



BANQUE DES MEMOIRES

Master de Droit Privé Général

Dirigé par Monsieur le Professeur Laurent LEVENEUR

2021

**LA DISTINCTION DU TITRE ET DE LA FINANCE EN REGIMES
MATRIMONIAUX APPLIQUÉE AUX DROITS SOCIAUX**

Margaux LELONG

Sous la direction de Madame le Professeur Sophie GAUDEMET

Avertissement

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans ce mémoire. Ces opinions doivent être considérées comme propres à leur auteur.

Remerciements

Je tiens à remercier Madame le Professeur Sophie GAUDEMET pour la proposition de ce sujet passionnant, pour ses précieux conseils et pour sa grande disponibilité.

Je remercie également Monsieur le Professeur Laurent LEVENEUR qui m'a permis d'intégrer le Master 2 de Droit privé général, ainsi que l'ensemble de l'équipe pédagogique de l'Université Paris II Panthéon-Assas pour la richesse de l'enseignement qu'ils m'ont dispensé au cours de ces cinq années.

Enfin, je remercie le personnel de la salle de Droit civil de l'Université Paris II Panthéon-Assas, qui m'a accompagnée dans mes recherches tout au long de cette année si particulière.

Sommaire

Avertissement	II
Remerciements	III
Sommaire	IV
Table des abréviations	V
Introduction	1
Première partie – Pour l’abandon de la distinction du titre et de la finance.....	10
Titre I – Des incertitudes liées aux champs d’application de la distinction	10
Titre II – Une distinction en déphasage avec le paysage sociétaire	32
Seconde partie – Pour le recours aux catégories ordinaires.....	47
Titre I – Les vices de la catégorie des biens propres par nature appliquée aux droits sociaux	47
Titre II – Les vertus de la catégorie des biens communs appliquée aux droits sociaux.....	59
Conclusion.....	73

Table des abréviations

Art. préc.	Article précité
BMIS	Bulletin mensuel d'information des sociétés Joly
Bull. Civ.	Bulletin civil
C. civ.	Code civil
Cass.	Cour de cassation
1 ^{ère} civ.	Première chambre civile
2 ^{ème} civ.	Deuxième chambre civile
3 ^{ème} civ.	Troisième chambre civile
Com.	Chambre commerciale et financière
Cons. const.	Conseil constitutionnel
D.	Recueil Dalloz
DP	Recueil périodique et critique mensuel Dalloz (avant 1941)
EURL	Entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée
G.A.E.C.	Groupement Agricole d'Exploitation en Commun
Gaz. Pal.	Gazette du Palais
RJPF	Revue juridique personnes et famille
RTD. civ.	Revue trimestrielle de droit civil
S.A.	Société anonyme
S.A.R.L.	Société à responsabilité limitée
S.N.C.	Société en nom collectif

Introduction

« *La croisée des chemins est souvent source de piquant, parfois d'agacement* »¹.

Tel est le constat émis par le professeur Rabreau à propos des interactions entre le droit des sociétés et le droit des régimes matrimoniaux. Si les deux disciplines empruntent des routes différentes, les embranchements sont nombreux. Se posent par exemple les questions de savoir si deux époux peuvent être associés dans une même société, si un époux non associé doit supporter les risques inhérents au droit des sociétés, ou encore la question du sort réservé aux droits sociaux acquis par un époux. Au fond, toute la difficulté est de concilier deux droits aux philosophies radicalement opposées.

Cette introduction a pour objet de mettre en exergue ce rapport conflictuel, en particulier en ce qui concerne les parts sociales détenues par un époux (*I*), puis d'émettre quelques pistes de réflexion (*II*). Mais préalablement, une question ayant trait à la nature des droits sociaux doit être traitée (*remarque préliminaire*).

Remarque préliminaire : droits sociaux et droit des biens

1. La nature controversée des droits sociaux – Les droits sociaux sont-ils seulement des biens ? Les écrits qui traitent de la distinction du titre et de la finance appliquée aux droits sociaux raisonnent tous à partir du postulat que c'est le cas. Les biens seraient alors susceptibles d'alimenter la masse commune ou les masses propres des époux. La démonstration proposée dans ce mémoire dépend de ce postulat. Toutefois, la rigueur scientifique impose de présenter rapidement les termes du débat.

Un bien est une entité identifiable et isolable, pourvue d'utilités et objet d'un rapport d'exclusivité². En droit des régimes matrimoniaux, il ne semble faire aucun doute que les droits sociaux sont des biens, et plus précisément des meubles au sens de l'article 516 du Code civil. Le Conseil constitutionnel évoque régulièrement la notion de propriété des créances³. La Cour européenne des droits de l'homme protège quant à elle les créances comme des biens sur le

¹ A. Rabreau, « Plaidoyer pour la suppression de l'article 1832-2 du Code civil », *Mélanges offerts en l'honneur du Professeur Michel Germain*, LGDJ, 2015, p. 697.

² F. Zenati-Castaing et Th. Revet, *Les biens*, PUF, 3^e éd., 2008, n°2.

³ Pour une consécration de la propriété des créances, V. Cons. const., 10 juin 2010, n°2010-607 DC, à propos de la loi relative à l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée.

fondement de l'article 1 du Protocole n°1⁴. En droit des biens en revanche, les choses ne sont pas si tranchées. Se pose la question de savoir si les droits sociaux sont des droits réels ou personnels, et, s'ils sont des droits personnels, s'ils sont susceptibles d'appropriation.

2. Les droits sociaux sont des droits personnels⁵ – Les droits sociaux sont la contrepartie conférée à l'associé en raison de son entrée en société. Ils représentent la relation qui unit un associé, personne physique, à la société, personne morale. C'est dire que le droit qui unit l'associé et la société est de nature personnel, assimilable à une créance. Assimilable mais pas identique puisque les droits sociaux présentent des caractéristiques qui leur sont propres. Pour l'essentiel, ils confèrent à l'associé un droit d'intervention dans la vie de la société. C'est pourquoi certains auteurs estiment que les droits sociaux sont en marge de la distinction classique bipartite droit réel – droit personnel⁶. Par souci de simplification, les droits sociaux seront ici assimilés à des droits de créance.

3. Les droits de créance sont susceptibles d'appropriation – A considérer que les droits sociaux sont des droits de créance, il faut répondre à l'une des questions les plus controversées en droit des biens : les droits de créance peuvent-ils faire l'objet d'un droit de propriété ? Certains auteurs répondent par la négative⁷. Ils en veulent pour preuve que le droit de créance est un droit personnel, et qu'un droit personnel ne peut pas être l'objet d'un droit réel. Or, la propriété est un droit réel. Donc le droit de créance n'est pas susceptible d'appropriation. A l'opposé, chacun connaît la proposition de Monsieur Ginossar⁸, pour qui la créance est un bien au même titre que les objets mobiliers. Selon lui, la propriété est le lien entre le créancier et la créance.

Cette controverse a essentiellement trait au droit des biens *stricto sensu* et sa résolution dépasse largement l'objet de ce mémoire. C'est pourquoi pour la suite, on admettra le postulat que les droits sociaux sont des biens. Après tout, si l'on ose une démonstration simpliste, la question n'a jamais intéressé le droit des régimes matrimoniaux, lequel constitue le droit « spécial » des biens des époux. Or, *specialia generalibus derogant*.

⁴ V. par ex., CEDH 6 oct. 2005, n°1513/03, Draon c. France.

⁵ R. Mortier, *Le rachat par la société de ses droits sociaux*, Dalloz, 2003, n°302.

⁶ R. Savatier, *Les métamorphoses économiques et sociales du droit privé d'aujourd'hui. 3^e série : approfondissement d'un droit renouvelé*, Dalloz, 1959, n°516 ; W. Dross, *Droit des biens*, LGDJ, 4^e éd., 2019, n°500 et s. ; F. Terré et Ph. Simler, *Droit civil - Les biens*, Dalloz, 10^e éd., 2018, n°47.

⁷ J. Ghestin, M. Billiau et G. Loiseau, *Traité de droit civil, Le régime des créances et des dettes*, LGDJ, 2006, n°11 ; W. Dross, *op. cit.*, n°492.

⁸ S. Ginossar, *Droit réel, propriété et créance. Elaboration d'un système rationnel des droits patrimoniaux*, thèse Paris, 1960, n°13 ; F. Zenati-Castaing, Th. Revet, *op. cit.*, n°3.

Cette remarque préliminaire faite, il faut présenter le conflit qui existe entre le droit des régimes matrimoniaux et le droit des sociétés, en particulier s'agissant des parts sociales (I).

I- Les parts sociales tiraillées entre le droit des régimes matrimoniaux et le droit des sociétés

4. Le droit des régimes matrimoniaux, définition – Le droit des régimes matrimoniaux appartient à la catégorie plus large du droit patrimonial de la famille. Il est le droit des couples mariés destiné à régler les conséquences pécuniaires qui découlent de leur union, entre eux mais aussi avec les tiers. Pour l'essentiel, le droit des régimes matrimoniaux détermine la propriété des biens, les pouvoirs sur ces biens, les règles relatives à l'obligation et à la contribution à la dette, et enfin le sort des biens à la dissolution du mariage.

5. L'autonomie limitée du droit des régimes matrimoniaux – La notion même de régime matrimonial renvoie à un système de règles formant un ensemble cohérent ayant vocation à traiter toutes les difficultés pouvant découler du mariage. Contrairement aux concubins qui doivent, pour régler leurs relations, appliquer à la fois le droit commun des biens, des obligations et des sociétés, les relations entre époux sont en principe régies par un système de règles considérées comme un tout. Cette affirmation a des limites puisque le droit des régimes matrimoniaux n'est pas imperméable aux autres branches du droit, loin s'en faut. Il convient en particulier de s'attarder sur les liens qu'il entretient avec le droit des sociétés.

6. Droit des régimes matrimoniaux et droit des sociétés, un amour impossible ? La société est instituée en vue de partager le bénéfice ou de profiter de l'économie qui pourra en résulter⁹. Le droit des sociétés et le droit des régimes matrimoniaux répondent à des logiques bien différentes, voire opposées¹⁰. La souplesse du premier s'oppose à l'esprit traditionnellement conservateur du second. Cette différence de philosophies est due à une différence de finalités, puisque le droit des sociétés vise à l'obtention de profits alors que le droit des régimes matrimoniaux vise à la préservation de la fortune des époux. Si le concept de patrimoine familial se heurte à l'absence de personnalité juridique de la famille, il n'en reste pas moins qu'en pratique, certains droits ou certains biens sont affectés à la famille, et permettent d'en assurer la subsistance. Se pose la question de savoir si les droits sociaux, issus d'une technique du droit des sociétés, ont vocation ou non à protéger la famille. L'intérêt de

⁹ C. civ., art. 1832.

¹⁰ G. Paisant, *Des actions et parts de sociétés dans le droit patrimonial de la famille*, thèse Poitiers, 1978, p. 16.

cette question est d'autant plus grande depuis le développement des sociétés commerciales et donc des droits sociaux au milieu du XIX^{ème} siècle.

7. Des difficultés exacerbées s'agissant des parts sociales – A la vérité, le terme de *société* revêt une « *dualité de sens* »¹¹. D'un côté, elle est une personne morale totalement indépendante des membres qui la composent. D'un autre côté, elle est le fruit de l'association de plusieurs personnes. L'importance accordée à ces personnes varie selon les types sociétaires. Traditionnellement, les sociétés de personnes, dont les droits d'associé sont représentés par des parts sociales, s'opposent aux sociétés de capitaux, dont les droits d'associé sont représentés par des actions. Dans les premières, les membres s'associent parce qu'ils se connaissent les uns les autres et se font mutuellement confiance. C'est dire que l'esprit qui anime la personne de l'associé est tout à fait différent selon qu'il est associé de telle ou telle société. Dans une société de capital, il ne participe généralement pas directement aux affaires sociétales mais se comporte davantage comme un investisseur. Au contraire, l'associé d'une société de personnes est proche des affaires sociales, pour la raison première qu'il est généralement obligé aux dettes sociales. Dans ces sociétés, l'*intuitus personae* commande que seul l'associé participe à la vie sociale, à l'exclusion de son conjoint, lequel peut ne pas présenter les mêmes qualités que son époux associé. Toutefois, ces difficultés sont circonscrites, et ce à deux points de vue.

8. Des difficultés circonscrites quant au type de régime matrimonial – Aux termes de l'article 1387 du Code civil règne la liberté du choix du régime matrimonial. A défaut de choix exprimé, l'article 1400 du même code précise que la communauté [*légale*] s'applique. Les régimes de séparation de biens et de participation aux acquêts ne posent aucune difficulté puisque chacun des époux conserve la pleine propriété et la libre administration de ses biens personnels¹². Il n'y a donc aucun risque que le conjoint de l'associé s'immisce dans la vie de la société.

9. Des difficultés circonscrites quant au type de droits sociaux – Les droits sociaux négociables sont traités de longue date comme des droits mobiliers ordinaires auxquels s'appliquent les principes communautaires ordinaires¹³, en principe du moins¹⁴. Quant aux droits sociaux non négociables, les difficultés sont là aussi limitées puisque les droits sont

¹¹ B. Dondero, *Droit des sociétés*, Dalloz, 6^e éd., 2019, p. 13.

¹² C. civ., art. 1536 s'agissant de la séparation de biens ; C. civ., art. 1569 par renvoi s'agissant de la participation aux acquêts.

¹³ Req., 6 juill. 1905, *DP* 1906.1, p. 374 ; Limoges, 10 oct. 1923, *DP* 1924.2, p. 163, note Nast ; Civ. 1^{re}, 3 juill. 1979, *Bull. civ.* 1979 I, n°198, *JCP* 1979. I, p. 303

¹⁴ Voir *infra* n°32 et s., pour une application de la distinction du titre et de la finance à des sociétés de capitaux.

propres lorsqu'ils sont apportés en mariage ou acquis en cours d'union à titre gratuit¹⁵. Il en est de même lorsqu'il a été fait emploi ou remploi¹⁶. Les difficultés se cristallisent donc essentiellement au sujet des droits sociaux non négociables acquis grâce à des biens communs sous un régime communautaire¹⁷. Chacun sait qu'en principe, l'actif est soit commun, soit propre. Les enjeux à l'opération de qualification sont grands. Définie comme l'opération intellectuelle d'analyse juridique consistant à prendre en considération l'élément qu'il s'agit de qualifier et à le faire entrer dans une catégorie juridique préexistante¹⁸, la qualification du bien détermine les pouvoirs que chaque époux peut exercer sur lui. Sur le fondement de l'article 1421 alinéa 1^{er} du Code civil, chaque époux a le pouvoir d'administrer seul les biens communs et d'en disposer. A l'inverse, l'article 1428 consacre le principe d'indépendance des époux sur la gestion des biens propres. A la dissolution du régime se pose essentiellement une question de partage. Chaque époux récupère ses biens propres, tandis que les biens communs sont partagés en deux parts égales¹⁹. Qualifier les parts sociales de biens communs, n'est-ce pas permettre à l'époux de l'associé de s'immiscer dans la vie de la société, allant ainsi à l'encontre de l'*intuitus personae* ? A l'inverse, donner aux parts sociales la qualification de biens propres, n'est-ce pas léser la communauté ? Avant d'entrer dans le détail de la démonstration, il convient de proposer quelques pistes de réflexions (II).

II- Quelques pistes de réflexion

10. L'application originelle de la distinction du titre et de la finance – Cette distinction a, à l'origine, été pensée au milieu du XIX^{ème} siècle pour les offices ministériels. Il s'agit d'une charge qui donne à son titulaire le droit d'exercer des fonctions indépendantes en vertu d'une investiture de l'autorité publique, qu'il peut transmettre avec l'agrément de l'autorité publique²⁰. Dans ce contexte, la jurisprudence a imaginé une distinction originale entre d'un côté le titre, et de l'autre la finance²¹. Le *titre* est la fonction elle-même dans ses différents aspects extra-patrimoniaux. Il est toujours personnel alors que la *finance* tombe dans la communauté pour sa valeur en tant qu'elle représente la valeur patrimoniale de l'office, l'idée

¹⁵ C. civ., art. 1405.

¹⁶ C. civ., art. 1434 et s.

¹⁷ Cette affirmation est aujourd'hui à nuancer, voir *infra* n°66 et s.

¹⁸ G. Cornu (dir.), Association Henri Capitant, *Vocabulaire juridique*, 13^e éd., PUF, 2016, p. 829.

¹⁹ C. civ., art. 1475.

²⁰ G. Cornu (dir.), Association Henri Capitant, *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*, p. 702.

²¹ Cass. 1^{re} civ., 4 janv. 1853 ; Req., 6 janv. 1880 ; Cass. 1^{re} Civ., 21 oct. 1959, *JCP* 1959.II.11353.

étant que cette dissociation garantit le maintien de l'esprit communautaire tout en respectant le caractère éminemment personnel de l'activité professionnelle.

Puis la Cour de cassation a étendu cette distinction aux clientèles civiles des professions libérales sur le fondement du caractère personnel de l'activité professionnelle²². L'admission de la licéité des cessions de clientèles civiles²³ n'a pas remis en cause l'application de la distinction, laquelle s'applique donc au droit de présentation et à la cession de la clientèle civile.

Au fond, s'agissant des clientèles civiles et des offices ministériels, lorsque la cession de l'office ou de la clientèle a lieu au cours du mariage, la somme correspondant à cette cession tombe en communauté. A la dissolution de la communauté, si la cession n'a pas eu lieu, la valeur de la clientèle ou de l'office est incluse dans la masse partageable. Pendant la durée du régime, l'office ministériel ou le cabinet est administré et géré en toute indépendance par l'époux qui en est titulaire. A la dissolution de la communauté, l'office ou le cabinet sera mis dans le lot de l'époux titulaire. Ainsi sont sauvegardés à la fois l'indépendance de l'époux titulaire et les intérêts de la communauté. Cette distinction a par la suite été appliquée aux parts sociales.

11. L'application de la distinction du titre et de la finance aux parts sociales – Antérieurement à la réforme du 10 juillet 1965, la jurisprudence décidait d'appliquer la distinction aux parts sociales²⁴. Le titre était reconnu à l'un des époux tandis que la valeur des parts sociales entrait en communauté. La doctrine approuvait très largement cette solution.²⁵ Toutefois, la question s'est posée de savoir si la loi du 10 juillet 1965 ne la remettait pas en cause. Alors qu'on aurait pu légitimement penser que le législateur mettrait fin à toute discussion, l'entrée en vigueur de la loi a paradoxalement été la source d'importantes controverses²⁶. Le législateur ne dit mot sur la distinction du titre et de la finance. Même si l'office de la loi n'est pas de « *descendre dans le détail des questions qui peuvent naître sur*

²² Cass. 1^{re} civ., 7 mars 1956, n°56-02.066.

²³ Cass. 1^{re} civ., 7 nov. 2000, n°98-17.731, *Bull. Civ.* 2000, I, n°283, p. 183.

²⁴ S'agissant d'une SNC, Req., 13 avr. 1921, *DP* 1921.1, p. 167 ou encore Alger, 16 avr. 1958 ; s'agissant d'une société en commandite simple, Paris, 29 juin 1927, *DP* 1927.2, p. 161, note Capitant ; s'agissant d'une SARL, Cass. com., 23 déc. 1957, arrêt dit Floret : « *les parts d'une société à responsabilité limitée appartenant à un époux marié sous le régime de la communauté légale n'entrent dans la communauté que pour leur valeur, de telle sorte que le conjoint de l'associé ne devient pas lui-même, de ce fait, associé, et ne saurait pas se voir ensuite imposer, lors de la dissolution du mariage, le partage en nature desdites parts* ».

²⁵ A. Lamboley, « Entreprise libérale et régimes matrimoniaux, un droit encore incertain », *Mélanges offerts à André Colomer*, Litec, 1993, p. 197, n°16.

²⁶ A. Colomer, *Droit civil - Régimes matrimoniaux*, Litec, 10^e éd., 2000, n°769 et n°775.

chaque matière »²⁷, ce silence est regrettable. Trois textes sont habituellement invoqués, pour soutenir telle ou telle qualification.

12. Une cacophonie textuelle – D’abord, l’article 1404 du Code civil dispose que forment des propres par leur nature, quand même ils auraient été acquis pendant le mariage, tous les biens qui ont un caractère personnel et tous les droits exclusivement attachés à la personne. Cet article s’insère dans la section consacrée à « *De ce qui compose la communauté activement et passivement* »²⁸, il s’agit donc bien d’un texte de qualification. Le droit des sociétés et le droit des régimes matrimoniaux semblaient avoir trouvé un terrain d’entente autour de la qualification de propre par nature des droits sociaux non négociables.

Pourtant, cette analyse se heurte à celle de l’article 1424 du Code civil, qui a depuis 1965 fait l’objet de deux modifications, dont la principale visait à reconnaître l’égalité des époux²⁹. Cet article dispose que les époux ne peuvent, l’un sans l’autre, aliéner les droits sociaux non négociables. Il doit être lu à la lumière de l’article 1421 du Code civil, lequel s’applique sous réserve des articles 1422 et 1425. C’est dire que l’article 1424 est une exception à l’article 1421. Or, ce dernier dispose que chacun des époux a le pouvoir d’administrer seul les biens communs et d’en disposer. Puisque l’article 1421 s’applique aux biens communs, l’article 1424 devrait logiquement s’appliquer lui aussi aux biens communs. De cette analyse ressort une qualification en contradiction avec celle retenue au terme de l’analyse de l’article 1404 du Code civil.

Nombre d’auteurs ont proposé une résolution à cette contradiction, laquelle nous semble peu convaincante. Selon eux, l’article 1424 ne traiterait que d’une question de pouvoir³⁰. Certes ce constat ne peut être que partagé, l’article s’insérant dans la section consacrée à « *De l’administration de la communauté et des biens propres* »³¹. Or, selon ces auteurs, une règle de pouvoir sur un bien ne saurait être déterminante de la qualification de ce bien. En effet, si en droit, la qualification permet de déterminer le régime, réciproquement, le régime ne permet pas de déterminer la qualification. Au soutien de leur argumentation, ces auteurs se prévalent de l’article 215 alinéa 3 du Code civil, lequel dispose que les époux ne peuvent l’un sans l’autre disposer des droits par lesquels est assuré le logement de la famille, et ce quand bien même le logement serait le propre de l’un des époux.

²⁷ J.-E.-M. Portalis, *Discours, rapports et travaux inédits sur le Code civil*, Joubert, 1844, p. 8.

²⁸ C. civ., section I du chapitre II du titre V du livre III.

²⁹ Loi n°85-1372 du 23 décembre 1985, art. 13.

³⁰ G. Paisant, *Des actions et parts de sociétés dans le droit patrimonial de la famille*, op. cit., p. 154.

³¹ C. civ., section II du chapitre II du titre V du livre III.

Cette analyse ne nous apparaît pas convaincante. Certes la règle de pouvoir posée par l'article 1424 ne permet pas de conclure sur la qualification à donner aux droits sociaux non négociables. Mais il ne faut pas oublier l'article 1421 du Code civil, qui dispose que chacun des époux a le pouvoir d'administrer seul les biens communs sous réserve des articles 1422 à 1425. L'utilisation des mots « *sous réserve* » évoque, sinon une exception, un tempérament à la règle posée par l'article 1421 du Code civil. Or, s'agissant d'une règle de pouvoir, le principe et l'exception ont un dénominateur commun : l'objet auquel ils s'appliquent, qui correspond ici à la qualification du bien (bien propre ou bien commun). Les règles de pouvoir seront différentes, mais l'objet auquel s'applique ces règles sera identique. Si tel n'était pas le cas, autrement dit, si non seulement les règles de pouvoir étaient différentes, mais aussi les objets auxquels s'appliquent ces règles, alors l'article 1424 n'aurait plus rien d'un tempérament à l'article 1421, il serait une règle totalement indépendante. L'article 1421 ne s'applique qu'aux biens communs. Il en résulte que l'article 1424 ne peut lui-même s'appliquer qu'aux biens communs, pas tant en raison de la teneur de la règle de pouvoir qu'il énonce, mais parce qu'il est une exception à l'article 1421 du Code civil.

Au terme de ce raisonnement, la conciliation que proposent certains auteurs entre les articles 1404 et 1424 tombe. Finalement, l'analyse des articles 1404 et 1424 du Code civil conduit bel et bien à deux qualifications incompatibles, puisqu'un bien ne peut pas à la fois être commun et propre.

Enfin, l'analyse de l'article 1832-2 du Code civil achève de semer le trouble. La loi du 10 juillet 1982 relative aux conjoints d'artisans et de commerçants travaillant dans l'entreprise familiale, loin de trancher le débat, a au contraire semblé consacrer une troisième qualification. Les alinéas 2 et 3 de cet article sont rédigés comme suit :

« La qualité d'associé est reconnue à celui des époux qui fait l'apport ou réalise l'acquisition.

La qualité d'associé est également reconnue, pour la moitié des parts souscrites ou acquises, au conjoint qui a notifié à la société son intention d'être personnellement associé. Lorsqu'il notifie son intention lors de l'apport ou de l'acquisition, l'acceptation ou l'agrément des associés vaut pour les deux époux. Si cette notification est postérieure à l'apport ou à l'acquisition, les clauses d'agrément prévues à cet effet par les statuts sont opposables au conjoint ; lors de la délibération sur l'agrément, l'époux associé ne participe pas au vote et ses parts ne sont pas prises en compte pour le calcul du quorum et de la majorité ».

D'un côté, aux termes de l'alinéa 2, l'époux acquéreur ou apporteur est le seul à participer à la vie sociale en tant que celle-ci est attachée à la qualité d'associé. La qualité d'associé serait donc propre à cet époux. D'un autre côté, la prérogative accordée au conjoint de l'associé par l'alinéa suivant impliquerait la nature commune de la part sociale. Serait donc consacrée une qualification dualiste, elle-même susceptible de faire l'objet d'une variante. Selon la première branche de cette variante, la qualité d'associé serait propre à un époux tandis que la part sociale serait commune en nature. Selon la seconde branche, seule la valeur des parts sociales tomberait dans la communauté.

