

**Université Paris II - Panthéon-Assas**

École doctorale de droit privé

Thèse de doctorat en droit soutenue le 15 décembre 2020

**Les époux et l'entreprise**

*Les aspects matrimoniaux*



UNIVERSITÉ PARIS II  
PANTHÉON - ASSAS

**Sonia BLANC**

Sous la direction de **Monsieur Hervé LECUYER**,  
Professeur à l'Université Panthéon-Assas (Paris II)

Membres du jury :

**Madame Manuella BOURASSIN**  
Professeur à l'Université Paris Nanterre

**Monsieur Rémy CABRILLAC**  
Professeur à l'Université de Montpellier

**Madame Anne KARM**  
Professeur à l'Université Paris Dauphine

**Monsieur Christophe VERNIERES**  
Professeur à l'Université Paris I Panthéon-Sorbonne



## *Avertissement*

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans cette thèse ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leur auteur.



## Remerciements

Mes remerciements vifs et sincères vont

À Monsieur le Professeur Hervé LECUYER, pour m'avoir permis de traiter ce sujet passionnant, pour ses conseils avisés, ses encouragements, son soutien et sa bienveillance tout au long de ce travail ;

À Mesdames et Messieurs les Professeurs Manuella BOURASSIN, Rémy CABRILLAC, Anne KARM et Christophe VERNIERES, qui m'ont fait l'honneur d'accepter de siéger dans ce jury ;

À Monsieur le Professeur David ROBINE, à qui je dois ma première expérience d'enseignement, qui a longuement échangé avec moi sur mon sujet de thèse et m'a prodigué de précieux conseils ;

À mes parents, à ma sœur et à Jean pour leur soutien inconditionnel ; à mon oncle et à mes tantes qui m'ont accompagnée tout au long de ce travail ;

À Alexandre VILAY pour ses conseils indispensables, notamment en informatique ;

À ma formidable équipe de relecteurs, Jean-François BLANC, Alain TRANOY et mes collègues et amis du S.D.E.R. de la Cour de cassation : Violette GARNIER, Valentine LAMARQUE et Valentin PINTO.



## Résumé

Le mariage entraîne l'application de règles propres aux époux, tandis que l'activité d'entrepreneur provoque également l'application de règles spécifiques à l'entreprise. La présente étude analyse la situation dans laquelle l'un des époux est entrepreneur, mais aussi la situation dans laquelle le conjoint participe à l'entreprise. Le double statut d'époux et d'entrepreneur est source de complexité, car le droit des régimes matrimoniaux et le droit de l'entreprise ont des logiques et des objectifs différents. Il convient donc de les concilier en sauvegardant à la fois l'intérêt des époux et l'intérêt de l'entreprise. Les deux statuts s'adaptent l'un à l'autre ; cependant cela ne se fait pas sans difficultés. De plus, le mariage crée des liens financiers étroits entre les époux et ce quel que soit leur régime matrimonial. Or, l'activité professionnelle d'au moins un des époux au sein de l'entreprise a nécessairement des conséquences sur le plan financier. L'entreprise peut constituer une source de richesse pour les époux. Pourtant elle représente également un risque. De même, la mésentente conjugale constitue un risque dans la mesure où elle peut mettre l'entreprise en péril et ainsi faire perdre des revenus à l'époux entrepreneur. Les époux trouvent au sein du droit des régimes matrimoniaux et du droit de l'entreprise des mécanismes d'organisation permettant de limiter ces divers risques. Ces mécanismes donnent aux époux la possibilité de concilier le statut d'époux et le statut d'entrepreneur. Toutefois nous montrerons que cette liberté reste encadrée.

Descripteurs : régimes matrimoniaux, époux, conjoint, entreprise, droit des affaires, droit des sociétés, droit rural, droit des entreprises en difficulté, droit des sûretés, collaboration.

## Title and Abstract

### **Spouses and undertaking: matrimonial aspects**

The research analyses the situation in which a spouse is also an entrepreneur, as well as the case in which the other spouse is involved in the business. While marriage leads to the application of specific rules to spouses, working in an undertaking as an entrepreneur also triggers the application of specific legislation. However, matrimonial regimes and business law share different logics and aims. As such, dual status is a source of complexity, and balancing these diverging logics by safeguarding the interest of both the spouses and the undertaking is necessary. The two status can adapt one another; however, this adaptation can give rise to difficulties. Further, marriage generates close financial ties between spouses, regardless of their matrimonial regime. The professional activity of at least one of the spouses in the undertaking necessarily encompasses financial consequences: the undertaking may be a source of wealth for the household, but it also entails certain risks. Likewise, marital disagreement also raises certain risks as it can jeopardise the company's viability and, lead to a loss of income for the entrepreneur. Specific mechanisms are implemented by matrimonial regimes and business law to limit the consequences of such hazard. These mechanisms can be used by spouses to conciliate their dual status, of spouse and of entrepreneur. However, this freedom may be limited.

Keywords: matrimonial regimes, spouses, undertaking, business law, commercial law, rural law, insolvency law, law security, spouses cooperation.



## Principales abréviations

actu	actualisation
aff.	affaire
<i>AJ Fam.</i>	<i>Actualité juridique Famille</i>
al.	alinéa
AN	Assemblée nationale
art.	article
Ass.	Assemblée
Ass. plén.	assemblée plénière de la Cour de cassation
<i>Bull.</i>	Bulletin des arrêts de la Cour de cassation
<i>BJE</i>	<i>Bulletin Joly Entreprises en difficulté</i>
<i>BJS</i>	<i>Bulletin Joly Sociétés</i>
C. ass.	Code des assurances
<i>Cah. dr. entr.</i>	Cahier de droit de l'entreprise
<i>cah. dr. entr. diff.</i>	Cahier droit des entreprises en difficulté
Cass.	arrêt de la Cour de cassation
C. civ.	Code civil
C. com.	Code de commerce
CA	arrêt de la cour d'appel
<i>CCC</i>	<i>Revue Contrats, concurrence, consommation</i>
CE	Conseil d'État
1 <sup>re</sup> civ.	première chambre civile
2 <sup>e</sup> civ.	deuxième chambre civile
3 <sup>e</sup> civ.	troisième chambre civile
CJCE	arrêt de la Cour de Justice des Communautés européennes
CMF	Code monétaire et financier
coll.	collection
comm.	commentaire
Commission CE	Décision de la Commission des Communautés européennes
Cons. conc.	Conseil de la concurrence
Cons. const.	Conseil constitutionnel
CP	Code pénal
CPC	Code de procédure civile
CPP	Code de procédure pénale
Crim.	chambre criminelle
<i>D.</i>	<i>Recueil Dalloz</i>
<i>D. actu</i>	<i>Dalloz actualité</i>
DDHC	Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen
<i>Defrénois</i>	<i>Répertoire du notariat Defrénois</i>
dir.	sous la direction de
<i>Dr. et patr.</i>	<i>Droit et patrimoine</i>
<i>Dr. famille</i>	<i>Droit de la famille</i>
<i>Dr. sociétés</i>	<i>Droit des sociétés</i>
éd.	éditeur, édition
EARL	entreprise agricole à responsabilité limitée

EIRL	entrepreneur individuel à responsabilité limitée
EURL	entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée
Fasc.	fascicule
GAEC	groupement agricole d'exploitation en commun
<i>Gaz. Pal.</i>	<i>Gazette du Palais</i>
GFA	groupement foncier agricole
GFR	groupement foncier rural
GIE	groupement d'intérêt économique
<i>ibid.</i>	<i>ibidem</i> , au même endroit
<i>in</i>	dans
<i>infra</i>	ci-dessous
IR	informations rapides
J.-Cl.	Juris-Classeur (Encyclopédies)
J.-Cl. Com.	Juris-Classeur commercial
J.-Cl. Not. Form.	Juris-Classeur Notarial Formulaire
J.-Cl. rur.	Juris-Classeur rural
<i>JCP E</i>	<i>Juris-Classeur périodique - Édition entreprises et affaires</i>
<i>JCP G</i>	<i>Juris-Classeur périodique - Édition générale</i>
<i>JCP N</i>	<i>Juris-Classeur périodique - Édition notariale et immobilière</i>
<i>JDI</i>	<i>Journal du droit international (Clunet)</i>
JO	Journal officiel
JOCE	Journal officiel des Communautés européennes
<i>LEDC</i>	<i>L'Essentiel du droit des contrats</i>
<i>LEDEN</i>	<i>L'Essentiel du droit des entreprises en difficulté</i>
<i>LEDIU</i>	<i>L'Essentiel du droit de l'immobilier et de l'urbanisme</i>
<i>LEFP</i>	<i>L'Essentiel du droit de la famille et des personnes</i>
<i>LPA</i>	<i>Les Petites affiches</i>
màj	mise à jour
mixte	arrêt d'une chambre mixte de la Cour de cassation
obs.	observations
<i>op. cit.</i>	<i>opere citato</i> , dans l'ouvrage cité
p.	page(s)
précit.	précité
PUAM	Presses universitaires d'Aix-Marseille
PUF	Presses universitaires de France
PULIM	Presses universitaires de Limoges
QPC	question prioritaire de constitutionnalité
<i>RD banc. et fin.</i>	<i>Revue de droit bancaire et financier</i>
<i>RDC</i>	<i>Revue des contrats</i>
<i>RD rur.</i>	<i>Revue de droit rural</i>
Rép. civ. Dalloz	Répertoire de droit civil Dalloz (Encyclopédie)
Rép. com. Dalloz	Répertoire de droit commercial Dalloz (Encyclopédie)
Rép. min.	réponse ministérielle
Rép. sociétés	Répertoire des sociétés Dalloz (Encyclopédie)
Req.	arrêt de la chambre des requêtes de la Cour de cassation
<i>Rev. proc. coll.</i>	<i>Revue des procédures collectives</i>
<i>Rev. sociétés</i>	<i>Revue des sociétés</i>
<i>RJDA</i>	<i>Revue de jurisprudence de droit des affaires</i>

<i>RJPF</i>	<i>Revue juridique personnes et famille</i>
<i>RLDC</i>	<i>Revue Lamy de droit civil</i>
<i>RTD civ.</i>	<i>Revue trimestrielle de droit civil</i>
<i>RTD com.</i>	<i>Revue trimestrielle de droit commercial</i>
<i>RTD eur.</i>	<i>Revue trimestrielle de droit européen</i>
s.	et suivants
SA	société anonyme
SAFER	société d'aménagement foncier et d'établissement rural
SARL	société à responsabilité limitée
SAS	société par actions simplifiée
SASU	société par actions simplifiée unipersonnelle
SCP	société civile professionnelle
SCS	société en commandite simple
SCA	société en commandite par actions
SCI	société civile immobilière
SEL	société d'exercice libéral
SNC	société en nom collectif
soc.	chambre sociale
somm.	sommaire
ss	sous
spéc.	spécialement
<i>supra</i>	ci-dessus
t.	tome
UE	Union européenne
V.	voir



## **Sommaire**

### **PREMIÈRE PARTIE : LES DIFFICULTÉS DE CONGRUENCE ENTRE LE STATUT D'ÉPOUX ET LE STATUT D'ENTREPRENEUR**

#### **TITRE 1 - L'APPLICATION DE RÈGLES GÉNÉRALES DES RÉGIMES MATRIMONIAUX À L'ENTREPRISE**

Chapitre 1 - La qualification des biens de l'entreprise

Chapitre 2 - La gestion des biens de l'entreprise et le droit de poursuite des créanciers professionnels

#### **TITRE 2 - L'ENTREPRISE À L'ORIGINE DE RÈGLES DES RÉGIMES MATRIMONIAUX SPÉCIFIQUES**

Chapitre 1 - L'indépendance des époux à l'origine de règles des régimes matrimoniaux spécifiques à l'entreprise

Chapitre 2 - L'entreprise à l'origine de modifications dans le fonctionnement classique des régimes matrimoniaux

### **DEUXIÈME PARTIE : PRATIQUES CONCILIANTE LE STATUT D'ÉPOUX ET LE STATUT D'ENTREPRENEUR**

#### **TITRE 1 - PRATIQUES ISSUES DU DROIT DES RÉGIMES MATRIMONIAUX ET DU DROIT DE L'ENTREPRISE**

Chapitre 1 - L'utilisation du droit des régimes matrimoniaux et du droit de la famille au profit de l'entreprise

Chapitre 2 - L'utilisation du droit de l'entreprise aux fins de protection des époux

#### **TITRE 2 - PRATIQUES CONCILIAIRES ENCOURAGÉES ET PRATIQUES NON CONCILIAIRES LIMITÉES PAR LE DROIT DE L'ENTREPRISE**

Chapitre 1 - Pratiques non conciliaires limitées par le droit de l'entreprise

Chapitre 2 - Les pratiques conciliaires encouragées par le droit de l'entreprise



## Introduction

---

1. La tautologie « Les affaires sont les affaires » montre bien que le profit est roi et exclut les sentiments et la morale. Ce proverbe sert d'ailleurs de titre à une comédie d'Octave Mirbeau<sup>1</sup>. Cette comédie met en scène Isidore Lechat, un homme d'affaires sans scrupules, qui accroît sa fortune en dépossédant les plus pauvres. Sa fille Germaine refuse d'épouser le riche prétendant qu'il lui destine, car elle est révoltée par les pratiques immorales de son père pour s'enrichir. Elle préfère donc s'enfuir avec son amant, qui n'est qu'un simple employé de son père. Par là même, elle renonce à un luxe blâmable et préfère l'amour, la liberté et l'honnêteté : l'argent peut tout, sauf acheter les sentiments !

