



FNDP

Fédération
Nationale
Droit du
Patrimoine

La Lettre de la FNDP

Numéro 11 - Février 2019

Numéro 11

Édito

10 ANS DÉJÀ !

Le 11 février 2019 s'est tenu au Sénat sous la présidence de Monsieur le Sénateur François Pillet le colloque d'anniversaire de la FNDP.

Cet événement fut l'occasion de présenter « les réformes patrimoniales récentes et à venir » et fut une formidable vitrine des travaux de notre Comité juridique présidé par le Professeur Sophie Schiller.

A la tribune se sont succédés bon nombre de membres du comité, issus du monde universitaire ou de la pratique.

Furent présentées des propositions d'interprétation ou d'évolution législative en matière patrimoniale mais également en droit des obligations.

Ces propositions, objet d'avis publiés ou en cours de publication, ont suscité les réflexions d'un public attentif dans lequel se mêlaient des représentants des professions membres de la FNDP et les étudiants des différents M2 en provenance toute la France.

Tous nous honorant de leur présence pour ce dixième anniversaire.

Sommaire

Assurance-Vie	4
Droit fiscal patrimonial	5-6
Droit des biens	7-8
Obligations réglementaires	9
Protection et responsabilité patrimoniales de l'entrepreneur	10
10 ans FNDP : retour en photos	11

Agenda

Appel à cotisation : Date limite le 8 mars 2019

Pensez à régler vos cotisations

Semaine des séminaires du DFJP :

du 18 au 22 mars 2019

Assemblée Générale :

16 mai 2019

Réservée aux adhérents



Cécile Lisanti

Rédaction

Rédacteurs en chef :

Cécile Lisanti, Professeur des universités et Directeur du M2 Droit et fiscalité du patrimoine à l'Université de Montpellier.

Nicolas Esplan, Docteur en droit, directeur Juriscampus, Co-directeur du Master 2 Ingénierie patrimoniale à l'Université de Toulouse.

Auteurs :

Jean-François Desbuquois,
Avocat Associé Fidal.

Nicolas Esplan,
Docteur en Droit, co-directeur du directeur du Master 2 Ingénierie du patrimoine à l'Université de Toulouse.

Eric Fongaro, Professeur des universités, Université de Bordeaux et co-directeur du Master 2 Droit et gestion du patrimoine à l'Université de Bordeaux,

Céline Kuhn, Maître de conférences et co-directeur du Master 2 Droit du patrimoine à l'Université de la Réunion.

Michel Leroy, Maître de conférences HDR et directeur du Master 2 Ingénierie du patrimoine à l'Université de Toulouse.

Renaud Mortier, Professeur des universités, Président de la FNDP, directeur du Centre de Droit des Affaires (CDA) et directeur du Master 2 Droit et gestion du patrimoine à l'Université de Rennes

Estelle Naudin, Professeur des universités et Directeur du Master 2 Droit et gestion du patrimoine à l'Université de Strasbourg.

Jean-Marie Plazy, Professeur des universités et co-directeur du Master 2 Droit et gestion du patrimoine à l'Université de Bordeaux

Jean Prieur, Professeur émérite, Président d'honneur de la FNDP.

Sophie Schiller, Professeur des universités, Présidente du Comité juridique de la FNDP et directrice du M2 223 à l'Université Paris Dauphine.

Anne-Françoise Zattara-Gros, Maître de conférences, co-directeur du M2 Droit du patrimoine à l'Université de la Réunion, Vice-Présidente de l'Université de la Réunion.

Assurance vie, IFI et ISF

A propos de Cass. com., 12 décembre 2018, n° 17-15295

Selon une jurisprudence constante, dont les solutions furent portées par l'administration fiscale au BOFIP, les clauses de non rachat ne sont pas de nature à éviter la qualification de contrat rachetable. LE BOFIP le précise expressément pour les clauses temporaires de non rachat. En effet, une telle clause d'indisponibilité n'a pour conséquence que de différer la possibilité d'exercice du droit de rachat (C. E., 03 déc. 2012, n° 349202). Cette indisponibilité temporaire n'a pas non plus pour effet de rendre le contrat non imposable à l'IFI (BOI-PAT-IFI-20-20-30-30-20180608, n° 100).