13. Une constance jurisprudentielle³² – Contrastant avec ces incertitudes textuelles, la jurisprudence a maintenu la distinction du titre et de la finance³³. Elle l'a même étendue à de nouvelles hypothèses, telles qu'à une autorisation délivrée par l'administration pour exercer la profession de taxi³⁴ ou encore à une officine de pharmacie³⁵. C'est dire qu'au regard du droit positif, la distinction du titre et de la finance est on ne peut plus d'actualité³⁶. Pourtant, cette qualification appliquée aux parts sociales ne nous semble pas opportune.

14. Annonce de plan – Nombreux sont les arguments qui militent aujourd'hui en faveur de l'abandon de la distinction du titre et de la finance appliquée aux droits sociaux (*Première partie*). Néanmoins, nous ne pouvons pas en rester là, car *la critique est aisée mais l'art est difficile*³⁷. Ce mémoire a pour objectif ambitieux de démontrer que le recours aux catégories ordinaires du droit des régimes matrimoniaux est tout à fait satisfaisant (*Seconde partie*).

³² I. Dauriac, « La nature des parts sociales en régime de communauté : constance ou conservatisme ? », note sous Cass. 1^{re} civ., 4 juill. 2012, n°11-13.384, *Rev. Sociétés*, 2012, p.717.

³³ Au sujet d'une concession de conchyliculture, Cass. 1^{re} civ., 8 déc. 1987 n°86-12.426 ; au sujet d'une clientèle civile de profession libérale, Cass. 1^{re} civ., 12 janv. 1994, n°91-15.562.

³⁴ Cass. 1^{re} civ., 16 avr. 2008, n°07-16.105.

³⁵ Cass. 1^{re} civ., 18 oct. 2005, n°02-20.329.

³⁶ E. Naudin, « Que sont les notions devenues ? Libres propos sur la distinction du titre et de la finance », *Mélanges en l'honneur du Professeur Didier R. Martin*, LGDJ, 2015, p. 467.

³⁷ Citation de Philippe Néricault, de son nom de scène Destouches, tirée de sa comédie *Le glorieux*, II, 5.

Première partie – Pour l’abandon de la distinction du titre et de la finance

15. Annonce de plan – La distinction du titre et de la finance est depuis longtemps la cible de nombreuses critiques. Déjà en 1971 le Professeur Derruppé écrivait que la distinction était « *inutile et dépassée* »³⁸. Cinquante ans plus tard, ce constat ne peut être que renouvelé.

L’objet de cette partie est d’exposer les failles de la distinction du titre et de la finance, lesquelles militent en faveur de son abandon. Ces failles sont de deux principaux ordres.

Les unes sont anciennes et inhérentes à la distinction. Il s’agit des incertitudes relatives au champ d’application de la distinction, ou plutôt devrions-nous employer le pluriel et dire *aux* champs d’application de la distinction (*Titre I*).

Les autres sont plus récentes et moins dues à la distinction elle-même qu’à la modification de la pratique sociétaire ces dix dernières années (*Titre II*).

Titre I – Des incertitudes liées aux champs d’application de la distinction

16. Annonce de plan – Le champ d’application est défini comme, au regard du droit substantiel, l’ensemble des matières ou des personnes auxquelles s’applique la règle³⁹. Pour ce qui nous intéresse, « *la règle* » renvoie à la distinction du titre et de la finance. S’agissant de cette distinction, le champ d’application est double. C’est pourquoi il est plus juste de parler *des* champs d’application.

Le premier d’entre eux est celui que l’on peut qualifier de *général*. Son identification suppose au préalable de rappeler que la distinction du titre et de la finance n’existe que parce qu’elle poursuit un but : celui de concilier les impératifs résultant du droit des régimes matrimoniaux d’une part et ceux résultant du droit des sociétés d’autre part. La distinction est sans « cause », pour reprendre un terme cher aux spécialistes de droit des obligations, dès lors que l’harmonie règne entre le droit des régimes matrimoniaux et le droit des sociétés.

Définir le champ d’application *général* de la distinction du titre et de la finance, c’est donc identifier les cas dans lesquels le droit des régimes matrimoniaux se heurte au droit des sociétés,

³⁸ J. Derruppé, « Régime de communauté et droit des sociétés », *JCP G* 1971, I, p. 2403.

³⁹ G. Cornu (dir.), Association Henri Capitant, *Vocabulaire juridique, op. cit.*, p. 73.

autrement dit les cas dans lesquels la distinction a une « cause », du moins selon l'application que font les juges de la distinction du titre et de la finance (*Chapitre I*).

Le second champ d'application est celui que l'on peut qualifier d'*affiné*. L'emploi de cet adjectif ne se comprend que par comparaison au premier champ d'application dit *général*. L'existence même du champ d'application affiné témoigne d'une faille dans la distinction du titre et de la finance. En effet, puisque celle-ci n'existe que pour harmoniser les exigences matrimoniales et sociétaires, l'identification du champ d'application dit *général* tel que décrit précédemment devrait se suffire à lui-même. Pourtant, tel n'est pas le cas et le champ d'application général mérite d'être affiné selon des critères très subtiles dont la justification est obscure et peu cohérente (*Chapitre II*).

Chapitre I – Le champ d'application général

17. La dualité des impératifs – La distinction du titre et de la finance a pour « cause » la conciliation des impératifs du droit des régimes matrimoniaux et du droit des sociétés. Il s'agit donc d'identifier à la fois à quels régimes matrimoniaux et à quelles sociétés la distinction s'applique. Le recoupement de ces deux paramètres formera le champ d'application dit *général* de la distinction.

La première question, celle de savoir quels sont les régimes matrimoniaux concernés par la distinction, a été traitée dans l'introduction et ne pose pas de difficulté. Seuls les régimes de type communautaire sont susceptibles d'entraver les exigences posées par le droit des sociétés.

En revanche, la seconde question, celle de savoir à quelles sociétés s'applique la distinction, est plus délicate.

18. Annonce de plan – L'article 1832 du Code civil définit en son alinéa premier la société comme « *instituée par deux ou plusieurs personnes qui conviennent par un contrat d'affecter à une entreprise commune des biens ou leur industrie en vue de partager le bénéfice ou de profiter de l'économie qui pourra en résulter* ».

Malgré cette définition générale, il existe une multitude de sociétés, qui diffèrent tant par leur forme que par leur dimension et leur poids économique. Pour ce qui nous intéresse, les sociétés de personnes se distinguent traditionnellement des sociétés de capitaux. La dichotomie du titre et de la finance est appliquée sans difficulté au sein des sociétés de personnes en raison de

l'intuitus personae qui irrigue ces sociétés (*Section I*). En revanche, les droits sociaux négociables étant librement cessibles, la distinction ne devrait pas s'appliquer aux sociétés de capitaux⁴⁰. Pourtant, certains arrêts ont décidé du contraire et témoignent d'une première faiblesse inhérente à la distinction du titre et de la finance (*Section II*).

Section I – L'application certaine de la distinction aux sociétés de personnes

19. Annonce de plan – Selon un syllogisme très simple, la distinction du titre et de la finance s'applique aux sociétés empreintes d'*intuitus personae*. Or, les sociétés de personnes sont empreintes d'*intuitus personae*. Donc la distinction du titre et de la finance s'applique aux sociétés de personnes.

Toutefois, la notion d'*intuitus personae* n'est pas binaire, elle correspond davantage à une échelle sur laquelle chaque société est représentée par un curseur en fonction de l'intensité de son *intuitus personae*. Reste à déterminer où placer le curseur en dessous duquel la distinction du titre et de la finance ne s'appliquera pas, et au-dessus duquel elle s'appliquera.

De ce point de vue, il faut distinguer les sociétés de personnes proprement dites (*I*) des sociétés à responsabilité limitée (*II*).

I- Les sociétés de personnes proprement dites

20. Le principe – La société de personnes est définie par le Vocabulaire juridique Cornu⁴¹ comme la société à laquelle chaque associé est réputé n'avoir consenti qu'en considération de la personne de ses coassociés (*intuitu persona*) et qui exige leur collaboration personnelle à la poursuite du but social, d'où il résulte que la part sociale de chacun d'eux n'est transmissible qu'en vertu d'une clause expresse et avec le consentement des coassociés. La catégorie des sociétés de personnes désigne la société en nom collectif, la société en commandite simple et les sociétés civiles. La jurisprudence applique sans difficulté la distinction du titre et de la finance à ces sociétés. Ce paragraphe ne prétend pas à l'exhaustivité mais seulement à énoncer quelques exemples.

⁴⁰ Pour une remise en cause de cette affirmation, voir *infra* n°66 et s.

⁴¹ G. Cornu (dir.), Association Henri Capitant, *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*, p. 965.

21. Illustrations – Au sujet d'une société en nom collectif, à la suite d'un divorce d'époux mariés sous le régime de la communauté réduite aux acquêts, la Cour d'appel de Rennes avait à se prononcer sur la date à laquelle la valeur des parts sociales devait être appréciée⁴². La Cour d'appel a décidé que « *préalablement à toute discussion sur ce point, il échet de constater que les parties sont actuellement d'accord pour admettre que les parts d'une société de personnes dans laquelle la notion d'intuitu personae joue un rôle essentiel, comme c'est le cas en la présente espèce, ne tombent pas en communauté, mais que celle-ci est seulement créancier de leur valeur* ». La Cour d'appel de Rennes énonce donc de manière générale le principe selon lequel la distinction a vocation à s'appliquer pour les parts d'une société de personnes dans laquelle l'*intuitus personae* est important.

Au sujet d'une société en commandite simple, la Cour d'appel de Paris énonce que « *la communauté conjugale, et à plus forte raison la femme seule, ne peuvent être croupières du mari ; en effet, le fonds social n'entre pas, en tout ou partie, dans la communauté existante entre un associé et sa femme, la communauté est seulement créancière de l'émolument procuré au mari. En cas de divorce, la femme a le droit de réclamer, en qualité de créancière, la moitié de cet émolument [...]* »⁴³.

Au sujet des sociétés civiles enfin, les arrêts appliquant la distinction du titre et de la finance sont nombreux, dont le célèbre arrêt Gelada au sujet d'un Groupement Agricole d'Exploitation en Commun⁴⁴.

Si la distinction est sans aucun doute applicable aux sociétés de personnes proprement dites, les choses moins évidentes s'agissant des sociétés à responsabilité limitée (II).

II- Le cas particulier des sociétés à responsabilité limitée

22. Annonce de plan – Si la distinction du titre et de la finance s'applique aux sociétés à responsabilité limitée (B), cette solution ne va pas de soi en raison de l'ambivalence de ce type de société (A).

⁴² Rennes, 7 nov. 1961.

⁴³ Paris, 29 juin 1927.

⁴⁴ Cass. 1^{re} civ., 9 juill. 1991, n°90-12.503 ; *Defrénois* 1991, p. 1333, note P. Le Cannu ; *Defrénois* 1992, p. 236, note X. Savatier.

A- L'ambivalence de la société à responsabilité limitée

23. Une question aux enjeux importants – La société à responsabilité limitée est le type de sociétés le plus répandu en France. Selon le Conseil National des Greffiers des Tribunaux de Commerce, la France en compte 1 519 533, ce qui représente 25 % des entreprises immatriculées. Il est donc essentiel de déterminer si la distinction du titre et de la finance s'applique aux SARL puisque le cas échéant, le nombre de sociétés concernées sera très important.

24. Une société « hybride » – Malgré sa prépondérance quantitative dans le paysage sociétaire français, la SARL pose des difficultés de qualification. Classiquement, elle est dite « *hybride* » en tant qu'elle emprunte certaines règles aux sociétés de personnes et d'autres aux sociétés de capitaux⁴⁵. L'utilisation de cet adjectif ne peut nous satisfaire puisqu'en principe, la distinction du titre et de la finance ne s'applique qu'aux sociétés de personnes *stricto sensu*.

Sans entrer dans le détail du régime de la SARL, quelques éléments suffisent à saisir son ambivalence. Telle qu'issue de la loi du 7 mars 1925, la SARL présente les caractères traditionnels des sociétés de personnes. Certes la responsabilité des associés est limitée, mais Jeanne Boucourechliev rappelle dans son étude que l'objectif de la loi de 1925 était d'offrir aux entreprises de taille modeste une forme de société facilitant leur transmission de génération en génération⁴⁶. La personne des associés était donc essentielle. En outre, les titres sont des parts sociales non négociables, caractéristiques des sociétés de personnes.

La grande loi du 24 juillet 1966 sur les sociétés commerciales a renouvelé les données du problème, au point que pour certains auteurs, la SARL « *peut aujourd'hui être qualifiée de petite société de capitaux* »⁴⁷. En particulier, la loi de 1966 a inséré l'obligation pour les associés, dans le cas où la société aurait refusé de consentir à la cession, d'acquérir ou de faire acquérir les parts sociales. Cette possibilité, aujourd'hui présente à l'article L. 223-14 du Code de commerce, ne vaut en principe que si l'associé cédant détient ses parts depuis plus de deux ans. C'est dire que l'associé qui détient des parts depuis suffisamment longtemps ne peut pas être prisonnier de la société. Cela constitue un sérieux tempérament à la prépondérance de la personne de l'associé. Les réformes postérieures à la loi de 1966 ont elle aussi contribué à éloigner la SARL des sociétés de personnes. Par exemple, l'ordonnance n°2004-274 en date du

⁴⁵ J. Boucourechliev et N. Huet, « De natura SARL », *Etudes à la mémoire d'Alain Sayag*, Litec, 1997, p. 177.

⁴⁶ *Ibid.*

⁴⁷ J. Hémar, F. Terré et P. Mabilat, *Sociétés commerciales*, t. 1, Dalloz, 1972.

25 mars 2004, portant simplification du droit et des formalités pour les entreprises, a porté à cent le nombre maximum d'associés dans une société à responsabilité limitée, contre cinquante auparavant. Le seuil antérieur s'expliquait au motif que les associés devaient se connaître.

Au terme de ce développement, la question du curseur évoquée précédemment rejaillit : d'un côté, la SARL n'est pas totalement dépourvue d'*intuitus personae* ; d'un autre côté, elle s'éloigne par certains aspects des sociétés de personnes à proprement parler. La jurisprudence a toutefois décidé que l'*intuitus personae* y était suffisamment fort pour appliquer la distinction du titre et de la finance (B).

B- L'application de la distinction aux sociétés à responsabilité limitée

25. Le principe – La jurisprudence applique de longue date la distinction du titre et de la finance aux SARL. L'opportunité et la pertinence de cette jurisprudence ne seront pas développées à ce stade⁴⁸.

26. Illustrations – Le 22 décembre 1969, la première chambre civile de la Cour de cassation a été confrontée à une situation somme toute classique⁴⁹. Un mari survivant avait aliéné, après le décès de son épouse et sans l'autorisation du conseil de famille de ses enfants mineurs, une partie de ses parts sociales. La Cour de cassation a énoncé que les parts d'une société à responsabilité limitée appartenant à un époux marié sous le régime de la communauté légale n'entraient dans la communauté que pour leur valeur. Elle en a déduit que les juges du fond avaient correctement décidé que le mari survivant avait régulièrement disposé des parts sociales, la communauté ne pouvant faire valoir contre lui qu'un droit de créance. En l'espèce, l'*intuitus personae* ne faisait aucun doute puisque le mari exploitait un fonds de commerce sous la forme d'une société à responsabilité limitée avec son propre frère.

La même solution a été réitérée à de nombreuses reprises⁵⁰.

La question s'est également posée pour l'entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée (EURL), qui est une société à responsabilité limitée ne comprenant qu'un seul associé. La Cour de cassation s'est notamment prononcée le 19 avril 2005⁵¹. En l'espèce, l'arrêt a échappé à la

⁴⁸ V. *infra* n°87 et s.

⁴⁹ Cass. 1^{re} civ. 22 déc. 1969, *Bull. civ.* I, n°400.

⁵⁰ V. par ex. Cass. 1^{re} civ., 4 juill. 2012, n°11-13.384 ; *D.* 2012, p. 2493, note Barabé-Bouchard ; *Gaz. Pal.* 2013, p. 20, note J. Casey ; *Rev. Sociétés* 2012, p.717, note I. Dauriac ; *Rev. Sociétés* 2012, p. 20, note R. Mortier ; *BMIS* 2012, p. 608, note E. Naudin ; *RJPF* 2012, p. 33, note F. Vauvillé.

⁵¹ Cass. 1^{re} civ. 19 avr. 2005, n°02-18.288.

cassation au motif que la cour d'appel « *n'a pas décidé que la valeur de ces parts ne faisait pas partie de la communauté* ». *A contrario*, aurait encouru la cassation l'arrêt décidant que la valeur des parts ne faisait pas partie de la communauté. C'est dire que la Cour de cassation applique la distinction du titre et de la finance à l'EURL.

27. Synthèse – La distinction du titre et de la finance s'applique sans difficulté aux sociétés de personnes, y compris aux SARL. Ces sociétés ont pour point commun l'*intuitus personae* qui les irrigue, plus ou moins fortement, mais toujours suffisamment aux yeux de la jurisprudence pour décider de leur appliquer la distinction.

De la même manière que l'application de la distinction n'a pas posé de difficulté s'agissant des sociétés de personnes, le rejet de son application n'aurait pas dû susciter d'hésitation s'agissant des sociétés de capitaux⁵². Etonnamment, tel n'a pas été le cas (*Section II*).

Section II – L'application (ou la non-application) incertaine de la distinction aux sociétés de capitaux

28. Annonce de plan – Si le principe est la non-application de la distinction du titre et de la finance aux sociétés de capitaux (*I*), certaines décisions y ont parfois fait exception (*II*). Ces décisions isolées et en contradiction avec le principe solidement établi justifient une tentative de mise en ordre (*III*).

I- Le principe : la non-application de la distinction aux sociétés de capitaux

29. Le principe – Dans les sociétés de capitaux, il est traditionnellement admis que la personne de l'associé n'importe pas et que les actions sont librement négociables⁵³. Aucun traitement spécial ne devrait donc être réservé aux droits sociaux non négociables. De fait, la jurisprudence refuse en principe d'appliquer la distinction du titre et de la finance aux sociétés de capitaux.

30. Illustrations – La première chambre civile de la Cour de cassation a censuré la Cour d'appel qui avait fait application de la distinction du titre et de la finance, alors que « *les actions acquises à titre onéreux pendant le mariage, même par un seul des époux, tombent en*

⁵² Dès lors du moins que l'on accepte que les sociétés de capitaux sont dépourvues de tout *intuitus personae*. Or, ce point est aujourd'hui très discuté, V. *infra* n°66 et s.

⁵³ Pour une remise en cause de cette admission, V. *infra* n°66 et s.

communauté et que lesdits juges n'ont relevé aucun élément qui aurait donné aux actions litigieuses un caractère personnel de nature à les faire échapper à la communauté ou à ne les y faire tomber qu'en valeur »⁵⁴.

31. Conséquences en termes de pouvoirs – Sur le terrain des pouvoirs, les actions sont donc en principe soumises à la gestion concurrente sur le fondement de l'article 1421 du Code civil. Toutefois, il faut préciser les choses⁵⁵. Aux termes de l'article 221 du Code civil, chaque époux peut se faire ouvrir, sans le consentement de l'autre, tout compte de dépôt et tout compte de titres en son nom personnel. Le texte ajoute qu'à l'égard du dépositaire, le déposant est toujours réputé, même après la dissolution du mariage, avoir la libre disposition des fonds en dépôt. En outre, l'article 222 dispose que si l'un des époux se présente seul pour faire un acte d'administration, de jouissance ou de disposition sur un bien meuble qu'il détient individuellement, il est réputé, à l'égard des tiers de bonne foi, avoir le pouvoir de faire seul cet acte. C'est dire que nonobstant le caractère commun des valeurs, les comptes-titres restent personnels à chaque époux, de sorte que chacun peut exercer seul les droits découlant de la qualité d'actionnaire. La seule limite à cette autonomie se trouve à l'article 1421 du Code civil qui dispose *in fine* « *sauf à répondre des fautes qu'il aurait commises dans sa gestion* ».

Des décisions se sont parfois éloignées de cette position de principe pour admettre l'application de la distinction du titre et de la finance à des sociétés de capitaux (II).

II- L'exception : l'application de la distinction aux sociétés de capitaux

32. L'exception – Si le principe est celui de la non-application de la distinction aux droits sociaux négociables, deux arrêts, certes isolés, sèment le trouble.

33. Illustrations – Le premier d'entre eux est un arrêt rendu par la première chambre le 16 mai 2000⁵⁶ au sujet de titres au porteur. La Cour de cassation, au visa de l'article 1401 du Code civil dans sa rédaction antérieure à la loi du 13 juillet 1965, a décidé que la valeur pécuniaire de ces actions dépendait de la communauté, même si le titre d'associé était propre. Cet arrêt n'a eu que très peu de retentissement. Il n'a pas été publié au Bulletin et n'a été commenté que par le professeur Beignier, lequel conclut son commentaire long de cinq lignes

⁵⁴ Cass. 1^{re} civ., 3 juill. 1979, *Bull. Civ. I*, n° 198, *JCP* 1979 IV, p. 303.

⁵⁵ J. Honorat, « La situation des actions de sociétés anonymes dans le cadre des régimes matrimoniaux », *Rev. sociétés*, 1999, p. 577 et s. n°27 et s.

⁵⁶ Cass. 1^{re} civ., 16 mai 2000, n° 96-17856 ; *Droit de la famille* 2000, p. 19, note B. Beignier.

en ces termes : « *la décision n'a guère d'avenir puisqu'elle se prononce sur l'ancienne communauté et sur des actions au porteur. Toutes choses qui ont vécu* ».

Pourtant, quelques mois plus tard, la Cour d'appel de Versailles a prononcé une décision similaire⁵⁷. En l'espèce, un époux avait acquis des actions au moyen de biens communs pendant le mariage. Suite au décès de leur mère, les enfants réclamaient la désignation d'un représentant de l'indivision sur le fondement de l'article 163 alinéa 2 de la loi du 24 juillet 1966.

Ces faits ne sont pas sans rappeler ceux d'un arrêt de la Cour d'appel de Paris rendu en 1999, précision faite que la dissolution était ici la conséquence du divorce d'époux mariés sous le régime légal de communauté réduite aux acquêts⁵⁸. Dans cet arrêt, la Cour d'appel avait décidé qu'après la dissolution de la communauté et jusqu'à la liquidation de celle-ci, les intérêts patrimoniaux des époux étaient soumis aux règles de l'indivision. Les juges en avaient déduit que les actions de capitaux qui dépendaient de la communauté appartenaient désormais à la masse indivise des biens et que leur était notamment applicable l'article 163 alinéa 2 de la loi du 24 juillet 1966 imposant la représentation des copropriétaires d'actions indivises aux assemblées générales par un mandataire unique. Le raisonnement adopté par la Cour d'appel était simple : une fois la communauté dissoute, les actions communes font partie de l'indivision post-communautaire et sont soumises aux règles propres à l'indivision.

Un an plus tard, dans une situation pourtant comparable, la Cour d'appel de Versailles prononce une solution opposée dans l'arrêt qui nous intéresse, en se fondant sur la distinction du titre et de la finance.

D'une part, les juges notent que « *seule la valeur des actions est tombée en communauté, et que la qualité d'actionnaire n'est reconnue qu'à [l'époux]* ». Un pas important est franchi en étendant la distinction du titre et de la finance aux droits sociaux négociables. D'autre part, la Cour d'appel soutient que par l'effet dévolutif de la succession, les enfants viennent aux droits de leur mère décédée, qu'il en résulte qu'ils ne sont pas placés en indivision avec leur père quant à l'exercice des droits attachés aux actions litigieuses, de sorte que n'a pas lieu de s'appliquer l'article 163 alinéa 2 de la loi du 24 juillet 1966.

Ces solutions sèment le trouble dans le champ d'application général de la distinction du titre et de la finance. Une tentative de mise en ordre s'impose (III).

⁵⁷ Versailles, 7 déc. 2000, n° 99/07846, *BMIS* 2001, p. 420, note J.-P. Garçon.

⁵⁸ Paris, 20 oct. 1999, n° 1999/12862, Macaigne et autres c/ Tadj Bakhch ; *BMIS* 2000, p. 415, note J. Derruppé.

III- Tentative de mise en ordre

34. Pour une cohérence jurisprudentielle – A ce stade du mémoire, il ne s’agit pas de préjuger de l’opportunité ou non d’étendre la distinction du titre et de la finance aux sociétés de capitaux⁵⁹, mais simplement de retrouver une cohérence jurisprudentielle.

35. Des décisions démenties – L’arrêt précité rendu par la Cour d’appel de Versailles en 2000 est resté isolé. Bien plus, il a été démenti par des arrêts postérieurs. A ce titre peut être cité un arrêt rendu en 2015 par la première chambre civile de la Cour de cassation⁶⁰. Le contentieux avait trait à l’aliénation des droits sociaux négociables pendant l’indivision post-communautaire. Postérieurement au divorce, l’ex-époux avait cédé des droits sociaux d’une société par actions simplifiée. L’ex-épouse contestait cette cession intervenue au cours de l’indivision post-communautaire sans son accord. Au visa des articles 1421 et 815-3 du Code civil, la Cour de cassation a énoncé que « *durant l’indivision post-communautaire, l’aliénation d’actions indivises par un époux seul est inopposable à l’autre, de sorte que doit être portée à l’actif de la masse à partager la valeur des actions au jour du partage* ». La Cour de cassation ne se prévaut pas de la distinction du titre et de la finance appliquée aux actions de la société par actions simplifiée pour dire que ces actions ne sont pas indivises. Au contraire, elle considère qu’à la communauté dissoute se substitue une indivision, de sorte que les règles applicables pendant la communauté laissent place aux règles applicables à l’indivision, et en particulier à l’article 815-3. La solution de la Cour d’appel de Versailles est donc démentie et la cohérence jurisprudentielle retrouvée.