Est-il possible de concilier l'amour et les affaires ? Telle est en somme la question qui va nous occuper. Nous avons choisi de nous intéresser plus précisément à la situation des époux vis-à-vis de l'entreprise. Alors que le couple marié est synonyme d'affection et de confiance, l'entreprise renvoie à la réussite, à l'argent, mais aussi au risque. Un entrepreneur peut-il raisonnablement faire le choix de se marier ? Est-il prudent pour le futur conjoint d'accepter ? Inversement, est-il judicieux pour un époux de vouloir devenir entrepreneur ? Quelles sont les conséquences pour son conjoint ? Plus encore, que se passe-t-il lorsque les deux époux collaborent au sein de l'entreprise ? Pour aborder ces différentes questions, il faut bien saisir le sujet et ainsi commencer par en définir les termes.

2. **Définitions.** – Les époux ou conjoints sont deux personnes unies par le mariage. Le nom d'« époux » provient du latin *sponsus*, participe passé substantivé du verbe *spondere*, qui signifie « promettre solennellement ». Quant au nom « conjoint », il provient du verbe latin *conjugere*, « conjoindre, lier ensemble ». Pour Portalis, le mariage est « la société de l'homme et de la femme qui s'unissent pour perpétuer leur espèce ; pour s'aider, par des secours mutuels, à porter le poids de la vie, et pour partager leur commune destinée »<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> Comédie en trois actes d'Octave Mirbeau, représentée pour la première fois à la Comédie-Française en 1903. Consultée sur <https://data.libretheatre.fr/work/4488>.

<sup>2</sup> J.-E.-M. PORTALIS, Discours préliminaire du premier projet de Code civil, 1801.

S'agissant de l'entreprise, on n'en trouve pas de définition dans les textes de droit interne ou de droit de l'Union européenne. Il est donc revenu à la jurisprudence de préciser cette notion et elle l'a fait, en particulier, dans le cadre du droit de la concurrence<sup>3</sup>. Deux critères ont été dégagés par la CJCE : pour être une entreprise, l'entité doit, d'une part, poursuivre une activité économique<sup>4</sup> et, d'autre part, bénéficier d'une certaine autonomie dans la détermination de sa ligne d'action sur le marché. L'Autorité de la concurrence a repris ces deux critères, puisqu'elle définit l'entreprise comme « toute entité économique, autonome, privée ou publique, comprenant un ensemble de moyens matériels et humains concourant à son activité »<sup>5</sup>. Si l'autonomie dans la détermination de la ligne d'action sur le marché paraît propre au droit de la concurrence, ce critère peut être retenu dans une définition générale de l'entreprise.

**3. Application de la notion d'entreprise.** – L'agriculture, l'élevage et la vente de leurs produits figurent au nombre des activités économiques<sup>6</sup>, tout comme la vente de biens fabriqués artisanalement ou produits de façon industrielle. Les services d'assurance constituent également une activité économique<sup>7</sup>. Certains professionnels libéraux ont été reconnus comme entreprises par la jurisprudence. Tel est le cas des avocats<sup>8</sup>, des médecins<sup>9</sup> et des architectes<sup>10</sup>. De plus, au sens du contrôle des structures, l'exploitation agricole est définie comme « l'ensemble des unités de production mises en valeur, directement ou

---

<sup>3</sup> V. *Mémento Concurrence, consommation* 2020, Francis Lefebvre, 2019, n° 18110.

<sup>4</sup> CJCE, 23 avr. 1991, *Höfner et Elser*, aff. C-41/90, Rec. I. 1979, RJS 7/91, n° 908 : *JDI* 1992, 467, obs. M.-A. HERMITTE.

<sup>5</sup> Cons. conc., 29 nov. 2011, n° 95-D-76, *Grands travaux dans le secteur du génie civil*.

<sup>6</sup> Tribunal de Première Instance de l'UE, 2 juill. 1992, *Dansk Pelsdyravlerforening*, aff. T-61/89, Rec. II. 1931 : *Europe* 1992, n° 329, note L. IDOT ; *JDI* 1993, 434, obs. M.-A. HERMITTE ; *RTD com.* 1993, 430, obs. C. BOLZE ; *RTD eur.* 1995, 39, obs. J.-B. B. et L. I. – CJCE, 18 déc. 2008, *Coop de France bétail et viande/Commission*, aff. jointes C-101/07 P et C-110/07 P, Rec. I. 10193 : *Concurrences* 2009/1, 105, obs. M. DEBROUX et 187, obs. A. MAITREPIERRE ; *CCC* 2009, n° 53, note G. DECOCQ ; *Europe* 2009, n° 94, note L. IDOT.

<sup>7</sup> Commission CE n° 92/96, 14 janv. 1992, JOCE, n° L 37, 14 févr., *Assurpol*. – Commission CE n° 93/3, 4 déc. 1992, JOCE, n° L 4, 8 janv. 1993, *Lloyd's Underwriters' Association*,

<sup>8</sup> CJCE, 19 févr. 2002, *Wouters*, aff. 309/99. – CA Paris, 6 juin 2013, *Le Gefil*, n° 12/02945 : *CCC* 2013 comm. n° 219 obs. G. DECOCQ.

<sup>9</sup> CJCE, 12 sept. 2000, *Pavlov E.A.*, aff. jointes C-180/98 à C-184/98, Rec. I. 6451, point 75.

<sup>10</sup> CJCE, 29 nov. 2001, *Conte*, aff. C-221/99, Rec. I. 9359 : *CCC* 2002, n° 33, note S. PERUZZETTO ; *Europe* 2002, n° 23, note L. IDOT ; *RTD eur.* 2002, 108, obs. L. IDOT. – Commission CE 24 juin 2004, *Ordre des architectes belges*, JOUE 2005 L 4 p. 10.

indirectement, par la même personne, quels qu'en soient le statut, la forme ou le mode d'organisation juridique, dont les activités sont mentionnées à l'article L. 311-1 [du Code rural] »<sup>11</sup>. Ce dernier article dresse la liste des activités réputées agricoles. La définition de l'exploitation agricole permet parfaitement de faire entrer celle-ci dans l'ensemble plus vaste de l'entreprise. Pourtant, historiquement, on utilisait le terme d'« exploitation » et non d'« entreprise », celle-ci faisant davantage référence au secteur commercial.

**4. Annonce du plan de l'introduction.** – Les épouses se sont rapidement révélées être les mieux placées pour assister leurs maris, qu'ils soient marchands ou agriculteurs (I). Ce constat montre bien l'intérêt présenté par l'étude de la situation des époux par rapport à l'entreprise<sup>12</sup>. L'époux entrepreneur est soumis, tout d'abord, aux règles qui découlent du mariage. Ce dernier peut apparaître, au premier abord, comme une union sentimentale ; mais il se traduit surtout, pour ce qui nous intéresse, par une union patrimoniale, qui engendre des effets propres par rapport au concubinage et au PACS (II). L'époux entrepreneur est également soumis aux règles applicables à l'entreprise. Celle-ci possède son propre fonctionnement ainsi qu'un droit spécifique (III). Lorsque l'époux est entrepreneur, l'enjeu réside dans l'articulation de sa qualité d'époux et de sa qualité d'entrepreneur. Le conjoint n'est pas pour autant oublié, car la qualité d'entrepreneur de son époux a nécessairement des répercussions sur lui, quel que soit son rôle ou son absence de rôle au sein de l'entreprise (IV).

## I - L'importance historique de l'épouse au sein de l'entreprise

**5. La dépendance de la femme mariée à l'égard de son époux.** – Les femmes sont longtemps restées dans l'ombre de leurs époux et soumises à leur autorité. Sous l'Ancien droit français, la femme célibataire a, à partir de sa majorité, la pleine capacité juridique ; cependant elle la perd en se mariant. Au nord et au centre de la France, dans les pays de coutume, qui connaissent le plus souvent un régime matrimonial communautaire, la

---

<sup>11</sup> Art. L. 331-1-1 C. rur.

<sup>12</sup> Cette expression de « situation des époux par rapport à l'entreprise » peut sembler maladroite ; cependant elle est fidèle à notre pensée, dans la mesure où elle permet d'englober la situation dans laquelle un seul des époux est investi dans l'entreprise et celle dans laquelle les deux époux le sont.

femme mariée est frappée d'une incapacité patrimoniale. Le mari a un pouvoir exclusif de gestion des biens communs. L'épouse ne peut accomplir d'actes de disposition, y compris sur ses biens propres, sans son autorisation. Au sud, dans les pays de droit écrit, les époux sont soumis au régime dotal. Le mari a l'administration des biens dotaux, tandis que la femme conserve l'administration des biens extra-dotaux. Toutefois, en pratique, des clauses restrictives du contrat de mariage diminuent le pouvoir de la femme sur ces derniers biens.

Le Code civil se montre conservateur en la matière : le mari doit protection à sa femme ; celle-ci lui doit obéissance<sup>13</sup>. Elle est obligée d'habiter avec lui et de le suivre partout où il réside<sup>14</sup>. La femme mariée est frappée d'une incapacité comme les mineurs et les personnes non saines d'esprit<sup>15</sup>. Quel que soit son régime matrimonial, elle « ne peut donner, aliéner, hypothéquer, acquérir, à titre gratuit ou onéreux, sans le concours du mari dans l'acte, ou son consentement par écrit »<sup>16</sup>. Sous le régime matrimonial légal, elle ne peut s'obliger ni engager les biens communs sans l'autorisation de son mari<sup>17</sup>. Sans celle-ci, il lui est impossible d'agir en justice<sup>18</sup>. En plus d'être juridiquement étroitement dépendante de son mari, l'épouse est totalement soumise à son autorité. Il en résulte qu'elle apparaît davantage susceptible de l'assister que d'exercer une activité professionnelle de son côté.

**6. Le rôle de l'épouse dans le commerce.** – Au Moyen-Âge comme sous l'Ancien-Régime, l'épouse s'avère très présente dans le commerce<sup>19</sup>. Elle apparaît principalement comme une collaboratrice de son mari : elle « s'occupe de vendre, de tenir les comptes et de recouvrer les impayés auprès des clients »<sup>20</sup>. Le mari possède les compétences techniques, tandis que l'épouse détient les compétences managériales<sup>21</sup>. Elle

---

<sup>13</sup> Art. 213 C. civ. dans son ancienne rédaction.

<sup>14</sup> Art. 214 C. civ. dans son ancienne rédaction.

<sup>15</sup> Art. 1124 C. civ. dans son ancienne rédaction.

<sup>16</sup> Art. 217 C. civ. dans son ancienne rédaction.

<sup>17</sup> Art. 1419 C. civ. dans son ancienne rédaction.

<sup>18</sup> Art. 215 C. civ. dans son ancienne rédaction.

<sup>19</sup> V. M. BONNAUD, « La femme à la fin du Moyen Âge au croisement des sources juridiques (registres d'audience) et narratives (farces) », *Miscellanea Juslittera*, n° 2, 2017.

<sup>20</sup> P. LABARDIN et P. ROBIC, « Épouses et petites entreprises, Permanence du XVIII<sup>e</sup> au XX<sup>e</sup> siècle », *Revue française de gestion*, 2008, n° 188-189, p. 97, consulté en ligne sur <https://www.cairn.info/revue-francaise-de-gestion-2008-8-page-97.htm#pa41>, n° 48.