Que décider pour la clause d'indisponibilité permanente du droit de rachat ? Logiquement, la solution devrait être la même. Telle était l'analyse de l'administration fiscale, à propos de clauses interdisant le rachat pour toute la durée non prorogeable du contrat. Pour celle-ci, de telles clauses ne rendent pas non plus le contrat non rachetable (Direction de la législation fiscale, le 28 mai 2010 : Instr. fisc. 4 janv. 2010 : BOI 7 S-4-10, 12 janv. 2010 : « La circonstance que le contrat soit non rachetable sur toute sa durée et non prorogeable, en sorte que la faculté de rachat dont le souscripteur s'est contractuellement privé n'est recouverte par l'intéressé qu'à l'échéance dudit contrat, ne permet pas de considérer que la créance correspondante ne figure pas, pendant la période concernée, dans son patrimoine »). La solution n'était pas reprise au BOFIP, de sorte qu'un (très léger) doute pouvait subsister sur l'effet de cette clause.

La Cour de cassation comble ce manque (Cass. Com. 12 décembre 2018, n°17-15.195). Mais en l'espèce, la clause litigieuse stipulait que le contrat n'était pas rachetable pendant toute sa durée fixée à huit ans, sauf situations exceptionnelles. Elle portait donc une clause de non rachat prenant effet pour la durée du contrat.

La Cour de cassation précise que « la clause d'indisponibilité insérée à la police d'assurance (..) laissait subsister dans son patri-

moine la créance qu'il détenait sur son assureur, même si le remboursement de celle-ci en était différé, et que le contrat souscrit ne pouvait recevoir la qualification de contrat non rachetable. ». Par conséquent, la valeur de rachat de ce contrat devait être incluse dans l'assiette de l'ISF.

La solution est classique et conforme à l'idée que l'ISF est un impôt sur le stock. Celle-ci est transposable à l'IFI. En effet, le BOFIP précise que « Sont concernés, pendant leur phase d'épargne, les contrats rachetables (qu'il s'agisse d'assurance en cas de vie ou d'assurance en cas de décès, ou de contrats de capitalisation), et ce quels que soient l'âge de l'assuré et la date de conclusion du contrat » (BOI-PAT-IFI-20-20-30-30-20180608, n° 90).



Michel Leroy

Loi de finances pour 2019 : réforme du régime des pactes Dutreil

Annoncée dès l'élaboration de la loi Pacte, la réforme des pactes Dutreil trouve sa concrétisation dans la loi de finances pour 2019. Les modifications sont globalement favorables aux redevables et visent à régler un certain nombre de difficultés d'application identifiées par la pratique. Vont notamment en ce sens l'abaissement des seuils minimum de l'engagement collectif et la possibilité de le souscrire seul qui permettra de l'appliquer aux sociétés unipersonnelles, la refonte totale du dispositif d'apport des titres à une société holding très utilisé dans le cadre des FBO, la limitation des effets de la déchéance en cas de cession partielle des titres à un autre signataire en cours d'engagement collectif, l'allègement du calendrier des obligations déclaratives, l'extension du champ d'application de l'« engagement réputé acquis » aux sociétés interposées et aux concubins notoires, et la neutralisation des OPE en tant que cause de déchéance.

Cette réforme n'est toutefois pas totalement satisfaisante. D'abord, le législateur ne règle pas certaines autres difficultés d'application, identifiées de longue date, sans que l'on en comprenne la raison. Ensuite, quelques modifications visent à tenter de consolider des positions administratives contestables. De nombreuses imprécisions rédactionnelles émaillent le texte, et vont freiner sa mise en œuvre tant que les commentaires administratifs n'auront pas apporté les précisions suffisantes. Enfin, l'Assemblée nationale a fait échouer l'amendement du Sénat, qui codifiait la « holding animatrice de groupe » en une notion unique commune à l'ensemble des dispositifs fiscaux, privant ainsi les associés des sociétés concernées de la sécurité juridique attendue de cette mesure.