36. Une portée faible – Nous ne partageons pas le constat du Congrès des notaires qui estime que « *la portée de ces décisions prononcées à rebours de la jurisprudence antérieure semble importante* »⁶¹. Ce serait donner une valeur trop grande aux deux arrêts isolés précités que de les qualifier d’exceptions au principe, et encore plus d’y voir, comme le fait le Congrès des notaires, un abandon du critère traditionnel de la négociabilité des titres sociaux. Il serait d’ailleurs bien difficile d’identifier les critères qui dans un cas conduisent à appliquer le principe, et dans un autre à l’écarter. A notre sens, ces solutions constituent davantage des anomalies jurisprudentielles, regrettables mais sans grande portée.

⁵⁹ Sur ce point, V. *infra* n°64 et s.

⁶⁰ Cass. 1^{re} civ., 7 oct. 2015, n°14-22.224; *BMIS* 2016, p. 77, note E. Naudin.

⁶¹ 110^{ème} Congrès des notaires de France, *Vie professionnelle et famille, place au contrat*, LexisNexis, 1^{ère} éd., n°3207.

37. Synthèse – Le champ d’application dit *général* de la distinction du titre et de la finance est plutôt bien identifié à la lecture de la jurisprudence, si on accepte toutefois de ne pas donner plus d’importance qu’ils n’en méritent aux deux arrêts rendus dans les années 2000. Bien identifié donc, mais pas forcément opportun, ce point fera l’objet d’un développement ultérieur⁶². Finalement, en droit positif, la distinction ne s’applique qu’aux sociétés de personnes dans le cas où les époux sont mariés sous le régime légal de communauté réduite aux acquêts : tel est le champ d’application général. Toutefois, il est nécessaire de prolonger l’analyse et de s’intéresser au champ d’application dit *affiné*, puisque si la distinction ne s’applique qu’aux sociétés de personnes, elle ne s’applique pas à *toutes* les sociétés de personnes (*Chapitre II*).

Chapitre II – Le champ d’application affiné

38. Une application à géométrie variable – L’analyse des solutions jurisprudentielles montre qu’au sein même du groupe des sociétés de personnes, la distinction du titre et de la finance fait l’objet d’une application à géométrie variable, laquelle, par son incohérence, milite sans aucun doute en faveur de l’abandon de la distinction.

Le terme de « *géométrie variable* » renvoie à une modification rendue nécessaire par un changement de circonstances. Cette expression est couramment utilisée dans le milieu de l’aviation s’agissant de la voilure à géométrie variable, dont la forme peut être modifiée afin d’optimiser le vol d’un aéronef. A l’instar d’un avion, le mariage connaît lui aussi plusieurs phases de vol. On peut parler de phases de la vie matrimoniale, la vie matrimoniale étant entendue au sens large. Ainsi, le « décollage » correspond à la formation du lien matrimonial, le « vol » renvoie au fonctionnement de la communauté, l’« atterrissage » peut être assimilé à la dissolution de la communauté et à l’ouverture de l’indivision post-communautaire, et enfin le « stationnement sur le tarmac » correspond au partage.

La Cour de cassation fait de la distinction du titre et de la finance une application à géométrie variable, et ce à deux points de vue. D’abord, elle l’applique différemment selon que le mariage est encore dans sa phase de vol, ou selon que l’atterrissage a déjà eu lieu. Juridiquement, ces phases correspondent à celle du fonctionnement de la communauté et à celle du temps de la liquidation. Ensuite, au sein d’une même phase, celle de l’atterrissage jusqu’au stationnement,

⁶² V. *infra* n°64 et s.

la jurisprudence de la Haute cour varie. Autrement dit, l'application de la distinction du titre et de la finance fluctue au sein même de l'indivision post-communautaire.

39. Annonce de plan – Il s'agit donc d'étudier successivement l'application différenciée de la distinction selon les phases de la vie matrimoniale (*Section I*) puis son application différenciée au sein d'une même phase de la vie matrimoniale (*Section II*). L'objectif est d'établir si l'application à géométrie variable de la distinction du titre et de la finance est véritablement opportune et justifiée par un changement de circonstances. Rien n'est moins sûr.

Section I – Une application différenciée selon les phases de la vie matrimoniale

40. L'exemple de l'aliénation des droits sociaux non négociables – L'aliénation des droits sociaux non négociables n'est pas libre. Elle est soumise à des limites, lesquelles trouvent leur source pour les unes dans le droit des sociétés, pour les autres dans le droit des régimes matrimoniaux et dans le droit propre à l'indivision.

S'agissant des règles issues du droit des sociétés, à titre d'exemple, l'article L. 221-13 alinéa 2 du Code de commerce subordonne la cession des parts sociales des sociétés en nom collectif à l'accord unanime des associés, à peine d'inopposabilité à la société et aux associés⁶³.

La principale limite tirée du droit des régimes matrimoniaux se trouve quant à elle à l'article 1424 du Code civil, lequel dispose que les époux ne peuvent, l'un sans l'autre, aliéner des droits sociaux non négociables.

Quant aux limites issues du droit de l'indivision, l'article 815-3 dispose en substance que le consentement de tous les indivisaires est requis pour effectuer tout acte qui ne résulte pas de l'exploitation normale des biens indivis ou pour effectuer tout acte de disposition autre que la vente de meubles indivis pour payer les dettes et charges de l'indivision.

L'article 815-14 est lui aussi intéressant s'agissant de l'aliénation des droits sociaux, puisqu'il précise que l'indivisaire qui entend céder, à titre onéreux, à une personne étrangère à l'indivision, tout ou partie de ses droits dans les biens indivis ou dans un ou plusieurs de ces biens est tenu de notifier par acte extrajudiciaire aux autres indivisaires le prix et les conditions de la cession projetée ainsi que les nom, domicile et profession de la personne qui se propose

⁶³ Cass. Com., 16 mai 2018, n°16-16.498.

d'acquérir. Aux termes de l'article 815-16 du Code civil, est nulle toute cession ou licitation opérée au mépris de cette règle.

A s'en tenir aux textes, l'aliénation des droits sociaux non négociables est donc soumise à des exigences de même nature, que la cession ait lieu pendant le régime de la communauté (application de l'article 1424 du Code civil) ou pendant l'indivision post-communautaire (application des articles 815 et suivants). Dans un cas, l'aliénation est soumise à l'accord unanime des époux, dans un autre, elle est subordonnée à l'accord de tous les indivisaires.

41. Annonce de plan – Si la Cour de cassation applique sans difficulté l'article 1424 du Code civil (*I*), elle se fonde en revanche sur la distinction du titre et de la finance pour refuser d'appliquer les règles propres à l'indivision (*II*). Cette solution étonne puisque les règles tirées du droit des régimes matrimoniaux et du droit spécial de l'indivision sont en substance identiques. Malgré cela, dans un cas, la distinction du titre et de la finance ne fait pas obstacle à l'application de l'article 1424 du Code civil, dans un autre, elle neutralise les articles propres à l'indivision. Cette application à géométrie variable de la distinction suivant les phases de la vie matrimoniale (communauté ou indivision) justifie une tentative de mise en ordre (*III*).

I- L'application de l'article 1424 du Code civil

42. Une solution constante – La Cour de cassation a eu à connaître de plusieurs demandes aux fins d'obtenir la nullité de la cession de parts sociales intervenue sans le consentement des deux époux. Cette demande peut être le fait d'un seul époux dans un contexte litigieux de divorce⁶⁴, ou bien elle peut être formée par les deux époux ensemble, lorsqu'ils se rendent compte de l'inopportunité de la cession⁶⁵. Deux arrêts, rendus respectivement en 1995 et en 2011, traitaient de ces hypothèses. Ils méritent d'être analysés ensemble puisque l'argumentation du demandeur au pourvoi dans l'affaire de 1995 rejoint la motivation développée par les juges du fond en 2011. En effet, dans cette dernière affaire, les juges du fond avaient appliqué la distinction du titre et de la finance pour décider que les parts sociales n'étaient entrées en communauté que pour leur valeur, les parts en elles-mêmes étant propres.

⁶⁴ Cass. 1^{re} civ., 28 févr. 1995, n°92-16.794 ; *D.* 1995, p. 326, note M. Grimaldi ; *RTD Civ.* 1996, p. 462, note B. Varelle.

⁶⁵ Cass. 1^{re} civ., 9 nov. 2011, n°10-12.123 ; *D.* 2012, p. 483, note V. Barabé-Bouchard ; *Rev. Sociétés* 2012, p. 223, note E. Naudin ; *JCP G* 2012, p. 244, note G. Paisant.

Ils en avaient déduit que l'article 1424 n'était pas applicable. Le demandeur au pourvoi avait développé une argumentation similaire en 1995.

Au sujet de ces deux arrêts rendus à 17 ans d'intervalle, la Cour de cassation rend la même solution, en rejetant le pourvoi dans un cas et en cassant l'arrêt de la Cour d'appel dans un autre. La Haute cour rappelle, sur le fondement de l'article 1424 du Code civil, que les époux ne peuvent, l'un sans l'autre, aliéner des droits sociaux non négociables.

43. L'absence d'invocation de la distinction du titre et de la finance – Il est frappant de constater que la Cour de cassation n'évoque jamais la distinction du titre et de la finance, ni en 1995, ni en 2011, alors même qu'elle était invoquée dans un cas par le pourvoi et dans un autre par les juges d'appel. Trois principales hypothèses peuvent expliquer ce silence : l'abandon pur et simple de la distinction du titre et de la finance, la consécration de la distinction de la qualité d'associé et de la part sociale, ou enfin l'absence d'incidence de la distinction du titre et de la finance sur l'application de l'article 1424 du Code civil.

44. Première possibilité : l'abandon pure et simple de la distinction du titre et de la finance – Selon cette analyse, les droits sociaux non négociables seraient des biens communs en nature. Cette explication, séduisante par sa simplicité, n'est guère convaincante pour la simple et bonne raison que la distinction a clairement été appliquée postérieurement à ces deux arrêts⁶⁶.

45. Deuxième possibilité : la consécration de la distinction de la qualité d'associé et de la part sociale – La position de la Cour de cassation dans ces deux arrêts pourrait s'expliquer par la consécration de cette distinction renouvelée : les parts sociales étant communes en nature, l'article 1424 a vocation à s'appliquer. Sans se prononcer sur l'opportunité de cette explication, elle est toutefois peu probable, pour la raison déjà donnée que la distinction classique du titre et de la finance a été appliquée postérieurement à ces deux arrêts.

46. Troisième possibilité : l'absence d'incidence de la distinction sur l'application de l'article 1424 – Certains auteurs, comme Monsieur Casey, ont avancé que l'article 1424 ne subordonnait nullement son application à l'entrée en communauté en nature ou en valeur des parts⁶⁷. Dès lors que la nature non négociable des parts est constatée, l'article 1424 a vocation à s'appliquer. Cette explication serait corroborée par la motivation de la Cour de cassation qui,

⁶⁶ V. par ex. Cass. 1^{re} civ., 4 juill. 2012, n°11-13.384 ; *D.* 2012, p. 2493, note Barabé-Bouchard ; *Gaz. Pal.* 2013, p. 20, note J. Casey ; *Rev. Sociétés* 2012, p.717, note I. Dauriac ; *Rev. Sociétés* 2012, p. 20, note R. Mortier ; *BMIS* 2012, p. 608, note E. Naudin ; *RJPF* 2012, p. 33, note F. Vauvillé.

⁶⁷ *Gaz. Pal.* 2012, p. 36, obs. J. Casey.

en 2011, évoque des « *motifs inopérants* », lesquels désignent la distinction du titre et de la finance appliquée par la Cour d'appel. Dire que ces motifs sont inopérants, ce n'est pas condamner la distinction, c'est simplement dire qu'elle n'était pas pertinente pour répondre à la question posée. Madame Naudin avance une autre explication justifiant l'application de l'article 1424, conciliable avec la distinction du titre et de la finance⁶⁸. Selon elle, l'intégration en valeur des parts sociales dans la communauté suffit à déclencher le jeu de l'article 1424 du Code civil. Cette explication n'est pas entièrement convaincante pour les raisons déjà exposées⁶⁹. L'application aux parts sociales de l'article 1424 ne peut que signifier leur nature commune. En effet, en tant qu'exception à l'article 1421, l'article 1424 a nécessairement le même champ d'application que lui. Or, l'article 1421 ne s'appliquant qu'aux biens communs, les parts sociales, auxquelles s'applique l'article 1424 du Code civil, devraient être communes.

47. Une solution doublement incohérente – Partant de cette proposition, l'incohérence de la jurisprudence est double. D'abord parce qu'il ne nous semble pas que la Cour de cassation ait entendu abandonner la distinction du titre et de la finance concernant les parts sociales. Pourtant, elle décide de leur appliquer une disposition qui ne concerne que les biens communs. Nous accepterons toutefois cette première incohérence comme un moindre mal. Ensuite, cette première proposition manque elle-même de cohérence puisque la solution n'est pas la même lorsque l'aliénation a lieu au cours d'une autre phase de la vie matrimoniale, celle de l'indivision post-communautaire, où la Cour de cassation rejette les règles propres à l'indivision (II).

II- Le rejet des règles propres à l'indivision

48. L'aliénation en principe soumise au consentement des indivisaires – Une fois dissoute pour l'une des causes énoncées à l'article 1441 du Code civil, la communauté laisse place à une indivision de droit commun, l'indivision post-communautaire. Lorsque la dissolution intervient du vivant des époux, suite à un divorce par exemple, chacun des époux devient coindivisaire. Lorsqu'elle est due au décès d'un des époux, l'indivision se met en place entre le conjoint survivant et les héritiers du conjoint décédé. L'indivision post-communautaire est régie par le droit commun de l'indivision. S'agissant de l'aliénation des droits sociaux non

⁶⁸ E. Naudin, « Cession de droits sociaux et régime de la communauté légale », note sous Cass. 1^{re} civ., 9 nov. 2011, n°10-12.123, *Rev. sociétés* 2012, p. 223.

⁶⁹ V. *supra* n°12.

négociables, les règles relatives à l'indivision sont en substance les mêmes que l'article 1424 du Code civil, qui s'applique quant à lui pendant le régime de la communauté.

49. Le rejet des règles de l'indivision – Pourtant, le célèbre arrêt Gelada a rejeté les règles propres à l'indivision s'agissant de l'aliénation des parts sociales⁷⁰. Dans cette affaire, un époux marié sous l'ancien régime légal de communauté de meubles et acquêts avait constitué, pendant son mariage, un groupement agricole d'exploitation en commun avec deux des enfants du couple. Postérieurement au décès de son épouse intervenu en 1972, plusieurs opérations avaient été effectuées sur les parts sociales. Il n'était pas discuté que ces parts dépendaient de la communauté le temps du mariage, de sorte qu'en principe, elles étaient devenues indivises entre l'époux survivant et les héritiers de l'épouse prédécédée au décès de celle-ci. En particulier, dans leur deuxième moyen, les héritiers non associés dans le G.A.E.C. contestaient la validité de la cession des parts faite en violation des règles applicables à l'indivision, dont il résulte qu'est nulle toute cession par un indivisaire de ses droits indivis survenue sans notification préalable aux autres indivisaires⁷¹. A ce grief, la Cour de cassation répond que l'indivision successorale ne portait pas sur les parts sociales mais uniquement sur leur valeur, seule la finance des parts étant entrée en communauté ; qu'en conséquence, la cession intervenue ne portait pas sur un bien de cette indivision, de sorte que les griefs du moyen sont inopérants.

50. Une solution constante – Cette solution a été répétée notamment en 2014⁷². A nouveau, la Haute Cour a appliqué la distinction du titre et de la finance pour en déduire qu'à la dissolution de la communauté matrimoniale, la qualité d'associé attachée à des parts sociales non négociables ne tombait pas dans l'indivision post-communautaire, qui n'en recueillait que leur valeur, de sorte que le conjoint associé pouvait transmettre son titre sans recueillir l'accord de ses coindivisaires. Si cette solution n'est pas inédite par rapport à l'arrêt Gelada, elle précise toutefois que la distinction du titre et de la finance s'applique, quand bien même les deux époux auraient la qualité d'associé. Reste à concilier ces décisions refusant d'appliquer les règles propres à l'indivision avec celles décidant de l'application de l'article 1424 du Code civil (*III*).

⁷⁰ Cass. 1^{re} civ., 1^{er} juill. 1991, n°90-12.503 ; *Defrénois* 1991, p. 1333, note P. Le Cannu ; *Defrénois* 1992, p. 236, Note X. Savatier.

⁷¹ C. civ., art. 815-14.

⁷² Cass. 1^{re} civ., 12 juin 2014, n°13-16.309 ; *Defrénois* 2015, p. 680, note Champenois ; *Rev. contrats*, 2014, p. 715, note C. Goldie-Génicon ; *Rev. sociétés*, 2014, p. 734, note E. Naudin.

III – Tentative (avortée) de mise en ordre

51. Une contradiction flagrante – S’agissant de l’article 1424 du Code civil, la date à laquelle a été rendu l’arrêt de rejet précité, dont le pourvoi invoquait la distinction du titre et de la finance, est essentielle. Cette décision intervient en 1995. C’est dire que quatre ans après l’arrêt Gelada, le demandeur au pourvoi entendait se prévaloir de cette jurisprudence et l’étendre à l’aliénation des droits sociaux non négociables pendant la durée du régime. Il souhaitait ainsi que la Cour de cassation décide que la communauté ne portait pas sur les parts sociales mais uniquement sur la valeur de celles-ci, puis qu’elle en déduise que la cession des parts ne portait pas sur un bien de la communauté. Ainsi, l’application de l’article 1424 du Code civil aurait été rejetée, comme l’arrêt Gelada a rejeté l’application des règles propres à l’indivision pendant l’indivision post-communautaire.

Ce raisonnement était loin d’être fantaisiste, et ce pour deux raisons principales.

Premièrement, parce que la portée de l’arrêt Gelada était encore incertaine dans les années 1990. Preuve en est qu’en 1995, d’éminents auteurs, tels que le Professeur Grimaldi, ont vu dans le refus de la Cour de cassation de donner raison au demandeur au pourvoi « *une condamnation de la jurisprudence de 1991* »⁷³. Pour Monsieur Grimaldi en effet, il semblait inconcevable que la cession des parts puisse porter ou non sur un bien de la communauté selon que cette cession avait lieu pendant le régime de communauté ou pendant l’indivision-post-communautaire. La solution de 1995 marquait donc nécessairement l’abrogation de celle de 1991. D’ailleurs, certains auteurs écrivent toujours aujourd’hui que la solution adoptée pour l’indivision post-communautaire peut être transposée pendant le fonctionnement du régime⁷⁴. Nous ne pouvons adhérer à cette proposition qui, si elle est cohérente, est toutefois en profond désaccord avec la jurisprudence.

Deuxièmement, l’argument du pourvoi en 1991 n’était pas totalement ubuesque puisque 17 ans plus tard, nous l’avons vu, les juges du fond ont adopté le même raisonnement dans une autre affaire.

52. Tentative de résolution – La contradiction, qualifiée de « *mystère* » par le Professeur Naudin⁷⁵, est flagrante. Plusieurs auteurs proposent de la résoudre en envisageant la

⁷³ M. Grimaldi, « Nullité d’une cession de parts sociales constituant des biens communs sans le consentement du conjoint », note sous Cass. 1^{re} civ., 28 févr. 1995, n°92-16.794, *D.* 1995, p. 326.

⁷⁴ R. Cabrillac, *Droit des régimes matrimoniaux*, LGDJ, 11^e éd., 2019, n°181.

⁷⁵ E. Naudin, « La cession de parts sociales durant l’indivision post-communautaire », note sous Cass. 1^{re} civ., 12 juin 2014, n°13-16.309, *Rev. sociétés* 2014, p. 734.

solution contraire, laquelle consisterait à solliciter l'accord de l'ensemble des indivisaires en application de l'article 815-3 du Code civil. Selon eux, cette exigence serait en pratique dépourvue de sanction puisqu'il résulte de la distinction du titre et de la finance que les parts sociales sont nécessairement attribuées en nature à l'époux associé⁷⁶. Or, sur le fondement de l'article 883 du Code civil, le partage a un effet déclaratif, de sorte que chaque copartageant est censé être propriétaire des biens qui lui sont attribués au terme du partage à la date à laquelle l'indivision a commencé. En conséquence, la cession faite en l'absence d'accord des indivisaires serait, dans tous les cas, validée par cet effet déclaratif.

Si ce constat purement pratique est indéniable, il exige de la distinction du titre et de la finance un lourd tribut en termes de cohérence. En outre, comme le fait remarquer un auteur, jamais la Cour de cassation ne fait mention de cette justification dans ses arrêts⁷⁷.

53. Rester cohérent dans l'incohérence – Quitte à accepter la solution, pourtant discutable, selon laquelle la distinction du titre et de la finance n'entrave pas l'application de l'article 1424 du Code civil, la moindre des choses est de rester cohérent dans l'incohérence. Il serait ainsi préférable de considérer que la distinction du titre et de la finance n'est pas de nature à entraver l'application des règles propres à l'indivision, de sorte que l'aliénation des droits sociaux non négociables réalisée pendant l'indivision post-communautaire par un époux seul devrait être inopposable à l'autre, comme c'est le cas pour la cession des droits sociaux négociables⁷⁸.

La jurisprudence ne se contente pas de faire de la distinction du titre et de la finance une application différenciée selon les phases de la vie matrimoniale. Au sein d'une seule et même phase, la distinction reçoit une application à géométrie variable (*Section II*).

Section II – Une application différenciée au sein d'une même phase de la vie matrimoniale

54. Annonce de plan – Le terme de « *géométrie variable* » renvoie à une modification rendue nécessaire par un changement de circonstances. Si dans l'hypothèse précédemment

⁷⁶ E. Naudin, « L'époux associé et le régime légal de la communauté réduite aux acquêts », *Mélanges en l'honneur de Professeur Gérard Champenois*, Defrénois, 2012, p. 629.

⁷⁷ Ph. Simler, « La distinction du titre et de la finance justifie-t-elle un pouvoir exclusif de disposition ? », *Mélanges en l'honneur du Professeur Didier R. Martin*, LGDJ, 2015, p. 565.

⁷⁸ Cass. 1^{re} civ., 7 oct. 2015, n°14-22.224 : « *durant l'indivision post-communautaire, l'aliénation d'actions indivises par un époux seul est inopposable à l'autre, de sorte que soit être portée à l'actif de la masse à partager la valeur des actions au jour du partage* ».

étudiée, le changement de circonstances correspondait à un changement de phases de la vie matrimoniale (communauté puis indivision post-communautaire), il n'en est rien ici puisqu'on ne s'intéressera qu'à la phase de l'indivision post-communautaire.

Cette unité de phase n'empêche pas la jurisprudence de faire de la distinction du titre et de la finance une application à géométrie variable. Ici, le changement de circonstances correspond à deux opérations différentes réalisées au cours de l'indivision post-communautaire. La Cour de cassation fait en effet une application différenciée de la distinction du titre et de la finance s'agissant du partage des parts sociales (I) et du sort des fruits de l'indivision post-communautaire (II). Une tentative de mise en ordre s'avère nécessaire (III).

I- Le partage des parts sociales

55. Le partage en valeur – Il n'est pas rare que des ex-époux se disputent au sujet du partage des parts sociales. En la matière, deux modalités sont envisageables, le partage en nature pour moitié à chacun des ex-époux et le partage en valeur, les parts sociales n'étant alors attribuées qu'au titulaire des droits sociaux.

La Cour de cassation s'est prononcée sur cette question en 2012⁷⁹. En l'espèce, l'ex-mari, seul associé d'une SARL, entendait conserver seul la qualité d'associé mais il souhaitait que les parts sociales soient attribuées en nature pour moitié à son ex-épouse et à lui-même. Autrement dit, il souhaitait voir consacrée la distinction de la part sociale et de la qualité d'associé. Si les auteurs sont nombreux à militer en faveur de cette distinction, l'enjeu en l'espèce était davantage pratique que théorique. En effet, le partage en valeur obligeait le demandeur à céder ses parts sociales, ne disposant pas de suffisamment de liquidités pour indemniser son ex-conjointe.

La Cour de cassation refuse de faire droit à cette argumentation et juge que « *le mari, souscripteur des parts sociales acquises pendant la durée du mariage, avait seul la qualité d'associé, la cour d'appel en a exactement déduit que ces parts n'étaient entrées en communauté que pour leur valeur patrimoniale et qu'elles ne pouvaient qu'être attribuées au*

⁷⁹ Cass. 1^{re} civ., 4 juill. 2012, n°11-13.384 ; *D.* 2012, p. 2493, note Barabé-Bouchard ; *Gaz. Pal.* 2013, p. 20, note J. Casey ; *Rev. Sociétés* 2012, p.717, note I. Dauriac ; *Rev. Sociétés* 2012, p. 20, note R. Mortier ; *BMIS* 2012, p. 608, note E. Naudin ; *RJPF* 2012, p. 33, note F. Vauvillé.

titulaire des droits sociaux lors du partage ». Une décision similaire avait déjà été rendue en 1957 dans l'arrêt dit *Floret*⁸⁰.