<sup>21</sup> *Ibid.*

reste toutefois entièrement subordonnée à son mari. Elle est « invisible au regard de la loi, sans aucun statut ni salaire »<sup>22</sup>. La femme mariée est plus rarement à la tête de sa propre affaire<sup>23</sup>. Son incapacité l'empêchant notamment d'agir en justice, elle reste sous la dépendance de son mari. En revanche, au décès de celui-ci, la veuve retrouve la pleine capacité et elle est souvent amenée à poursuivre le commerce qu'il exploitait<sup>24</sup>. Lorsque la femme est la collaboratrice de son époux, le Code civil n'opère pas de changement. Il en va autrement dans le cas où la femme est à la tête de son propre commerce. En sa qualité de marchande publique<sup>25</sup>, elle peut s'obliger pour ce qui concerne son commerce<sup>26</sup> sans l'autorisation de son époux et, dans ce cas, elle engage les biens communs si les époux sont mariés sous le régime de la communauté. Ainsi, l'exercice du commerce a pu jouer un rôle dans l'émancipation de la femme mariée. Si l'épouse marchande publique gagne en indépendance, elle ne peut cependant exercer cette profession, non plus que n'importe quelle autre, sans le consentement de son mari.

**7. Le rôle de l'épouse dans l'exploitation agricole.** – Déjà au VII<sup>e</sup> siècle avant J.-C. il se disait qu'un agriculteur devait avoir « un bon bœuf et une femme ». Au Moyen-Âge, les époux et leurs enfants vivent sous le même toit et tous les biens font l'objet d'une propriété collective. En plus des tâches domestiques et de l'éducation des enfants, l'épouse participe aux travaux des champs, surtout lors des périodes les plus chargées : en juillet, la moisson ; l'été, la cueillette des fruits et en septembre, les vendanges. Les enfants apportent également leur aide à leur père, chef de l'exploitation. Comme l'écrit le Professeur Jean Foyer, les époux et leurs enfants sont, inconsciemment, les membres de véritables sociétés créées de fait ; « mais ils ne voient pas l'intérêt de la création d'une société »<sup>27</sup>. Cette configuration se poursuit sous l'Ancien-Régime. Il ne semble pas que l'épouse ait pu être

---

<sup>22</sup> *Id.*, n° 9.

<sup>23</sup> V. Ch. DOUSSET, « Commerce et travail des femmes à l'époque moderne en France », Journée d'étude sur « Nouvelles approches historiques du travail », Framespa, équipe production, 14 avril 2005, consulté en ligne sur <https://journals.openedition.org/framespa/57>, n° 43.

<sup>24</sup> V. P. LABARDIN et P. ROBIC, « Épouses et petites entreprises, Permanence du XVIII<sup>e</sup> au XX<sup>e</sup> siècle », *op. cit.*, n° 66, qui évoque la mention des veuves dans les faillites.

<sup>25</sup> L'épouse n'était pas réputée marchande publique lorsqu'elle ne faisait que détailler les marchandises de son mari, art. 220, al. 2 C. civ. dans son ancienne rédaction.

<sup>26</sup> Art. 220 al. 1<sup>er</sup> ancien C. civ. dans son ancienne rédaction.

<sup>27</sup> J. FOYER, « Introduction au droit des sociétés agricoles », *RD rur.* n° 364, juin 2008, dossier 23, n° 1.

elle-même à la tête d'une exploitation agricole. Cependant il n'est pas rare que la veuve reprenne l'exploitation au décès de son mari<sup>28</sup>. Contrairement à la femme marchande publique qui fait l'objet de dispositions particulières au sein du Code civil de 1804, la femme agricultrice ne reçoit aucun traitement dérogatoire au droit commun : elle n'existe que dans l'ombre de son mari. Il en est ainsi jusqu'à la Première Guerre mondiale. La guerre change la donne : les épouses doivent remplacer leurs maris partis sur le champ de bataille. Le rôle qu'elles jouent à cette période-là dans la société et dans l'économie leur permet de s'affirmer socialement<sup>29</sup> et notamment dans leur rôle au sein de l'entreprise.

**8. L'émancipation de la femme.** – La loi du 13 juillet 1907<sup>30</sup> a permis à l'épouse exerçant une profession séparée d'administrer et de disposer des biens acquis au moyen des gains et salaires, lesdits biens étant qualifiés de « réservés ». On a assisté à la création d'une catégorie de biens communs gérés par la femme. La loi du 13 juillet 1965<sup>31</sup>, issue d'une réforme conduite par le Doyen Jean Carbonnier, confère à la femme la liberté professionnelle et lui donne le droit, pour les besoins de cette profession, d'aliéner et d'obliger seule ses biens propres. Ni l'autorité du mari ni l'incapacité juridique ne s'opposent plus à ce que l'épouse soit à la tête de sa propre entreprise ou exerce une activité professionnelle salariée tandis que son mari gère l'entreprise. Pour autant, la collaboration des époux au sein de l'entreprise reste une pratique habituelle.

**9.** A travers ces brèves observations historiques, nous avons pu constater que l'époux entrepreneur est soumis au droit des régimes matrimoniaux en raison de sa qualité d'époux, mais il se voit également appliquer des règles des régimes matrimoniaux propres à l'entreprise en raison de sa qualité d'entrepreneur. Lorsque l'un des époux est entrepreneur ou lorsque les deux époux collaborent à l'entreprise, la qualité d'époux se superpose à la qualité d'entrepreneur. Pour être en mesure d'étudier la situation des époux par rapport à l'entreprise, il importe de bien comprendre ce que chacune de ces qualités implique et, de

---

<sup>28</sup> Ch. DOUSSET, « Commerce et travail des femmes à l'époque moderne en France », *op. cit.*, n° 20.

<sup>29</sup> V. J. FOYER, J.-Cl. rur., *Agriculture*, fasc. 130, *Le droit rural classique*, n° 160.

<sup>30</sup> Loi du 13 juillet 1907 libre salaire et contribution des époux aux charges du ménage.

<sup>31</sup> Loi n° 65-570 du 13 juillet 1965 portant réforme des régimes matrimoniaux, modifiant l'art. 223 C. civ. dans son ancienne rédaction.

surcroît, il faut garder à l'esprit que cette situation évolue au rythme des transformations qui affectent le mariage et l'entreprise.

## II - Le mariage, une union patrimoniale aux effets spécifiques

**10. Le mariage comme union patrimoniale, les régimes matrimoniaux.** – La plupart des époux se marient parce qu'ils ressentent de l'affection l'un envers l'autre ; ils vivent sous le même toit, ont des relations sexuelles et élèvent ensemble leurs enfants. Cependant le mariage ne se résume pas à une union sentimentale : il constitue également une union patrimoniale, et ce depuis toujours. Le régime matrimonial est défini par le Doyen Cornu comme « l'ensemble des règles d'ordre patrimonial qui régissent, au cours et à la dissolution du mariage, les biens des époux, quant à la propriété, la disposition, l'administration et la jouissance ; et toutes les questions pécuniaires du ménage, tant dans les rapports entre époux que dans les relations de ceux-ci avec les tiers »<sup>32</sup>. À l'image des rapports inégalitaires entre les hommes et les femmes, les régimes matrimoniaux ont pendant longtemps été dominés par le mari. La loi du 13 juillet 1965<sup>33</sup> a quelque peu réduit cette domination maritale, puis l'égalité parfaite a été réalisée par la loi du 23 décembre 1985<sup>34</sup>. Certaines règles sont générales : elles s'appliquent à tous les époux. On parle de « régime primaire impératif ». Ce régime de base est complété par un « régime matrimonial secondaire »<sup>35</sup>, qui varie selon le choix opéré par les époux. Les règles du régime primaire figurent aux articles 214 à 226 du Code civil. De nombreuses dispositions concernent l'indépendance de gestion de chacun des époux<sup>36</sup> et trouvent à s'appliquer dans le cadre de l'entreprise.

La seule lecture des règles du régime primaire montre l'importance des liens patrimoniaux créés entre les époux par le mariage. À défaut de conventions matrimoniales

---

<sup>32</sup> ASSOCIATION HENRI CAPITANT, G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, 13<sup>e</sup> éd., PUF, coll. Quadrige, 2019, p. 871.

<sup>33</sup> Loi n° 65-570 du 13 juillet 1965 portant réforme des régimes matrimoniaux.

<sup>34</sup> Loi n° 85-1372 du 23 décembre 1985 relative à l'égalité des époux dans les régimes matrimoniaux et des parents dans la gestion des biens des enfants mineurs.

<sup>35</sup> Fr. TERRE et Ph. SIMLER, *Régimes matrimoniaux et statut patrimonial des couples non mariés*, *op. cit.*, n° 33.

<sup>36</sup> Art. 220 à 225 C. civ.

réglant la contribution des époux aux charges du mariage, l'article 214 du Code civil prévoit qu'ils y contribuent à proportion de leurs facultés respectives. Ces charges comprennent les dépenses nécessaires, telles que « les dépenses de nourriture, de logement, de vêtements des époux et des enfants »<sup>37</sup> ; mais elles incluent également les dépenses « ayant pour objet l'agrément de la vie ou l'aménagement de son cadre »<sup>38</sup>, comme les frais de vacances ou de loisirs. L'époux le plus fortuné des deux fait nécessairement bénéficier son conjoint de sa fortune et il élève ainsi son niveau de vie. Si l'entreprise de l'un des époux rencontre un vif succès, son conjoint bénéficiera assurément de son enrichissement.

Le régime matrimonial secondaire choisi par les époux accroît ou laisse tels quels les liens patrimoniaux créés entre les époux par le régime primaire. Lorsque les époux ne concluent pas de contrat de mariage préalablement à la célébration de l'union, on considère qu'ils se marient sous le régime de la communauté de biens réduite aux acquêts, qui se trouve être le régime légal. Il s'agit d'un « choix par défaut » dont les époux ont rarement conscience. Pour adopter un régime autre que le régime légal, ils doivent signer un contrat de mariage devant un notaire préalablement au mariage. Pendant la durée de celui-ci, il est également possible de changer de régime matrimonial à condition de respecter certaines formalités<sup>39</sup>. Des modèles de régimes conventionnels sont proposés par le Code civil<sup>40</sup>. Les époux pourraient également faire preuve d'imagination et créer de toutes pièces leur propre régime matrimonial. La solution la plus courante et la plus prudente reste de choisir un des modèles et de l'aménager afin de l'adapter à ses besoins. Le régime de communauté conventionnelle permet aux époux de modifier la communauté légale<sup>41</sup> tout en conservant un esprit globalement communautaire. L'article 1497 du Code civil énumère quelques aménagements possibles : ils peuvent porter notamment sur la composition de l'actif de la communauté. L'esprit communautaire poussé à l'extrême amène à établir une communauté universelle de tous les biens meubles et immeubles, présents et à venir des époux<sup>42</sup>. Les

---

<sup>37</sup> Fr. TERRE et Ph. SIMLER, *Régimes matrimoniaux et statut patrimonial des couples non mariés*, 8<sup>e</sup> éd., Dalloz, coll. Précis, 2019, n° 39.

<sup>38</sup> *Ibid.*

<sup>39</sup> v. *infra* § n° 255.

<sup>40</sup> Art. 1393, al. 1<sup>er</sup>, C. civ.

<sup>41</sup> Dans certaines limites, v. art. 1497 C. civ.

<sup>42</sup> Art. 1526 C. civ.

aménagements peuvent également concerner l'administration de la communauté ainsi que la liquidation et le partage des biens communs.

À l'opposé des régimes communautaires, qui tendent à un partage des richesses entre les époux, se trouve le régime de la séparation de biens<sup>43</sup>, qui répond à des préoccupations plus individualistes, telles que l'indépendance. Sous ce régime, les biens restent la propriété de l'un ou l'autre des époux. On parle de séparation de biens « pure et simple ». Il est néanmoins possible d'infléchir le caractère individualiste de ce régime en constituant une société d'acquêts soumise aux règles de la communauté. Même si le régime de séparation de biens n'a ni pour objet ni pour effet un partage des richesses entre les époux, l'époux qui serait défavorisé par rapport à l'autre bénéficierait de la fortune de celui-ci et verrait ainsi son train de vie augmenter. En cas de divorce, la prestation compensatoire est d'ailleurs souvent accordée sous le régime de la séparation de biens à l'époux le moins fortuné, car le partage des biens à la dissolution du régime ne permet pas un rééquilibrage comme en régime de communauté. La prestation compensatoire vise précisément à effacer le déséquilibre financier causé par le divorce dans les conditions de vie de l'ex-conjoint<sup>44</sup>. Les liens financiers s'avèrent donc importants entre les époux, même séparés de biens. Enfin, le régime de la participation aux acquêts<sup>45</sup> constitue un régime hybride, dans la mesure où pendant la durée du mariage, tout se déroule comme si les époux étaient séparés de biens, et à la dissolution du régime, on assiste à un partage des richesses, comme sous le régime de la communauté. Les époux devront se renseigner préalablement au mariage afin de déterminer quel régime matrimonial s'avère le plus adapté à leur situation, suivant qu'un époux est entrepreneur ou que tous deux participent ensemble à l'entreprise, et suivant leur conception du mariage.