Loi de finances pour 2019 : la nouvelle procédure dite « mini-abus de droit » (LPF, art. L. 64 A)

L'article 109 de la loi de finances pour 2019 institue un nouvel article L. 64 A au sein du Livre des Procédures Fiscales (LPF), et avec lui une nouvelle procédure dite « mini-abus de droit », permettant à l'administration fiscale d'écarter comme abusifs les montages ayant un but principalement (et non plus seulement exclusivement) fiscal.

Timing.

Heureusement, il nous reste un peu de répit : le texte s'appliquera aux « rectifications notifiées à compter du 1er janvier 2021 portant sur des actes passés ou réalisés à compter du 1er janvier 2020 » (L. fin. 2019, art. 109, II A). Un an de répit sur le papier. Moins en réalité, et peut être beaucoup moins, dès lors que l'acte litigieux, conclu avant 2020, s'exécuterait, instantanément et peut être même de manière successive en 2020 (interprétation pouvant résulter de la référence aux « actes [...] réalisés », par opposition aux « actes passés »).

Différences entre l'art. L. 64 et l'art. L. 64 A.

Ce nouvel abus de droit (LPF, art. L. 64 A) vient s'ajouter aux procédures préexistantes (LPF, art. L. 64 : abus de droit par simulation et abus de droit par fraude à la loi). L'amendement évoquait à ce sujet un « abus de droit à deux étages » (L. 64 et L. 64 A). Sa dénomination officielle (« mini-abus de droit »), marque le fait que l'abus nouveau n'est pas assorti de la majoration de 80% qui sanctionne classiquement l'abus de droit (CGI, art. 1729 b, par renvoi à l'art. L. 64 du LPF ; cette majoration peut être ramenée à 40% si le contribuable n'est pas à l'initiative principale des actes en cause ou n'en est pas le principal bénéficiaire), et peut être également le

fait qu'il est probable que l'administration fiscale, qui aura le choix des armes, sollicitera l'article L. 64 A pour sanctionner les mini abus, les moins criants, réservant l'article L. 64 aux abus les plus manifestes.

Insécurité fiscale.

Le texte suscite l'émoi de nombreux praticiens. Le nouveau texte fait naître en droit français une insécurité juridique, et plus précisément fiscale, sans précédent, du fait de l'application à tous les impôts (sauf IS où prévaut l'article frère, né de la même loi, 205 A nouveau du CGI) d'un texte ténébreux. L'essentiel des débats et interrogations tournent autour la question de savoir si, ce que l'on pouvait faire hier sans grand danger, pourra l'être demain tout aussi sûrement : donation avec réserve d'usufruit ; donation avant cession, aboutissant le cas échéant à un quasi-usufruit par report sur le prix de vente ; apport avant donation, c'est-à-dire apport de nue-propiété à une société civile, suivi de la donation des parts en pleine propriété aux enfants ; donation de titres avec réserve d'usufruit, suivie de mises en réserves massives pouvant à terme profiter aux nus propriétaires... Les avis sont souvent contradictoires, ce qui tend à nous convaincre qu'il sera en de nombreux cas difficile à l'avenir de garantir par anticipation qu'à coup sûr un montage donné échappera à la qualification d'abus de droit. Sauf à solliciter un rescrit.

Loi de finances pour 2019 : la nouvelle procédure dite « mini-abus de droit » (LPF, art. L. 64 A)

Un texte présenté comme étant de pure assiette, et donc non répressif. - Sur le fondement du mini-abus de droit, la requalification de l'opération litigieuse se traduira donc par une majoration de l'assiette de l'impôt, et par des intérêts de retard. Pour dire les choses autrement, l'article L. 64 A nouveau se présente non comme un texte répressif, mais comme un texte d'assiette. Il reste cependant que l'administration dispose toujours de la possibilité d'appliquer, le cas échéant, d'autres sanctions, telles que la majoration de 80% pour manœuvres frauduleuses ou la majoration de 40% en cas de manquement délibéré (CGI, art. 1729 a et c). L'article L. 64 A n'est pas répressif pour autant, car il « n'entraîne pas en tant que tel l'application automatique de sanctions fiscales » (Rapport Sénat, n°147). L'administration doit être en mesure de justifier de l'application de l'une ou l'autre de ces sanctions indépendamment de la caractérisation de l'abus de droit. La nouvelle procédure d'abus de droit (art. L. 64 A) confère les mêmes garanties que celles qui assortissent la procédure de droit commun (art. L. 64) : possibilité de solliciter l'avis du comité de l'abus de droit fiscal (sur ce point, signalons une autre réforme, issue de l'art. 202, I, IV et V L. fin. 2019 : désormais, l'administration supporte la charge de la preuve, quel que soit l'avis rendu par le comité) ; possibilité de formuler un « rescrit abus de droit », rendant la procédure d'abus de droit inapplicable si l'administration la laisse sans réponse pendant 6 mois (LPF, art. L. 64 B modifié).

