniale.

2 Com. 28 juin 2011, *Dalloz* 2011, actu 1751, *La Semaine juridique édition Entreprise et affaires* 2011.1551.

3 Com. 13 mars 2012, *Dalloz* 2012.1460.

2.1.2. Une scission patrimoniale garantie par les banques dans le cadre de l'EIRL ?

Nous avons vu que, dans le cadre de l'EIRL et de la charte signée avec leur fédération française, les banques elles-mêmes semblaient garantir le cloisonnement patrimonial. Toutefois, nous ne pouvons que relativiser cette avancée, et ce pour plusieurs raisons.

- Tout d'abord, cette question de l'accès au crédit aurait dû être réglée par voie d'ordonnance et non par une charte. Le législateur semble privilégier ce « droit mou » (Legeais, 2011) au détriment des véritables dispositions législatives et réglementaires. D'une validité temporaire, cette charte a de fortes chances de ne pas être reconduite. Ses effets seront alors éteints.
- De plus, l'article 1er de cette charte précise que ses signataires s'engagent à « réserver aux EIRL le même accueil qu'aux entrepreneurs individuels ». Ceci laisse à penser que le statut d'EIRL soit moins avantageux. Or c'est tout l'inverse qui transparaît. Ou bien ce serait le statut d'entrepreneur individuel qui, contre toute attente, serait finalement le plus protecteur. La question mérite d'être soulevée.
- Ensuite, puisque la scission patrimoniale émane d'une manifestation de volonté de l'EIRL, ne pourrait-on pas concevoir, à l'instar de la déclaration d'insaisissabilité, que l'EIRL renonce expressément à cette scission des patrimoines au profit de l'un de ses créanciers seulement ?
- Enfin, en l'absence de garantie souscrite par les sociétés de cautions mutuelles, la prise de garantie réelle ou personnelle demeure toujours possible. De même ces sociétés peuvent également solliciter des garanties pour se contre-garantir (principalement des sous-cautionnements).

Tous ces éléments démontrent l'illusion créée par le patrimoine d'affectation. La scission patrimoniale qu'il suggère n'est opérationnelle que tant que tout va bien. Mais elle tend à disparaître dès la première difficulté. Voire même elle est conventionnellement écartée *a priori*. Or n'est-ce pas pour pallier les conséquences de difficultés économiques que la scission est nécessaire ? D'un autre côté, comment concilier protection du patrimoine personnel de l'entrepreneur individuel et droits des créanciers ? Poursuivre deux objectifs antinomiques au sein d'un même statut revient nécessairement à masquer les avantages et inconvénients des mesures proposées. Créer un statut d'entreprise sans risque est séduisant sur le plan marketing en période de crise économique et « *politiquement, l'EIRL se doit d'être une réussite* ». Pour ce faire, « *le droit est invité à se montrer discret pour qu'il puisse en être ainsi* » (Legeais, 2011, p.138).

En conclusion, tous ces mécanismes reposent sur un patrimoine d'affectation alors même que cette notion n'a jamais été consacrée explicitement par le législateur car la tâche serait colossale et se heurterait à de nombreuses difficultés d'ordre pratique. La multiplicité des hypothèses qui pourraient être expliquées par le recours au patrimoine d'affectation rend l'entreprise difficile. Ensuite, il serait impossible d'envisager un cloisonnement patrimonial totalement étanche. Des garanties seraient toujours exigées des créanciers sur le reste du patrimoine, ce que Philippart (2012, p.68) appelle le syndrome du Titanic (« *croire à l'insubmersibilité parce que les compartiments sont étanches* »). De

plus, la reconnaissance du patrimoine d'affectation risquerait d'entrer en conflit avec l'impératif de ne pas tarir le crédit susceptible d'être accordé. Enfin, il faudrait organiser une publicité importante pour les tiers, ce qui irait à l'encontre de l'objectif attendu : la simplification du mécanisme, pour éviter le recours à la création de personnes morales par exemple. Ainsi, toutes ces données expliquent que le patrimoine d'affectation soit aujourd'hui un mode de scission patrimoniale non opérationnel.