Le régime matrimonial ne régit pas uniquement les rapports patrimoniaux entre les époux ; il régit également les rapports entre les époux et les tiers. Il détermine le droit de poursuite des créanciers sur les biens des époux. Par conséquent, le choix du régime matrimonial ne doit pas seulement être guidé par les préoccupations de partage – ou non – des richesses entre époux et d'indépendance. Le régime doit être choisi en fonction de la

---

<sup>43</sup> Art. 1536 et s. C. civ.

<sup>44</sup> Art. 270 C. civ.

<sup>45</sup> Art. 1569 et s. C. civ.

nécessité de protéger le conjoint des créanciers de l'autre époux. Cette façon de procéder est encore plus vraie lorsque ce dernier exerce une profession susceptible de générer des dettes importantes comme, précisément, la profession d'entrepreneur.

**11. Le divorce et ses conséquences pécuniaires.** – Le fait de se séparer, le « démariage », doit être abordé parallèlement au mariage. Rejeté par l'Église au Moyen-Âge, supplanté sous l'Ancien-Régime par la séparation de corps et la séparation d'habitation, le divorce est autorisé très largement à la Révolution<sup>46</sup>. Le Code civil de 1804 se montre réactionnaire : il réduit de beaucoup les cas de divorce ainsi que les motifs. On parle de « divorce-sanction ». La Restauration, qui consiste en un retour à la monarchie, entraîne sans surprise la suppression du divorce<sup>47</sup>, qualifié de « poison révolutionnaire ». Le rétablissement du divorce n'a lieu que sous la Troisième République avec la loi Naquet du 27 juillet 1884. Le divorce n'est autorisé que restrictivement. Le divorce par consentement mutuel refait seulement son apparition avec la loi du 11 juillet 1975<sup>48</sup>, qui réforme les cas de divorce. Au travers de la réforme de 2004, le législateur a eu deux objectifs : simplifier les procédures de divorce tout en maintenant leur caractère judiciaire et pacifier les relations entre les époux dans le cadre du divorce. La loi du 26 mai 2004<sup>49</sup> assouplit les conditions du divorce. De nombreuses passerelles permettent de faire évoluer un divorce contentieux vers un divorce par consentement mutuel<sup>50</sup>.

La loi du 18 novembre 2016 de modernisation de la Justice du XXI<sup>e</sup> siècle<sup>51</sup> a opéré des changements importants dans le divorce par consentement mutuel en ce qu'elle évince le juge à certaines conditions<sup>52</sup>. Le divorce par consentement mutuel judiciaire demeure applicable dans les cas où le divorce par consentement mutuel purement conventionnel ne peut avoir lieu. Pour ce nouveau divorce « sans juge », les époux constatent leur accord sur la rupture du mariage et ses conséquences personnelles et patrimoniales dans une convention

---

<sup>46</sup> Loi du 20 septembre 1792 autorisant le divorce.

<sup>47</sup> Loi dite Bonald du 8 mai 1816.

<sup>48</sup> Loi n° 75-617 du 11 juillet 1975 portant réforme du divorce.

<sup>49</sup> Loi n° 2004-439 du 26 mai 2004 relative au divorce.

<sup>50</sup> Art. 247 C. civ.

<sup>51</sup> Loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la Justice du XXI<sup>e</sup> siècle.

<sup>52</sup> Art. L. 229-2 C. civ.

prenant la forme d'un acte sous signature privée contresigné par leurs avocats<sup>53</sup>. Le notaire vérifie que la convention remplit les exigences de forme, puis il la dépose au rang de ses minutes<sup>54</sup>. La déjudiciarisation passe par une contractualisation du divorce.

La question des conséquences pécuniaires du divorce s'avère primordiale. Jusqu'au XXI<sup>e</sup> siècle, ces conséquences sont étroitement liées à l'attribution des torts. Par exemple, sous la loi du 11 juillet 1975<sup>55</sup>, l'époux fautif perd toutes les donations et tous les avantages matrimoniaux que son conjoint lui avait consentis, soit lors du mariage, soit après ; tandis que l'autre époux conserve les donations et avantages qui lui avaient été consentis<sup>56</sup>. S'agissant de la prestation compensatoire, le juge peut obliger l'un des époux à la verser à l'autre. Elle est « destinée à compenser, autant qu'il est possible, la disparité que la rupture du mariage crée dans les conditions de vie respectives »<sup>57</sup>. Lorsque le divorce est prononcé aux torts exclusifs d'un époux, il se trouve en principe privé de prestation compensatoire<sup>58</sup>.

Toujours dans un esprit de pacification, la loi de 2004 a dissocié les conséquences pécuniaires du divorce de l'attribution des torts. Le maintien ou la suppression des avantages matrimoniaux ne dépend plus que de leur prise d'effet et éventuellement de la volonté des époux<sup>59</sup>. L'époux fautif peut même en principe obtenir une prestation compensatoire<sup>60</sup>. La loi du 26 mai 2004 incite les époux à la négociation : ils peuvent, pendant la procédure, conclure des conventions réglant les conséquences du divorce et les soumettre à l'homologation du juge, qui vérifie que les intérêts de chacun des époux et des enfants sont préservés<sup>61</sup>.

En assouplissant les conditions du divorce, la loi de 1975 a fait augmenter le nombre de divorces. On comptait vingt divorces pour cent mariages en 1977 ; trente pour cent en 1985 et quarante en 2003. Au vu de ces statistiques, en se mariant, l'entrepreneur doit avoir à l'esprit qu'il sera peut-être, comme n'importe quel époux, confronté au divorce. Ce dernier

---

<sup>53</sup> Art. 229-1 C. civ.

<sup>54</sup> Art. 229-1 C. civ.

<sup>55</sup> Loi n° 75-617 du 11 juillet 1975 portant réforme du divorce.

<sup>56</sup> Art. 267 C. civ. dans son ancienne rédaction.

<sup>57</sup> Art. 270 C. civ. dans son ancienne rédaction.

<sup>58</sup> Art. 280-1 C. civ. dans son ancienne rédaction.

<sup>59</sup> Art. 265 C. civ.

<sup>60</sup> Les conditions sont énoncées à l'art. 271 C. civ.

<sup>61</sup> Art. 268 C. civ.

ayant des conséquences pécuniaires, il est susceptible de perturber l'entreprise. De plus, dans le cas où les époux collaborent à l'exploitation, le divorce peut également marquer la fin d'un partenariat professionnel fructueux et être de nature à déstabiliser l'entreprise.

**12. La forte concurrence des autres formes d'unions et l'ouverture du mariage aux personnes de même sexe.** – Pendant longtemps, le mariage a été exclusivement religieux et, plus particulièrement, catholique. Unissant un homme et une femme exclusivement, sa finalité première était la procréation. Pendant la Révolution, le mariage civil a été instauré<sup>62</sup>, le seul désormais à produire des effets légaux. En 1972, 417 000 mariages étaient célébrés. En 2019, on en dénombre 227 000<sup>63</sup>. La part croissante des enfants nés hors mariage, qui atteint 60 %<sup>64</sup>, montre la très forte concurrence des modes de conjugalité autres que le mariage. Celui-ci n'est plus vu comme le cadre idéal ni même principal pour la procréation. Grâce à l'usage de contraceptifs<sup>65</sup>, les femmes peuvent choisir de procréer ou non. En outre, la libération des mœurs a permis au concubinage de devenir très fréquent. Le législateur s'est tenu pendant longtemps aux mots de Napoléon Bonaparte : « Les concubins ignorent la loi, la loi ignore les concubins ». Ces derniers n'ayant pas souhaité adopter le mariage et ses règles, ils ne pouvaient, par la suite, se plaindre des règles de droit commun qui leur étaient applicables. Pourtant, la loi du 15 novembre 1999 a introduit dans le Code civil un article 515-8, aux termes duquel « Le concubinage est une union de fait, caractérisée par une vie commune présentant un caractère de stabilité et de continuité, entre deux personnes, de sexe différent ou de même sexe, qui vivent en couple ».

De plus, le PACS, institué par la loi du 15 novembre 1999<sup>66</sup>, est « un contrat conclu par deux personnes physiques majeures, de sexe différent ou de même sexe, pour organiser leur vie commune »<sup>67</sup>. Initialement conçu pour proposer un statut juridique aux couples homosexuels qui, à l'époque, ne pouvaient pas se marier, le PACS a été adopté par les couples hétérosexuels. En 2018, on dénombre 200 282 PACS conclus entre des personnes

---

<sup>62</sup> Loi du 20 septembre 1792 instaurant le mariage civil.

<sup>63</sup> dont 6 000 mariages de personnes de même sexe. Source : chiffres INSEE, bilan démographique.

<sup>64</sup> 60,4 % pour l'année 2018. Source : chiffres INSEE, bilan démographique.

<sup>65</sup> Ils ont été autorisés par la loi dite Neuwirth du 19 décembre 1967.

<sup>66</sup> Loi n° 99-944 du 15 novembre 1999 relative au PACS.

<sup>67</sup> Art. 515-1 C. civ.

de sexe différent, contre 8 589 PACS conclus entre des personnes de même sexe<sup>68</sup>. Le PACS institue un « régime patrimonial primaire »<sup>69</sup>. La question de l'extension aux concubins et aux partenaires de PACS de dispositions applicables aux époux se pose, y compris dans le cadre de l'entreprise. La loi du 17 mai 2013<sup>70</sup> dite « loi sur le mariage pour tous » a ouvert le mariage aux couples de personnes de même sexe. La famille a ainsi été transformée en profondeur. Comme l'a, très justement, observé la Cour européenne des Droits de l'Homme, « l'institution de la famille n'est pas figée, que ce soit sur le plan historique, sociologique ou encore juridique »<sup>71</sup>.

**13.** Le futur entrepreneur qui est en même temps engagé dans une relation affective doit déterminer s'il souhaite rester en concubinage, contracter un PACS ou se marier. Dans le cas où il choisirait la troisième branche de l'option, il est important d'une part, de bien avoir connaissance des règles du régime primaire et de réfléchir au régime matrimonial le plus adapté pour l'exercice de son activité professionnelle, d'autre part, de ne pas oublier qu'un divorce peut toujours survenir. Le futur entrepreneur a également des choix importants à faire s'agissant de ce qui sera son entreprise.

### **III - L'entreprise soumise à un fonctionnement et à un droit spécifiques**

**14. Pluralité de règles applicables à l'entreprise.** – Parmi ces règles, certaines exercent une influence sur la situation juridique de l'époux. Il semble donc important de les présenter brièvement. La structure de l'entreprise obéit à des règles de fonctionnement propres auxquelles l'entrepreneur doit se soumettre. Une pluralité de structures est envisageable (a). De plus, l'entrepreneur doit se plier à d'autres règles issues du droit de l'entreprise, lui-même composé de plusieurs branches du droit (b).

---

<sup>68</sup> Source : chiffres INSEE, bilan démographique.

<sup>69</sup> Fr. TERRE et Ph. SIMLER, *Régimes matrimoniaux et statut patrimonial des couples non mariés*, op. cit., n° 878.

<sup>70</sup> Loi n° 2013-404 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe.

<sup>71</sup> CEDH, 1<sup>er</sup> févr. 2000, *Mazurek* : LPA 21 juill. 2000, p. 20, note M. CANAPLE ; *RTD civ.* 2000, p. 311, obs. J. HAUSER ; *Deffrénois* 2000, p. 654, obs. J. MASSIP ; *JCP G* 2000, II, 10286, note A. GOUTTENOIRE-CORNUT et F. SUDRE ; *RJPF*, mars 2000, p. 24, obs. J. CASEY, *RTD civ.* 2000. 612, obs. J. PATARIN ; *JCP N* 2001. 245, obs. R. LE GUIDEC ; *D.* 2000, p. 332, note J. THIERRY, cons. 52.