Le nouveau texte est présenté comme étant constitutionnel, mais on peut en douter. - On se souvient en effet que fin 2013, le Conseil constitutionnel avait censuré la tentative de réforme de l'abus de droit répressif par la loi de finances pour 2014 (art. 100 tendant à substituer au motif exclusivement fiscal de l'abus de droit de l'art. L. 64 du LPF, une motivation principalement fiscale), motif pris de l'atteinte, en conséquence de l'imprécision du nouveau texte répressif, aux principes de légalité des délits et des peines et à l'objectif de valeur constitutionnelle d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi (Cons. const., n°2013-685 DC 29 déc. 2013). Comme l'a résumé Olivier Fouquet, « le mot « principal » est insuffisamment précis lorsqu'il s'applique à un texte déterminant l'application d'une pénalité, comme dans le cas de l'article L. 64 du livre des procédures fiscales, mais il est en revanche suffisamment précis s'agissant d'un texte d'assiette » (note sous Cons. const., n° 2015-726 DC, 29 déc. 2015, Rev. Dr. fisc. 2016, n°4, validant la clause anti-abus du régime des sociétés mères). Sous cet angle, l'article L. 64 A serait hors d'atteinte du grief d'inconstitutionnalité ; aucun parlementaire n'ayant cru bon, dans le contexte politique que l'on sait, de solliciter une infirmation en déférant le texte aux sages du Palais royal. Faute

de contrôle ex ante, il faut espérer un contrôle ex post, et donc attendre que le Conseil, saisi par le Conseil d'Etat ou la Cour de cassation à l'occasion d'un litige, tranche définitivement la question. Les chances de voir invalider le dispositif restent sérieuses, si l'on veut bien considérer que l'absence d'automatisme des sanctions répressives qui assortissent l'article L. 64 A est assez formelle, théorique, puisqu'en pratique « la constatation par l'administration d'un montage destiné à l'égarer pourrait la conduire à appliquer la majoration de 80% pour manœuvres frauduleuses de l'article 1729, c du CGI » (FR Lefebvre Fiscal Social 19/01, n°121, §11). En pratique, la sanction risque de s'appliquer systématiquement du seul fait que sera constaté un « mini » abus de droit.



Jean-François Desbuquois

Nue-propriété indivise et exercice de la qualité d'associé

Cass. 3ème civ., 17 janvier 2019, n°17-26695

« (...) Mais attendu qu'ayant constaté que Mme Patricia X..., nue-propiétaire indivise de droits sociaux, avait la qualité d'associée, la cour d'appel en a déduit à bon droit qu'elle était recevable à agir en désignation d'un administrateur provisoire ; (...) »

Les spécificités des biens contenus dans une indivision peuvent être à l'origine de problématiques juridiques auxquelles la Jurisprudence se doit d'apporter une réponse. L'arrêt rendu le 17 janvier dernier par la Troisième chambre civile de la Cour de cassation s'intéressant à la nue-propiété indivise de droits sociaux, l'illustre parfaitement (n°17-26695).