56. Une solution cohérente – D'abord, d'un point de vue théorique, le raisonnement de la Cour de cassation ne peut être qu'approuvé : les parts sociales ne sont entrées en communauté que pour leur valeur patrimoniale. Cela correspond à l'application de la distinction du titre et de la finance. Seule cette valeur fait donc partie de l'indivision post-communautaire. Or, le partage porte sur des biens qui étaient communs avant d'être indivis. Le partage des parts sociales en nature était donc impossible. Ensuite, d'un point de vue pratique, la solution s'imposait, même si elle présente l'inconvénient d'obliger l'ex-époux à vendre une partie de ses parts sociales dans le cas où il ne disposerait pas de liquidités suffisantes. Mais il eut été encore plus choquant d'obliger l'épouse non associée à intégrer la société sans *affectio societatis*.

57. Hypothèse où les deux époux sont associés – La Cour de cassation réserve l'application de la distinction du titre et de la finance au cas où un seul des époux est associé. Lorsqu'ils le sont tous les deux, soit que l'autre époux ait directement acquis des parts sociales, soit qu'il ait revendiqué la qualité d'associé sur le fondement de l'article 1832-2 du Code civil, la Cour de cassation considère que les parts sociales sont communes pour le tout⁸¹. Le partage en nature est alors possible.

Pour résumer, la décision de la Cour de cassation au sujet du sort des parts sociales au partage était prévisible. Toutefois, elle n'est pas cohérente avec le sort réservé aux fruits de l'indivision post-communautaire (II).

II- Le sort réservé aux fruits de l'indivision post-communautaire

58. Les bénéfices et dividendes sont des fruits qui accroissent à l'indivision – Si le partage en nature des parts sociales est exclu, c'est parce que ces parts n'entrent pas en nature dans l'indivision post-communautaire. Mais un arrêt vient brouiller les choses au sujet du sort réservé aux fruits de l'indivision post-communautaire⁸². En l'espèce, l'époux associé reprochait à la Cour d'appel d'avoir dit que devaient être intégrés dans la masse indivise à partager les

⁸⁰ Cass. com., 23 déc. 1957 : *D.* 1958, jur. 267, note le Galcher Baron.

⁸¹ Cass. 1^{re} civ., 23 mai 2012, n°11-10.543.

⁸² Cass. 1^{re} civ., 28 mars 2018, n°17-16.198 ; *Gaz. Pal.* 2018, p. 54, note J. Laurent ; *RTD. Civ.* 2018, p. 472, note N. Nicod.

bénéfices et dividendes perçus pendant l'indivision post-communautaire, alors que selon lui, les parts acquises durant le mariage, à la différence de leur contre-valeur, ne font pas partie ni de la communauté, ni de l'indivision post-communautaire. Le demandeur au pourvoi ne cherchait donc nullement à remettre en cause la distinction du titre et de la finance, mais il en demandait au contraire une application rigoureuse, comme celle qui avait été faite au sujet du partage des droits sociaux. Pourtant, la Cour de cassation rejette le pourvoi et décide que les bénéfices et dividendes de parts acquises par le mari au cours du mariage, perçus pendant l'indivision post-communautaire, constituent des fruits qui accroissent à l'indivision. Cette solution n'est pas inédite et avait déjà été rendue dans un arrêt en date du 10 février 1998⁸³.

59. Une solution protectrice de l'indivision – La solution de la Cour de cassation est sans aucun doute protectrice de l'indivision. Dans l'hypothèse où l'assemblée générale déciderait de distribuer les dividendes, ceux-ci intègreront la masse indivise. Dans l'hypothèse où l'assemblée déciderait d'une mise en réserve, la valeur des parts sociales augmentera. Dans tous les cas, l'indivision sera à l'abri d'une lésion.

60. Une solution incohérente – Opportune en pratique, la solution ne l'est pas en droit puisqu'elle ne s'explique que si les parts sociales entrent en nature dans l'indivision post-communautaire. Or, c'est précisément parce que ce n'est pas le cas que le partage en nature des parts sociales est exclu. Une tentative de mise en ordre s'impose (*III*).

III- Tentative (avortée) de mise en ordre

61. Une contradiction flagrante – La solution décidée au sujet des fruits de l'indivision post-communautaire est injustifiable en droit et source d'incohérences regrettables. Il faut partir de la proposition de principe suivant laquelle les parts sociales ne sont ni communes, ni indivises en nature. La Cour de cassation invoque en effet ce fondement pour décider que le partage en nature n'est pas possible, ou encore pour décider que l'article 815-3 du Code civil n'est pas applicable s'agissant de l'aliénation des parts sociales pendant l'indivision post-communautaire. Seules les parts sociales étant susceptibles de produire des fruits, ces derniers ne sauraient être intégrés à l'indivision post-communautaire dès lors que les parts sociales elles-mêmes ne font pas partie de cette indivision. Pourtant, la Cour de cassation a décidé, à plusieurs reprises, du contraire.

⁸³ Cass. 1^{re} civ., 10 févr. 1998, n°96-16.735.

62. Tentative de résolution – Certains auteurs ont proposé une justification en droit à cette solution. Selon eux, il faut cesser d’avoir une conception « *simpliste* » de la distinction du titre et de la finance⁸⁴. Monsieur Nicod explique que la finance -commune- ne se réduit pas à un droit de créance. Selon lui, l’arrêt précité de 1998 exprime clairement cette idée : « *Mais attendu qu’après avoir retenu que la valeur patrimoniale des parts de la société civile professionnelle titulaire de la charge d’huissier de justice constituait un bien dépendant de la communauté conjugale, la cour d’appel en a justement déduit que les fruits et revenus de ce bien, perçus par le mari en sa qualité d’associé pendant l’indivision post communautaire, avaient accru à l’indivision* ».

63. Une explication peu convaincante – Selon ces auteurs, la valeur serait un bien, susceptible de produire des fruits et des revenus. De très fortes objections peuvent être faites à ce raisonnement⁸⁵. Ainsi, J. Laurent note très justement que la valeur n’est pas un bien, de sorte qu’il est impossible qu’elle produise des fruits. On ne peut croire que la plus haute juridiction judiciaire de France commette une telle confusion et affirme ainsi que la valeur patrimoniale des parts sociales est un bien.

Selon nous, lorsque la Cour de cassation décide que « *les bénéfices et dividendes de parts acquises par le mari au cours du mariage, perçus pendant l’indivision post-communautaire, constituent des fruits qui accroissent à l’indivision* », elle se fonde implicite sur l’article 815-10 du Code civil qui dispose, en son alinéa 2, que « *les fruits et revenus des biens indivis accroissent à l’indivision* ». Les « *biens indivis* » ne peuvent que désigner les parts sociales elles-mêmes. C’est dire que la Cour de cassation considère que les parts sociales appartiennent à l’indivision. Pourtant, elle rejette régulièrement cette interprétation dans d’autres circonstances...

Au terme de cette étude approfondie des champs d’application de la distinction du titre et de la finance, le lecteur perçoit déjà de nombreux éléments militant en la faveur de son abandon. S’ajoute à ces éléments le déphasage complet de la distinction avec le paysage sociétaire (*Titre II*).

⁸⁴ M. Nicod, « Parts sociales non négociables : les fruits perçus accroissent l’indivision post-communautaire », note sous Cass. 1^{re} civ., 28 mars 2018, n°17-16.198, *RTD. Civ.* 2018, p. 472.

⁸⁵ J. Laurent, « Le sort des dividendes provenant de parts sociales non négociables au cours de l’indivision post-communautaire », note sous Cass. 1^{re} civ., 28 mars 2018, n°17-16.198, *Gaz. Pal.* 2018, p. 54.

Titre II – Une distinction en déphasage avec le paysage sociétaire

64. La taxinomie – La taxinomie renvoie à la science des lois de la classification. Les sociétés se prêtent parfaitement à cet exercice puisque pour reprendre les termes d'un auteur, il y a presque autant de formes de sociétés que de sortes de fromages⁸⁶.

65. Les sociétés de capitaux traditionnellement tenues à l'écart – Il faut ici repartir du champ d'application dit *général* de la distinction du titre et de la finance. En droit positif, la jurisprudence applique la distinction aux sociétés de personnes en raison de l'importance de l'*intuitus personae* dans ces entreprises, mais ne l'applique pas aux sociétés de capitaux, en principe indifférentes à la personne de l'associé. Cette application différenciée de la distinction correspond à la *summa divisio* bien connue des sociétés de personnes et des sociétés de capitaux. En doctrine aussi, quasiment tous les écrits qui existent sur la question isolent le cas des sociétés de capitaux. Rares sont les auteurs pour qui la difficulté se pose aussi pour les sociétés de capitaux⁸⁷. Ainsi, on peut le plus souvent lire que « *par leur nature impersonnelle [...] les droits sociaux négociables se prêtent sans difficulté à l'exercice de qualification de bien propre ou commun des droits d'associés* »⁸⁸, ou encore que « *le sort dans la communauté des actions de société a toujours soulevé moins de problèmes et de passions que celui des droits sociaux non négociables* »⁸⁹, ou enfin que « *l'intuitus personae [...] n'a, en tout cas, dans la conception classique des actions, aucune pertinence* »⁹⁰. A s'en tenir là, les choses sont simples. La simplicité, tel était d'ailleurs l'un des objectifs poursuivis par la grande loi du 24 juillet 1966. Le législateur, en dressant dans le premier article de la loi la liste des principales formes de sociétés commerciales, a entendu associer chacune de ces formes à un régime bien distinct. Cette loi a mis fin à « *l'émiettement des textes en droit des sociétés* »⁹¹. Le pluralisme des formes sociétaires était contrebalancé par l'uniformité au sein de chaque type sociétaire.

66. L'estompement des différences – Cinquante ans plus tard, le désordre semble s'être de nouveau invité dans le droit des sociétés. Il n'est pas question de discuter la pertinence, qui n'est plus à prouver, du recours à une *summa divisio* pour décider de l'application ou non de la distinction du titre et de la finance. Pour reprendre les termes du Professeur Frison-Roche,

⁸⁶ M. Cozian, A. Viandier, F. Deboissy, *Droit des sociétés*, LexisNexis, 33^e éd., 2020, n°39.

⁸⁷ En ce sens, R. Savatier, « Le statut, en communauté, des parts de sociétés de personnes », *Rép. Defrénois*, 1968, art. 29097, n°2.

⁸⁸ G. Cornu, *Les régimes matrimoniaux*, PUF, 9^e éd., 1997, p. 268.

⁸⁹ G. Paisant, « Peut-on abandonner la distinction du titre et de la finance en régime de communauté ? » *JCP*, 1984, éd. N, I, 19, n°48.

⁹⁰ A. Rabreau, art. préc., n°23.

⁹¹ P. Le Cannu, « L'évolution de la loi du 24 juillet 1966 en elle-même », *Rev. sociétés*, 1996, p. 485.

« un ensemble de règles techniques ne peut se mouvoir qu'à l'appui de règles générales qui non seulement leur donne sens mais encore assurant leur cohérence »⁹². Toutefois, il n'est pas certain que la *summa divisio* traditionnelle soit encore pertinente, tant les différences entre les sociétés de personnes et les sociétés de capitaux se sont estompées. Aujourd'hui en effet, l'*intuitus personae* touche tant les sociétés de personnes que les sociétés de capitaux. À la vérité, la notion d'*intuitus personae* peut revêtir un aspect positif et un aspect négatif⁹³. Positivement, elle signifie que certaines qualités sont nécessaires pour intégrer la vie de la société. Cette approche correspond aux sociétés de personnes. Mais les sociétés de capitaux prennent elles aussi en compte la personne de l'associé, de manière négative cette fois, en imposant par exemple une attitude de neutralité chez le candidat.

Mais que l'*intuitus personae* se manifeste positivement ou négativement, il a pour effet d'écarter une personne de la société. Finalement, il devient difficilement compréhensible de ne pas appliquer la distinction du titre et de la finance à une société où l'*intuitus personae* est importante et ce au seul prétexte qu'il s'agit d'une société de capitaux. Réciproquement, la distinction est parfois appliquée à des sociétés de personnes alors même qu'elles sont dépourvues d'*intuitus personae*.

67. Annonce de plan – Si cette question aurait pu être traitée dans le titre I puisqu'elle a incontestablement trait au champ d'application de la distinction, elle mérite néanmoins un développement à part. L'étude de l'obsolescence de la *summa divisio* actuelle (*Chapitre I*) précèdera celle de l'émergence d'une *summa divisio* renouvelée (*Chapitre II*).

Chapitre I – L'obsolescence de la *summa divisio* traditionnelle

68. Annonce de plan – L'application de la distinction du titre et de la finance est fonction de l'intensité de l'*intuitus personae* dans la société. Puisque les sociétés de personnes sont en principe empreintes d'*intuitus personae* alors que les sociétés de capitaux ne le sont pas, la distinction s'applique en principe aux premières mais pas aux secondes. Toutefois, la pertinence de ce critère est en passe d'être remise en cause avec le rapprochement des sociétés de personnes et de capitaux (*Section I*). Ce phénomène d'altération des différences atteint son paroxysme avec la société par actions simplifiée (*Section II*).

⁹² M-A. Frison-Roche, « La distinction entre sociétés cotées et sociétés non cotées », *Mélanges AEDBF-France*, 1997, p. 189.

⁹³ G. Paisant, thèse, *préc.*, p. 122.

Section I- Le rapprochement des sociétés de personnes et de capitaux

69. Annonce de plan – Les différences entre les sociétés de personnes et les sociétés de capitaux s'estompent. A ce sujet, le professeur Bureau évoque « *l'altération des types sociétaires* »⁹⁴. Cette altération se manifeste à deux points de vue. D'une part, le caractère fermé des sociétés de personnes n'est pas absolu. D'autre part, l'indifférence de la personne de l'associé dans les sociétés de capitaux n'est pas totale. Il résulte de ces deux phénomènes un mouvement de convergence puisque d'un côté, les sociétés de personnes se rapprochent des sociétés de capitaux et d'un autre, les sociétés de capitaux se rapprochent des sociétés de personnes. Seront donc étudiées la tendance à la « capitalisation » des sociétés de personnes (*I*) puis celle à la « personnalisation » des sociétés de capitaux (*II*).

I- La « capitalisation » des sociétés de personnes

Le terme de « capitalisation » doit être compris comme l'emprunt, par les sociétés de personnes, de caractères propres aux sociétés de capitaux. On raisonnera ici sur l'archétype de la société de personnes, à savoir la société en nom collectif (SNC). L'exposé préalable des caractéristiques propres à cette société est nécessaire pour saisir le mouvement de capitalisation qui la gagne.

70. Les caractéristiques propres aux sociétés de personnes – La personne de l'associé est en principe essentiel dans les SNC. Il en découle plusieurs conséquences. Pour l'essentiel, aux termes de l'article L. 221-13 du Code de commerce, les parts sociales ne peuvent être représentées par des titres négociables ; selon l'alinéa 2, elles ne peuvent être cédées qu'avec le consentement de tous les associés, qu'il s'agisse d'une cession à un tiers ou à une personne déjà associée. Enfin, selon l'article L. 221-15 du Code de commerce, le décès de l'un des associés entraîne en principe la dissolution de la société. Toutefois, le Code de commerce précise que cette règle vaut « *sous réserve des dispositions du présent article* », lesquelles participent du mouvement de « capitalisation ».

71. Le mouvement de capitalisation des sociétés de personnes – L'article L. 221-15 du Code de commerce permet, en son alinéa second, de stipuler une clause de continuation avec tous les héritiers. L'alinéa 3 permet quant à lui de prévoir que la société continuera soit avec le conjoint survivant, soit avec un ou plusieurs héritiers, soit avec toute autre personne désignée

⁹⁴ D. Bureau, « L'altération des types sociétaires », *Mélanges offerts à Paul DIDIER*, Economica, 2008, p. 57.

par les statuts ou, si ceux-ci l'autorisent, par dispositions testamentaires. Enfin, l'alinéa 4 du même article autorise la clause de continuation entre les seuls associés survivants auquel cas l'héritier est alors créancier de la société et n'a droit qu'à la valeur des droits sociaux de son auteur. En pratique est très souvent insérée une clause de continuation de la société, laquelle survit alors même que la composition initiale des associés est modifiée. En outre, l'article L. 221-12 du Code de commerce dispose que la révocation d'un gérant de la société en nom collectif entraîne la dissolution de la société, à moins que sa continuation ne soit prévue par les statuts ou que les autres associés ne la décident à l'unanimité.

C'est dire que le caractère absolument fermé de la société en nom collectif, et des sociétés de personnes en général, est relatif et se rapproche sous certains aspects des sociétés de capitaux.

Réciproquement et selon une logique de convergence, une tendance à la « personnalisation » des sociétés de capitaux se dessine (II).

II- La « personnalisation » des sociétés de capitaux

Le terme de « personnalisation » renvoie à l'emprunt, par les sociétés de capitaux, de caractéristiques propres aux sociétés de personnes. Un court exposé des caractéristiques propres aux sociétés de capitaux précèdera l'analyse du mouvement de personnalisation.

72. Les caractéristiques propres aux sociétés de capitaux – Le principe est que la personne de l'associé n'importe pas dans les sociétés de capitaux et que les actions sont librement négociables. Cette affirmation doit toutefois être nuancée tant le mouvement de personnalisation de ces sociétés prend de l'ampleur.

73. Le mouvement de personnalisation des sociétés de capitaux – Sans prétendre à l'exhaustivité, plusieurs points essentiels méritent ici d'être étudiés : la réduction du nombre d'actionnaires d'abord, les clauses d'agrément et de préemption ensuite, les actions de préférence enfin. On raisonnera pour l'essentiel sur le modèle de la société anonyme (SA), laquelle constitue l'archétype des sociétés de capitaux.

74. La réduction du nombre d'actionnaires – L'ordonnance n°2015-1127 du 10 septembre 2015, ratifiée par la loi n°2016-563 du 10 mai 2016, a supprimé l'exigence de sept actionnaires dans la SA non cotée. Désormais, l'article L. 225-1 du Code de commerce dispose que la SA est constituée entre deux associés ou plus. Alors que traditionnellement, les SA sont des « grosses » sociétés, le rapport au Président de la République de l'ordonnance portant

réduction du nombre minimal d'actionnaires dans les sociétés anonymes non cotées estimait que « *l'exigence de sept actionnaires [...] est en décalage avec la pratique des sociétés familiales et des petites et moyennes entreprises dans lesquelles les parts sont souvent réunies entre les mêmes mains* »⁹⁵. Cette réduction du nombre d'actionnaires montre bien que la société anonyme n'est pas indifférente à la personne de l'associé.

75. Les clauses d'agrément – La clause d'agrément correspond à la clause insérée dans les statuts d'une société qui subordonne la cession des parts ou des actions à l'assentiment d'un organe social⁹⁶. Alors qu'en principe, les actions sont librement cessibles, l'article L. 228-23 du Code de commerce, issu de l'ordonnance du 24 juin 2004 portant réforme du régime des valeurs mobilières, dispose que la cession d'actions ou de valeurs mobilières donnant accès au capital peut être soumise à l'agrément de la société par une clause des statuts. L'article précise *in fine* que toute cession effectuée en violation d'une clause d'agrément figurant dans les statuts est nulle. Toutefois, le domaine des clauses d'agrément est limité puisque l'article précise que ni les héritiers ni le conjoint ne peuvent être soumis à agrément. En revanche, la SAS déroge à cette règle à l'article L. 227-14 du Code de commerce, ce qui laisse déjà entrevoir les particularités inhérentes à cette forme sociétaire.

Ce tempérament à la liberté témoigne là encore du besoin ressenti par les sociétés de capitaux de se protéger contre l'intrusion de tiers.

76. Les clauses de préemption – Les clauses de préemption, en tant qu'elles permettent à certains actionnaires d'acquérir par priorité des actions mises en vente, montrent elles aussi que les sociétés de capitaux ne sont pas totalement indifférentes à la personne des associés.

77. Les actions de préférence – L'article L. 228-11 du Code de commerce issu de l'ordonnance du 24 juin 2004 permet une personnalisation de la situation des actionnaires à travers les actions de préférence.

78. Synthèse – Il résulte de ces développements que d'une part, le caractère fermé des sociétés de personnes n'est pas absolu, et que d'autre part, la personne de l'associé n'est pas toujours indifférente dans les sociétés de capitaux. Alors que les types sociétaires devraient en principe constituer un « *îlot de précision* »⁹⁷, tel n'est plus le cas aujourd'hui. Dès lors, on ne voit pas ce qui justifie d'appliquer la distinction du titre et de la finance à une société de

⁹⁵ Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n°2015-1127 du 10 septembre 2015 portant réduction du nombre minimal d'actionnaires dans les sociétés anonymes non cotées.

⁹⁶ G. Cornu (dir.), Association Henri Capitant, *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*, p. 48.

⁹⁷ D. Bureau, *op.cit.*

personnes où la personne de l'associé n'est qu'accessoire. Corrélativement, on ne voit pas pourquoi refuser d'appliquer la distinction à certaines sociétés de capitaux où la personne de l'associé est importante. Au-delà de ce mouvement de convergence entre sociétés de personnes et sociétés de capitaux, un développement entier doit être consacré à la société par actions simplifiée (*Section II*).

Section II- Le cas particulier de la société par actions simplifiée

79. Annonce de plan – C'est peu dire que la création de la société par actions simplifiée n'est pas passée inaperçue. Qualifiée par la doctrine de « *big-bang du droit des sociétés* »⁹⁸ ou encore de véritable « *disruption juridique* »⁹⁹, la SAS est née avec la loi n°94-1 du 3 janvier 1994. Cinq ans plus tard, la loi du 12 juillet 1999 a ouvert cette forme sociale tant aux personnes physiques qu'aux personnes morales.

La SAS étant une forme de société par actions, la jurisprudence ne lui applique pas la distinction du titre et de la finance. Cette position est critiquable à deux points de vue : d'abord parce que le mouvement de personnalisation déjà exposé atteint son paroxysme avec la SAS (*I*) ; ensuite parce que la pratique sociétaire montre que là où hier, on créait une SARL -à laquelle la jurisprudence applique la distinction du titre et de la finance-, on crée aujourd'hui une SAS (*II*).

I- La « personnalisation » exacerbée de la SAS

Si les sociétés de capitaux connaissent de manière générale une tendance à la « personnalisation », ce phénomène atteint son paroxysme avec la SAS. Quelques remarques issues de l'analyse des textes législatifs suffiront à s'en convaincre.

80. Les membres de la SAS sont des associés – Le législateur utilise le terme d'*associé* et non celui d'*actionnaire* pour qualifier la personne partie au contrat de société. Ce vocable tend à rapprocher la SAS des sociétés de personnes.

81. Les exigences amoindries s'agissant du capital social – La loi de modernisation de l'économie du 4 août 2008 a supprimé l'exigence d'un capital minimum de 37 000 euros.

⁹⁸ J. Paillusseau, « La nouvelle société par actions simplifiée. Le big-bang du droit des sociétés », *Dalloz*, 1999, p. 333.

⁹⁹ A. El Mejri, « Les enjeux de la disruption juridique, l'exemple de la société par actions simplifiée », *Lextenso*, 2018.

Par cet abandon, la SAS se rapproche de la SARL, et donc des sociétés de personnes, puisque la loi pour l'initiative économique du 1^{er} août 2003 avait déjà supprimé l'exigence d'un capital minimum pour les SARL.

82. Une société marquée par sa souplesse – Originellement destinée à pallier la rigidité excessive de la société anonyme, la SAS est marquée par sa grande souplesse. Pour reprendre l'expression du Professeur Bureau, la SAS est « *un simple squelette, auquel les statuts donneront chair, sous des aspects variables en fonction des circonstances et des besoins* »¹⁰⁰. Certes l'article L. 227-1 du Code de commerce dispose, en son alinéa 3, que dans la mesure où elles sont compatibles avec les dispositions particulières prévues par le chapitre consacré aux sociétés par actions simplifiées, les règles concernant les sociétés anonymes sont applicables à la société par actions simplifiée. Mais le même alinéa apporte de nombreuses exceptions à cette règle de principe. Cette souplesse tend à éloigner la SAS du caractère institutionnel des sociétés de capitaux. En particulier, l'article L. 227-5 du Code de commerce dispose que « *les statuts fixent les conditions dans lesquelles la société est dirigée* ». C'est dire que la SAS est susceptible de présenter des formes très différentes. Comme le fait remarquer le professeur Yves Guyon, l'essentiel repose sur la volonté des parties de sorte que la liberté contractuelle se combine avec l'efficacité de la personne morale¹⁰¹.

83. La maîtrise du cercle des associés – Plusieurs dispositions permettent à la SAS d'avoir la main sur la composition de ses associés. Ainsi, l'article L. 227-13 du Code de commerce dispose que les statuts de la société peuvent prévoir l'inaliénabilité des actions pour une durée n'excédant pas dix ans. L'article L. 227-15 précise qu'une cession effectuée en violation des clauses statutaires est nulle. La clause d'inaliénabilité illustre l'*intuitus personae* qui imprègne la SAS, puisqu'elle permet de garantir la composition de l'actionnariat de la SAS pendant une certaine période. La portée de cette clause peut être limitée à certains associés, qui constituent le noyau dur de la SAS.

84. La cession des droits – L'article L. 227-14 dispose que les statuts peuvent soumettre toute cession d'actions à l'agrément préalable de la société. Là-encore, une cession effectuée en violation de la clause d'agrément est nulle. « *Toute cession* », la règle peut donc jouer tant pour une cession entre associés que pour une cession à un tiers. Il est aussi possible de limiter la portée de ces clauses à certains associés. La clause peut également jouer pour une certaine

¹⁰⁰ D. Bureau, art. préc., p. 63, n°12.

¹⁰¹ Y. Guyon, *Droit des affaires*, Economica, 12^e éd., 2003, n° 471.

proportion d'actions détenues par chaque associé. Elle peut enfin porter sur des cessions faites au profit de certaines personnes, en particulier au profit de concurrents. L'insertion de causes de préemption est également possible. Enfin, l'article L. 227-16 du Code de commerce dispose que dans les conditions qu'ils déterminent, les statuts peuvent prévoir qu'un associé peut être tenu de céder ses actions. Ils peuvent également prévoir la suspension des droits non pécuniaires de cet associé tant qu'il n'a pas procédé à cette cession.

