

ENTREPRISE

1175

Entrepreneur individuel : et si les difficultés concernaient le financement du patrimoine privé ?

La nouvelle séparation des patrimoines de l'entrepreneur individuel suscite des interrogations (et pour certains, des doutes) sur la question centrale du financement. Il convient donc de recenser ses incidences sur les garanties octroyées par l'entrepreneur. Or, les dispositions nouvelles ont opté pour un système réaliste en permettant la garantie du patrimoine professionnel par le patrimoine privé. En revanche, le législateur ne s'est pas préoccupé des garanties apportées par le patrimoine professionnel pour le financement du patrimoine privé ou des proches de l'entrepreneur. Cette abstention suscite des difficultés d'interprétation et pourrait pénaliser l'entrepreneur individuel dans le développement du pan privé de son patrimoine ou dans le soutien familial qu'il souhaite apporter.



Séverine Cabrillac,
professeur à la faculté de droit de Montpel-
lier, co-directeur du master 2 droit notarial

Ndlr : cette étude fait partie d'un dossier plus important consacré à l'entrepreneur individuel : JCP N 2022, n° 22-23, 1172 à 1175.

1 - Si l'instauration d'une plus large protection automatique de l'entrepreneur individuel était attendue en raison de l'évolution sociologique et des échecs des mécanismes reposant sur l'initiative de l'intéressé, l'avènement d'une séparation mécanique de ses patrimoines professionnel et personnel suscite des interrogations et des inquiétudes sur un point crucial¹ : les financements et leurs garanties. Aussi, cette étude a pour objectif de dresser un tableau synthétique des différentes possibilités, sans entrer dans le détail des passionnantes questions théoriques soulevées. D'un point de vue concret et immédiat, deux questions se présentent : déterminer les garanties qu'un patrimoine peut apporter à l'autre et celles que l'entrepreneur peut fournir en faveur des projets d'autrui.

1 Inquiétudes déjà mises en lumière pour l'EIRL, V. not. F. Pérochon, EIRL : un patrimoine peut en garantir un autre : Rev. proc. coll. 2011, dossier 25 et les références citées.

1. Les garanties d'un patrimoine au profit de l'autre

2 - Le législateur a explicitement exclu la possibilité de recourir au cautionnement, exclusion qu'il semble possible d'étendre à toutes les sûretés personnelles². En revanche, il a offert la plus large palette possible pour permettre la garantie de l'activité professionnelle par les éléments du patrimoine personnel. Enfin, il est resté silencieux sur la possibilité de garantir le financement d'éléments personnels par le patrimoine professionnel, silence qui devrait être interprété comme valant *statu quo*.

A. - La constante : l'exclusion explicite du cautionnement, à étendre à toutes les sûretés personnelles pour soi-même

3 - L'alinéa 3 du nouvel article L. 526-22 du Code de commerce dispose : « La distinction des patrimoines personnel et professionnel de l'entrepreneur individuel ne l'autorise pas à se porter caution en garantie d'une dette dont il est débiteur principal. »

La généralité de cette formulation indique que l'exclusion est globale, peu importe le pan à garantir, il suffit que l'entrepreneur soit

2 L'idée même de sûretés personnelles pour soi-même peut paraître incongrue, néanmoins il convient d'envisager cette problématique née de l'interdiction du cautionnement édicté par le législateur. En effet, certains pourraient avancer qu'il n'y a pas lieu d'exclure ce qui ne peut être et que cette exclusion suppose donc l'existence théorique de cette possibilité.

le débiteur garanti et le candidat garant³. Ce rejet est orthodoxe en l'absence de création d'une personne morale pour l'activité professionnelle de l'entrepreneur. En effet, la définition légale du cautionnement qui vise « une caution » s'obligeant à payer la dette « du débiteur » exige l'existence de deux personnes juridiques distinctes (*C. civ.*, art. 2288). Certes, la nécessité d'une altérité avait été mise en doute à propos de l'EIRL par de passionnantes argumentations⁴, néanmoins, cette position doctrinale n'avait pas enclenché la conclusion « d'auto-cautionnement ». Aussi, comme cette impossibilité pouvait se prévaloir du soutien de l'analyse classique et de l'absence d'engouement pratique, sa formulation ne paraissait pas être une priorité. Or, elle est édictée dès le premier article consacré au nouveau mécanisme, un tel affichage nous paraît démontrer l'attachement du législateur à cette exclusion.