En l'espèce, suite au décès de leur père, trois enfants, Marc, Éric et Patricia obtiennent la qualité de nus-propiétaires indivis des parts de la SCI qu'avait constituée le défunt avec leur mère. Prétendant ne pas avoir été informés de la tenue d'une assemblée générale qui avait conduit à la nomination de Marc en tant que nouveau gérant, Patricia et Éric assignent la SCI et leur mère afin qu'un administrateur provisoire soit désigné. En cours de première instance, Eric cède ses droits à Marc. La Cour d'appel d'Aix en Provence est saisie de cette affaire et rend en référé un arrêt le 29 juin 2017 dans lequel elle déclare que Patricia en sa qualité d'associé est recevable à demander la désignation d'un administrateur provisoire. Un pourvoi est formé faisant grief à l'arrêt d'avoir violé l'article 815-9 du Code civil et l'article 873 du Code de Procédure civile en permettant à un seul indivisaire, associé minoritaire, de présenter une telle demande qui constitue une mesure grave.

La Troisième chambre civile de la Cour de cassation rejette le pourvoi et retient dans sa décision en date du 17 janvier 2019 qu'« (...) **ayant constaté que Mme Patricia X, nue-propiétaire indivise de droits sociaux, avait la qualité d'associée, la cour d'appel en a déduit à bon droit qu'elle était recevable à agir en désignation d'un administrateur provisoire (...)** ».

Un usufruit peut être constitué sur des droits sociaux, rien ne l'empêche techniquement. L'exercice de ce droit réel sur de tels biens a suscité principalement deux interrogations : qui a le droit de vote ? Et qui a la qualité d'associé ?

Sur le droit de vote, on connaît le destin jurisprudentiel de l'article 1844 du Code civil. L'arrêt Sté VH Holding de la Chambre commerciale de la Cour de cassation du 31 mars 2004 (Bull. civ. IV, n°70) interdit au nom de l'article 578 du Code civil de dépouiller l'usufruitier du droit de voter l'affectation des bénéfices. Quant au sort du nu-propiétaire, il paraît peu enviable puisque les statuts peuvent confier l'intégralité des droits de vote à l'usufruitier

mais ils doivent au minimum lui laisser le droit de participer aux décisions collectives (v. notamment Cass. com., 22 février 2005, n°03-17421). Le droit des biens semble sur cette question prendre l'ascendant sur le droit des sociétés car les règles de l'usufruit et le contexte juridique particulier que met en place ce droit réel constituent le fondement de telles solutions jurisprudentielles : celui qui a la jouissance de la chose, qui est censé l'exploiter est celui qui doit pouvoir voter les décisions liées à sa gestion.

Quid de la qualité d'associé ?

Si la jurisprudence apparaît hésitante s'agissant de l'usufruitier, ce n'est pas le cas du nu-propiétaire auquel elle reconnaît sans hésitation la qualité d'associé. La solution de droit de l'arrêt du 17 janvier est sur ce point classique : « (...) **ayant constaté que Mme Patricia X, nue-propiétaire indivise de droits sociaux, avait la qualité d'associée (...)** » (v. Cass. soc. 8 nov. 1967, Bull. civ. IV, n°705 ; Cass. 3ème civ. 5 juin 1973, Bull. civ. III, n°403 ; Cass. com. 4 janv. 1994 : « (...) **aucune dérogation n'est prévue concernant le droit des associés et donc du nu-propiétaire (nous soulignons) de participer aux décisions collectives tel qu'il est prévu à l'alinéa 1er [de l'article 1844 du Code civil] (...)** », Bull. civ. IV, n°10). Le nu-propiétaire est associé de la société dont les parts sont grevées par un usufruit.

La situation peut être plus complexe lorsque la mise en place de l'usufruit est intervenue dans un contexte successoral comme en l'espèce. Les enfants du défunt ont obtenu la qualité de nus-propiétaires indivis des parts sociales. Cela signifie qu'une indivision portant sur la nue-propiété a été créée du fait du décès du de jure. La question qui se pose alors est celle de savoir si les règles de l'indivision sont applicables à l'exercice de la qualité d'associé des nus-propiétaires ?