## **a - Les structures de l'entreprise, une grande diversité**

**15. L'entreprise individuelle.** – En vertu de la théorie de l'unicité du patrimoine développée par Aubry et Rau au XIXe siècle<sup>72</sup>, le patrimoine est une émanation de la personnalité. Ainsi, toute personne en possède un, mais un seul. Le patrimoine constitue une universalité, dans la mesure où l'ensemble de l'actif répond de l'ensemble des dettes. Par ses actes, quels qu'ils soient, la personne engage son patrimoine. Aussi, l'article 2284 du Code civil dispose : « Quiconque s'est<sup>73</sup> obligé personnellement, est tenu de remplir son engagement sur tous ses biens mobiliers et immobiliers, présents et à venir ». On parle du « droit de gage général » que le créancier possède sur les biens du débiteur. Toute personne physique peut en principe entreprendre une activité commerciale, artisanale ou agricole. Logiquement, le patrimoine de cette personne répond des dettes nées de l'exercice de cette activité. On a là une entreprise individuelle. Pendant longtemps, l'entreprise individuelle a été la structure la plus courante, ce qui n'empêchait pas l'épouse d'assister son mari entrepreneur.

**16. La société.** – Elle naît de la volonté de « 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 »<sup>74</sup>. Pendant longtemps, les époux n'ont pas pu être associés au sein d'une même société. Aujourd'hui, plus rien ne s'oppose à ce qu'ils le soient. Les associés décident de miser sur la société afin d'en dégager un bénéfice. En tant que personne morale, la société a un patrimoine, initialement composé des biens apportés par les associés. Ces biens et ceux qu'elle acquiert par la suite répondent des dettes nées de son activité. La personnalité morale de la société fait écran : le patrimoine de la société est bien distinct de celui de l'associé. Pour autant, ce dernier peut parfois être poursuivi sur son propre patrimoine en cas d'incapacité de la société à régler ses dettes. L'étanchéité entre le patrimoine de la société et celui de l'associé dépend de la forme sociale adoptée.

---

<sup>72</sup> Ch. AUBRY et Ch. RAU, *Cours de droit civil français*, 4<sup>e</sup> éd., 1873, t. 6, p. 229.

<sup>73</sup> La formulation pronominalise laisse entendre à tort que seuls les engagements contractuels font l'objet du droit de gage général, alors que tel est également le cas des engagements extra-contractuels.

<sup>74</sup> Art. 1832, al. 1<sup>er</sup>, C. civ.

**17. Les sociétés de personnes.** – L’*intuitus personae*, c’est-à-dire la considération de la personne de l’associé, s’avère important dans ces sociétés en raison de la responsabilité illimitée qui pèse sur les associés. Il apparaît normal que les associés puissent choisir qui entre dans la société : les clauses d’agrément ont cette fonction. On les rencontre dans toutes les sociétés de personnes. De plus, un lourd formalisme est attaché à la cession des parts sociales<sup>75</sup>. Elles ne sont pas négociables, ce qui signifie qu’on ne peut pas les céder selon les modes simplifiés du droit commercial comme on le fait avec les actions. Dans les sociétés de personnes, un gérant assure la gestion de la société. L’archétype de ces sociétés est la SNC<sup>76</sup>. Les associés en nom acquièrent la qualité de commerçant et répondent indéfiniment et solidairement des dettes sociales : l’*intuitus personae* est donc très fort. Quant à la SCS, elle a un fonctionnement calqué pour partie sur celui de la SNC<sup>77</sup>. Parmi les sociétés de personnes, on trouve également la société civile<sup>78</sup>. Celle-ci ne peut exercer une activité commerciale. Les associés répondent des dettes indéfiniment et conjointement, c’est-à-dire seulement à proportion de leur part dans le capital social. Si des époux sont tous deux associés d’une même société de personnes et que celle-ci a des difficultés, ils risquent de se retrouver dans une situation financière très délicate. Dans le cas où un seul des époux est associé, les difficultés financières de la société se reporteront sur l’époux associé et affecteront plus ou moins le conjoint suivant le régime matrimonial. La responsabilité indéfinie aux dettes présente cependant l’avantage de donner confiance aux créanciers de la société.

**18. La SARL, société hybride.** – La SARL<sup>79</sup> apparaît comme une société hybride en ce qu’elle emprunte à la fois aux sociétés de personnes et aux sociétés de capitaux. L’*intuitus personae* s’avère important comme dans les sociétés de personnes : le nombre d’associés est peu élevé ; il existe un agrément légal pour la cession des parts sociales et celles-ci ne sont pas négociables. Des caractéristiques des sociétés de capitaux se retrouvent dans la SARL : les associés ne répondent des dettes sociales qu’à concurrence de leurs

---

<sup>75</sup> V. art. L. 221-14 C. com. concernant la SNC et la SCS, l’art. L. 222-2 C. com. relatif à la SCS renvoyant aux dispositions applicables à la SNC ; art. 1865 C. civ. concernant la société civile.

<sup>76</sup> Art. L. 221-1 et s. C. com.

<sup>77</sup> Art. L. 222-1 et L. 222-2 C. com.

<sup>78</sup> Art. 1845 et s. C. civ.

<sup>79</sup> Art. L. 223-1 et s. C. com.

apports et ils ne possèdent pas la qualité de commerçant. Cette forme sociale s'avère donc plus protectrice pour les époux associés que le sont les sociétés de personnes.

**19. Les sociétés de capitaux.** – Elles se distinguent des sociétés de personnes par la responsabilité limitée aux apports qui incombe aux associés et par le caractère négociable des droits sociaux, qu'on appelle des actions. La SA<sup>80</sup> requiert un capital social minimum de 37 000 euros. Cette structure sociale permet de faire appel à de nombreux investisseurs. Les titres sociaux, librement cessibles et négociables, sont susceptibles d'être admis aux négociations sur un marché réglementé, c'est-à-dire cotés en bourse. La SA étant une société très ouverte, si l'un des époux en est associé, il n'aura pas de mal à y faire entrer son conjoint. Pour la direction de la société, les actionnaires ont le choix entre la structure moniste dite classique ou la structure dualiste<sup>81</sup>. Quant à la SCA, son régime relève pour partie des règles applicables à la SCS et de celles applicables à la SA<sup>82</sup>. La SAS<sup>83</sup>, comme son nom l'indique, a pris le parti de la simplicité et de la souplesse. Elle laisse aux associés une grande liberté d'organisation. Ils peuvent faire de la SAS une société plus ou moins ouverte aux nouveaux associés, ce qui la rapproche d'une société de personnes, et ils disposent de beaucoup de liberté pour décider du mode de direction. Les époux fondateurs d'une SAS ont ainsi une grande latitude pour façonner la société selon leurs besoins.

**20. La société européenne.** – À côté des formes sociales françaises, on trouve la société européenne. Un règlement du 8 octobre 2001<sup>84</sup> a tenté de lui donner forme. Une directive du même jour<sup>85</sup> a été transposée en droit français par la loi du 26 juillet 2005<sup>86</sup>. Le succès de la société européenne est mitigé, notamment du fait de la complexité de son régime, les dispositions renvoyant aux législations nationales<sup>87</sup>. Le capital social minimum

---

<sup>80</sup> Art. L. 225 et s. C. com.

<sup>81</sup> V. Art. L. 225-17 et L. 225-58 C. com.

<sup>82</sup> Art. L. 226 et s. C. com.

<sup>83</sup> Art. L. 227 et s. C. com.

<sup>84</sup> Règlement européen n° 2157/2001 du Conseil du 8 octobre 2001 relatif au statut de la société européenne.

<sup>85</sup> Directive européenne n° 2001-86 du 8 octobre 2001 2001/86/CE du Conseil du 8 octobre 2001 complétant le statut de la société européenne pour ce qui concerne l'implication des travailleurs.

<sup>86</sup> Art. L. 229-1 et s C. com.

<sup>87</sup> M. COZIAN, A. VIANDIER et F. DEBOISSY, *Droit des sociétés*, 33<sup>e</sup> éd., Lexisnexis, 2020, n° 2050.

s'élève à 120 000 euros, réservant cette forme sociale à de grandes entreprises. Sa constitution nécessite que préexistent une ou plusieurs sociétés<sup>88</sup>. Les dispositions relatives aux SA sont en principe applicables aux sociétés européennes. Cette forme sociale ne présente donc pas de spécificité s'agissant des époux.

**21. Les sociétés propres au secteur libéral.** – Le législateur a créé des sociétés avec des règles propres destinées à l'exercice des professions libérales. Leurs activités étant de nature civile, il a d'abord adapté les règles des sociétés civiles. La loi du 29 novembre 1966 relative aux sociétés civiles professionnelles<sup>89</sup> a autorisé la constitution de telles sociétés « entre personnes physiques exerçant une même profession libérale soumise à un statut législatif ou réglementaire ou dont le titre est protégé, et notamment entre officiers publics et ministériels »<sup>90</sup>. Ces sociétés professionnelles restent soumises aux dispositions du droit commun des sociétés<sup>91</sup> et à celles du droit commun des sociétés civiles<sup>92</sup>. L'immatriculation de la société intervient après agrément de l'autorité compétente<sup>93</sup>. Également créée par la loi de 1966, la société civile de moyens diffère de la SCP en ce qu'elle n'exerce pas elle-même la profession. Elle permet seulement à ses membres de mettre en commun les moyens utiles à l'exercice de celle-ci<sup>94</sup>. En 1990<sup>95</sup>, la création des SEL, en vue de lutter contre la concurrence internationale<sup>96</sup>, donne la possibilité aux professionnels libéraux de choisir d'exercer leur activité au sein d'une société commerciale. La SEL peut prendre la forme d'une SA, d'une SCA, d'une SARL ou d'une SAS. On obtient alors respectivement une SELAFA, société d'exercice libéral à forme anonyme, une SELCA, société d'exercice libéral en commandite par actions, une SELARL, société d'exercice libéral à responsabilité

---

<sup>88</sup> V. Règlement européen n° 2157/2001 du Conseil du 8 octobre 2001 relatif au statut de la société européenne.

<sup>89</sup> Loi n° 66-879 du 29 novembre 1966 relative aux sociétés civiles professionnelles.

<sup>90</sup> Article 1<sup>er</sup> de la loi.

<sup>91</sup> Art. 1832 et s. C. civ.

<sup>92</sup> Art. 1845 et s. C. civ.

<sup>93</sup> Art. 1<sup>er</sup> de la loi du 29 novembre 1966.

<sup>94</sup> Art. 36 de la loi du 29 novembre 1966.

<sup>95</sup> Loi n° 90-1258 du 31 décembre 1990 relative à l'exercice sous forme de sociétés des professions libérales soumises à un statut législatif ou réglementaire ou dont le titre est protégé et aux sociétés de participations financières de professions libérales.

<sup>96</sup> V. M. COZIAN, A. VIANDIER et F. DEBOISSY, *Droit des sociétés*, op. cit., n° 1951.

limitée ou une SELAS, société d'exercice libéral par actions simplifiée. La forme de ces sociétés est commerciale, mais leur objet est civil<sup>97</sup>. Peuvent constituer des SEL les membres des professions médicales et paramédicales et les membres des professions juridiques. Par conséquent, les époux qui exercent les professions mentionnées et qui souhaitent devenir associés de ces sociétés professionnelles disposent d'un large choix dans la forme sociale.

**22. Les sociétés unipersonnelles.** – L'EURL a été introduite en droit français par la loi du 11 juillet 1985<sup>98</sup> comme la forme unipersonnelle de la SARL. L'EURL se trouve soumise aux mêmes règles que la SARL, les seules adaptations faites concernant la présence d'un seul associé et non de plusieurs. Quant à la SASU, issue de la loi du 12 juillet 1999<sup>99</sup>, il s'agit de la forme unipersonnelle de la SAS. Les professionnels libéraux peuvent également exercer leur activité sous forme de société unipersonnelle<sup>100</sup>. Un alinéa supplémentaire a été ajouté au sein de l'article 1832 du Code civil : « [La société] peut être instituée, dans les cas prévus par la loi, par l'acte de volonté d'une seule personne ». Cependant la limitation de responsabilité recherchée par le législateur et l'associé unique pourrait n'être qu'illusoire<sup>101</sup>. Avant de constituer une société ou d'acquérir des parts ou actions, les époux doivent réfléchir à la forme sociale la plus adaptée à leurs besoins en tenant compte des risques pour leur patrimoine.

**23. La protection de l'entrepreneur individuel.** – La situation de l'entrepreneur individuel, responsable sur tous ses biens de ses dettes professionnelles est apparue rigoureuse en comparaison de celle de l'associé unique, dont la responsabilité se limite au montant des apports. Le législateur a mis en place deux mesures. Premièrement, il a permis

---

<sup>97</sup> *Id.*, n° 1829.