4 - Aussi, la force de cette volonté invite à étendre cette exclusion à toutes les autres sûretés personnelles et à ne pas considérer, *a contrario* et au nom de la liberté contractuelle, que si seul le cautionnement est exclu, le recours aux autres sûretés personnelles est autorisé.

Certes, la définition même de la sûreté personnelle, qui repose sur l'engagement d'un tiers garant, doit également amener à cette conclusion. Néanmoins, nous prenons la précaution d'argumenter⁵, car, contrairement au cautionnement, la sûreté personnelle ne bénéficie pas d'une définition légale, ce qui peut laisser un interstice pour la discussion.

Or, outre la *ratio legis*, l'encadrement minutieux par l'article L. 526-25 du Code de commerce de la renonciation par l'entrepreneur individuel à la protection automatique n'aurait aucun sens s'il pouvait, par exemple, par l'octroi d'une garantie autonome

(sûreté qui n'est soumise à aucun formalisme protecteur) engager son patrimoine privé au profit de son patrimoine professionnel.

B. - La garantie de l'activité professionnelle : l'admission explicite de la plus large palette des garanties sur les biens

5 - Dans un même alinéa, légèrement schizophrénique, l'article L. 526-22 du Code de commerce cantonne le droit de gage des créanciers de l'activité professionnelle au patrimoine professionnel de l'entrepreneur et prévoit la possibilité d'y déroger par des « sûretés conventionnelles ou [une] renonciation ». La présentation de ces voies sous forme d'alternative laisse penser qu'elles n'ont pas à être cumulées⁶.

REMARQUE

→ Le notaire sollicité pour recevoir une hypothèque sur un bien du patrimoine personnel en faveur du patrimoine professionnel n'aurait pas à vérifier l'existence préalable d'une renonciation en faveur de la dette garantie.

1° Le possible recours aux sûretés réelles conventionnelles sur le patrimoine personnel : application du droit commun

6 - Conscient de la nécessité d'offrir des garanties pour accéder au crédit, le législateur admet la possibilité, pour l'entrepreneur, de constituer des « sûretés conventionnelles » sur le patrimoine personnel.

L'utilisation de la formule générale « sûretés conventionnelles » et l'absence d'indication supplémentaire impliquent que l'entrepreneur a, ainsi, la possibilité de consentir tout type de sûreté et qu'il n'existe pas d'exigence supplémentaire : c'est donc le droit commun de la sûreté offerte qui s'appliquera.

7 - En revanche, l'utilisation du terme « conventionnel » indique que la passerelle ne peut être empruntée par les sûretés légales (même si l'existence d'une sûreté légale est, dans certains cas, déterminante dans l'octroi du crédit, comme cela est souvent le cas pour l'hypothèque légale du prêteur de deniers).

La séparation sera, en principe, indolore pour les sûretés légales spéciales car elles portent sur le bien à l'origine de la créance garantie. Aussi, le bien et la créance appartiendront au même patrimoine (par exemple, le privilège du conservateur [*C. civ.*, art. 2332, 2°] pour une réparation d'une machine à emballer, vient garantir une dette née de l'activité professionnelle sur un bien du patrimoine professionnel, le fonctionnement de cette sûreté ne sera donc pas perturbé par la séparation instituée).

3 Aussi, ce texte n'empêche pas l'entrepreneur (qui ne devient pas par cette autorisation caution) d'autoriser son conjoint commun en biens à engager les biens communs par un cautionnement de l'activité professionnelle ou privée de l'entrepreneur individuel (cautionnement qui ne sera évidemment pas soumis à la séparation des patrimoines, car il émane du conjoint, et qui, économiquement, portera atteinte à cette séparation pour les biens communs ainsi globalement engagés, sans prise en compte de leur utilité).