2.2. L'absence de théorie générale du patrimoine d'affectation et le maintien du dogme du patrimoine

Bien qu'il soit réclamé par la pratique, le patrimoine d'affectation n'a aujourd'hui créé rien d'autre que des illusions. L'illusion que l'on pouvait parvenir à contrer la théorie classique du patrimoine. L'illusion qu'une forme de scission patrimoniale était envisageable. L'illusion que le patrimoine pouvait se concevoir autrement que lié à la personnalité. L'illusion, surtout, que l'entreprise individuelle sans risque était envisageable. Pourtant, il n'en est rien. Le patrimoine d'affectation n'existe pas en droit français et aucun auteur ne se risque à en élaborer une théorie générale. Seule subsiste la théorie du patrimoine d'Aubry et Rau (1838). Fondé sur le droit des personnes, ce patrimoine classique restreint, limite, empêche, gêne les praticiens et surtout fâche les auteurs. Dès lors, on assiste, en pratique, à un tiraillement entre, d'un côté, l'immortalité de la théorie classique souvent critiquée et, de l'autre, l'attraction pour un patrimoine d'affectation qui ne dépasse pas le stade embryonnaire. Cela nous amène à constater des montages juridiques des plus curieux et des plus critiquables. La création d'un contrat de société avec soi-même (EURL, SASU...), la mise à l'écart d'un ou plusieurs biens de l'assiette du droit de gage des créanciers (déclaration d'insaisissabilité), ou encore l'isolement d'un ensemble patrimonial (EIRL, apport partiel d'actif soumis au régime des scissions...). Dans toutes ces hypothèses, les travaux préparatoires ont conduit le législateur à envisager, à un moment, le recours à la création d'un patrimoine d'affectation. Mais, nous l'avons vu, ces scissions patrimoniales ne sont guère efficaces. Cela s'explique par l'absence de théorie générale du patrimoine d'affectation et par le maintien de la notion classique de patrimoine. Cessons donc de citer le patrimoine d'affectation sans cesse comme solution miracle car il ne l'est pas. Il n'est qu'un palliatif imparfait du risque juridique inhérent à la théorie du patrimoine. Remédier aux incohérences de la théorie classique et diviser le patrimoine ne peut alors que passer par une refonte totale du concept même de patrimoine puisque patrimoine d'affectation et patrimoine classique sont incompatibles. Mais nous doutons que cette refonte soit un jour entreprise car, comme le dit très justement Zénati (2003, p.668), « *la théorie du patrimoine n'est plus une thèse, elle fait partie du droit* ».

Conclusion

L'étude de l'entreprise individuelle par le prisme du patrimoine nous a permis d'identifier le risque lié à la confusion des biens professionnels et personnels de l'entrepreneur. La sécurité juridique est une quête permanente chez les entrepreneurs soucieux de mettre leur famille et leurs biens personnels à l'abri des aléas de l'exploitation. Conscient de cet enjeu qui peut être un frein à la création d'entreprises, le législateur doit composer avec une notion classique de patrimoine, qui ne permet pas de cloisonner les biens dans le cas de l'entreprise individuelle, et la volonté de remédier à cette indivisibilité. Si

L'entreprise individuelle sans risque et le patrimoine d'affectation : le miroir aux alouettes ?

la notion de patrimoine d'affectation a longtemps été considérée comme un remède à tous les maux du patrimoine, nous avons pu démontrer que ni les avancées législatives, ni l'implication des professionnels de la banque n'ont été convaincantes. Le besoin de financement est au cœur de la vie de l'entreprise et avec lui la nécessité d'offrir des garanties aux créanciers. Il semblerait utopique de vouloir garantir sans garantie. L'étude du patrimoine d'affectation nous a d'ailleurs permis de montrer que les compartiments créés entre les biens professionnels et personnels disparaissent à la première difficulté, faisant réapparaître un patrimoine unique et indivisible. Ce qui nous permet d'avancer que l'entreprise individuelle sans risque est un miroir aux alouettes.

L'une des perspectives futures de recherche nous semble porter sur l'information des entrepreneurs sur le risque patrimonial. Dépassant les limites disciplinaires, cette question de l'information des entrepreneurs pourrait, à l'instar de notre étude sur la notion de patrimoine, faire l'objet de recherches plus transversales, mêlant les approches tant juridiques que gestionnaires.