Nue-propriété indivise et exercice de la qualité d'associé

Le pourvoi se place sur le terrain du régime de l'indivision et vise l'article 815-9 du Code civil qui fixe les modalités d'utilisation par chaque indivisaire des biens indivis, pour dénier la possibilité à un co-indivisaire de demander seul la désignation d'un administrateur provisoire. La Cour de cassation ne retient pas cette argumentation et rend sa décision sans faire référence au régime de l'indivision s'intéressant uniquement à la qualité d'associé de la nue-propiétaire pour fonder sa solution. La Troisième chambre civile semble indiquer que cette facette de la qualité d'associé (le droit de défendre l'intérêt de la société) ne saurait être régie par les règles de l'indivision quant à son exercice. Le fait que la nue-propiété est indivise n'interfère pas : un seul nu-propiétaire indivis ès qualités d'associé peut demander la désignation d'un administrateur provisoire.

On peut rapprocher cet arrêt d'une décision rendue par la chambre commerciale de la Cour de cassation le 21 avril 2014 (Bull. civ. IV, n°16) qui dans l'hypothèse de parts sociales indivises, a précisé que la désignation d'un mandataire commun pour représenter l'indivision n'interdit pas à l'un des co-indivisaires de participer aux décisions collectives ès qualités d'associé : « Vu l'article 1844, alinéa 1er, du code civil ; Attendu que tout associé a le droit de participer

aux décisions collectives ; (...) alors que les copropriétaires indivis de droits sociaux ont la qualité d'associé, la cour d'appel a violé le texte susvisé (...) ».

Ainsi, la qualité d'associé développe une logique particulière qui s'éloigne des schémas classiques. L'existence d'une indivision portant sur les parts sociales voire sur la nue-propiété des parts sociales comme dans l'espèce qui nous intéresse, ne paraît pas avoir d'impact sur certains droits propres de l'associé : droit de participer aux décisions collectives ou droit de défendre l'intérêt de la société. Cette facette de la qualité d'associé échappe à l'indivision et à ses règles. Elle est conçue comme individuelle, exclusive, propre à l'individu et sans dimension collective possible.



Céline Kuhn

Crédit immobilier et obligation de bonne foi

Cass. 1re civ., 9 janv. 2019, n° 17-22.581.

En matière de crédit immobilier, la question de savoir si l'organisme prêteur peut exiger remboursement immédiat en cas de mensonge du bénéficiaire a été portée à la connaissance de la Cour de Cassation. En l'espèce, il s'agissait d'un crédit immobilier remboursable en vingt ans. Quelques mois après la mise en œuvre de l'opération financière, la banque avait constaté que des pièces constitutives du dossier tels que des justificatifs de revenus ou des documents fiscaux avaient été falsifiées, et en avait alors exigé le remboursement immédiat.

Depuis l'ordonnance du 10 février 2016, l'article 1104 du Code civil dispose que les contrats doivent être négociés, formés et exécutés de bonne foi. Cette disposition d'ordre public impose aux co-contractants une attitude traduisant la conviction, la volonté de se conformer au droit. Ainsi, la Cour relève que la fourniture de renseignements inexacts portant sur des éléments déterminants du consentement du prêteur dans l'octroi du prêt, permettent à la stipulation de la clause contenue à l'article 9.1 des conditions générales du contrat, la faculté de prononcer l'exigibilité immédiate et de plein droit du prêt. Elle retient en effet que cette faculté ne prive en rien l'emprunteur de recourir à un juge pour contester l'application qui serait faite de la clause à son égard. Et que la clause qui sanctionne l'obligation de contracter de bonne foi, existante au moment de la souscription du prêt, ne crée pas un déséquilibre significatif entre les droits et les obligations des parties et ne revêt pas un caractère abusif et donc ne répute pas non écrite ladite clause (au sens de l'article L. 212-1 du Code de la consommation).

Par ailleurs, le recours à des intermédiaires par l'emprunteur, qui ne serait alors pas l'auteur matériel des falsifications, est indifférente. En effet, ce dernier doit répondre pour son propre compte de ses mandataires intermédiaires dès lors qu'il ne conteste pas avoir

transmis les documents à la banque. De plus, l'éventuelle participation d'un préposé bancaire à une infraction pénale en lien avec les faits litigieux ne saurait permettre à ceux qui en ont bénéficié d'opposer ce fait à la banque qui en a été victime. Cette dernière n'étant astreinte à aucune vérification particulière, elle ne peut se voir opposer par l'emprunteur qui a signé les documents inexacts une quelconque négligence, même en cas de retard dans l'examen des pièces litigieuses produites.