4 V. not. N. Barga, *L'EIRL et la constitution de sûretés personnelles* : BJE mars 2011, n° JBE-2011-0007, p. 76, soutenant que « La sûreté personnelle pourrait en effet fort bien être envisagée comme l'affectation d'un autre patrimoine que celui du débiteur à la garantie d'une dette, peu important qu'une seule personne soit titulaire des deux patrimoines en cause ». Cette intéressante proposition se heurte toutefois à l'architecture du régime du cautionnement qui est en partie bâti pour tenir compte du fait que la caution ne paye pas sa dette et ce qui amène à prévoir des mécanismes protecteurs, comme en atteste l'existence immémoriale du bénéfice de subrogation. De plus, l'absence de création d'une double personnalité morale semble bien être la justification de l'exclusion du cautionnement. En effet, si seule la protection de patrimoine personnel la justifiait, la loi n'aurait pas admis la renonciation à la séparation qui produit le même effet, sans les dispositions protectrices du régime du cautionnement. Or, c'est justement car l'entrepreneur est à l'origine de la dette et influe sur son évolution que les protections de la caution, nées en raison de son altérité, n'ont pas lieu d'être. Le caractère inadéquat du régime du cautionnement lorsque l'entrepreneur individuel souhaite étendre le gage d'un créancier à l'ensemble de son patrimoine démontre que cette hypothèse ne correspond pas à la définition, à la nature de cette sûreté.

5 V. également, invoquant l'argument *a fortiori* pour l'extension aux autres sûretés personnelles plus rigoureuses de l'exclusion édictée pour le cautionnement : C. Favre-Rochex, *Le nouveau patrimoine professionnel* : JCP E 2022, 1136.

6 V. en ce sens : B. Dondero, *Place à l'entrepreneur individuel à deux patrimoines (EIR2P) !* : Rev. sociétés 2022, p. 199, n° 41.

Reste le cas⁷ de la sûreté légale naissant pour un bien dont l'utilisation est mixte⁸. Ce sera, par exemple, l'hypothèque légale du prêteur de deniers pour l'acquisition d'un immeuble à usage mixte (le rez-de-chaussée pour l'activité professionnelle et le premier étage loué comme habitation pour accroître les revenus personnels). À partir du moment où l'utilisation du bien financé est mixte, la créance naît à l'occasion des deux pans de la vie de l'entrepreneur individuel ce qui devrait permettre à la sûreté légale de porter sur l'intégralité du bien. En revanche, les autres sûretés inscrites ne devraient porter que sur une partie en fonction du contexte de naissance de la dette garantie, ce qui devrait donner lieu à deux classements.

Cependant, l'impact essentiel concerne les privilèges généraux qui, lorsqu'ils naissent de l'activité professionnelle, seront, en principe, limités aux biens du patrimoine professionnel.

Attention

Toutefois, au sein de ces privilèges généraux, le privilège du Trésor et celui de la Sécurité sociale pourront bénéficier de la sanction prévue par l'article L. 526-24 du Code de commerce qui rétablit au profit de ces deux débiteurs l'unité du patrimoine en cas de manœuvres frauduleuses ou d'inobservations graves et répétées des obligations fiscales. De même et en dehors de tout comportement répréhensible de l'entrepreneur, certaines contributions sociales et certains impôts échappent à la séparation des patrimoines, en vertu des renvois opérés par l'article L. 536-24 du Code de commerce (il en est ainsi par exemple de l'impôt sur le revenu et de la CGS)⁹.

2° La renonciation formaliste et spéciale à la protection

8 - L'article L. 526-25 du Code de commerce prévoit la possibilité de renoncer à la séparation pour un engagement spécifique et instaure un formalisme protecteur.

La formulation de l'article L. 526-25 précité ne limite pas le nombre de renonciations mais impose que chaque renonciation concerne un engagement « spécifique », ce qui exclut une renonciation générale au profit d'un partenaire déterminé (par exemple, le banquier).