85. Une liberté à l'origine d'un mouvement plus général – La grande liberté voulue dans la SAS explique en partie le mouvement plus général de « personnalisation » que connaissent les sociétés de capitaux. Le professeur Guyon avait bien vu les choses lorsqu'il se demandait, dès 1994, si l'on ne pouvait pas voir dans la loi [*instituant la société par actions simplifiée*] « *la première manifestation d'un mouvement plus vaste de déréglementation qui, de proche en proche, s'étendra à l'ensemble du droit des sociétés* »¹⁰². Les différentes formes sociales n'hésitent plus à jouer des clauses statutaires pour tenter de se rapprocher de l'attractivité de la SAS. Ce mimétisme est le fruit de multiples réformes qui se sont succédé dans l'optique d'éviter la marginalisation des sociétés autres que les SAS. Si l'on peut se féliciter de la capacité d'adaptation des textes aux exigences des praticiens, toutefois faut-il rappeler qu'une « *branche du droit n'a pas besoin que de la richesse et de la précision de ses règles techniques, elle a aussi besoin de la clarté des droits communs* »¹⁰³. Le législateur contemporain semble avoir perdu cela de vue puisque les réformes ont totalement brouillé les différences entre les formes sociales.

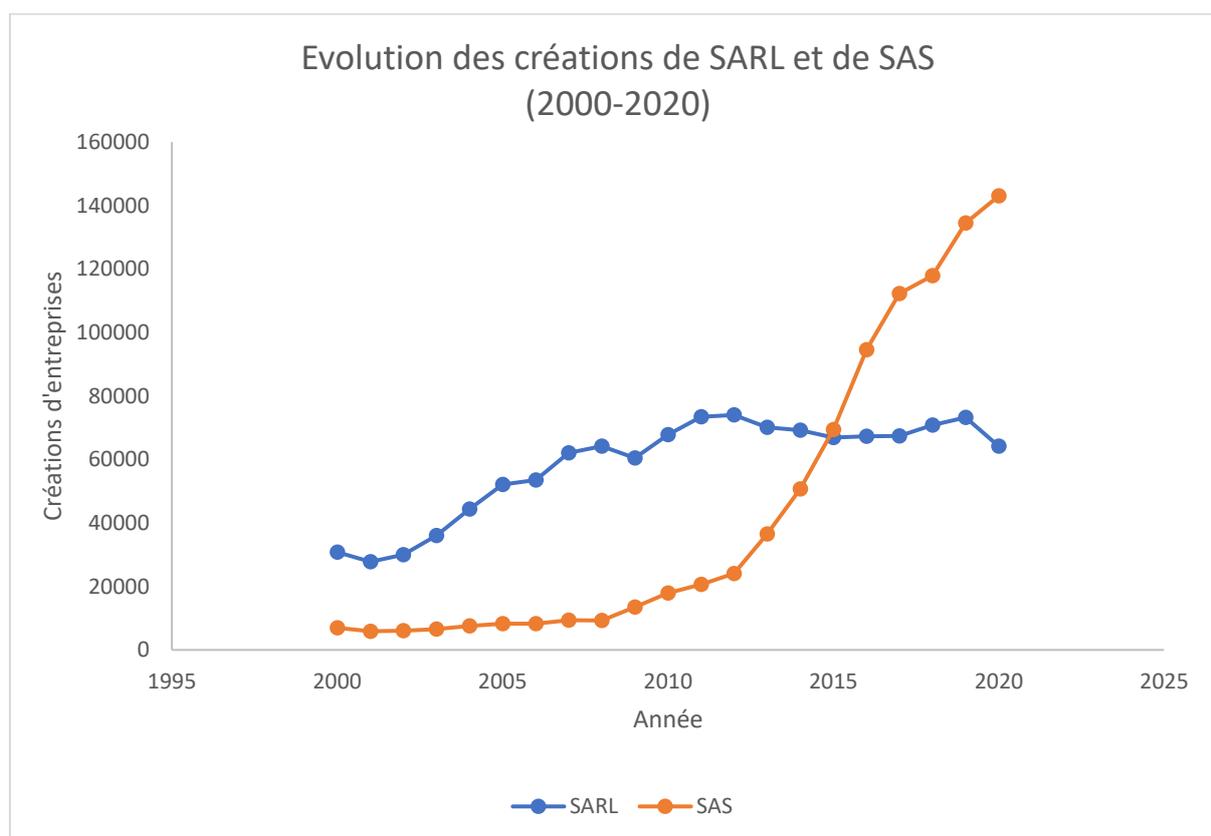
86. Synthèse – La personne des associés peut revêtir une grande importance dans la SAS, à tel point qu'il est difficilement justifiable de ne pas lui appliquer la distinction du titre et de la finance. Au-delà de ce phénomène de personnalisation présent dans les textes, la modification de la pratique sociétaire remet elle aussi en cause la pertinence de la solution consistant à ne pas appliquer la distinction du titre et de la finance à la SAS (II).

¹⁰² Y. Guyon, « Présentation générale de la société par actions simplifiée », *Rev. sociétés*, 1994, p. 207, spéc. n° 24.

¹⁰³ M-A. Frison-Roche, art. préc.

II- La modification de la pratique sociétaire

Les remarques qui précèdent relatives à la « personnalisation » de la SAS sont issues d'une analyse des textes. Elles ne deviendront des arguments d'autorité que si l'étude concrète de la pratique sociétaire montre que la SAS occupe une place significative dans le paysage sociétaire. A ce titre, l'analyse de l'évolution comparée des créations de SAS et de SARL de 2000 à 2020 est pertinente.



Source : statistiques fournies par le Conseil National des Greffiers des Tribunaux de Commerce sur son site internet.

87. Analyse des graphiques – Aujourd'hui encore, les sociétés à responsabilité limitée sont les plus nombreuses en nombre. Sur les 6 188 295 entreprises que compte la France, 1 529 363 sont des SARL, soit près d'un quart du nombre total d'entreprises¹⁰⁴. Les SAS quant à elle sont au nombre de 1 096 836, soit 17% du nombre total d'entreprises. Les choses sont plus intéressantes si l'on s'intéresse aux créations, puisque les créations de SAS dépassent très

¹⁰⁴ Données recueillies le 29 avril 2021.

largement celles de SARL. A l'analyse des graphiques reproduits ci-dessus, trois périodes peuvent être distinguées. Des années 2000 à 2013, les créations de SARL étaient plus importantes que celles de SAS en nombre. A compter de 2013, les choses changent puisque les créations de SAS augmentent très fortement tandis que celles de SARL se tassent. Finalement, le point d'équilibre a été atteint en 2015, où autant de SAS ont été créées que de SARL. La tendance s'est poursuivie postérieurement à 2015, puisque les créations de SAS ont encore fortement augmenté, alors que celles de SARL ont continué à stagner. Finalement, aujourd'hui, le nombre de créations de SAS dépasse très largement celui de SARL.

88. Conséquences sur la distinction du titre et de la finance – Il semble que là où hier, on créait une SARL, on crée aujourd'hui une SAS. Cette interopérabilité a des conséquences importantes puisque ces deux formes sociales ne sont pas soumises au même régime. Par exemple, le choix de créer une SAS peut être motivé par la volonté de contourner l'article 1832-2¹⁰⁵. Bien plus, si la jurisprudence applique régulièrement la distinction du titre et de la finance aux SARL, elle ne l'applique pas aux SAS. Pourtant, la SAS est caractérisée par une grande souplesse et la personne des associés peut revêtir une importance non négligeable. Appliquer la distinction du titre et de la finance dans un cas et pas dans l'autre est incompréhensible, dès lors que ces deux types de sociétés répondent à des besoins identiques de la pratique. Au terme de ces développements, il apparaît que la *summa divisio* des sociétés de personnes et de capitaux ne correspond plus à la réalité de la pratique sociétaire. Si l'on s'obstine à appliquer la distinction du titre et de la finance, au moins faut-il rechercher une *summa divisio* plus appropriée (*Chapitre II*).

Chapitre II – L'émergence d'une *summa divisio* renouvelée

89. Annonce de plan – Pour toutes les raisons déjà exposées, la *summa divisio* des sociétés de personnes et de capitaux n'est plus adaptée à la distinction du titre et de la finance. La tentation est alors grande de se tourner vers la *summa divisio* émergente des sociétés cotées et des sociétés non cotées (*Section I*) pour l'appliquer à la problématique de la distinction du titre et de la finance, si du moins on décide de ne pas abandonner totalement la distinction¹⁰⁶ (*Section II*).

¹⁰⁵ A. Rabreau, art. préc., n°10.

¹⁰⁶ V. *infra*, partie II.

Section I- La *summa divisio* des sociétés cotées et non cotées

90. Le particularisme des sociétés cotées – Pour reprendre l’expression du Professeur Guyon, les sociétés cotées « *constituent un monde à part* »¹⁰⁷. Certains auteurs parlent à ce propos de « *faille transformante* », ¹⁰⁸ métaphore géologique évoquant la séparation des sociétés cotées et des sociétés non cotées par un mouvement de divergence. On ne peut qu’adhérer à ce constat à la lecture des textes du Code de commerce. En effet, les règles propres aux actions admises aux négociations sur un marché réglementé, d’inspiration européenne le plus souvent, sont nombreuses, ce qui conduit à différencier très distinctement deux sociétés qui revêtent pourtant la même forme sociale, selon qu’elle est ou non cotée. Il y aurait peu d’intérêt ici à énumérer les dizaines de références figurant dans le livre II du Code de commerce relatives à l’admission des titres sur un marché financier¹⁰⁹. Pour résumer, disons simplement que les sociétés cotées sont soumises au contrôle de l’Autorité des marchés financiers, que l’information économique des sociétés cotées est bien plus exigeante que celle qui s’impose aux sociétés non cotées, et que certaines opérations ne sont possibles que pour les sociétés cotées. Finalement, s’il y a différence aujourd’hui, c’est bel et bien entre les titres cotés et les titres non cotés¹¹⁰.

91. La cotation, une limite au mouvement de personnalisation des sociétés – Le phénomène de « personnalisation » des sociétés de capitaux évoqué ci-dessus trouve des limites. La principale réside précisément dans l’admission des titres sur un marché coté. Par exemple, l’article L. 228-23 du Code de commerce admet certes l’insertion d’une clause d’agrément dans les statuts de la société anonyme -illustration du phénomène de personnalisation-, mais cette possibilité est limitée aux sociétés dont les actions ne sont pas admises aux négociations sur un marché réglementé. *A contrario*, une clause d’agrément ne peut jamais être insérée si les actions sont admises aux négociations sur un marché réglementé. Par exemple encore, si l’ordonnance n°2015-1127 du 10 septembre 2015 ratifiée par la loi n°2016-563 du 10 mai 2016 a supprimé l’exigence de sept actionnaires dans les SA cotées, signe du phénomène de personnalisation, à l’inverse, le nombre d’associés ne peut être inférieur à 7 pour les sociétés dont les titres sont admis aux négociations sur un marché réglementé. Enfin, aux termes de l’article L. 228-11 alinéa 3 du Code de commerce, les actions de préférence

¹⁰⁷ Y. Guyon, « L’évolution de l’environnement juridique de la loi du 24 juillet 1996 (aspects de droit interne) », in « Trentième anniversaire de la loi du 24 juillet 1966 sur les sociétés commerciales », *Rev. soc.*, 1996, p. 503, n°4.

¹⁰⁸ P. Le Cannu, B. Dondero, *Droit des sociétés*, LGDJ, 8^e éd., 2019, n°21.

¹⁰⁹ Sur ce point, V. D. Bureau, art. préc., n°19 et 20.

¹¹⁰ A. Rabreau, art. préc., n°24.

sans droit de vote ne peuvent représenter plus de la moitié du capital social, et dans les sociétés dont les actions sont admises aux négociations sur un marché réglementé, plus du quart du capital social.

C'est dire que le phénomène de personnalisation des sociétés de capitaux est, sinon inexistant, fortement limité en ce qui concerne les sociétés cotées. La personne de l'associé ne peut pas interférer avec les impératifs des marchés financiers, de sorte que la distinction du titre et de la finance n'a pas vocation à s'appliquer¹¹¹. La *summa divisio* des sociétés cotées et des sociétés non cotées apparaît donc davantage pertinente que la *summa divisio* classique. Madame Frison-Roche parle à ce propos de « réalisme de la distinction »¹¹².

92. La consécration par le droit européen – Le droit européen, dont sont issues la plupart des dispositions du Code de commerce, semble avoir consacré la distinction des sociétés cotées et non cotées en tant que *summa divisio*. Par exemple, la directive 2017/828 du 17 mai 2017 modifiant la directive 2007/36/CE en vue de promouvoir l'engagement à long terme des actionnaires réserve son application aux seules sociétés « dont les actions sont admises à la négociation sur un marché réglementé établi ou opérant dans un Etat membre ».

93. Vers une consécration en droit interne – En droit français, si la distinction des sociétés cotées et des sociétés non cotées est omniprésente, elle n'a pas (encore) supplanté la *summa divisio* des sociétés de personnes et des sociétés de capitaux. Comme l'écrit Michel Germain, « le droit des sociétés cotées s'est développé, mais souvent à côté ou en dessous de la loi sur les sociétés »¹¹³. Toutefois, ces dernières années, les choses semblent évoluer dans le sens d'une consécration de cette *summa divisio* renouvelée, notamment grâce à la publication d'un article rédigé en 2018 par les Professeurs Drummond et Klein, intitulé « Pour la création d'un chapitre du Code de commerce dédié aux sociétés cotées »¹¹⁴. Mesdames Drummond et Klein notent d'abord que malgré les nombreuses modifications substantielles du livre II du Code de commerce, celui-ci n'a jamais été modifié dans son ordonnancement. En particulier, elles décrivent l'explosion des dispositions propres aux sociétés cotées, mais le maintien d'un plan qui les ignore. A la suite de ce constat, elles émettent la proposition de créer un chapitre X dédié aux dispositions applicables aux seules sociétés dont les titres sont admis aux négociations sur une plateforme de négociation.

¹¹¹ E. Naudin, « L'époux associé et le régime légal de la communauté réduite aux acquêts », art. préc., p. 618.

¹¹² M-A. Frison-Roche, art. préc.

¹¹³ M. Germain, « Les sociétés qui font appel public à l'épargne », *La modernisation du droit des sociétés. Premières réflexions sur le Rapport Marini*, sous la direction de J.-J. Daigre, Joly, 1997, p. 32.

¹¹⁴ F. Drummond et J. Klein, « Pour la création d'un chapitre du code de commerce dédié aux sociétés cotées », *Etudes à la mémoire de Philippe Neau-Luduc*, LGDJ, 2018, p. 427.

Directement inspirée de cet article de doctrine, l'ordonnance n°2020-1142 du 16 septembre 2020 a créé, au sein du Code de commerce, un chapitre consacré aux sociétés dont les titres sont admis aux négociations sur un marché réglementé ou sur un système multilatéral de négociation. Le décret n°2020-1742 publié le 29 décembre 2020 a quant à lui créé un chapitre analogue au sein de la partie réglementaire du Code de commerce. Toutefois, ce n'est pas dire que la distinction des sociétés cotées et non cotées soit érigée au rang de *summa divisio*. Le nouveau chapitre X ne procède qu'à une recodification à droit constant, et s'ouvre par un chapitre qui dispose que « *Les sociétés dont les titres sont admis aux négociations sur un marché réglementé ou sur un système multilatéral de négociation sont régies par les règles applicables à leur forme sociale, sous réserve des dispositions du présent chapitre* ». Mais le mouvement est bien celui d'une reconnaissance officielle de cette distinction en tant que *summa divisio*.

Reste à appliquer cette *summa divisio* renouvelée à la problématique des droits sociaux en droit des régimes matrimoniaux (*Section II*).

Section II- L'application concrète de la *summa divisio* renouvelée

94. Unicité de régime pour les droits sociaux non cotés – La *summa divisio* classique des sociétés de personnes et de capitaux ne présente plus aucune pertinence pour décider du sort des droits sociaux en droit des régimes matrimoniaux, et ce indépendamment de la qualification qui est finalement retenue. Il est temps que la jurisprudence abandonne cette solution. Il faudra, dans la solution que l'on proposera, considérer que tous les droits sociaux, parts sociales ou actions, répondent au même régime dès lors qu'ils ne sont pas cotés. Des propositions ont d'ailleurs déjà été faites en ce sens, à la fois issues du Congrès des notaires et de la doctrine.

95. Propositions du Congrès des notaires de France – Le 110^{ème} Congrès des notaires de France, intitulé « *Vie professionnelle et famille, place au contrat* », remet lui aussi en cause la pertinence de la distinction entre les sociétés de personnes et les sociétés de capitaux. D'abord, le Congrès procède à une analyse critique de deux textes, lesquels intéressent directement le débat relatif à la distinction du titre et de la finance. Le premier de ces textes est l'article 1832-2 du Code civil, qui pose des règles au sujet de l'information et de la faculté de revendication de la qualité d'associé de l'époux commun en biens. Cet article limite son champ d'application aux parts sociales non négociables. Le Congrès estime que cette distinction n'est

plus pertinente au regard de la pratique moderne du droit des sociétés. Il émet l'idée que le critère de la négociabilité devrait « *s'entendre plus comme la transmission des titres sur les marchés réglementés, que comme le formalisme simplifié de transmission des actions* »¹¹⁵. Ensuite, le Congrès émet une critique du même ordre à propos des mutations des titres sociaux en régime de communauté, et en particulier à propos de l'article 1424 du Code civil. Pour lui, il est incohérent d'imposer le consentement du conjoint à la cession des parts sociales mais de ne pas le faire pour les actions, alors même que la valeur des actions est bien souvent supérieure à celle des parts sociales. Originellement, si les droits sociaux négociables ont été exclus du champ d'application de l'article 1424, c'était pour garantir la fluidité des marchés financiers¹¹⁶. Mais aujourd'hui, la plupart des actions ne sont pas cotées en bourse. C'est pourquoi le Congrès émet le souhait d'étendre la cogestion aux cessions de l'ensemble des titres sociaux dès lors qu'ils ne sont pas cotés. Finalement, « *l'acceptation de titres sociaux négociables doit se limiter aux actions échangées sur un marché réglementé* »¹¹⁷. Enfin, sur le terrain très spécifique de la distinction du titre et de la finance, le Congrès estime que le critère de la négociabilité est dépassé. Il souhaite que la jurisprudence ne se fonde plus sur le caractère négociable des titres sociaux, mais sur la dissociation entre la qualité d'associé ou d'actionnaire et la valeur patrimoniale des titres sociaux¹¹⁸.

96. Propositions doctrinales – Jean Derruppé estime qu'il est indispensable d'étendre aux droits sociaux négociables la distinction qu'il défend, à savoir celle entre la qualité d'associé et le bien patrimonial, et ce pour éviter une « *antinomie* » entre le régime de communauté et la vie des affaires¹¹⁹. Plus récemment, Madame Naudin propose deux analyses¹²⁰. La première consiste à définir la négociabilité non plus comme les modalités simplifiées de transmission des parts, mais comme la libre transmission de celles-ci dès lors qu'il n'y a pas de procédure d'agrément. Sa seconde analyse rejoint la proposition du Congrès des notaires et définit la négociabilité comme la transmission sur un marché financier. En

¹¹⁵ 110^{ème} Congrès des notaires de France, *op. cit.*, n°3186.

¹¹⁶ M. Hamiaut, *La réforme des régimes matrimoniaux*, Dalloz, 1965, p. 96. Est reproduite la lettre de M. Baumgartner, ministre des finances, adressée en 1960 à M. Michelet, garde des sceaux. Il y est notamment dit que « *la réforme envisagée, qui paraît difficilement compatible avec les caractéristiques des valeurs mobilières, entraînerait des complications très sérieuses et aurait certainement des conséquences extrêmement fâcheuses pour l'épargne et le marché financier* ».

¹¹⁷ 110^{ème} Congrès des notaires de France, *op. cit.*, n°3197. V. aussi sur ce point M. Cozian, A. Viandier, F. Deboissy, *op. cit.*, n°39.

¹¹⁸ *Ibid.*, n°3208.

¹¹⁹ J. Derruppé, « Les droits sociaux acquis avec des biens communs selon la loi du 10 juillet 1982 », *Defrénois* 1983, art. 33053, p. 521 et s.

¹²⁰ E. Naudin, « L'époux associé et le régime légal de la communauté réduite aux acquêts », art. préc., p. 638.

dehors des actions ayant vocation à circuler sur un marché, le caractère commun -thèse défendue par Madame Naudin- devrait offrir certaines prérogatives au conjoint, et en particulier son accord devrait être requis pour procéder à leur cession.

97. Conclusion intermédiaire – L’abandon de la distinction du titre et de la finance est nécessaire et nombre d’arguments militent en ce sens. D’abord, la pertinence de ses champs d’application laisse à désirer. Ensuite, l’application de la *summa divisio* des sociétés de personnes et des sociétés de capitaux est désuète. S’il était décidé de maintenir la distinction du titre et de la finance, au moins faudrait-il la repenser et l’appliquer à l’ensemble des sociétés non cotées. Mais selon nous, repenser la distinction ne suffit pas, il faut l’abandonner. Cet abandon passe par le recours aux catégories ordinaires du droit des régimes matrimoniaux (*Seconde partie*).

Seconde partie – Pour le recours aux catégories ordinaires

98. Annonce de plan – Outre les critiques déjà portées à l'encontre de la distinction du titre et de la finance, nombre d'arguments militent en faveur de l'abandon de tout système dualiste, quel qu'il soit. Le fait même de procéder à une distinction est artificiel puisque les droits sociaux sont uns¹²¹. En outre, les distinctions sont superflues dès lors que le recours aux catégories ordinaires du droit des régimes matrimoniaux est pleinement satisfaisant. Une catégorie correspond à un ensemble, à un groupe distinctif d'éléments présentant des caractères semblables¹²². Précisément, l'actif matrimonial peut être ventilé en deux catégories : il est soit commun, soit propre, ces deux qualifications étant exclusives l'une de l'autre. Les vices de la catégorie des biens propres appliquée aux droits sociaux (*Titre I*) contrastent avec les vertus de la catégorie des biens communs ordinaires (*Titre II*).

Titre I – Les vices de la catégorie des biens propres par nature appliquée aux droits sociaux

99. La nécessité de combattre la catégorie des biens propres par nature – Après avoir dédié une partie entière à la critique de la distinction du titre et de la finance, il peut sembler étrange de consacrer tout un titre à une thèse que l'on ne soutient pas. Mais mener une démonstration, c'est aussi et peut être surtout envisager toutes les autres solutions possibles, et les écarter. Si l'on ose une comparaison avec la guerre, Napoléon Ier disait qu'un plan militaire doit avoir prévu tout ce que l'ennemi peut faire et contenir en lui-même les moyens de le déjouer. Le droit est une arène où les idées des uns et des autres se rencontrent, parfois s'entrechoquent. Défendre une idée ne suffit pas à remporter la bataille, encore faut-il combattre celles des autres.

100. Une qualification rejetée en jurisprudence – La qualification de bien propre par nature n'a jamais été appliquée aux parts sociales par la jurisprudence. Bien plus, elle a condamné cette qualification au sujet d'une concession de conchyliculture¹²³. Dans cette

¹²¹ G. Paisant, « Peut-on abandonner la distinction du titre et de la finance en régime de communauté ? », art. préc., n°13.

¹²² G. Cornu (dir.), Association Henri Capitant, *Vocabulaire juridique*, op. cit., p. 151.

¹²³ Cass. 1^{re} civ., 8 déc. 1987, n°86-12.426.

affaire, la Cour d'appel de Montpellier avait débouté l'épouse du concessionnaire de sa demande de partage en nature au motif qu'il s'agissait d'un droit personnel au sens de l'article 1404 du Code civil. La Cour de cassation a approuvé les juges d'avoir refusé de procéder au partage de la concession dans la communauté, mais par une substitution de motifs en préférant l'application de la distinction classique du titre et de la finance.

101. Annonce de plan – Malgré cette absence de consécration, la qualification de propre par nature est soutenue par un certain nombre d'auteurs¹²⁴. Cette thèse, si séduisante soit elle, n'est qu'illusion. D'une part, la qualification elle-même est discutable (*Chapitre I*) ; d'autre part, le régime qui en découle est très inopportun (*Chapitre II*).

Chapitre I – Une qualification discutable

102. Annonce de plan – En droit des régimes matrimoniaux, l'actif est soit commun, soit propre. La catégorie des biens propres est pour l'essentiel composée des biens propres par origine et des biens propres par nature. Les premiers sont propres toutes les fois que le fait générateur de leur acquisition est antérieur à la célébration du mariage, et toutes les fois qu'ils ont été acquis à titre gratuit pendant le mariage. Les seconds sont propres intrinsèquement. Si qualifier les parts sociales de biens propres par nature est une thèse séduisante à maints égards (*Section I*), elle se révèle finalement être une solution critiquable (*Section II*).

Section I – Une qualification séduisante

103. Annonce de plan – Derrière l'adjectif « séduisante », il y a les idées de tromperie et de manipulation. Les biens propres par nature sont définis par l'article 1404 du Code civil. L'analyse de cet article (*I*) rend concevable son application aux droits sociaux (*II*).

¹²⁴ A. Ponsard, in Aubry et Rau, *Droit civil français*, t. 8, n°166 ; P. Raynaud, *Les régimes matrimoniaux*, Sirey 1978, n°189 *ter* ; G. Paisant, « Peut-on abandonner la distinction du titre et de la finance en régime de communauté ? », art. préc.