Ainsi, la Cour rejette le pourvoi de l'emprunteur de mauvaise foi et le condamne donc aux dépens et à paiement au titre du prêt immobilier à savoir une exigibilité anticipée des sommes dues en capital et intérêts.



Nicolas Esplan

Projet de loi PACTE et EIRL : vers une plus grande attractivité ?

En dépit de son utilisation pratique assez rare, l'EIRL soulève des questions juridiques essentielles. Dans l'affaire en présence, il s'agissait de savoir s'il était possible pour l'entrepreneur individuel, qui peut potentiellement faire l'objet d'une procédure collective pour le patrimoine affecté, d'être l'objet d'une procédure de surendettement des particuliers pour le patrimoine non affecté. Les faits étaient pour le moins classiques. Un entrepreneur, qui avait organisé son activité professionnelle avec une EIRL était l'objet d'une procédure collective. Ce dernier, rencontrant par ailleurs des difficultés pour payer des dettes non professionnelles, avait sollicité une commission de surendettement des particuliers laquelle avait déclaré recevable sa demande. L'un des créanciers non professionnels avait alors formé un recours contre cette décision, au motif que l'existence de l'EIRL rendait le débiteur éligible aux seules procédures collectives, à l'exclusion des procédures de surendettement des particuliers. Cet argument avait été retenu par le Tribunal d'instance statuant sur cette irrecevabilité et c'est précisément ce jugement qui était soumis à la censure de la Cour de cassation. Dans un arrêt rendu le 27 septembre 2018, la deuxième chambre civile de la Cour de cassation casse le jugement.

L'apport de cet arrêt est d'exprimer très clairement que la soumission aux procédures collectives de l'EIRL pour le patrimoine affecté n'exclut pas l'intervention d'une procédure de surendettement pour le patrimoine non affecté. Cette solution est rendue au double visa des articles L. 526-6 du Code de commerce et L. 711-7 du Code de la consommation (ancien article L. 333-7) dans les termes suivants «selon le premier de ces textes,... tout entrepreneur individuel peut affecter à son activité professionnelle un patrimoine séparé de son patrimoine personnel, sans création d'une personne morale; qu'il résulte du second que les dispositions régissant le traitement des situations de surendettement sont applicables au débiteur qui a procédé à une déclaration de constitution de patrimoine affecté conformément à l'article L. 526-7 du Code de commerce; que ces dispositions s'appliquent à raison d'une situation de surendettement résultant uniquement de dettes non professionnelles; qu'en ce cas, celles de ces dispositions qui intéressent les biens, droits et obligations des créanciers du débiteur s'appliquent dans la limite du seul patrimoine non affecté». La

Cour en déduit ensuite que le fait que l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée relève pour le patrimoine affecté à l'exercice professionnel des procédures du Livre VI du Code de commerce ne suffit pas à exclure l'application des dispositions du Code de la consommation pour le patrimoine non affecté.

Une telle consécration d'une application cumulative des procédures d'insolvabilité en présence de l'EIRL est une solution prévisible et parfaitement justifiée. En effet, même si l'article L. 620-2 du Code de commerce désigne par principe les personnes objets d'une procédure collective et érige en principe l'unicité de procédure découlant du principe d'unité du patrimoine, l'on comprend qu'une toute autre solution soit retenue pour l'EIRL. L'EIRL venant scinder le patrimoine de l'entrepreneur en deux, l'un affecté et l'autre non affecté à l'activité professionnelle, il faut ici raisonner non plus par rapport au débiteur, mais par rapport aux deux patrimoines de ce dernier. C'est pourquoi l'ouverture d'une procédure collective pour le patrimoine affecté n'exclut pas l'ouverture d'une procédure de surendettement pour le patrimoine non affecté. En brisant la théorie de l'unité du patrimoine, l'EIRL permet de dépasser l'équation selon laquelle un débiteur ne peut être l'objet d'une seule procédure.



Cécile Lisanti

Retour sur les 10 ans de la FNDP en images





La lettre de la FNDP

Numéro 11 - Février 2019