Ces renonciations sont subordonnées (sous peine de nullité) à un formalisme qui se veut protecteur : la demande doit être faite par écrit par le créancier, qui doit rappeler le terme et le montant de l'engagement, cette demande faisant courir un délai de réflexion

de 7 jours à partir de sa réception (réduit à 3 jours par l'apposition d'une mention manuscrite par l'entrepreneur).

Cette renonciation ne prive pas l'entrepreneur individuel, si le créancier recourt à l'exécution forcée, de se prévaloir de l'article L. 161-1 du Code des procédures civiles d'exécution qui lui permet, s'il établit que la valeur des biens qui constituent son patrimoine professionnel est suffisante pour garantir le paiement de la créance, demander au créancier que l'exécution soit en priorité poursuivie sur ces biens.

9 - La lettre du texte organisant la faculté de « renoncer à la dérogation prévue au quatrième alinéa de l'article L. 526-22 », il semble que soit seulement concernée une renonciation totale¹⁰. Cette solution a le mérite de la simplicité. De plus, elle peut paraître suffisante. En effet, le législateur ayant largement ouvert la possibilité de constituer des sûretés réelles, si l'entrepreneur veut limiter la garantie à un bien de son patrimoine privé il lui suffit de recourir à une sûreté réelle sur ce patrimoine. Toutefois, la constitution d'une sûreté réelle peut être onéreuse (ou sembler complexe à l'agent économique qui n'a pas pris l'initiative de créer une personne morale dédiée à son activité). Aussi, la logique de protection de l'entrepreneur aurait été davantage servie par l'admission de renonciations partielles.

De même, la publicité de cette renonciation n'est pas imposée par le texte. Or, elle fragilise la situation des créanciers personnels et, dans une certaine mesure, celle du conjoint commun en biens.

En effet, les biens communs du patrimoine privé pourront être saisis alors que le conjoint se croyait protégé (sauf si la dette peut être qualifiée d'emprunt, l'article 1415 du Code civil exigeant alors l'autorisation du conjoint pour engager les biens communs).

REMARQUE

➔ La protection prévue (formalisme) paraît donc insuffisante (voire inadaptée, la mention manuscrite figée n'ayant pas, par exemple, en matière de cautionnement fait la preuve de son efficacité sur la réalité de l'éclairage apporté au scripteur et ayant, en revanche, démontré sa faculté à faire naître un contentieux pléthorique aux solutions parfois aléatoires).

C. - La garantie de l'activité privée : un silence valant *statu quo* ?

10 - La loi est silencieuse sur la question du financement des activités privées, sans doute en raison du code qui lui sert d'écrin : le Code de commerce, dont ce ne sont pas les préoccupations¹¹.

7 Cas qui pourrait ne pas donner lieu à cette analyse si l'appartenance double n'était pas consacrée (V. en ce sens, niant la possibilité d'une double appartenance : B. Dondero, *Place à l'entrepreneur individuel à deux patrimoines (EI2P) !* : Rev. sociétés 2022, p. 199, n° 41 : « Au vu du critère finalement retenu, fondé sur la seule "utilité" sans plus de précision, il faut sans doute considérer que si le bien partiellement utilisé de manière professionnelle est utile à l'activité indépendante, il quitte le patrimoine personnel et passe entièrement dans le patrimoine professionnel »).

8 Le critère de l'exclusivité de l'utilisation du bien, un temps évoqué, ayant disparu lors du processus d'élaboration de la loi.

9 Pour une description éclairante des créances concernées, V. A.-L. Thomas-Raynaud et E. Dubuisson, *Le « débiteur entrepreneur individuel » et les gages spéciaux des créanciers chirographaires, les nouveaux réflexes pratiques* : JCP N 2022, n° 22-23, 1174, n° 6, présent dossier.

10 Cette compréhension du texte est notamment justifiée par la comparaison avec la renonciation à l'insaisissabilité prévue par le même code : « La renonciation peut porter sur tout ou partie des biens » (C. com., art. L. 526-3).