Bibliographie

AUBRY C. et RAU F.-C. (1838), *Cours de droit civil français, traduit de l'allemand de M.C.S Zachariae, professeur à l'université de Heidelberg, revue et augmentée avec l'agrément de l'auteur*, Sirey, Paris.

BAILLY-MASSON C. (2008), « L'intérêt de la personnalité morale », *La revue des sciences de gestion*, n°230, p.99.

BEKKER (1873), "Zum lehre von Rechtssubject", in *Jahrbücher für die dogmatik*, tome 12.

BRINZ A. (1888), *Lehrbuch des Pandekten*, tome 3, 2^{ème} édition, A. Deichert.

BROCKHAUS Robert H. (1980), "Risk taking propensity of entrepreneurs", *Academy of management Journal*, vol. 23, no 3, p. 509-520.

BYGRAVE W.-D. et HOFER C.-W. (1991), "Theorizing about entrepreneurship", *Entrepreneurship Theory and Practice*, winter, p.13-22.

CHAMPAUD C. (1979), « L'entreprise personnelle à responsabilité limitée », *Revue trimestrielle de Droit Commercial*, p. 579.

CHAMPAUD C. et DANET D. (2010), « Société ou pas société ? Patrimoine affecté à une entreprise individuelle. Projet d'EIRL. Innovation législative. SAR, EPRL, EURL, EIRL à quel Saint se vouer ? », *Revue trimestrielle de droit commercial*, p.349.

COURTIER A.-S. (2007), « La fiducie et le principe d'unité du patrimoine », *Gazette du Palais*, n°46, p.3.

DUGUIT L. (1912), *Les transformations générales du droit privé depuis le Code Napoléon*, Alcan, Paris.

DUGUIT L. (1930), *Traité de droit constitutionnel*, tome 3, *La théorie générale de l'Etat*, 3^{ème} édition, Editions Fontemoing et cie.

FAYOLLE A. et PEREIRA B. (2013), « Confiance ou défiance, le paradoxe de l'auto-entrepreneuriat », *Revue Française de Gestion*, n°231, p.35-54.

FAYOLLE A. et TOUNES A. (2006), « L'odyssée d'un concept et les multiples figures de l'entrepreneur », *La Revue des Sciences de Gestion*, n°220, p.17-30.

LEGEAIS D. (2011), « Charte pour l'accès au crédit des EIRL », *Revue de droit bancaire et financier*, n°4, Juillet, p. 137.

LEVRATTO N. et SERVERIN E. (2009), « Etre entrepreneur de soi-même après la loi du 4 août 2008 : les impasses d'un modèle productif individuel », *Revue Internationale de Droit Economique*, p.325-352.

PALICH Leslie E. et RAY BAGBY D. (1995), "Using cognitive theory to explain entrepreneurial risk-taking : Challenging conventional wisdom", *Journal of Business Venturing*, vol. 10, no 6, p. 425-438.

PERCEROU R. (1951), *La personne morale de droit privé, patrimoine d'affectation ?*, Thèse dacty, Paris.

PHILIPPART P. (2012), « L'Entrepreneur Individuel à Responsabilité Limitée », *Entreprendre et Innover*, n°13, p.62-74.

PIEDELIEVRE S. (2007), « La timide consécration de la fiducie par la loi du 19 février 2007 », *Gazette du Palais*, n°36, p. 2.

PLASTARA G. (1903), *La notion juridique du patrimoine*, Rousseau, Paris.

ROCHFELD J. (2003), « Du patrimoine de dignité », *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, p. 743.

ROUSSEL F., LARCHER M.-C., HOAREAU O. et DOBIGNY A. (2008), « De la fiducie à l'entreprise individuelle à responsabilité limitée (EIRL) », *La semaine juridique, édition entreprise et affaires*, p.9-15.

SEGRESTIN B. et HATCHUEL A. (2009), « L'entreprise, une invention moderne en attente de droit ? », *Entreprises et histoire*, n°57, p.218-233.

ZACHARIAE C.-S. (1808), *Manuel de droit civil français*, Rousseau Editions, Paris.

ZAHRA Shaker A. (2005), "Entrepreneurial risk taking in family firms", *Family Business Review*, vol. 18, n° 1, p. 23-40.

ZENATI F. (2003), « Mise en perspective et perspectives de la théorie du patrimoine », *Revue Trimestrielle de Droit civil*, p.677.