<sup>98</sup> Loi n° 85-697 du 11 juillet 1985 relative à l'entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée et à l'exploitation agricole à responsabilité limitée.

<sup>99</sup> Loi n° 99-587 du 12 juillet 1999 sur l'innovation et la recherche, art. 3.

<sup>100</sup> L'art. 31 de la loi n° 99-515 du 23 juin 1999 renforçant l'efficacité de la procédure pénale a modifié l'art. 1<sup>er</sup> de la loi du 31 décembre 1990 afin de l'autoriser.

<sup>101</sup> Faute de garanties suffisantes, le banquier refusera son concours. De plus, des remises en cause de l'étanchéité entre le patrimoine de la société et le patrimoine personnel de l'associé sont possibles dans le cadre des procédures collectives, v. la responsabilité pour insuffisance d'actif, art. L. 651-2, al. 1<sup>er</sup>, C. com.

à l'entrepreneur individuel, par la loi du 1<sup>er</sup> août 2003<sup>102</sup>, de déclarer insaisissables ses droits sur l'immeuble<sup>103</sup> où est fixée sa résidence principale. La loi du 4 août 2008 a étendu cette mesure à tout bien foncier bâti ou non bâti non affecté par l'entrepreneur à son usage professionnel<sup>104</sup>. L'article L. 526-1 du Code de commerce a subi une importante modification effectuée par la loi du 6 août 2015<sup>105</sup> : l'insaisissabilité de la résidence principale est devenue de droit. Deuxièmement, l'EIRL, créé par la loi du 15 juin 2010<sup>106</sup>, permet à l'entrepreneur d'affecter à son activité professionnelle un patrimoine séparé de son patrimoine personnel, sans qu'il y ait création d'une personne morale<sup>107</sup>. Ainsi, les créanciers professionnels ne peuvent saisir les biens personnels de l'entrepreneur. L'entrepreneur qui exerce sous la forme individuelle se voit offrir des moyens de diminuer le risque financier pour sa famille.

**24. Les structures propres à l'exploitation agricole.** – Le législateur a souhaité faire évoluer l'exploitation agricole vers l'entreprise, notamment pour rendre l'agriculture plus performante. Plusieurs structures sociales dédiées à l'agriculture ont été mises en place. Une loi du 8 août 1962<sup>108</sup> a été à l'origine du GAEC, resté pendant longtemps la société d'exploitation de référence. Initialement, les époux n'ont pas pu en être les seuls associés. Puis, cette restriction a été supprimée. Les créations de sociétés agricoles se sont ensuite succédé avec la loi du 31 décembre 1970 instituant le GFA, la loi du 11 juillet 1985 établissant l'exploitation agricole à responsabilité limitée<sup>109</sup> et la loi du 1<sup>er</sup> février 1995 à l'origine du GFR<sup>110</sup>. Les agriculteurs ont également adopté la SCEA, bâtie sur le modèle de

---

<sup>102</sup> Loi n° 2003-721 du 1 août 2003 pour l'initiative économique.

<sup>103</sup> Sur la question de savoir s'il est possible de déclarer insaisissables des droits sociaux, v. C. MALECKI, « La loi pour l'initiative économique et l'insaisissabilité de la résidence principale de l'entrepreneur individuel », *D.* 2003, p. 2220, n° 19.

<sup>104</sup> Loi n° 2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie.

<sup>105</sup> Loi n° 2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques.

<sup>106</sup> Loi n° 2010-658 relative à l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée.

<sup>107</sup> Art. L. 526-6, al. 1<sup>er</sup>, C. com.

<sup>108</sup> Loi n° 62-917 du 8 août 1962 relative aux GAEC.

<sup>109</sup> Loi n° 85-697 du 11 juillet 1985 relative à l'EURL et à l'EARL.

<sup>110</sup> Art. 52 de la loi n° 95-95 du 1<sup>er</sup> février 1995 de modernisation de l'agriculture.

la société civile, à la suite de l'autorisation donnée par la loi du 22 décembre 1979 de mettre les terres louées à la disposition de sociétés agricoles<sup>111</sup>.

De plus, la loi d'orientation du 5 janvier 2006<sup>112</sup> a créé le fonds agricole avec un régime inspiré du fonds de commerce. En outre, la loi de modernisation de l'agriculture et de la pêche du 27 juillet 2010 a permis aux agriculteurs de recourir au statut de l'EIRL, créé quelques semaines auparavant<sup>113</sup>. De surcroît, l'agriculteur qui n'exerce pas son activité sous la forme sociale peut bénéficier des mesures d'insaisissabilité des biens immobiliers abritant sa résidence principale ou sa résidence secondaire<sup>114</sup>. En définitive, la famille de l'agriculteur se trouve protégée au même titre que la famille de l'époux commerçant.

**25. Tendances générales.** – S'agissant de la répartition entre les sociétés et les entreprises individuelles<sup>115</sup> dans le domaine marchand, en 2019, le nombre de créations des premières s'élevait à 218 400, le nombre de créations des secondes à 210 500<sup>116</sup>. En 2016, 36 % des exploitations agricoles avaient la forme sociale et exploitaient 64 % de la surface agricole utile<sup>117</sup>. Au sein des petites exploitations, le statut individuel reste choisi par six exploitants sur dix<sup>118</sup>. Un large choix de structures pour l'exercice de l'entreprise s'offre à l'entrepreneur : l'exploitation individuelle s'oppose à la société. L'exercice en direct de l'activité par un entrepreneur responsable sur ses biens n'obéit pas aux mêmes règles que l'exercice de l'activité par le biais de la société, dont la personnalité morale fait écran. Cette différence de régime se retrouve s'agissant des époux entrepreneurs individuels ou associés. Pourtant, une tendance générale à la protection est observée avec la création du régime de l'EIRL et de l'insaisissabilité. Sur ce point, un rapprochement s'opère entre la société et l'entreprise individuelle.

---

<sup>111</sup> Loi n° 79-1115 du 22 décembre 1979 permettant l'adhésion des preneurs de baux à ferme à des sociétés d'exploitation agricole.

<sup>112</sup> Loi n° 2006-11 du 5 janvier 2006 d'orientation agricole.

<sup>113</sup> Loi n° 2010-658 relative à l'EIRL. Concernant cette dernière, v. *infra* § n° 23.

<sup>114</sup> V. *infra* § n° 23.

<sup>115</sup> Entreprises individuelles classiques, hors micro-entrepreneurs

<sup>116</sup> Source : chiffres INSEE, les créations d'entreprises en 2019.

<sup>117</sup> Source : INSEE, *Tableaux de l'économie française*, parus le 26 mars 2019, chiffres de 2016.

<sup>118</sup> Source : INSEE, *Tableaux de l'économie française*, parus le 26 mars 2019, chiffres de 2016.

On remarque également un rapprochement entre l'entreprise commerciale, l'entreprise libérale et l'exploitation agricole : de nombreuses formes sociales initialement réservées à la première ont été ouvertes aux deux autres ; l'EIRL est accessible aux agriculteurs comme aux commerçants. Beaucoup de structures pour l'exercice de l'entreprise deviennent communes, indépendamment des secteurs dans lesquels celle-ci officie. On peut d'ores et déjà se demander si cette double tendance au rapprochement s'accompagne d'une uniformisation des règles applicables aux époux entrepreneurs. Le rapprochement entre l'exploitation agricole et l'entreprise commerciale se constate également au travers du droit de l'entreprise.

### **b - Le droit de l'entreprise, un droit composite**

**26. Émergence et autonomie du droit de l'entreprise** – Le droit de l'entreprise regroupe un ensemble de matières diverses. Pour les auteurs de l'ouvrage *Droit de l'entreprise*<sup>119</sup>, ce droit englobe le droit commercial, le droit des sociétés, les instruments de paiement et de crédit, le droit pénal des affaires et le droit des entreprises en difficulté, mais aussi le droit des contrats, le droit de la concurrence et de la consommation, le droit de la propriété intellectuelle, le droit du travail, le droit fiscal et le droit international de l'entreprise. Le droit de l'entreprise possède une autonomie par rapport au droit commercial en ce que son champ est plus vaste. Pour notre part, nous avons choisi d'inclure le droit rural dans le droit de l'entreprise parce que les exploitations agricoles constituent incontestablement des entreprises et que les régimes respectifs de l'entreprise commerciale et de l'exploitation agricole tendent à se rapprocher. Nous pensons en particulier au droit des entreprises en difficulté, qui s'applique aux deux secteurs<sup>120</sup>, et aux structures, dont beaucoup sont communes.

**27. Définition du droit commercial.** – L'article L. 121-1 du Code de commerce dispose : « Sont commerçants ceux qui exercent des actes de commerce et en font leur profession habituelle ». Le droit commercial peut ainsi être entendu comme le droit

---

<sup>119</sup> D. FASQUELLE, M.-A. FASQUELLE-LEONETTI, J.-P. BERTREL, *Droit de l'entreprise 2014-2015*, Wolters Kluwer, 19<sup>e</sup> éd., 2014.

<sup>120</sup> La loi n° 88-1202 du 30 décembre 1998 relative à l'adaptation de l'exploitation agricole à son environnement économique et social a inclus les agriculteurs dans le domaine d'application des procédures collectives.

applicable aux rapports entre les commerçants, d'une part, et entre les commerçants et les tiers, d'autre part. Il en résulte une conception subjective du droit commercial. Néanmoins, le Code de commerce ne s'arrête pas là. Les articles L. 110-1 et L. 110-2 réputent actes de commerce un certain nombre d'opérations. Celles-ci sont commerciales indépendamment de la qualité de commerçant ou non de la personne qui les accomplit. On parle ainsi d'« actes de commerce par nature ». Se dégage donc une conception objective du droit commercial. Il apparaît que les deux conceptions coexistent dans le Code de commerce, même si aujourd'hui le critère presque exclusif de l'application du droit commercial est la qualité de commerçant<sup>121</sup>.

**28. Définition du droit des affaires.** – Nous reprenons la définition donnée par les Professeurs Richard Desgorges et Jean-Bernard Blaise. Le droit des affaires est « l'ensemble des règles de droit applicables aux entreprises et à leurs relations de droit privé »<sup>122</sup>. Le droit des affaires englobe plusieurs matières : le droit commercial, le droit des sociétés, le droit bancaire et financier, le droit de la distribution et de la concurrence, ainsi que le droit des entreprises en difficulté.

**29. Définition du droit rural.** – Les contraintes propres à la production agricole sont nombreuses<sup>123</sup>. Partant de ce constat, il a été admis que les règles du droit commercial devaient être écartées, au profit de règles propres. Le droit rural peut être défini comme les règles applicables à l'exercice des activités agricoles pratiquées par des personnes, physiques ou morales à titre professionnel<sup>124</sup>. Le droit rural est composé de règles propres à la production agricole, mais également de règles empruntées aux autres branches du droit, notamment au droit des sociétés et au droit patrimonial de la famille<sup>125</sup>. De plus, en l'absence

---

<sup>121</sup> R. DESGORCES, J.-B. BLAISE, *Droit des affaires*, 10<sup>e</sup> éd., LGDJ, 2019, n° 78.

<sup>122</sup> *Id.*, n° 84.

<sup>123</sup> V. BARABE-BOUCHARD et M. HERAIL, *Droit rural*, 2<sup>e</sup> éd., Ellipses, 2011, n° 1. Par ex., les aléas liés au climat, les maladies touchant les cultures et le bétail, faible rentabilité financière rapportée au coût de l'investissement.

<sup>124</sup> Sur ce critère, V. Cass. 3<sup>e</sup> civ., 15 oct. 2013, inédit : *Defrénois*, 2014, n° 3, p. 145, obs. D. KRAJESKI ; *RD rur.*, 2013, p. 418, comm. 227, obs. S. CREVEL ; *RD rur.*, 2014, n° 421, comm. 42, obs. J.-J. BARBIERI.

<sup>125</sup> V. BARABE-BOUCHARD et M. HERAIL, *Droit rural, op. cit.*, p. 3.

de définition légale de l'agriculteur<sup>126</sup>, il convient de reprendre la définition dégagée par la jurisprudence. Ainsi, l'agriculteur est la personne physique qui exerce une activité agricole au sens de l'article L. 311-1 du Code rural, à titre de profession habituelle<sup>127</sup> et à titre personnel<sup>128</sup>.