11 Cette localisation paraît inadaptée, d'abord car l'entrepreneur individuel n'est pas nécessairement commerçant, mais surtout car si l'objectif est, certes économique : développer l'activité, l'émergence de cette protection tire en réalité sa raison d'être de la volonté de protéger l'individu, ce qui est essentiel à son existence. Or, une telle finalité dicte une place au sein du Code civil, comme cela a été proposé dès 2013 par maître E. Dubuisson (E. Dubuisson, *Patri-*

Néanmoins, l'entrepreneur individuel est, selon la définition nouvelle offerte par la loi, « une personne physique qui exerce en son nom propre une ou plusieurs activités ». Il est donc, comme toute personne physique¹², soumis aux contingences matérielles de la vie humaine : se nourrir, se loger, se déplacer. Or, peut-il, par exemple, garantir l'acquisition de son logement grâce à son patrimoine professionnel ? Il nous semble que l'absence de disposition spécifique implique le maintien du *statu quo* : la possibilité de recourir à l'ensemble des sûretés réelles, mais ne devrait pas autoriser l'usage de la renonciation, faculté spécifiquement édictée pour le financement de l'activité professionnelle.

1° Le possible recours aux sûretés conventionnelles : application du droit commun

11 - Contrairement à la précision apportée par l'alinéa 4 *in fine* de l'article L. 526-22 du Code de commerce, la loi du 14 février 2022 ne prévoit pas expressément la faculté pour l'entrepreneur individuel de garantir ses activités personnelles par l'octroi de sûretés sur son patrimoine professionnel. Par comparaison, faut-il déduire de cette absence une interdiction ?

Une réponse négative s'impose pour trois raisons¹³.

La première tient à l'objectif et à la localisation de la loi adoptée : il s'agit de protéger le patrimoine personnel de l'activité professionnelle par des dispositions logées au sein du Code de commerce, il est donc logique que le texte ne s'intéresse pas au financement du patrimoine personnel. Par conséquent, le silence gardé n'est pas significatif.

La deuxième résulte de la lettre de la loi, l'alinéa 6 de l'article L. 526-22 du Code de commerce prévoit que « seul le patrimoine personnel de l'entrepreneur individuel constitue le gage général des créanciers dont les droits ne sont pas nés à l'occasion de son exercice professionnel ». L'expression « le gage général » renvoie traditionnellement à la situation du créancier chirographaire. Par conséquent, la séparation instituée ne paraît pas avoir été conçue pour

jouer à l'encontre du créancier personnel titulaire d'une sûreté réelle.

La troisième découle de la protection générale du droit de propriété et de la liberté contractuelle¹⁴ : interdire à l'entrepreneur de constituer une garantie sur ses biens professionnels pour mener à bien ses activités privées serait une atteinte à ses prérogatives de propriétaire, non justifiée par un but d'intérêt général.

Aussi, sur ce point, le *statu quo* semble s'imposer.

2° L'impossibilité de renoncer à la séparation

12 - En vertu du parallélisme des situations, l'entrepreneur peut-il renoncer à la séparation instituée par l'alinéa 5 de l'article L. 526-22 du Code de commerce ?

La lettre du texte encadrant la renonciation s'oppose clairement à l'utilisation de la renonciation formaliste instituée par la loi. En effet, l'article L. 526-25 du Code de commerce ne vise que « la dérogation prévue au quatrième alinéa de l'article L. 526-22 », c'est-à-dire la séparation opposable aux créanciers professionnels. Peut-on invoquer un droit commun de la renonciation qui permettrait d'abandonner un droit déjà né ? Il n'y a pas, au sens classique du terme, de droit accordé à l'entrepreneur par la séparation instituée. Aussi, il ne semble pas possible d'invoquer le mécanisme général de la renonciation.

ATTENTION

➔ Enfin, une telle renonciation serait dangereuse (car occulte¹⁵) pour les créanciers de l'activité professionnelle ce qui milite pour ne pas l'admettre sans texte.

Aussi, il semble que cette voie ne soit pas ouverte à l'entrepreneur individuel¹⁶.