I- Analyse de l'article 1404 du Code civil

104. Une formule générale – La présentation de l'article 1404 du Code civil est singulière. Sont d'abord énumérés à titre d'exemples certains propres par nature, puis le texte s'achève par une formulation aux termes de laquelle forment également des propres par nature « *plus généralement, tous les biens qui ont un caractère personnel et tous les droits exclusivement attachés à la personne* ».

105. Interprétation exégétique – L'emploi de l'adverbe *généralement* montre que la qualification de propre par nature, loin d'être une exception ponctuelle, a vocation à s'appliquer largement. L'utilisation à deux reprises de l'adjectif *tous* traduit la même idée. Enfin, le Code civil ne définit pas « *les biens qui ont un caractère personnel* » et « *les droits exclusivement attachés à la personne* ». Il semble que ces deux expressions renvoient à une même réalité devant être largement entendue¹²⁵. Le législateur aurait ainsi créé une catégorie ouverte non limitative devant être interprétée « *dans toute la plénitude de sa raison d'être* »¹²⁶. Reste à déterminer si les droits sociaux sont susceptibles de rejoindre cette catégorie (*II*).

II- L'application concevable aux droits sociaux

106. La qualification de propre par nature cohérente avec le caractère personnel – Traditionnellement, les parts sociales des sociétés de personnes se caractérisent par leur *intuitus personae*. Certaines actions de sociétés de capitaux sont aussi attachées à la personne de l'un des époux, à l'exclusion de la personne de l'autre¹²⁷. En conséquence, la logique voudrait que ces droits soient considérés comme des propres par nature.

Le recours à l'article 1404 du Code civil est d'autant plus légitime que ce texte est issu de la loi du 13 juillet 1965. Or, cette loi ne dit mot de la distinction du titre et de la finance, jusqu'alors appliquée aux parts sociales par les tribunaux. Selon certains, si le législateur avait voulu consacrer la distinction, il l'aurait fait¹²⁸. Non seulement la loi est silencieuse sur ce point, mais en plus elle introduit l'article 1404 du Code civil. Si ces arguments sont séduisants, la qualification de biens propres est pourtant contestable (*Section II*).

¹²⁵ A. Colomer, *Droit civil - Régimes matrimoniaux*, *op. cit.*, n°734.

¹²⁶ G. Paisant, « Peut-on abandonner la distinction du titre et de la finance en régime de communauté ? », *op. cit.*, n°20.

¹²⁷ Voir *supra* n°66 et s.

¹²⁸ G. Paisant, « Peut-on abandonner la distinction du titre et de la finance en régime de communauté ? », *op. cit.*, n°4 et n°15.

Section II – Une qualification contestable

107. Annonce de plan – La qualification de bien propre par nature appliquée aux droits sociaux, aussi séduisante soit-elle, n'est pas opportune. D'abord parce que contrairement à ce qui est soutenu, l'applicabilité de l'article 1404 aux droits sociaux est incertaine (I). Ensuite parce que même à admettre dans son principe cette qualification, sa simplicité n'est qu'apparente (II).

I- L'application incertaine de l'article 1404 du Code civil aux droits sociaux

108. L'inclusion contestable des droits sociaux dans le champ de l'article 1404 – Les biens susceptibles d'être rattachés à la personne d'un des époux sont très nombreux. Considérer qu'ils sont tous propres par nature est excessif, des distinctions s'imposent. A ce titre, une analyse de l'article 1404 en son alinéa premier s'avère pertinente¹²⁹. A la lettre, le texte dispose que forment des propres par leur nature, quand même ils auraient été acquis pendant le mariage, les vêtements et linges à l'usage personnel de l'un des époux, les actions en réparation d'un dommage corporel ou moral, les créances et pensions incessibles, et, plus généralement, tous les biens qui ont un caractère personnel et tous les droits exclusivement attachés à la personne. Si les vêtements sont propres à l'un des époux, c'est en raison de leur nature même. Si les actions en réparation d'un dommage corporel ou moral le sont également, c'est en raison de l'origine éminemment personnelle des préjudices. Si les créances et pensions incessibles, telles que les pensions alimentaires, sont propres, c'est en raison de leur destination économique et de leur nécessité à la subsistance de la personne.

Quant aux droits sociaux, ils seraient propres, selon les auteurs qui soutiennent cette qualification, en raison des prérogatives exclusivement attachées à la personne de l'associé. Cette justification est critiquable et s'éloigne de l'esprit de l'article 1404 du Code civil. Monsieur Colomer s'est intéressé à la nature des exemples qui ouvrent l'article 1404¹³⁰. Selon lui, le caractère propre de ces biens s'explique en raison de la destination personnelle impérative dans les rapports *entre les époux*. Les choses sont bien différentes lorsque le caractère personnel a trait non pas aux relations des époux entre eux, mais des époux *avec les tiers*. Or, tel est le cas des droits sociaux. En effet, il ne s'agit pas tant de protéger un époux contre l'autre, mais

¹²⁹ A. Colomer, *Droit civil - Régimes matrimoniaux*, op. cit., n°735.

¹³⁰ A. Colomer, « Le statut des conjoints d'artisans et de commerçants travaillant dans l'entreprise familiale », *Rép. Defrénois*, 1982, art. 32965, n°126.

davantage de protéger les coassociés contre l'ingérence du conjoint dans les affaires de la société.

109. Un texte approximatif – Quand bien même cette argumentation brillamment menée par Monsieur Colomer serait-elle réfutée, déduire de la généralité de l'article 1404 la nature propre des droits sociaux est contestable. Dans ce texte, plus que de généralité, il est à notre avis question de confusion et d'approximation dont on ne peut tirer aucune conclusion, et surtout pas que les droits sociaux attachés à la personne d'un des époux sont des propres par nature. L'article 1404 n'a certainement pas vocation à qualifier de propres par nature tous les biens qui entretiennent un lien quelconque avec la personne de l'un des époux¹³¹.

110. Volonté du législateur - Quand il s'agit d'interpréter la loi, on doit se référer à François Géný¹³². Pour cet auteur, la loi est le produit d'une volonté consciente et réfléchie du législateur, de sorte que son interprétation doit résulter du sens de cette volonté. Il faut donc rechercher quelle était l'intention du législateur, lequel a nécessairement tenu compte du milieu social en édictant le texte. Or, des études menées avant la réforme de 1965 ont montré l'attachement des français aux régimes de type communautaire. Dès lors, on ne peut croire que le législateur ait eu la volonté de donner une portée trop grande à l'article 1404 du Code civil. Même à admettre la qualification de bien propre par nature, sa prétendue simplicité est illusoire (II).

II- Une simplicité illusoire

111. La simplicité comme argument – La simplicité est l'un des arguments avancés par les auteurs qui soutiennent que les droits sociaux sont des biens propres par nature. Pour résumer leur pensée, les droits sociaux non négociables acquis grâce à des biens communs seraient des biens propres par nature. Tous les autres seraient des biens communs. A en rester là, la simplicité est effectivement de nature à en faire pâlir toutes les autres qualifications, y compris celle que l'on défendra plus tard. On ne reviendra pas sur l'obsolescence qu'il y a à raisonner sur la *summa divisio* des sociétés de personnes et des sociétés de capitaux.

112. Exposé de la thèse de G. Paisant – La simplicité proposée n'est en réalité qu'apparente, comme l'a brillamment montré un auteur¹³³, faisant suite à l'étude menée par

¹³¹ A. Colomer, *Droit civil - Régimes matrimoniaux, op. cit.*, n° 732.

¹³² F. Géný, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, LGDJ, 1954, t.1, n°98.

¹³³ J. Derrupé, « La nécessaire distinction de la qualité d'associé et des droits sociaux » : *JCP* 1984, éd. N, I, 251.

Gilles Paisant¹³⁴. Ce dernier, lorsqu'il expose sa thèse, n'échappe pas à d'innombrables distinctions et multiplie les hypothèses pour arriver à un système, certes cohérent, mais dont la caractéristique première n'est certainement pas la simplicité.

Sa thèse se présente comme suit.

Soit une part sociale.

Si les statuts ne contiennent pas de clause d'agrément, la part sociale est commune, nonobstant l'absence d'intention du conjoint de devenir associé.

En revanche, s'il existe une clause d'agrément, les parts sociales sont en principe des propres par nature. En principe seulement. Puisque si le conjoint de l'époux associé revendique *ab initio* la qualité d'associé sur le fondement de l'article 1832-2 du Code civil, et qu'il est agréé, la part sociale est commune. En revanche, si cet agrément lui est refusé, le principe retrouve vocation à s'appliquer, la part sociale est propre. Si le conjoint ne manifeste jamais sa volonté d'être associé, la part sociale reste propre.

Les choses se compliquent encore si après un certain laps de temps, le conjoint sollicite l'agrément, alors que la part sociale était jusque-là propre. Si l'agrément lui est accordé, Monsieur Paisant considère que la part sociale devient commune, et ce de manière rétroactive. Autrement dit, la part sociale est propre par nature sous condition résolutoire de l'agrément ultérieur. C'est avec plein d'ironie que le professeur Derruppé accueille ce système : « *voici que l'on découvre la communauté à géométrie variable* »¹³⁵. En outre, il note très justement que cette rétroactivité n'est pas sans poser de difficultés, par exemple si un nantissement avait été consenti par l'époux seul associé, alors même que cette opération relève de la cogestion de l'article 1424 du Code civil. Cogestion et rétroactivité s'accordent bien mal...

Au-delà, toutes ces ramifications n'évitent même pas de distinguer les parts sociales de la qualité d'associé puisque quand bien même les parts seraient communes au sens matrimonial du terme, les deux époux seront chacun associés, en principe pour la moitié des parts¹³⁶.

Certes aucun juriste n'ignore que la richesse du droit réside dans les subtilités. Il ne s'agit pas de dire que cette qualification est trop compliquée pour être adoptée, mais simplement de dire que sa simplicité n'est certainement pas un argument qui joue en faveur de son adoption.

¹³⁴ G. Paisant, « Peut-on abandonner la distinction du titre et de la finance en régime de communauté ? », *art. préc.*

¹³⁵ J. Derruppé, « La nécessaire distinction de la qualité d'associé et des droits sociaux », *art. préc.*, n°9.

¹³⁶ *Ibid.*, n°10.

Voici ci-dessous une représentation schématisée de la thèse de Monsieur Paisant, qui illustre -si besoin en était- sa complexité.

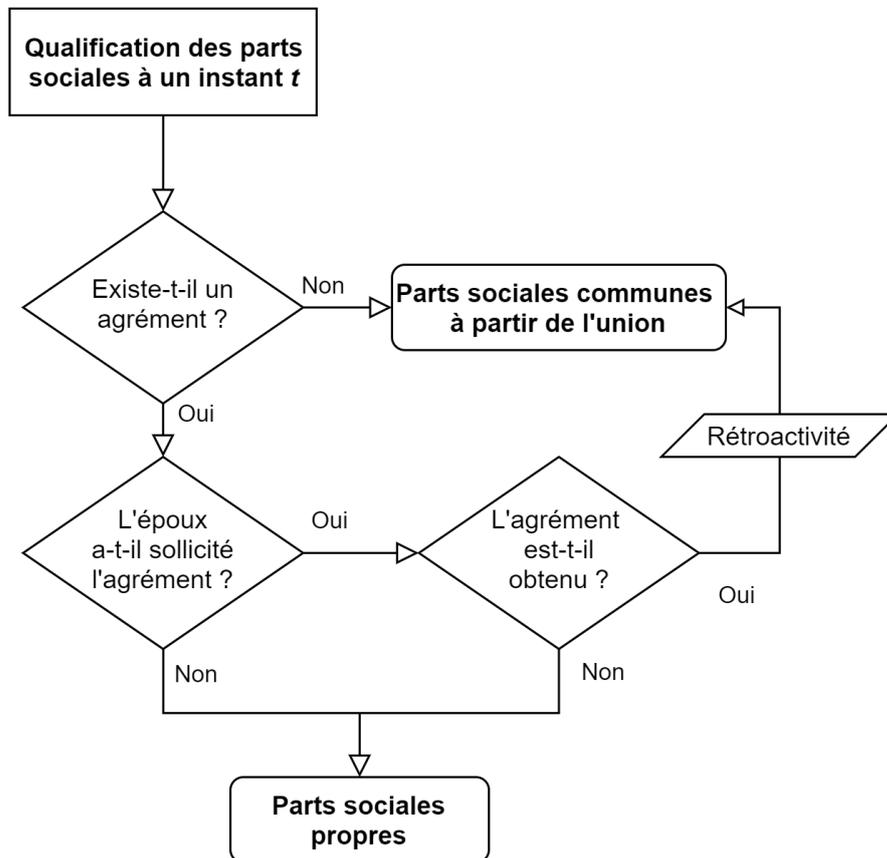


Schéma illustrant la complexité de la thèse défendue par Monsieur Paisant

Aux termes de ces développements, les arguments en faveur de la qualification de propre par nature sont fragilisés. Au-delà même de la qualification, le régime qui en découle est très inopportun (*Chapitre II*).

Chapitre II – L’inopportunité du régime

113. Annonce de plan – A dire vrai, c’est davantage sur le régime que sur la qualification que se concentrent nos critiques. Exclure les parts sociales de la communauté, c’est les soumettre totalement au régime des propres. Si ce régime est lui aussi séduisant à maints égards (*Section I*), il se révèle finalement très contestable (*Section II*).

Section I – Un régime séduisant

114. Annonce de plan – Les auteurs favorables à la qualification de propre par nature décrivent un régime parfaitement équilibré¹³⁷, qui assurerait à la fois la protection des intérêts personnels de l’époux associé (*I*) et ceux de la communauté (*II*).

I- La prétendue préservation des intérêts personnels de l’époux associé

Il ne fait nul doute que les intérêts personnels de l’époux titulaire du bien propre par nature sont préservés grâce à cette qualification¹³⁸.

115. Préservation des intérêts sur le terrain des pouvoirs – Positivement, l’époux associé jouit d’une pleine indépendance en application de l’article 1428 du Code civil, aux termes duquel chaque époux a l’administration et la jouissance de ses propres et peut en disposer librement. Négativement, son indépendance est également assurée par l’absence d’application de l’article 1424 du Code civil. C’est dire que l’époux titulaire du bien peut le céder seul sans avoir à obtenir le consentement de son conjoint.

116. Préservation des intérêts sur le terrain du passif – Les créanciers du conjoint de l’époux associé n’ont aucun droit sur le bien propre par nature.

117. Préservation des intérêts à la dissolution de la communauté – A la dissolution du régime, les revenus des parts sociales propres par nature ne feront pas partie de l’indivision post-communautaire. En ce qui concerne la part sociale en elle-même, elle sera exclue de la masse partageable, et échappera donc aux aléas du partage. Ce résultat est identique à celui obtenu par application de la distinction du titre et de la finance.

¹³⁷ G. Paisant, thèse, *préc.*, p. 146.

¹³⁸ G. Paisant, « Peut-on abandonner la distinction du titre et de la finance en régime de communauté ? », art. *préc.*, n° 23 et s.

Si la préservation des intérêts de l'époux associé est assurée, ceux de la communauté le sont tout autant, du moins à en croire les auteurs favorables à cette qualification¹³⁹ (II).

II- La prétendue préservation des intérêts de la communauté

118. En cours de régime – Le temps que dure la communauté, celle-ci aura vocation à profiter des fruits et revenus provenant des propres par nature.

119. A la dissolution – A la dissolution de la communauté, récompense pourra lui être due. Or, les règles de calcul posées à l'article 1469 du Code civil permettraient une véritable protection des intérêts communautaires. En effet, aux termes de l'alinéa 3, la récompense ne peut être moindre que le profit subsistant. Ce mode de calcul rapprocherait sensiblement la qualification de propre par nature et celle de bien commun ordinaire, puisque les deux systèmes mèneraient à des résultats semblables.

A la vérité, ces arguments ne sont qu'une façade, puisque le régime n'offre pas la protection promise (*Section II*).

Section II – Un régime contestable

120. Annonce de plan – Le régime qui découle de la qualification de propre par nature n'est guère satisfaisant, et ce pour deux raisons principales. L'une est d'ordre théorique, l'autre est d'ordre pratique. La première a trait à la violation de l'essence même de la communauté (I). La seconde renvoie à l'insuffisance flagrante de la protection des intérêts de la communauté (II).

I- La violation de l'esprit communautaire

121. Une tendance contraire à l'essence communautaire – Le choix a été fait en 1965 d'ériger le régime de la communauté réduite aux acquêts en régime supplétif, après que des études sociologiques poussées aient été menées. La distinction du titre et de la finance a au moins le mérite de participer de la préférence communautaire¹⁴⁰, contrairement à l'expansion

¹³⁹ *Ibid.*, n°27 et s.

¹⁴⁰ G. Chabot, « Retour sur la distinction du titre et de la finance », *Mélanges en l'honneur du professeur Raymond le Guidec*, LexisNexis, 2014, p. 35.

des biens propres par nature, qui tend à remettre en cause cet équilibre, et cela n'est pas acceptable¹⁴¹.

122. Vers un régime de participation aux acquêts – Le professeur Derruppé, dans ses différents écrits précités, a recours au champ lexical de l'invasion pour décrire le phénomène de l'extension des propres par nature. Selon lui, c'est la physionomie même du régime de communauté qui est remise en cause dès lors que la qualification des propres par nature est difficile à contrôler. La communauté risque d'être vidée de toute consistance. Jean Derruppé va jusqu'à dire que la communauté devient une communauté réduite aux récompenses¹⁴². Les similitudes sont flagrantes avec le régime de la participation aux acquêts, lequel veut que les époux ne puissent prétendre à une créance par l'effet de l'enrichissement de leur conjoint qu'à la dissolution du régime. Il est certes possible d'envisager un tel changement de paradigme, mais cette modification ne peut venir que du législateur. L'argumentaire consistant à défendre la qualification de propre par nature est malhonnête et dangereuse, et n'assure même pas une protection efficace de la communauté (*II*).

II- L'insuffisante protection de la communauté

123. Annonce de plan – Le régime qui découle de la qualification de propre par nature ne protège pas suffisamment les intérêts de la communauté et ce pour deux raisons principales. D'abord, le système des récompenses n'est qu'une maigre consolation (*A*) tandis que le régime attaché à l'aliénation des droits sociaux est très contestable (*B*).

A- L'illusion du système des récompenses

Loin d'assurer une protection équivalente à celle de la qualification de bien commun ordinaire, le système des récompenses est au contraire source d'appauvrissement pour la communauté, et ce à divers égards¹⁴³.

¹⁴¹ M.C. Lambert-Pieri, « L'avenir de la distinction du titre et de la finance dans la communauté légale », *Dalloz* 1982. Chron. 65., n°18.

¹⁴² J. Derruppé, « La nécessaire distinction de la qualité d'associé et des droits sociaux », art. préc., n°4.

¹⁴³ E. Naudin, « Que sont les notions devenues ? », art. préc., n°8.

124. L'incertitude du droit à récompense – Il est loin d'être certain que l'article 1404 alinéa 1^{er} du Code civil ouvre droit à récompense à la communauté lorsque celle-ci a participé à l'acquisition d'un bien à caractère personnel. Une analyse du texte, et en particulier la comparaison de ses deux alinéas, suggère même le contraire¹⁴⁴. En effet, si l'alinéa 2 prévoit expressément un droit à récompense, l'alinéa 1^{er} est en revanche totalement silencieux sur ce point. Cette différence de rédaction impose de rechercher quelles sont les caractéristiques propres aux biens de l'alinéa second que ne présentent pas ceux de l'alinéa premier. Peut-être le caractère éminemment personnel des biens est-il plus fort.

125. L'admission du droit à récompense – Si cette objection est sérieuse, il faut bien reconnaître qu'elle n'est pas déterminante. En effet, il peut être soutenu que puisque le texte ne l'interdit pas, la récompense est possible¹⁴⁵. Il serait d'ailleurs bien étrange que des biens répondant à la même qualification soient soumis à deux régimes différents. Enfin, les principes du droit à récompense énoncent en des termes généraux que toutes les fois que l'un des époux a tiré un profit personnel des biens de la communauté, il en doit récompense. Finalement, il n'existe aucun obstacle absolu à penser un droit à récompense sur le fondement de l'article 1404 alinéa 1^{er} du Code civil. Ce n'est pas dire pour autant que les intérêts de la communauté sont correctement protégés.

126. L'absence d'automaticité des récompenses – Les récompenses ne sont pas systématiquement dues, encore faut-il respecter les conditions posées par l'article 1437 du Code civil. Selon ce texte, toutes les fois qu'il est pris sur la communauté une somme, soit pour acquitter les dettes ou charges personnelles à l'un des époux, telles que le prix ou partie du prix d'un bien à lui propre ou le rachat des services fonciers, soit pour le recouvrement, la conservation ou l'amélioration de ses biens personnels, et généralement toutes les fois que l'un des deux époux a tiré un profit personnel des biens de la communauté, il en doit la récompense. *A contrario*, il n'y a pas de récompense due dès lors qu'aucune valeur n'a été empruntée à la communauté, ou qu'aucun profit n'a été tiré de la communauté.

Madame Naudin imagine par exemple le cas où des réserves seraient distribuées sous la forme de nouvelles parts sociales¹⁴⁶. A retenir la qualification de propre par nature, les parts nouvellement acquises seraient elles aussi propres sur le fondement de l'article 1406 du Code

¹⁴⁴ F. Derrida, note sous Rennes 15 mars 1967, *JCP* 1967, II, 15204, n°8.

¹⁴⁵ G. Paisant, « Peut-on abandonner la distinction du titre et de la finance en régime de communauté ? », art. préc., n°16.

¹⁴⁶ E. Naudin, « L'époux associé et le régime légal de la communauté réduite aux acquêts », art. préc., p. 637.

civil. Or, cette distribution des réserves ne donne lieu à aucun droit à récompense pour la communauté, aucun prélèvement sur des fonds communs n'ayant été opéré à cette occasion¹⁴⁷.

127. L'exigibilité au moment de la dissolution – Contrairement aux créances entre époux qui sont immédiatement exigibles, les récompenses ne le sont quant à elles qu'à la dissolution de la communauté. C'est dire qu'en cours d'union, l'époux non associé ne profitera pas de l'enrichissement de son conjoint. Outre le système des récompenses, le régime qui s'attache à l'aliénation des droits sociaux est inopportun (B).

B- L'inopportunité des règles relatives à l'aliénation

128. L'exclusion de la cogestion – La qualification de propre par nature exclut l'application de l'article 1424 du Code civil. Or, cette exclusion est fâcheuse à maints égards¹⁴⁸, et ne saurait être compensée par le droit à récompense dont on a déjà mis en avant les insuffisances¹⁴⁹.

129. Les inconvénients au cours de la communauté – Les risques d'une gestion exclusive s'agissant de l'aliénation des droits sociaux sont nombreux et ont été mis en exergue par Madame Lambert-Pieri¹⁵⁰. Postérieurement à la vente, la communauté se trouvera lésée car privée des revenus des droits sociaux, lesquels pouvaient représenter une source de rémunérations pour elle. En outre, une fois les droits sociaux vendus, le prix de vente sera lui-même propre par application du mécanisme de la subrogation réelle¹⁵¹. C'est dire que l'époux anciennement associé pourra consommer ce prix dans son intérêt exclusif. Le tempérament de la contribution aux charges du mariage n'est qu'un garde-fou bien mince. La communauté ne bénéficiera donc pas des avantages procurés par la vente. La cogestion imposée de l'article 1424 permettait d'éviter ce résultat.

130. Les inconvénients à la dissolution de la communauté – Les intérêts de la communauté ne sont guère mieux protégés à sa dissolution. Certes à ce moment-là, les récompenses sont dues. Mais l'essence même du régime légal est d'assurer la meilleure protection possible des intérêts de la communauté, pas seulement à sa dissolution, mais aussi,

¹⁴⁷ Cass. 1^{re} civ., 12 déc. 2006, *Bull. civ.* I, n°536.

¹⁴⁸ E. Naudin, « Que sont les notions devenues ? », art. préc., n°8.

¹⁴⁹ J. Derruppé, « La nécessaire distinction de la qualité d'associé et des droits sociaux », art. préc., n°12.

¹⁵⁰ M.C. Lambert-Pieri, « L'avenir de la distinction du titre et de la finance dans la communauté légale », art. préc.

¹⁵¹ C. civ., art. 1406 al 2.

et peut-être surtout, au cours de la communauté¹⁵². Quand bien même les récompenses sont dues, les intérêts de la communauté sont menacés puisque si les parts sociales avaient été aliénées sans que le prix ne soit réinvesti, la communauté sera lésée en raison de la dévaluation de la récompense, laquelle sera égale au prix de la cession. En outre, la communauté peut encore se trouver atteinte en raison de l'insolvabilité de l'époux débiteur. Ce risque est d'autant plus important que le prix fera partie du droit de gage général des créanciers personnels de l'époux anciennement associé. Enfin, à la dissolution de la communauté, les revenus engendrés par les parts sociales ne tombent pas dans l'indivision post-communautaire, et n'ont donc pas vocation à être partagés.

Affirmer que les droits sociaux attachés à la personne de l'un des époux sont des biens propres par nature n'est pas satisfaisant. Il vaut mieux se tourner vers la catégorie des biens communs ordinaires (*Titre II*).