**30. Domaine du droit rural.** – L'article L. 311-1 du Code rural<sup>129</sup> répute agricoles les activités qui interviennent dans un cycle biologique animal ou végétal. On distingue plusieurs catégories d'activités agricoles. Tout d'abord, les activités agricoles par nature sont celles qui correspondent « à la maîtrise et à l'exploitation d'un cycle biologique de caractère végétal ou animal et [qui constituent] une ou plusieurs étapes nécessaires au déroulement de ce cycle ». Le cycle biologique correspond « au développement de la vie, de son début à son terme »<sup>130</sup>. Par exemple, la culture hors sol et l'horticulture entrent dans cette catégorie. Ensuite, des activités sont agricoles par relation. L'article L. 311-1 du Code rural vise « les activités exercées par un exploitant agricole qui sont dans le prolongement de l'acte de production ou qui ont pour support l'exploitation ». Les « activités de transformation et de commercialisation des produits agricoles »<sup>131</sup>, ainsi que les activités de « tourisme à la ferme »<sup>132</sup> sont concernées. Une troisième catégorie d'activités agricoles porte sur les activités réputées agricoles par la loi. La loi du 18 novembre 1997<sup>133</sup> a modifié l'article L. 311-1 pour inclure les activités de cultures marines, comme l'ostréiculture ou la pisciculture. Enfin, la loi du 23 février 2005<sup>134</sup> a ajouté les « activités de préparation et d'entraînement des équidés domestiques en vue de leur exploitation », par exemple

---

<sup>126</sup> Concernant les propositions de définitions avortées, v. V. BARABE-BOUCHARD et M. HERAIL, *Droit rural, op cit.*, n° 18.

<sup>127</sup> Cass. com., 5 avr. 1994, V, n° 145 : *RD rur.* 1994, jur. p. 386. – Cass. com., 17 mars 1998, inédit : *Dr. et patr.* 1999, p. 110, obs. F. ROUSSEL ; *RJDA* 1998, n° 878, p. 699.

<sup>128</sup> Cass. com., 3 oct. 2000, inédit : *RD rur.* 2001, p. 175.

<sup>129</sup> Introduit dans le Code rural par la loi n° 88-1202 du 30 décembre 1988 relative à l'adaptation de l'exploitation agricole à son environnement économique et social.

<sup>130</sup> V. BARABE-BOUCHARD et M. HERAIL, *Droit rural, op. cit.*, n° 3.

<sup>131</sup> *Id.*, n° 5. V. également n° 7.

<sup>132</sup> *Id.*, n° 5. V. également n° 8 et s.

<sup>133</sup> Loi n° 97-1051 du 18 novembre 1997.

<sup>134</sup> Loi n° 2005-157 du 23 février 2005.

l'entraînement des chevaux de course. L'article L. 311-1 affirme expressément le caractère civil des activités agricoles, ce qui permet d'exclure la commercialité.

**31. Définition du droit des entreprises en difficulté.** – Le droit des entreprises en difficulté « établit [...] les règles qui vont intervenir en cas de défaillance d'une entreprise »<sup>135</sup>. La défaillance correspond à des difficultés graves : l'entreprise n'est plus en mesure de payer ses créanciers ; mais elle concerne également l'entreprise « qui connaît des difficultés tout en pouvant toujours payer ses créanciers »<sup>136</sup>. Le droit des entreprises en difficulté englobe les dispositifs de traitement préventif des difficultés, tels le mandat *ad hoc* et la conciliation, et les dispositifs de traitement des difficultés, qui sont les procédures collectives. Celles-ci font échapper « à l'initiative individuelle de chaque créancier »<sup>137</sup>, « le règlement des dettes et la liquidation éventuelle des biens du débiteur »<sup>138</sup>. Ils sont « organisés de manière à ce que tous les créanciers puissent faire valoir leurs droits »<sup>139</sup>. La discipline de la procédure collective, encadrée judiciairement, est stricte pour le créancier comme pour l'entreprise qui y est soumise. Nous aurons donc davantage l'occasion d'étudier le sort des époux dans les procédures collectives que dans les dispositifs de traitement préventifs qui sont également amiables.

**32. Domaine des procédures collectives.** – Les procédures collectives, sauvegarde, redressement et liquidation judiciaires, sont en premier lieu applicables « à toute personne exerçant une activité commerciale, artisanale ou une activité agricole »<sup>140</sup>. L'entrepreneur individuel est concerné, qu'il exerce dans le secteur commercial, artisanal ou agricole. En second lieu, les procédures collectives visent « toute autre personne physique exerçant une activité professionnelle indépendante, y compris une profession libérale soumise à un statut législatif ou réglementaire ou dont le titre est protégé »<sup>141</sup>. Les professionnels libéraux exerçant sous la forme individuelle relèvent par conséquent des procédures collectives en

---

<sup>135</sup> P. LE CANNU et D. ROBINE, *Droit des entreprises en difficulté*, 8<sup>e</sup> éd., Dalloz, coll. Précis, 2020, n° 1.

<sup>136</sup> *Ibid.*

<sup>137</sup> ASSOCIATION HENRI CAPITANT, G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, op. cit., p. 189.

<sup>138</sup> *Ibid.*

<sup>139</sup> *Ibid.*

<sup>140</sup> Art. L. 620-2, al. 1<sup>er</sup>, C. com. relatif à la sauvegarde judiciaire, applicable au redressement et à la liquidation judiciaires par les renvois respectifs opérés par les art. L. 631-1 et L. 640-1 C. com.

<sup>141</sup> *Ibid.*

cas de difficultés. Enfin, ces procédures ont vocation à s'appliquer « à toute personne morale de droit privé »<sup>142</sup>. Les sociétés civiles et commerciales sont ainsi incluses, de même que les sociétés et les groupements agricoles.

**33.** En principe, les associés ne peuvent bénéficier des procédures collectives, car ils n'exercent pas eux-mêmes une activité indépendante. La Cour de cassation a cependant autorisé les « associés gérants » de SNC à recourir aux procédures collectives<sup>143</sup>. Elle a déduit de leur qualité de commerçant de droit une présomption d'activité commerciale. Cette solution vaudrait également pour l'associé commandité dans la SCS. Lorsque le droit des entreprises en difficulté vise « le débiteur personne physique », les associés de certaines sociétés peuvent ainsi être marginalement concernés.

**34. Tendance générale.** – On observe encore une fois un rapprochement entre l'exploitation agricole et l'entreprise commerciale quant à la législation qui leur est applicable. L'époux agriculteur pourra être amené à connaître des règles du droit des sociétés s'il exerce son activité sous la forme sociale. Si son entreprise dépérit, il devra faire appel au droit des entreprises en difficulté. L'examen séparé des règles applicables à l'entrepreneur et de celles applicables aux époux présente un intérêt indéniable ; mais l'étude des règles applicables aux époux dans le cadre de l'entreprise soulève des questions particulièrement stimulantes.

#### IV - Les époux face à l'entreprise

**35. L'entrepreneur marié, une situation courante.** – L'entrepreneuriat fait preuve d'une grande vigueur. En prenant seulement en compte les activités marchandes non agricoles, on a assisté à un record de créations d'entreprises en France en 2019 : 815 300 entreprises ont été créées<sup>144</sup>, ce qui représente une augmentation de 18 % par rapport à 2018<sup>145</sup>. Force est de constater que l'entrepreneuriat se porte bien, beaucoup mieux,

---

<sup>142</sup> *Ibid.*

<sup>143</sup> Cass. 2<sup>e</sup> civ., 5 déc. 2013, *Bull. civ.* II, n° 231 ; *BJS* 2014, p. 184, note F.-X. LUCAS ; *BJE* 2014, p. 78, note J.-P. SORTAIS ; *JCP E* 2014, n° 14, 1173, obs. Ph. PETEL ; *JCP G* 2014, 96, note Ph. ROUSSEL GALLE.

<sup>144</sup> Entreprises individuelles et sociétés confondues.

<sup>145</sup> Source : chiffres INSEE, Les créations d'entreprises en 2019.

d'ailleurs, que le mariage. Les couples se marient de moins en moins et de plus en plus tard<sup>146</sup>. Pour autant, le cas de l'entrepreneur marié est loin d'être une situation marginale : un époux peut souhaiter devenir entrepreneur, inversement un entrepreneur peut être amené à se marier.

**36. L'exclusion du PACS et du concubinage.** – Comme cela a été exposé<sup>147</sup>, le nom « époux » ne désigne que les couples unis par les liens du mariage. Notre étude laisse donc de côté les partenaires de PACS ainsi que les concubins. Si une analyse de la situation globale du couple, incluant les époux, les partenaires et les concubins, nous paraît tout à fait intéressante, nous avons cependant préféré concentrer notre étude sur les seules personnes mariées, ce pour plusieurs raisons. Tout d'abord, de très nombreuses règles, variées par ailleurs, sont applicables aux époux et cette richesse nous a semblé constituer une source d'étude considérable. De plus, le mariage demeure la plus ancienne forme d'union reconnue par le droit et il a toujours reflété les évolutions sociales. L'analyse des règles applicables aux époux suscite alors notre intérêt, car elle nous instruit sur les rapports d'égalité ou de supériorité entre les hommes et les femmes, mais aussi sur la place accordée à la solidarité, à l'indépendance et à l'individualisme.

Enfin, de façon assez pragmatique, la notion d'entreprise s'avère large : elle inclut sur un plan structurel, à la fois l'entreprise individuelle et l'entreprise exploitée sous la forme sociale et, s'agissant de son domaine, nous n'avons pas exclu l'exploitation agricole pour nous limiter seulement à l'entreprise commerciale ou libérale. Il résulte de cette notion d'entreprise et de celle d'époux un vaste périmètre que nous n'avons pas jugé pertinent d'élargir davantage, de crainte de n'obtenir finalement que des résultats superficiels. Bien que la situation des partenaires de PACS et des concubins soit mise de côté pour les raisons précédemment évoquées, nous ne nous interdisons pas pour autant d'y consacrer quelques développements. À notre sens, l'étude de la situation des époux passe notamment par le constat de l'existence ou de l'absence de spécificité, puis par la recherche des raisons. Ces démarches nécessitent de comparer les règles applicables aux époux à celles applicables aux autres formes d'union.

---

<sup>146</sup> En 2019, les femmes se sont mariées en moyenne à 36,1 ans et les hommes à 38,6 ans, source : chiffres INSEE, bilan démographique.

<sup>147</sup> V. *supra* § n° 2.

**37. Le mariage, une aventure sentimentale, humaine et patrimoniale.** – Le mariage n'est pas un long fleuve tranquille. On se rencontre ; on s'aime ; on se marie. On achète un bien immobilier ; on a des enfants ; on construit l'avenir ensemble. Oscar Wilde écrivait que « L'incertitude est l'essence même de l'aventure amoureuse »<sup>148</sup>. Cette citation correspond bien à la situation des futurs époux qui, pleins d'espoir, échangent leur consentement devant le maire. Affirmer qu'un couple connaît toujours des difficultés à un moment ou à un autre n'est qu'un lieu commun ; mais cela se vérifie pour les époux. Des disputes plus ou moins graves surviennent ; la discorde peut s'installer et finalement mener au divorce. Comme les époux ont des liens financiers importants<sup>149</sup>, les décisions qu'ils prennent, guidés notamment par leurs sentiments, ont un impact sur le plan patrimonial. De plus, les difficultés connues par les époux peuvent être extérieures aux relations du couple : l'un de ses membres peut subir un handicap physique ou mental qui l'empêche d'exercer une activité professionnelle et de prendre toutes les décisions relatives à son patrimoine. Enfin, il arrive que l'un des époux décède. Dans les deux cas, le conjoint qui ne subit pas le handicap et le conjoint survivant doivent gérer au mieux la situation d'un point de vue aussi bien émotionnel que patrimonial.

**38. L'entreprise, une aventure humaine et patrimoniale.** – L'entreprise et le mariage ont en commun l'incertitude. Comme les futurs époux, le futur entrepreneur croit en son projet, sinon il ne se lancerait pas dans l'entrepreneuriat. Le projet d'entreprise naît, porté par le dirigeant, qui investit temps et argent. Exerçant une activité, cette entreprise est titulaire de créances et débitrice de dettes. Le dirigeant la gère à la fois au quotidien et sur le long terme. Si l'entreprise est prospère, elle apporte des revenus à son dirigeant. Cependant, le parcours d'une entreprise apparaît rarement linéaire. Une mésentente entre les membres de l'entreprise, une mauvaise gestion des dirigeants, une multiplication des concurrents dans le même secteur ou encore une période économiquement défavorable peut amener l'entreprise à accumuler les pertes et à arrêter son activité. La bonne ou la mauvaise santé financière de l'entreprise a toujours une influence sur la situation patrimoniale de l'entrepreneur.