2. Les garanties de l'activité d'un tiers

13 - La séparation des patrimoines de l'entrepreneur individuel a-t-elle un impact sur les garanties qu'il peut fournir, par exemple, pour garantir le prêt étudiant souscrit par ses enfants ou l'activité d'un partenaire économique qui lui est nécessaire ? Doit-il respecter la division de ses patrimoines lors de l'octroi de garantie ? La réponse pourrait être duale selon le type de garantie consenti.

moins affectés, avez-vous donc une âme ? : D. 2013, p. 792). La pertinence de cette localisation s'illustre même sur des points en apparence techniques : elle aurait permis au législateur de se préoccuper du financement du patrimoine personnel et de traiter en profondeur l'ensemble des incidences de la réforme sur le droit patrimonial de la famille (V. les regrets évoqués par M. Nicod, L'entrepreneur individuel a aussi une famille : Dr. famille 2022, repère 4).

12 Il semble que le législateur ait quelques difficultés à concevoir l'incarnation de l'entrepreneur individuel, V. sur ce constat not. M. Nicod, L'entrepreneur individuel a aussi une famille : Dr. famille 2022, repère 4.

13 V. néanmoins, considérant que le doute existe en raison de la précision par la loi du maintien de l'efficacité des sûretés antérieures, maintien qui, a contrario, menacerait les sûretés prises après l'entrée en vigueur du mécanisme : P. Delebecque, Droit des sûretés : JCP G 2022, doctr. 467, n° 14 : « Précisons que les créanciers personnels de l'entrepreneur pourront encore compter sur les sûretés consenties avant le commencement de l'activité professionnelle quelle que soit leur assiette (C. com., art. L. 526-22, al. 6). Ce qui pourrait laisser entendre, bien que le texte ne le dise pas expressément, que ces mêmes créanciers ne pourraient obtenir une sûreté réelle sur un bien figurant dans le patrimoine professionnel une fois ce patrimoine constitué, alors que les créanciers professionnels, mutatis mutandis, le pourraient. À suivre, ... ». – Et V., écartant cette possibilité : B. Dondero, Place à l'entrepreneur individuel à deux patrimoines (EI2P) ! : Rev. sociétés 2022, p. 199, n° 42. – T. Revet, La désubjectivation du patrimoine : D. 2022, p. 469, n° 22.

14 V. not. la démonstration en ce sens de F. Pérochon par rapport à l'EIRL, EIRL : un patrimoine peut en garantir un autre : Rev. proc. coll. 2011, dossier 25, n° 4 : « En l'absence de prohibition légale, les principes de la libre disposition des biens et de la liberté contractuelle fondent la liberté de l'EIRL d'affecter n'importe lequel de ses biens à la garantie de n'importe laquelle de ses dettes, comme il pourrait le faire afin de garantir la dette d'autrui. »

15 Certes, un cautionnement l'est aussi. Toutefois, ce n'est pas parce qu'il existe un danger qu'il convient d'en admettre d'autres.

16 V. en ce sens : B. Dondero, Place à l'entrepreneur individuel à deux patrimoines (EI2P) ! : Rev. sociétés 2022, p. 199, n° 46. – T. Revet, La désubjectivation du patrimoine : D. 2022, p. 469, n° 27. – Et contra, Q. Némot-Rajot, Une protection patrimoniale renforcée et simplifiée : RLDC 7089, avr. 2022, p. 33 : « Malencontreusement, rien n'est prévu pour les créanciers personnels qui devraient, selon nous, pouvoir eux aussi bénéficier d'une extension de leur gage. »

A. - Les sûretés réelles : application du droit commun

14 - La question des sûretés réelles consenties par l'entrepreneur n'est pas expressément évoquée. Aussi, la liberté contractuelle doit prévaloir et il doit pouvoir consentir sur l'ensemble de ses biens des garanties en application du droit commun et sans qu'interfère le contexte personnel ou professionnel de la garantie.