Titre II – Les vertus de la catégorie des biens communs appliquée aux droits sociaux

131. Du rasoir d'Ockham en droit des régimes matrimoniaux – *Pourquoi faire compliqué quand on peut faire simple ?* C'est ainsi que l'on peut résumer le principe du rasoir d'Ockham, aussi appelé principe de simplicité. Cette doctrine vise à lutter contre la multiplication des constructions inutiles pour privilégier celles déjà solidement établies et pleinement satisfaisantes. Ce modèle de pensée appliqué au droit des régimes matrimoniaux prend tout son sens en ce qui concerne la distinction du titre et de la finance. Nul besoin de recourir à des distinctions subtiles ou à la qualification douteuse de bien propre par nature. La solution la plus satisfaisante est la plus simple : les droits sociaux sont des biens communs ordinaires, avec toutes les conséquences qui en découlent. La distinction du titre et de la finance n'est qu'un « *artifice* »¹⁵³ dont la cohérence laisse à désirer et dont les effets positifs peuvent être obtenus plus facilement.

132. Annonce de plan – Militer pour l'abandon de la distinction du titre et de la finance pour lui préférer la qualification de bien commun n'est somme toute pas une proposition très

¹⁵² M.C. Lambert-Pieri, « L'avenir de la distinction du titre et de la finance dans la communauté légale », art. préc., n°47.

¹⁵³ Ph. Simler, note sous Cass. 1^{re} civ., 8 déc. 1987, *JCP G* 1989, II, 21336.

originale. Elle est pourtant la plus à même de concilier à la fois les intérêts de l'époux associé, ceux de la société, et ceux de la communauté.

A la lecture des nombreux écrits qui existent sur le sujet, il est frappant de constater que les auteurs restreignent pour l'essentiel leurs études à la qualification, au détriment de l'analyse du régime. Ce point est pourtant le plus délicat. Classiquement seront étudiés la qualification puis le régime. Si qualifier les droits sociaux de biens communs relève avant tout d'un choix (*Chapitre I*), le régime qui en découle est quant à lui très opportun (*Chapitre II*).

Chapitre I – Le choix de la qualification de bien commun ordinaire

133. Annonce de plan – L'une des causes de l'insolubilité du débat réside dans la confusion qui est faite entre la qualification matrimoniale des droits sociaux et l'attribution de la qualité d'associé. Ces deux questions sont distinctes et indépendantes l'une de l'autre¹⁵⁴. Doivent donc être différenciées la question de la qualification des droits sociaux envisagés en tant que biens (*Section I*) de la question de la qualité d'associé (*Section II*). Cette différenciation n'a qu'une visée didactique. Contrairement à ce qui est parfois soutenu, elle ne correspond pas à l'avènement d'une nouvelle distinction, le recours au droit commun est complet.

Section I – La qualification des droits sociaux envisagés en tant que biens

134. Exposé de la thèse – En 1971, Jean Derruppé proposait déjà de « *maintenir et généraliser la distinction du titre et de la finance* »¹⁵⁵ afin de saisir de la meilleure manière possible l'esprit communautaire. Drôle de démonstration que celle qui consiste à militer pour l'abandon de la distinction du titre et de la finance, pour finalement défendre sa généralisation ! A la vérité, plus que la généralisation de la distinction, le Professeur Derruppé la combat et plaide pour son abrogation. Pour lui en effet, il est inutile de réduire les droits de la communauté à une simple créance. Il faut à l'inverse considérer les droits sociaux comme des biens communs pour le tout, sans stigmatiser leur valeur patrimoniale. Finalement, à travers la « *généralisation* » de la distinction du titre et de la finance, c'est bel et bien la distinction elle-même qui disparaît pour laisser entièrement place au droit commun.

¹⁵⁴ P. Malaurie et L. Aynès, *Droit des régimes matrimoniaux*, LGDJ, 6^e éd., 2017, n°369.

¹⁵⁵ J. Derruppé, « Régimes de communauté et droit des sociétés », *JCP* 1971.I.2403, n°29.

135. Annonce de plan – Des arguments textuels (*I*) et jurisprudentiels (*II*) viennent au soutien de cette qualification. Il faut dès à présent avoir à l'esprit toute la relativité, voire la faiblesse, de ces arguments. A la vérité, la qualification de bien commun ordinaire relève avant tout d'un « *choix de cœur* »¹⁵⁶ plutôt que d'une évidence qui ressortirait des textes et de la jurisprudence.

I- Les arguments textuels

136. Annonce de plan – Le Code civil contient quelques dispositions qui confortent la qualification de biens communs ordinaires des droits sociaux. Toutefois, les arguments textuels doivent être maniés avec prudence tant chacun croit voir dans les textes ce qu'il veut y voir. Bien plus, ces textes n'ont pas empêché la jurisprudence d'appliquer avec constance la distinction du titre et de la finance. C'est dire que leur autorité est toute relative. Outre ces réserves, les éléments de droit positif ne sont pas essentiels à notre démonstration, qui se veut avant tout créatrice et qui procède d'un choix. Seront étudiés les articles 1832-2 (A) et 1424 du même code (B), le tout donc en gardant à l'esprit la fragilité de leur autorité.

A- L'article 1832-2 du Code civil

137. La loi du 10 juillet 1982, relative aux conjoints d'artisans et de commerçants travaillant dans l'entreprise familiale, apporte des éléments de réponse quant aux difficultés qu'il y a à concilier le droit des régimes matrimoniaux et le droit des sociétés.

En particulier, l'article 1832-2 du Code civil issu de cette loi règle la question de l'attribution de la qualité d'associé dans l'hypothèse où des parts sociales ont été acquises grâce à des biens communs. En substance, la qualité d'associé est attribuée à l'époux qui fait l'apport d'un bien commun en société ou qui acquiert les parts sociales. L'alinéa 3 autorise son conjoint, sous certaines conditions, à revendiquer la qualité d'associé pour la moitié des parts sociales. Cette possibilité ouverte au conjoint non associé signifierait « *implicitement mais nécessairement la nature commune de la part sociale* »¹⁵⁷.

¹⁵⁶ G. Cornu, *Les régimes matrimoniaux*, op. cit., p. 268.

¹⁵⁷ I. Dauriac, *Droits des régimes matrimoniaux et du PACS*, LGDJ, 5^e éd., 2017, n°359.

Outre l'article 1832-2 du Code civil, l'article 1424 est un argument supplémentaire à la qualification de bien commun ordinaire (B).

B- L'article 1424 du Code civil

138. L'article 1424 du Code civil soumet l'aliénation des droits sociaux non négociables au consentement du conjoint de l'associé. Cette cogestion impliquerait la nature pleinement commune de ces droits¹⁵⁸. Si nous partageons cette conclusion, l'argumentaire consistant à déduire d'une règle de pouvoir la qualification de bien commun ne peut nous convaincre. Selon nous, si les parts sociales sont communes, c'est parce que l'article 1424 est une exception à l'article 1421 du Code civil¹⁵⁹.

Des arguments jurisprudentiels complètent ces arguments d'ordre textuel (II).

II- Les arguments jurisprudentiels

139. Une application constante de la distinction du titre et de la finance – Si les arguments textuels sont bien fragiles, ceux jurisprudentiels le sont tout autant. De fait, la Cour de cassation n'a jamais cessé d'appliquer aux parts sociales la distinction classique du titre et de la finance. Certes sa position a pu paraître ambiguë, notamment lorsqu'elle a décidé que l'article 1424 du Code civil s'appliquait, nonobstant la distinction du titre et de la finance¹⁶⁰. Cette solution pouvait s'expliquer par la nature entièrement commune des parts sociales. Mais depuis, la distinction du titre et de la finance a été réitérée à de nombreuses reprises.

Bien plus, la Cour de cassation a condamné la qualification de bien commun ordinaire dans un arrêt où l'ex-époux souhaitait que les parts sociales soient attribuées en nature pour moitié à son ex-conjointe et à lui-même¹⁶¹.

140. Les mérites de la qualification moniste reconnus – Les juges n'ont donc jamais consacré la qualification de bien commun ordinaire, et l'ont même condamnée. Mais le fait est que les tribunaux attachent aux parts sociales des effets qui ne s'expliquent que par la qualification de bien commun ordinaire. Il en est ainsi du sort réservé aux fruits lors de

¹⁵⁸ G. Champenois, *Les régimes matrimoniaux*, Armand Colin, 2^e éd., 2001, n°323.

¹⁵⁹ V. *supra* n°12.

¹⁶⁰ V. *supra* n°42.

¹⁶¹ V. *supra* n°55.

l'indivision post-communautaire, puisque la Cour de cassation décide que les bénéfices et dividendes de parts acquises par le mari au cours du mariage et perçus pendant l'indivision post-communautaire constituent des fruits qui accroissent à l'indivision¹⁶². C'est dire que la Cour estime parfois nécessaire de faire exception à une application stricte de la distinction du titre et de la finance, et cela pour attacher aux droits sociaux des effets qui ne s'expliquent que par la qualification de bien commun ordinaire. En quelque sorte, même s'ils refusent formellement d'abandonner la distinction classique, les juges reconnaissent les mérites de la qualification moniste que l'on défend.

Si les droits sociaux sont des biens communs ordinaires, la qualité d'associé elle est hors débat en raison de son caractère extra-patrimonial (*Section II*).

Section II – L'extra-patrimonialité de la qualité d'associé

141. La nature ambivalente des droits sociaux – Les droits sociaux sont des biens « *composites* »¹⁶³. Si d'un côté ils sont des biens meubles incorporels objets de propriété, d'un autre côté, ils sont nés d'un contrat et incarnent des prérogatives envers une personne morale. La qualité d'associé appartient exclusivement à l'époux à l'origine de l'apport, sous réserve des possibilités offertes par l'article 1832-2 du Code civil. S'il existe un consensus sur ce point, deux justifications bien différentes sont envisageables. Pour les uns, le titre d'associé serait propre à l'un des époux, ou aux deux le cas échéant, sur le fondement de l'article 1404 du Code civil, en tant qu'il présente un caractère personnel exclusivement attaché à la personne de l'associé. Pour les autres, la qualité d'associé serait une prérogative extrapatrimoniale, totalement étrangère à la qualification de bien propre ou de bien commun. Selon cette approche, le titre est une qualité personnelle inhérente à un époux. La qualité d'associé n'est pas un actif patrimonial et comme le souligne un auteur, l'époux ne sera jamais dépossédé de son titre¹⁶⁴. Il est vrai que ces deux variantes « *diffèrent davantage par leur approche théorique du concept de droit sociaux que par leurs conséquences pratiques* »¹⁶⁵. La jurisprudence elle-même se garde bien d'alimenter le débat et se contente par exemple de constater que « *le mari,*

¹⁶² V. *supra* n°58.

¹⁶³ A. Rabreau, art. préc., n°20.

¹⁶⁴ G. Chabot, « Retour sur la distinction du titre et de la finance », art. préc., p. 37.

¹⁶⁵ F. Terré et Ph. Simler, *Droit civil - Les régimes matrimoniaux*, Dalloz, 8^e éd., 2008, n°312.

souscripteur des parts sociales acquises pendant la durée du mariage, avait seul la qualité d'associé »¹⁶⁶.

142. L'absence de patrimonialité du titre – Les enjeux de cette discussion sont certes limités mais pas inexistant. Nous préférons l'option qui considère que le titre n'est ni propre ni commun en tant qu'il ne revêt pas de dimension patrimoniale. Cette approche permet de s'en remettre totalement au droit commun et de ne pas créer de nouvelle distinction entre les droits sociaux et la qualité d'associé. Le caractère extrapatrimonial de la qualité d'associé rend en effet toute distinction sans objet : les droits sociaux sont des biens communs pour le tout. La question de la qualité d'associé est indépendante. Afin d'éviter toute ambiguïté, il vaudrait mieux parler de titre « *personnel* » plutôt que de titre « *propre* »¹⁶⁷.

Les ouvrages présentent souvent séparément la théorie moniste selon laquelle les parts d'intérêt sont des biens communs, et la théorie dualiste selon laquelle les parts d'intérêt sont communes en nature mais la qualité d'associé est personnelle à l'époux associé¹⁶⁸. Selon nous, il n'y a pas ici deux théories différentes, c'est bien de la même chose dont il s'agit dès lors qu'on admet l'extra-patrimonialité de la qualité d'associé.

La qualification telle qu'elle vient d'être définie fait régulièrement l'objet de critiques en tant qu'elle lèserait nécessairement les intérêts de la société. A la vérité, il n'en est rien dès lors que l'on pense correctement le régime, qui se révèle très opportun (*Chapitre II*).

Chapitre II – L'opportunité du régime

143. Les difficultés liées à la cogestion de principe – En droit des régimes matrimoniaux, le principe est que chaque époux dispose d'un pouvoir concurrent pour jouir, administrer et disposer des biens communs. Certains actes graves ou motivés par l'exercice d'un époux d'une profession séparée sont soumis à la gestion exclusive, tandis que les articles 1422 et à 1425 du Code civil soumettent certains actes à la cogestion. En ce qui concerne les droits sociaux, la gestion concurrente est source de difficultés. Le régime devra, ici comme

¹⁶⁶ Cass. 1^{re} civ., 4 juill. 2012, n°11-13.384 ; *D.* 2012, p. 2493, note Barabé-Bouchard ; *Gaz. Pal.* 2013, p. 20, note J. Casey ; *Rev. Sociétés* 2012, p.717, note I. Dauriac ; *Rev. Sociétés* 2012, p. 20, note R. Mortier ; *BMIS* 2012, p. 608, note E. Naudin ; *RJPF* 2012, p. 33, note F. Vauvillé.

¹⁶⁷ E. Naudin, « Que sont les notions devenues ? », art. préc., n°20.

¹⁶⁸ V. par ex. G. Champenois, *Les régimes matrimoniaux*, art. préc., n°323.

ailleurs, concilier l'attachement des droits sociaux à l'un des époux et la vocation de la communauté à profiter de leur valeur patrimoniale.

144. Annonce de plan – La question du régime n'est nullement résolue dès lors que celle de la qualification l'est, loin s'en faut. La définition du régime attaché aux droits sociaux nécessite une réflexion approfondie sur le droit des biens, et en particulier sur ce que le professeur Cottet nomme « *la patrimonialité des droits* »¹⁶⁹. La qualification moniste que nous avons retenue permet de penser un régime qui concilie ces impératifs. Pour le montrer, sera successivement étudié le régime en cours de communauté (*Section I*) puis à sa dissolution (*Section II*).

Section I – Le régime en cours de communauté

145. Annonce de plan – Selon la démonstration proposée, les droits sociaux sont des biens communs ordinaires, mais la qualité d'associé n'appartient qu'à l'époux ayant procédé à leur acquisition, l'autre n'ayant qu'un droit de propriété partagé sur ces droits. Si les deux époux sont propriétaires des droits, un seul possède la qualité d'associé. Dire cela ne règle que la question de la qualification ; encore faut-il rechercher les pouvoirs que l'un ou l'autre des époux peut exercer. A ce sujet, comme le fait remarquer un auteur, la principale difficulté réside dans le fait que la qualité d'associé ne confère pas un droit unique à la personne de l'associé mais des prérogatives diverses, telles que le droit à l'information, le droit de vote, le droit de céder les titres, le droit aux dividendes, le droit sur les réserves, ...¹⁷⁰ Il s'agit donc de déterminer les prérogatives correspondant à la qualité d'associé (*I*) et celles ayant trait à la qualité de propriétaire (*II*). Cette manière de présenter les choses est inspirée des écrits de Jean Derruppé publiés en 1971¹⁷¹. Cinquante ans plus tard, elle nous paraît être toujours la plus pertinente.

I- Les prérogatives attachées au titre d'associé

146. Annonce de plan – Il s'agit ici d'identifier les pouvoirs attachés aux droits sociaux en tant que titre d'associé. Pour reprendre les termes du Professeur Cottet, ce sont les pouvoirs

¹⁶⁹ M. Cottet, « Le régime patrimonial des droits entrés en communauté », *Mélanges en l'honneur du Professeur Didier R. Martin*, LGDJ, 2015, p. 167.

¹⁷⁰ J. Honorat, « La situation des actions de sociétés anonymes dans le cadre des régimes matrimoniaux », art. préc., n°7.

¹⁷¹ J. Derruppé, « Régime de communauté et droit des sociétés », art. préc.

exercés *par* les droits sociaux, c'est-à-dire ceux qui prennent leur source dans les droits sociaux eux-mêmes¹⁷². La détermination abstraite des prérogatives attachés au titre d'associé (A) précèdera leur détermination concrète (B).

A- Approche abstraite

147. L'inspiration des règles adoptées pour les créances – L'étude des solutions retenues pour les créances est grandement utile. En la matière, deux impératifs doivent là-aussi être conciliés : l'effet relatif des conventions selon lequel seul l'époux contractant peut exercer les prérogatives offertes *par* la créance commune, et le principe de la gestion concurrente des biens communs.

A ce sujet, la Cour de cassation a décidé que le caractère commun des droits et obligations nés d'un contrat passé par un époux n'avait pas pour conséquence de conférer la qualité de contractant à l'autre époux¹⁷³. Ainsi, la Cour a pu juger que le conjoint non contractant n'avait pas qualité à agir en remboursement d'un compte courant d'associé dont seul son conjoint était titulaire, peu important que les sommes dues figurent à l'actif de la communauté¹⁷⁴. Dans cette affaire, la demandeuse au pourvoi, l'épouse non contractante, faisait grief à l'arrêt d'appel de l'avoir déclarée irrecevable à agir, alors que selon elle, chacun des époux a le pouvoir d'administrer seul les biens communs et, à ce titre, a qualité pour exercer seul, en demande ou en défense, les actions en justice relatives à ces biens.

148. Application aux droits sociaux – Par analogie, seul l'époux qui dispose du titre d'associé peut exercer les prérogatives offertes *par* le droit social. Pour le professeur Cottet, ces prérogatives correspondent à celles issues de la *titularité* du droit, par opposition à sa *propriété*¹⁷⁵. Elle s'éloigne des définitions classiquement attribuées en droit des biens¹⁷⁶, et définit la titularité comme le rapport existant entre un droit et son sujet actif, c'est-à-dire en l'occurrence entre les droits sociaux et l'époux associé. Seul l'époux associé, c'est-à-dire le titulaire du droit, peut exercer les prérogatives offertes *par* le droit social. L'exercice des

¹⁷² M. Cottet, art. préc.

¹⁷³ Cass. 2^e civ., 13 déc. 1989, *Bull. civ.* II, n°222.

¹⁷⁴ Cass. 1^{ère} civ., 9 févr. 2011, n°09-68.659.

¹⁷⁵ M. Cottet, art. préc.

¹⁷⁶ F. Zenati-Castaing et Th. Revet, *Les biens, op.cit.*, n°3, pour qui « *ce que la loi, la doctrine et la jurisprudence désignent, timidement, par titularité n'est autre qu'un rapport de propriété. Les rares tentatives de définition de la titularité se ramènent toutes, peu ou prou, à la propriété* ».

prérogatives attachées aux actions relèvent de la seule question de leur titularité, et non de leur propriété. Reste à déterminer concrètement ce à quoi correspondent ces prérogatives (*B*).

B- Approche concrète

149. La nécessité d'abandonner la ventilation des prérogatives – Il est courant que les auteurs différencient d'une part les droits ayant trait à la gestion de la société et d'autre part les droits pécuniaires. Les premiers seraient attachés au titre d'associé et ne pourraient en conséquence être exercés que par l'époux associé, tandis que les seconds seraient attachés à la qualité de propriétaire et pourraient donc être exercés par les deux époux¹⁷⁷. En réalité, il n'y a aucune raison de distinguer ces attributions dites pour les unes fonctionnelles et pour les autres pécuniaires, puisque les droits sociaux ne sont pas morcelés mais sont uns. D'ailleurs, la mise en œuvre de cette différenciation serait bien incertaine. Le Professeur Derruppé donne l'exemple suivant¹⁷⁸ : selon cette ventilation des prérogatives, l'époux non associé serait privé du droit de vote, du droit de contrôle et du droit de critique de la gestion sociale, en tant que ces droits font partie des attributs dits fonctionnels. En revanche, il devrait en principe bénéficier des droits pécuniaires. Mais ceux-ci seront réduits à peau de chagrin dès lors que leur exercice est totalement subordonné à celui des droits fonctionnels. Selon cette conception, l'époux non associé n'aurait pour ainsi dire que le droit de percevoir les bénéfices distribués ou le capital remboursé.

A la vérité, tous ces droits, fonctionnels et pécuniaires, sont des droits d'associé et sont en conséquence réservés au seul époux associé.

150. Détermination concrète des prérogatives – D'un point de vue extrapatrimonial, seul l'époux associé peut participer aux décisions collectives, exercer le droit de vote attaché aux droits sociaux, obtenir les informations financière et comptable le cas échéant. D'un point de vue patrimonial, seul l'époux associé a vocation à recevoir des dividendes, comme l'a décidé la Cour de cassation¹⁷⁹. Voilà pour les prérogatives attachées au titre d'associé. Il convient à présent de s'intéresser à l'étude des droits sociaux en tant que bien patrimonial (*II*).

¹⁷⁷ G. Paisant, « Peut-on abandonner la distinction du titre et de la finance en régime de communauté ? », art. préc., n°14.

¹⁷⁸ J. Derruppé, « Régime de communauté et droit des sociétés », art. préc., n°33.

¹⁷⁹ Cass. 1^{re} civ., 5 nov. 2014, n°13-25.820.

II- Les prérogatives attachées au bien patrimonial

Il s'agit ici d'identifier les pouvoirs attachés aux droits sociaux en tant que bien patrimonial. Toujours pour reprendre les termes du Professeur Cottet, ce sont les pouvoirs exercés *sur* les droits sociaux¹⁸⁰. Ceux-là sont régis pas les règles classiques issues du Code civil puisque ce sont des biens communs tout à fait ordinaires.

151. Annonce de plan – Il n'est pas ici question de procéder à une étude approfondie de la notion de propriété. Disons simplement qu'elle renvoie à un rapport d'appropriation entre une personne et un droit. Les Professeurs Derruppé et Cottet se rejoignent et considèrent que deux éléments principaux sont caractéristiques de la propriété d'un bien : sa cessibilité d'une part et sa saisissabilité d'autre part. Ces deux éléments sont régis par les règles classiques du Code civil aux articles 1421 et suivants, en tant qu'ils se rattachent à la patrimonialité du bien. Quelques précisions sur la cession (A) et sur la mise en gage (B) s'imposent.

A- La cession

152. La cogestion – Le principe est celui de la gestion concurrente sous réserve des exceptions. Parmi elles, la plus remarquable et certainement la plus critiquée a trait à la cession des droits sociaux. L'article 1424 du Code civil impose, en l'état du droit positif, la cogestion pour les droits sociaux non négociables. A notre avis, cette cogestion devrait s'appliquer dès lors que les droits sociaux ne sont pas admis sur un marché réglementé, qu'ils soient négociables ou non. En revanche, chacun des époux devrait pouvoir céder les droits sociaux admis sur un marché réglementé, en tant que biens communs ordinaires soumis à la gestion concurrente de l'article 1421¹⁸¹.

153. Réponse aux critiques – La cogestion imposée par l'article 1424 du Code civil est souvent critiquée¹⁸². Elle rendrait totalement transparent et inutile le titre, ce dernier n'ayant pas pour effet d'empêcher la cogestion. Encore faut-il rappeler à ces auteurs qu'il est de l'essence du régime de la communauté légale de soumettre les actes graves à la cogestion. Cet équilibre peut être choquant aux yeux de certains, mais l'altération de l'esprit même de la communauté n'est pas pour autant une solution acceptable. D'autres régimes matrimoniaux aux

¹⁸⁰ M. Cottet, art. préc.

¹⁸¹ Voir *supra* n°31.

¹⁸²G. Paisant, « Peut-on abandonner la distinction du titre et de la finance en régime de communauté ? », art. préc., n° 8 et s.

équilibres différents existent et c'est vers eux que doivent se tourner ceux qui estiment les solutions du Code civil mauvaises. D'autant que le droit commun n'est pas dépourvu de remèdes. De deux choses l'une. Soit la cogestion imposée pour l'aliénation empêche l'époux d'exercer librement sa profession, auquel cas l'article 223 du Code civil prévaut. Soit au contraire, la cogestion ne constitue par une entrave véritable au libre exercice de la profession, auquel cas l'aliénation sera bel et bien soumise au consentement des deux époux, puisque tel est l'esprit de la communauté. Même dans ce cas, le régime primaire vient au secours de l'époux associé à l'article 217 du Code civil puisqu'un époux peut être autorisé par justice à passer seul un acte pour lequel le concours ou le consentement de son conjoint serait nécessaire, notamment si son refus n'est pas justifié par l'intérêt de la famille.

A côté de la cession, des critiques sont souvent faites à l'encontre du régime qui découle de la mise en gage (B).

B- La mise en gage

154. Puisque les droits sociaux sont des biens communs et puisque la saisissabilité a trait à leur patrimonialité, ils doivent pouvoir être engagés par l'un ou l'autre des époux. Ils peuvent donc se retrouver dans le droit de gage général des créanciers de l'époux non associé. L'article 1413 du Code civil ne prévoyant pas d'aménagement pour les dettes découlant de l'activité professionnelle, la communauté a donc vocation à supporter le passif professionnel généré par l'activité de l'époux associé. Certains critiquent cet effet en tant qu'il revient à privilégier les intérêts de l'époux associé et de ses créanciers, au détriment de ceux de son conjoint et de la communauté¹⁸³. Là-encore, on répondra à cela que telle est l'essence de la communauté. Il convient à présent de s'intéresser au régime à la dissolution de la communauté (*Section II*).

Section II – Le régime à la dissolution de la communauté

A la dissolution, les mêmes impératifs se retrouvent. D'abord la composition de la masse indivise doit être déterminée, ensuite le régime qui s'applique aux biens indivis doit être précisé.

¹⁸³ G. Chabot, « Retour sur la distinction du titre et de la finance », art. préc., p. 38.

155. La composition de la masse indivise – Elle n’appelle pas de commentaire particulier. Les droits qui sont communs au cours de la communauté deviennent indivis lors de sa dissolution. Puisque selon la thèse défendue, les droits sociaux sont des biens communs ordinaires, ils tombent tous dans l’indivision post-communautaire. Ceci étant dit, il faut préciser le régime applicable aux biens indivis, d’abord le régime général (I), puis la question délicate du partage (II).