B. - Les sûretés personnelles : prise en compte du contexte de la sûreté pour la mise en œuvre de la séparation des patrimoines

15 - C'est un même silence à l'égard des sûretés personnelles, mais leur mécanisme paraît imposer une réponse différente. Par une sûreté personnelle, le garant n'accorde pas un droit réel sur l'un de ses biens, mais un droit de gage sur l'ensemble de son patrimoine. Or, le patrimoine de l'entrepreneur individuel est dual en vertu des alinéas 4 et 6 de l'article L. 526-22 du Code de commerce : « *l'entrepreneur individuel n'est tenu de remplir son engagement à l'égard de ses créanciers dont les droits sont nés à l'occasion de son exercice professionnel que sur son seul patrimoine professionnel.* » « *Seul le patrimoine personnel de l'entrepreneur individuel constitue le gage général des créanciers dont les droits ne sont pas nés à l'occasion de son exercice professionnel.* »

Étant rédigé de façon générale ce texte s'applique à toutes les obligations de l'entrepreneur, y compris celles issues de sûretés personnelles.

Par conséquent, lorsque l'entrepreneur accordera une sûreté personnelle¹⁷ dans un cadre autre que celui de son activité, cette sûreté sera limitée à son patrimoine personnel. Ainsi, par exemple, le cautionnement du prêt étudiant de ses enfants ne pourra être recherché que sur son patrimoine personnel. Aussi, il devra recourir à une sûreté réelle (avec les coûts que

cela engendre) si son patrimoine personnel ne suffit pas à rassurer le prêteur et qu'il souhaite engager son patrimoine professionnel.

Le raisonnement est identique pour les sûretés consenties dans le cadre de son activité professionnelle et qui ne pourront être exécutées que sur le patrimoine professionnel. Une différence existe, cependant, la renonciation à la séparation est alors possible (et plus simple et moins onéreuse qu'une sûreté réelle).

16 - Ces limitations du droit de gage du créancier garanti doivent se combiner, lorsque l'entrepreneur est marié sous le régime légal, avec la protection des biens communs instaurée par l'article 1415 du Code civil qui prévoit que ces derniers ne sont pas engagés sauf autorisation du conjoint. Le cautionnement donné par l'entrepreneur individuel seul alors qu'il est marié sous un régime communautaire n'engagera donc que les biens propres et les revenus de l'entrepreneur figurant dans le patrimoine concerné par la dette garantie. L'attractivité de cette sûreté sera donc assez faible.

17 - En conclusion, pour l'activité professionnelle le résultat semble en cohérence avec l'objectif du législateur. L'entrepreneur bénéficie automatiquement de la protection de son patrimoine personnel, mais s'il y consent afin d'obtenir des crédits il pourra engager certains biens (par l'octroi de sûretés réelles obéissant au droit commun) ou ponctuellement l'ensemble de ce patrimoine (par le mécanisme certes, soumis à un formalisme contraignant, mais peu coûteux de la renonciation). Pour le financement du pan personnel, le résultat pourrait aboutir à des blocages. En effet, il existe un important doute sur la possibilité de renoncer à la séparation. Le rejet de cette possibilité imposerait alors un recours accru aux sûretés réelles (plus complexes à mettre en place et plus coûteuses surtout pour un opérateur économique qui n'a pas souhaité affronter la constitution d'une personne morale). Il n'y a sans doute pas de solution miracle, mais il y a un paradoxe à afficher la protection d'un patrimoine personnel dont la loi pourrait freiner le développement, faute de garanties faciles de son financement.

L'essentiel à retenir

- Si elle n'est pas encouragée, la garantie de l'activité professionnelle par le patrimoine privé de l'entrepreneur reste possible. Elle peut emprunter deux voies : les sûretés réelles de droit commun et une renonciation formaliste et spéciale.
- La garantie du pan privé par le patrimoine professionnel doit susciter plus de prudence : elle devrait pouvoir reposer sur les sûretés réelles classiques, en revanche la voie de la renonciation semble fermée.
- Dans les deux cas, les « sûretés personnelles pour soi » sont exclues.

¹⁷ Il devrait en être de même lorsqu'il donne son autorisation afin que son conjoint engage les biens communs par un cautionnement en vertu de l'article 1415 du Code civil. Certes, la simple autorisation ne rend pas l'entrepreneur débiteur, néanmoins cette autorisation est donnée dans le cadre privé (soutien aux engagements du conjoint) et il sera paradoxal de faire produire plus d'effet à une autorisation qu'à un véritable engagement, lui soumis à la séparation.