I- Le régime général

156. Transposition des règles exposées au titre du régime en cours de communauté – Les prérogatives offertes *par* les droits indivis n’appartiennent qu’à l’indivisaire qui en est titulaire. En revanche, les prérogatives offertes *sur* les droits indivis, notamment les pouvoirs ayant trait à la cession et en particulier la cogestion de l’article 815-3 du Code civil, s’appliquent. S’agissant de la mise en gage, l’article 815-17 du Code civil s’applique dès lors qu’il a trait à la patrimonialité du droit. Aux termes de l’article 815-10 du Code civil, les fruits et revenus accroissent à l’indivision. Cette solution est la même que celle déjà rendue par la jurisprudence aujourd’hui. Militer pour l’abandon de la distinction du titre et de la finance pour aboutir à des conséquences similaires peut sembler cocasse, mais cela est nécessaire pour retrouver la cohérence. Cette solution est critiquée par certains, dès lors que l’enrichissement de l’indivision post-communautaire est choquante à un temps où le mariage prend fin. On ne peut que redire l’objection faite plus tôt, à savoir que si les principes du régime légal peuvent apparaître inopportuns à certains, il leur suffit de changer de régime. La question spécifique du partage pose davantage de difficultés (II).

II- La question épineuse du partage

157. Annonce de plan – Le bon juriste est celui qui « *retourne l’échiquier, afin d’éprouver ses propres idées, moyens, et présomptions, en essayant de les analyser comme le ferait l’adversaire* »¹⁸⁴. Ce serait faire preuve de mauvaise foi que de prétendre que la question du partage n’est pas embarrassante. Tant les auteurs favorables à la qualification de propres par

¹⁸⁴ X. Vuitton, *Stratégie du contentieux*, LexisNexis, 2020, n°51.

nature¹⁸⁵ que ceux partisans du maintien de la distinction classique du titre et de la finance¹⁸⁶ pointent du doigt la question de partage. Si ces critiques sont fondées (A), elles ne sont toutefois pas décisives (B).

A- Des critiques fondées

158. Le partage en nature concevable – En cours de communauté, les droits sociaux tombent dans la masse commune pour le tout. Logiquement, ils tombent également dans l’indivision post-communautaire, et cela avec toutes les conséquences qui en découlent. Le conjoint non associé devient alors indivisaire et peut exercer les droits attachés aux droits sociaux dans le cadre de l’indivision. Toutefois, cet inconvénient est à relativiser puisque les statuts de la société peuvent organiser une procédure d’agrément en cas de naissance d’une indivision sur les droits. Lors du partage de l’indivision post-communautaire, les droits sociaux sont en théorie partageables en nature entre les conjoints. Ils sont susceptibles d’être attribués à l’un ou à l’autre selon les aléas du partage, ou par moitié entre eux.

159. Une solution critiquée et critiquable – C’est sur le partage en nature que se cristallisent les critiques. Il n’y a pas de problème dans le cas où les deux époux sont associés puisque le cercle des associés ne sera pas modifié. En revanche, si le conjoint n’a pas revendiqué la qualité d’associé avant la dissolution du régime, des difficultés se posent. De fait, si des droits sociaux sont attribués en tout ou partie à l’époux non associé, il pourra exercer les prérogatives qui leur sont spécialement attachées. Cette intrusion d’un nouvel associé peut être la source d’une instabilité pour la société, surtout lorsque les droits sociaux sont attachés à l’un des époux pour ses qualités personnelles. En outre, le conjoint lui-même peut ne pas souhaiter s’immiscer dans la société. Dans une telle configuration, la qualification moniste de bien commun ne protège ni les intérêts de l’entreprise, ni ceux des deux ex-conjoints. Ces critiques, certes fondées, ne sont pas décisives et sont facilement réfutables (B).

¹⁸⁵ G. Paisant, « Peut-on abandonner la distinction du titre et de la finance en régime de communauté ? », art. préc., n°12 ; G. Paisant, thèse, *préc.*, p. 145.

¹⁸⁶ E. Naudin, « Que sont les notions devenues ? », art. préc., n°27.

B- Des critiques réfutables

Deux types de correctifs sont susceptibles de réfuter les critiques susvisées.

160. Les correctifs d'ordre matrimonial – Le droit des régimes matrimoniaux connaît le mécanisme de l'attribution préférentielle, lequel permet à l'un des époux de se faire attribuer un bien et d'échapper à l'aléa du partage. En l'état du droit positif, il n'existe certes pas de fondement légal à cette attribution préférentielle s'agissant des droits sociaux. En effet, ni l'article 1475 du Code civil, ni l'article 1476 qui renvoie aux règles établies au titre des successions et donc à l'article 831, ne contiennent de dispositions spécifiques aux droits sociaux.

Mais la thèse que l'on défend se veut créatrice. L'une des solutions envisageables est de compléter l'article 1475 du Code civil pour préciser le principe du partage en valeur, sauf exception en cas de volonté contraire des époux, et sous réserve des conditions statutaires.

Certes cette attribution préférentielle est subordonnée à la demande d'un époux, là où elle est automatique par application de la distinction classique du titre et de la finance. Il ne nous semble pas que cette prise d'initiative constitue un obstacle trop contraignant.

161. Les correctifs d'ordre sociétal – Le droit des sociétés peut lui aussi faire obstacle à l'attribution en nature des droits sociaux par l'intermédiaire de l'agrément. A défaut d'être agréé, le conjoint recevrait les droits en valeur. Cette solution est défendue par le Professeur Derruppé, qui se défend de toute incohérence mais parle plutôt d'« *infléchissements en raison de la nature particulière du bien envisagé* »¹⁸⁷.

¹⁸⁷ J. Derruppé, *op. cit.*, n°46.

Conclusion

162. Détruire, choisir, reconstruire – Ce triptyque résume la démonstration proposée dans ce mémoire. D’abord, *détruire* la distinction du titre et de la finance telle qu’elle est aujourd’hui appliquée par la jurisprudence. Non pas que tout mérite d’être rejeté dans cette distinction, mais son manque de cohérence et son inadaptation à la pratique sociétaire conduisent à tout le moins à la repenser de fond en comble. Ensuite, *choisir* entre les catégories ordinaires qui s’offrent à nous, c’est-à-dire entre la qualification de bien propre par nature et celle de bien commun. Ce choix est avant tout motivé par l’inopportunité du régime des propres par nature, de sorte qu’il convient de préférer la qualification de bien commun. Enfin, *reconstruire* le sort des droits sociaux en droit des régimes matrimoniaux autour de cette qualification, le tout en préférant à la *summa divisio* classique des sociétés de personnes et des sociétés de capitaux celle des sociétés cotées et des sociétés non cotées.

163. Une proposition en phase avec la pratique maritale – Le reproche a été fait à la distinction du titre et de la finance d’être en décalage par rapport à la pratique sociétaire. Certes la solution que nous proposons résout cette difficulté. Mais qu’en est-il de sa cohérence avec la pratique, non pas sociétale, mais maritale ? A l’heure où les divorces et les recompositions familiales se multiplient, où les époux se marient à un âge de plus en plus avancé, où le recours au crédit est de plus en plus fréquent, ne faudrait-il pas accroître l’indépendance patrimoniale des époux ? La solution proposée dans ce mémoire conduit au contraire à privilégier l’esprit communautaire. De fait, les français sont attachés au régime communautaire¹⁸⁸. Cet attachement est à l’origine de l’adoption du régime de la communauté réduite aux acquêts en 1965.

164. Les remèdes pour accroître l’indépendance – On comprend que l’équilibre proposé puisse déplaire. Il est tout à fait louable de vouloir développer son indépendance. Mais cela doit passer par l’adoption d’un régime séparatiste ou de participation aux acquêts, et non par une dénaturation du régime de communauté. La stipulation de propres est une autre solution qui s’offre aux époux, laquelle consiste à prévoir que les droits sociaux ne tomberont pas dans la masse commune. Certes ces remèdes obligent les époux à conclure un contrat de mariage et à en supporter le prix, mais c’est la contrepartie nécessaire à la cohérence.

¹⁸⁸ J. Carbonnier, *Droit et passion du droit sous la Ve République*, Coll. Forum, Flammarion, 1996, p. 215.

Bibliographie

Les documents ont été classés dans l'ordre suivant :

I – Traités, manuels, ouvrages généraux et dictionnaires

II – Thèses, monographies et ouvrages spéciaux

III – Articles et contributions

IV – Notes et commentaires de jurisprudence

I – Traités, manuels, ouvrages généraux et dictionnaires

R. Cabrillac, *Droit des régimes matrimoniaux*, LGDJ, 11^e éd., 2019

G. Champenois, *Les régimes matrimoniaux*, Armand Colin, 2^e éd., 2001

A. Colomer, *Droit civil – Régimes matrimoniaux*, Litec, 10^e éd., 2000

G. Cornu, *Les régimes matrimoniaux*, PUF, 9^e éd., 1997

G. Cornu (dir.), Association Henri Capitant, *Vocabulaire juridique*, 13^e éd., PUF, 2020

M. Cozian, A. Viandier, F. Deboissy, *Droit des sociétés*, LexisNexis, 33^e éd., 2020

I. Dauriac, *Droit des régimes matrimoniaux et du PACS*, LGDJ, 5^e éd., 2017

B. Dondero, *Droit des sociétés*, Dalloz, 6^e éd., 2019

W. Dross, *Droit des biens*, LGDJ, 4^e éd., 2019

J. Ghestin, M. Billiau et G. Loiseau, *Traité de droit civil, Le régime des créances et des dettes*, LGDJ, 4^e éd., 2019

Y. Guyon, *Droit des affaires*, Economica, 12^e éd., 2003

M. Hamiaut, *La réforme des régimes matrimoniaux*, Dalloz, 1965

P. Le Cannu, B. Dondero, *Droit des sociétés*, LGDJ, 8^e éd., 2019

P. Malaurie et L. Aynès, *Droit des régimes matrimoniaux*, LGDJ, 6^e éd., 2017

A. Ponsard, in Aubry et Rau, *Droit civil français*, t. 8

P. Raynaud, *Les régimes matrimoniaux*, Sirey, 1978

F. Terré et Ph. Simler, *Droit civil – Les biens*, Dalloz, 10^e éd., 2018

F. Terré et Ph. Simler, *Droit civil – Les régimes matrimoniaux*, Dalloz, 8^e éd., 2008

F. Zenati-Castaing et Th. Revet, *Les biens*, PUF, 3^e éd., 2008

II – Thèses, monographies et ouvrages spéciaux

H. Capitant, *Comment il faut faire sa thèse de doctorat en droit*, Dalloz, 1926

J. Carbonnier, *Droit et passion du droit sous la Ve République*, Coll. Forum, Flammarion, 1996

F. Gény, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, LGDJ, 1954, t.1

S. Ginossar, *Droit réel, propriété et créance. Elaboration d'un système rationnel des droits patrimoniaux*, thèse Paris, 1960

J. Hémard, F. Terré et P. Mabilat, *Sociétés commerciales*, t. 1, Dalloz, 1972

R. Mortier, *Le rachat par la société de ses droits sociaux*, Dalloz, 2003

G. Paisant, *Des actions et parts de sociétés dans le droit patrimonial de la famille*, thèse Poitiers, 1978

J.-E.-M. Portalis, *Discours, rapports et travaux inédits sur le Code civil*, Joubert, 1844

R. Savatier, *Les métamorphoses économiques et sociales du droit privé d'aujourd'hui. 3^e série : approfondissement d'un droit renouvelé*, Dalloz, 1959

X. Vuitton, *Stratégie du contentieux*, LexisNexis, 2020

110^{ème} Congrès des notaires de France, *Vie professionnelle et famille, place au contrat (Marseille, 15-18 juin 2014)*, LexisNexis, 1^{ère} éd., 2014

III – Articles et contributions

J. Boucourechliev et N. Huet, « De natura SARL », *Etudes à la mémoire d'Alain Sayag*, Litec, 1997, p. 177

D. Bureau, « L'altération des types sociétaires », *Mélanges offerts à Paul Didier*, Economica, 2008, p. 57

G. Chabot, « Retour sur la distinction du titre et de la finance », *Mélanges en l'honneur du professeur Raymond le Guidec*, LexisNexis, 2014, p. 35

A. Colomer, « Le statut des conjoints d'artisans et de commerçants travaillant dans l'entreprise familiale », *Deffrénois* 1982, art. 32965

M. Cottet, « Le régime patrimonial des droits entrés en communauté », *Mélanges en l'honneur du Professeur Didier R. Martin*, LGDJ, 2015, p. 167

J. Derruppé, « Régime de communauté et droit des sociétés », *JCP G* 1971, I, 2403

J. Derruppé, « Les droits sociaux acquis avec des biens communs selon la loi du 10 juillet 1982 », *Deffrénois* 1983, art. 33053

J. Derruppé, « La nécessaire distinction de la qualité d'associé et des droits sociaux », *JCP N* 1984, I, p. 251

J. Derruppé, « Régimes de communauté et droit des sociétés », *JCP* 1971, I, 2403

F. Drummond et J. Klein, « Pour la création d'un chapitre du code de commerce dédié aux sociétés cotées », *Etudes à la mémoire de Philippe Neau-Leduc*, LGDJ, 2018, p. 427

A. El Mejri, « Les enjeux de la disruption juridique, l'exemple de la société par actions simplifiée », *Lextenso*, 2018

M-A. Frison-Roche, « La distinction entre sociétés cotées et sociétés non cotées », *Mélanges AEDBF-France*, 1997, p. 189

M. Germain, « Les sociétés qui font appel public à l'épargne », *La modernisation du droit des sociétés. Premières réflexions sur le Rapport Marini*, sous la direction de J.-J. Daigre, Joly, 1997, p. 32

Y. Guyon, « Présentation générale de la société par actions simplifiée », *Rev. Sociétés*, 1994, p. 207

Y. Guyon, « L'évolution de l'environnement juridique de la loi du 24 juillet 1996 (aspects de droit interne) », in « Trentième anniversaire de la loi du 24 juillet 1996 sur les sociétés commerciales », *Rev. Sociétés*, 1996, p. 503

J. Honorat, « La situation des actions de sociétés anonymes dans le cadre des régimes matrimoniaux », *Rev. Sociétés*, 1999, p. 577

M.C. Lambert-Pieri, « L'avenir de la distinction du titre et de la finance dans la communauté légale », *Dalloz* 1982, Chron. 65

A. Lambolely, « Entreprise libérale et régimes matrimoniaux, un droit encore incertain », *Mélanges offerts à André Colomer*, Litec, 1993, p. 197

P. Le Cannu, « L'évolution de la loi du 24 juillet 1966 en elle-même », *Rev. Sociétés*, 1996, p. 485

E. Naudin, « Que sont les notions devenues ? Libres propos sur la distinction du titre et de la finance », *Mélanges en l'honneur du Professeur Didier R. Martin*, LGDJ, 2015, p. 467

E. Naudin, « L'époux associé et le régime légal de la communauté réduite aux acquêts », *Mélanges en l'honneur du Professeur Gérard Champenois*, Defrénois, 2012, p. 618

J. Paillusseau, « La nouvelle société par actions simplifiée. Le big-bang du droit des sociétés », *Dalloz*, 1999, p. 333

G. Paisant, « Peut-on abandonner la distinction du titre et de la finance en régime de communauté ? » *JCP N* 1984, I, 19

A. Rabreau, « Plaidoyer pour la suppression de l'article 1832-2 du Code civil », *Mélanges offerts en l'honneur du Professeur Michel Germain*, LGDJ, 2015, p. 697

R. Savatier, « Le statut, en communauté, des parts de sociétés de personnes », *Defrénois*, 1968, art. 29097

Ph. Simler, « La distinction du titre et de la finance justifie-t-elle un pouvoir exclusif de disposition ? », *Mélanges en l'honneur du Professeur Didier R. Martin*, LGDJ, 2015, p. 565

IV – Notes et commentaires de jurisprudence

V. Barabé-Bouchard :

- Cass. 1^{re} civ., 4 juill. 2012, n°11-13.384, « La réaffirmation de la distinction du titre et de la finance appliquée aux parts sociales acquises par un époux pendant le mariage », *D.* 2012, p. 2493

- Cass. 1^{re} civ., 9 nov. 2011, n°10-12.123, « Nullité d'une cession de parts de SCI consentie par l'époux associé marié sous le régime légal », *D.* 2012, p. 483

X

B. Beignier :

- Cass. 1^{re} civ., 16 mai 2000, n° 96-17856, « De la nature des actions au porteur », *Droit de la famille* 2000, p. 19

H. Capitant :

- Paris, 29 juin 1927, *DP* 1927.2, p. 161

J. Casey :

- Cass. 1^{re} civ., 4 juill. 2012, n°11-13.384, « Pas d'attribution des parts sociales au conjoint qui n'est pas associé », *Gaz. Pal.* 2013, p. 20

G. Champenois :

- Cass. 1^{re} civ., 12 juin 2014, n°13-16.309, « Libre déposition des parts sociales par l'époux associé pendant l'indivision post-communautaire », *Defrénois* 2015, p. 680

I. Dauriac :

- Cass. 1^{re} civ., 4 juillet 2012, n°11-13.384, « La nature des parts sociales en régime de communauté : constance ou conservatisme ? », *Rev. Sociétés*, 2012, p. 717

F. Derrida :

-Rennes, 15 mars 1967, *JCP* 1967, II, 15204

J. Derruppé :

- Paris, 20 octobre 1999, n°1999/12862, « Droit de vote attaché aux actions dépendant d'une communauté conjugale », *BMIS* 2000, p. 415

J.-P. Garçon :

- Versailles, 7 déc. 2000, n°99/07846, « La distinction du titre et de la finance appliquée à des actions indivises », *BMIS* 2001, p. 420

C. Goldie-Génicon :

- Cass. 1^{re} civ., 12 juin 2014, n°13-16.309, « La distinction du titre et de la finance soustrait les parts sociales non négociables à l'indivision post-communautaire », *Rev. contrats*, 2014, p. 715

M. Grimaldi :

- Cass. 1^{re} civ., 28 février 1995, n°92-16.794, « Nullité d'une cession de parts sociales constituant des biens communs sans le consentement du conjoint », *D.* 1995, p. 326

J. Laurent :

- Cass. 1^{re} civ., 28 mars 2018, n°17-16.198, « Le sort des dividendes provenant de parts sociales non négociables au cours d'une indivision post-communautaire », *Gaz. Pal.* 2018, p. 54

P. Le Cannu :

- Cass. 1^{re} civ., 9 juill. 1991, n°90-12.503, « Les héritiers de l'épouse commune en biens d'un membre de G.A.E.C. ne recueillent que la valeur des parts et n'ont pas la qualité d'associé », *Deffrénois* 1991, p. 1333

B. Le Galcher-Baron :

- Cass. com., 23 déc. 1957, *D.* 1958, p. 267

R. Mortier :

- Cass. 1^{re} civ., 4 juillet 2012, n°11-13.384, « Le doute est levé : la distinction du titre et de la finance régit les droits sociaux », *Rev. Sociétés*, 2012, p. 20

M. Nast :

- Limoges, 10 oct. 1923, *DP* 1924.2, p. 163

E. Naudin :

- Cass. 1^{re} civ., 4 juillet 2012, n°11-13.384, « Le maintien de la distinction du titre et de la finance appliquée aux parts sociales non négociables », *BMIS* 2012, p. 608

- Cass. 1^{re} civ., 9 nov. 2011, n°10-12.123, « Cession de droits sociaux et régime de la communauté légale », *Rev. sociétés* 2012, p. 223

- Cass. 1^{re} civ., 7 oct. 2015, n°14-22.224, « Cession d'actions et inopposabilité entre époux dans l'indivision post-communautaire », *BMIS* 2016, p. 77

- Cass. 1^{re} civ., 12 juin 2014, n°13-16.309, « La cession de parts sociales durant l'indivision post-communautaire : portée de la distinction du titre et de la finance », *Rev. sociétés* 2014, p. 734

M. Nicod :

- Cass. 1^{re} civ., 28 mars 2018, n°17-16.198, « Parts sociales non négociables : les fruits perçus accroissent l'indivision post-communautaire », *RTD. Civ.* 2018, p. 472

G. Paisant :

- Cass. 1^{re} civ., 9 nov. 2011, n°10-12.123, « La cession des droits sociaux non négociables dépendant de la communauté conjugale », *JCP G* 2012, p. 244

N. Randoux :

- Cass. 1^{re} civ., 22 oct. 2014, n°12-29.265, « La qualité d'associé du conjoint commun en bien », *Defrénois* 2015, p. 21

X. Savatier :

- Cass. 1^{re} civ., 9 juillet 1991, *Defrénois* 1992, p. 236

Ph. Simler :

- Cass. 1^{re} civ., 8 décembre 1987, *JCP G* 1989, II, 21336

B. Vareille :

- Cass. 1^{re} civ., 28 février 1995, n°92-16.794, « Régime communautaire : pouvoirs sur les biens communs, nécessité du consentement du conjoint pour céder des parts sociales non négociables », *RTD Civ.* 1996, p. 462

F. Vauvillé :

- Cass. 1^{re} civ., 4 juillet 2012, n°11-13.384, « Partage des parts sociales acquises pendant la durée du mariage par un époux commun en biens », *RJPF* 2012, p. 33

Table des matières

Avertissement	II
Remerciements	III
Sommaire	IV
Table des abréviations	V
Introduction	1
Remarque préliminaire : droits sociaux et droit des biens	1
I – Les parts sociales tiraillées entre le droit des régimes matrimoniaux et le droit des sociétés	3
II – Quelques pistes de réflexion	5
Première partie – Pour l’abandon de la distinction du titre et de la finance	10
Titre I – Des incertitudes liées aux champs d’application de la distinction...	10
Chapitre I – Le champ d’application général	11
Section I – L’application certaine de la distinction aux sociétés de personnes	12
I – Les sociétés de personnes proprement dites	12
II – Le cas particulier des sociétés à responsabilité limitée	13
A – L’ambivalence de la société à responsabilité limitée	14
B – L’application de la distinction aux sociétés à responsabilité limitée ...	15
Section II – L’application (ou la non-application) incertaine de la distinction aux sociétés de capitaux	16
I – Le principe : la non-application de la distinction aux sociétés de capitaux	16
II – L’exception : l’application de la distinction aux sociétés de capitaux ...	17
III – Tentative de mise en ordre	19
Chapitre II – Le champ d’application affiné	20
Section I – Une application différenciée selon les phases de la vie matrimoniale	21

I – L’application de l’article 1424 du Code civil.....	22
II – Le rejet des règles propres à l’indivision	24
III – Tentative (avortée) de mise en ordre	26
Section II – Une application différenciée au sein d’une même phase de la vie matrimoniale	27
I – Le partage des parts sociales	28
II – Le sort réservé aux fruits de l’indivision post-communautaire.....	29
III – Tentative (avortée) de mise en ordre	30
Titre II – Une distinction en déphasage avec le paysage sociétaire	32
Chapitre I – L’obsolescence de la <i>summa divisio</i> traditionnelle	33
Section I – Le rapprochement des sociétés de personnes et de capitaux.....	34
I – La « capitalisation » des sociétés de personnes.....	34
II – La « personnalisation » des sociétés de capitaux	35
Section II – Le cas particulier de la société par actions simplifiée.....	37
I – La « personnalisation » exacerbée de la SAS.....	37
II – La modification de la pratique sociétaire	40
Chapitre II – L’émergence d’une <i>summa divisio</i> renouvelée	41
Section I – La <i>summa divisio</i> des sociétés cotées et non cotées	42
Section II – L’application concrète de la <i>summa division</i> renouvelée	44
Seconde partie – Pour le recours aux catégories ordinaires.....	47
Titre I – Les vices de la catégorie des biens propres par nature appliquée aux droits sociaux	47
Chapitre I – Une qualification discutable	48
Section I – Une qualification séduisante	48
I – Analyse de l’article 1404 du Code civil	49
II – L’application concevable aux droits sociaux	49
Section II – Une qualification contestable	50
I – L’application incertaine de l’article 1404 du Code civil aux droits sociaux	50

II – Une simplicité illusoire	51
Chapitre II – L’inopportunité du régime	54
Section I – Un régime séduisant	54
I – La prétendue préservation des intérêts personnels de l’époux associé....	54
II – La prétendue préservation des intérêts de la communauté.....	55
Section II – Un régime contestable.....	55
I – La violation de l’esprit communautaire.....	55
II – L’insuffisante protection de la communauté.....	56
A – L’illusion du système des récompenses	56
B – L’inopportunité des règles relatives à l’aliénation	58
Titre II – Les vertus de la catégorie des biens communs appliquée aux droits sociaux	59
Chapitre I – Le choix de la qualification de bien commun ordinaire	60
Section I – La qualification des droits sociaux envisagés en tant que biens ..	60
I – Les arguments textuels	61
A – L’article 1832-2 du Code civil	61
B – L’article 1424 du Code civil.....	62
II – Les arguments jurisprudentiels	62
Section II – L’extra-patrimonialité de la qualité d’associé.....	63
Chapitre II – L’opportunité du régime	64
Section I – Le régime en cours de communauté.....	65
I – Les prérogatives attachées au titre d’associé.....	65
A – Approche abstraite	66
B – Approche concrète.....	67
II – Les prérogatives attachées au bien patrimonial	68
A – La cession.....	68
B – La mise en gage.....	69
Section II – Le régime à la dissolution de la communauté.....	69
I – Le régime général	70
II – La question épineuse du partage	70

A – Des critiques fondées	71
B – Des critiques réfutables	72
Conclusion.....	73
Bibliographie.....	VI
Table des matières	XIII