---

<sup>148</sup> O. WILDE, *Aphorismes*, Mille et une nuits, 1997, p. 52.

<sup>149</sup> V. *supra* § n° 10.

**39. La coexistence du mariage et de l'entreprise.** – Lorsque l'époux est également entrepreneur, une première difficulté réside dans la multiplication des aléas, puisque ceux du mariage s'ajoutent à ceux de l'entreprise. La situation personnelle de l'entrepreneur déteint sur sa situation professionnelle, et inversement. Une seconde difficulté porte sur un aspect plus technique. D'une part, les rapports entre les époux et les tiers sont régis par le droit des régimes matrimoniaux. Ces règles ont pour finalité la protection des époux et des tiers. D'autre part, l'entreprise obéit aux règles du droit des affaires, du droit des sociétés ou encore aux règles du droit rural. Ces règles sont édictées dans l'intérêt de l'entreprise et des tiers. Le droit des régimes matrimoniaux et le droit de l'entreprise constituent deux corps de règles, avec des objets et des objectifs différents, et ils doivent être conciliés. Un statut est défini par le Doyen Cornu comme un « ensemble cohérent de règles applicables à une catégorie de personnes (statut des gens mariés) ou d'agents (statut des fonctionnaires) ou à une institution (statut des collectivités locales) et qui en déterminent, pour l'essentiel, la condition et le régime juridiques »<sup>150</sup>. Ainsi, on peut parler du « statut d'époux » et du « statut d'entrepreneur ». Le seul fait que l'un des époux soit entrepreneur a des conséquences sur l'autre. Toutefois, en raison de l'affection, de la compréhension et de la confiance qui unissent les époux, le conjoint peut apparaître à l'époux entrepreneur comme le meilleur partenaire possible dans l'entreprise. Rien ne s'oppose alors à ce que les deux époux s'investissent ensemble au sein de cette dernière. Dans ce cas-là, cette double participation a des conséquences, tant sur le plan patrimonial que sur les règles applicables. Cette étude vise à analyser la situation dans laquelle un seul époux est entrepreneur, mais également la situation dans laquelle les deux époux participent à l'exploitation.

**40. Exclusion des aspects successoraux.** – Nous avons choisi de limiter le périmètre de notre étude aux aspects matrimoniaux. Au cours de nos recherches, il nous est apparu que dans le contexte de l'entreprise, les aspects matrimoniaux comportent une grande richesse. Les aspects successoraux n'en sont pas moins intéressants ; cependant ils sont plus restreints. Comme nous allons le voir, il existe une raison simple, tirée des successions en général : la transmission des biens est d'abord tournée vers les descendants, enfants ou petits-enfants. La plupart des couples âgés cherchent à transmettre leur patrimoine aux nouvelles

---

<sup>150</sup> G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, op. cit., p. 981.

générations tout en protégeant le conjoint survivant, et le législateur a agi en ce sens<sup>151</sup>. Une autre raison tirée du contexte particulier de l'entreprise peut également expliquer que les aspects successoraux soient moins vastes que les aspects matrimoniaux : dans la majorité des couples, il n'existe pas une grande différence d'âge entre les époux. Ce constat se retrouve au sein des couples dont l'un est entrepreneur. Le conjoint, rarement beaucoup plus jeune que ce dernier, n'est pas perçu comme un successeur. Rares sont les mécanismes spécifiques mis en place par le droit de l'entreprise pour que le conjoint poursuive l'exploitation de l'entreprise en cas de décès. Les aspects matrimoniaux étant étroitement liés aux aspects successoraux, il est parfois difficile, voire artificiel, de tracer une frontière. Par conséquent, nous traiterons des seconds en ce qu'ils sont directement liés aux premiers.

**41. Méthode d'analyse.** – Le périmètre constitué par les époux et l'entreprise est vaste, même si on le cantonne aux aspects matrimoniaux. Les problématiques liées au sort des époux en droit des entreprises en difficulté, notamment, se révèlent très nombreuses. La diversité de fonctionnement des sociétés et la variété des régimes matrimoniaux ajoutent encore maints éléments de réflexion. Aussi, nous n'avons pas pour objectif de traiter toutes les situations. Dans l'impossibilité de tout considérer, nous choisissons d'aller à l'essentiel et d'examiner les questions qui sont, à notre sens, les plus intéressantes et les plus représentatives.

**42. Travaux de recherche apparentés.** – La conciliation du droit des régimes matrimoniaux et du droit des procédures collectives a suscité de nombreuses questions, auxquelles ont été consacrés de nombreux articles et plusieurs thèses. Parmi ces dernières, on peut relever celle de Madame Laëtitia Antonini-Cochin, qui traite de *La situation du conjoint d'un débiteur soumis à une procédure collective*<sup>152</sup> et celle de Monsieur Pascal Rubellin, *Régimes matrimoniaux et procédures collectives*<sup>153</sup>. Pour notre part, nous n'avons pas souhaité limiter notre étude au domaine des procédures collectives qui a, par ailleurs,

---

<sup>151</sup> Par exemple, le conjoint survivant a droit à la jouissance gratuite du logement occupé à titre de résidence principale et du mobilier le garnissant pendant un an à compter du décès, v. art. 763 C. civ.

<sup>152</sup> L. ANTONINI-COCHIN, *La situation du conjoint d'un débiteur soumis à une procédure collective*, thèse Nice, 1999.

<sup>153</sup> P. RUBELLIN, *Régimes matrimoniaux et procédures collectives*, thèse Strasbourg, 1999. V. également S. EDOUBE MANN, *Le conjoint dans les procédures de redressement et de liquidation judiciaires*, thèse Bordeaux, 1998.

déjà fait l'objet de nombreux travaux. De plus, la thèse du Professeur Anne Karm intitulée *L'entreprise conjugale*<sup>154</sup> se concentre sur la coopération conjugale au sein de l'entreprise et fait autorité en la matière, tandis que nous avons préféré prendre également en compte la situation dans laquelle un seul époux s'investit dans l'entreprise. Certaines thèses ont examiné la situation du seul conjoint de l'entrepreneur en se limitant, en plus, à un domaine en particulier<sup>155</sup>. D'autres thèses se sont intéressées à *L'incidence de l'activité professionnelle sur le couple du chef d'entreprise*<sup>156</sup>. Le périmètre de cette étude est plus large que celui de la nôtre en ce qu'il ne se limite pas aux époux ; mais il apparaît également plus restreint dans la mesure où il examine seulement l'incidence de l'activité professionnelle sur le couple, et non l'inverse.

Enfin, l'ouvrage du Professeur André Colomer, qui fait autorité, *Les Régimes matrimoniaux et le droit commercial*, se décline en deux tomes, *Le fonds de commerce et les régimes matrimoniaux* et *Les sociétés commerciales et les régimes matrimoniaux*<sup>157</sup>. Cet ouvrage, d'une grande richesse, nous a été d'une grande utilité ; cependant, nous avons jugé utile de nous en démarquer pour deux raisons. Premièrement, on ne peut pas traiter toutes les questions qui concernent les régimes matrimoniaux et l'entreprise commerciale, même en excluant le domaine agricole ; cela amène nécessairement à choisir certains angles de vue. Deuxièmement, depuis les années 1980, les nouveautés ont été nombreuses, notamment en ce qui concerne les techniques de protection du patrimoine personnel, et cela peut donner lieu à des analyses nouvelles.

**43. Conciliation du statut d'époux et du statut d'entrepreneur ?** – Plusieurs questions se dégagent des observations faites précédemment : comment s'articulent le statut d'époux et le statut d'entrepreneur ? Les règles du droit de l'entreprise sont-elles conciliables avec celles du droit des régimes matrimoniaux ? Quelle conception du couple marié se

---

<sup>154</sup> A. KARM, *L'entreprise conjugale*, Th. Paris II, Doctorat & Notariat, préface P. CATALA, Defrénois 2004. V. également R. RAVONINJATOVO RANDRIAMASY, *La collaboration professionnelle entre époux en matière commerciale*, thèse Aix-Marseille, 1990.

<sup>155</sup> O. BICHEL, *Le statut juridique et social du conjoint de l'exploitant agricole*, thèse Paris II, 1996.

<sup>156</sup> C. BRUME-JAMMES, *L'incidence de l'activité professionnelle sur le couple du chef d'entreprise*, thèse Toulouse, 2016.

<sup>157</sup> A. COLOMER, *Les régimes matrimoniaux et le droit commercial*, t. I, *Le fonds de commerce et les régimes matrimoniaux*, Defrénois, 1977, t. II, *Les sociétés commerciales et les régimes matrimoniaux*, Defrénois, 1984.

dégage des règles applicables à la situation dans laquelle l'un des époux est entrepreneur d'une part, et de la situation dans laquelle le conjoint participe à l'exploitation de l'entreprise d'autre part ?

Les deux statuts doivent être conciliés. S'ils n'apparaissent pas en principe antinomiques, des adaptations sont nécessaires. Le droit des régimes matrimoniaux doit s'adapter à l'entreprise, tout comme, réciproquement, le droit de l'entreprise doit s'adapter aux époux. Dans les deux cas, cette adaptation n'est pas aisée, car le droit des régimes matrimoniaux et le droit de l'entreprise constituent un ensemble cohérent de règles, chaque droit obéissant à sa propre logique. La modification d'une règle, pour s'adapter, selon le cas, aux époux ou à l'entreprise, ne doit pas remettre en cause l'équilibre d'ensemble. De plus, le terme d'« entreprise » recouvre aussi bien l'entreprise individuelle que la société. Or, le fonctionnement de chacune est différent. Le statut d'entrepreneur se décline en statut d'entrepreneur individuel et en statut d'associé et on peut se demander s'il existe une cohérence dans l'articulation de chacun de ces statuts avec le statut d'époux. En dépit des importantes différences entre l'entreprise individuelle et la société, retrouve-t-on une logique dans les règles applicables aux époux ? En outre, notre étude vise à analyser non seulement la situation dans laquelle un seul des époux prend part à l'entreprise, mais également celle dans laquelle les deux époux s'y investissent. De la même façon, existe-t-il une cohérence d'ensemble ? L'entreprise renvoie à des réalités si diverses qu'on se demande si le traitement juridique des époux vis-à-vis de l'entreprise peut comporter une certaine uniformité.

Nous étudierons dans un premier temps les difficultés qui se posent lorsque le statut d'époux et le statut d'entrepreneur doivent être adaptés l'un à l'autre (**Première partie**). Des moyens légaux ou conventionnels s'offrent aux époux eux-mêmes pour conjuguer ces deux statuts. Le droit des régimes matrimoniaux laisse aux époux une liberté d'organisation qui peut aller tant dans leur intérêt personnel que dans l'intérêt de l'entreprise. Quant au droit de l'entreprise, il met à la disposition des époux des mécanismes qui peuvent les protéger du risque qu'elle occasionne. Toutefois, la liberté des époux quant aux pratiques qu'ils peuvent mettre en œuvre n'apparaît pas sans limites, car il convient de sauvegarder les intérêts des tiers. Nous examinerons donc dans un second temps les procédés par lesquels les époux peuvent concilier le statut d'époux avec le statut d'entrepreneur (**Deuxième partie**).



# PREMIÈRE PARTIE

## LES DIFFICULTÉS DE CONGRUENCE

### ENTRE LE STATUT D'ÉPOUX ET

### LE STATUT D'ENTREPRENEUR

---

**44.** Lorsqu'une personne a la qualité d'époux et en même temps la qualité d'entrepreneur, deux corps de règles ont vocation à s'appliquer. On pourrait penser schématiquement que les règles qui s'appliquent du fait de la qualité d'époux sont issues du droit des régimes matrimoniaux et, inversement, que les règles applicables du fait de la qualité d'entrepreneur sont issues du droit de l'entreprise. Ce n'est pas tout à fait exact, car des règles des régimes matrimoniaux sont relatives à l'entreprise et le droit de l'entreprise pose également des règles visant les époux. Les règles applicables en raison de la qualité d'époux ou d'entrepreneur peuvent donc provenir aussi bien du droit des régimes matrimoniaux que du droit de l'entreprise. En outre, certaines règles des régimes matrimoniaux sont générales, en ce qu'elles ne tiennent pas compte de la qualité d'entrepreneur que l'époux peut avoir ; mais d'autres règles sont spécifiquement applicables à l'époux entrepreneur, englobant ainsi la double qualité d'époux et d'entrepreneur. La même observation peut être faite au sein du droit de l'entreprise : certaines règles ne se soucient pas de la qualité d'époux de l'entrepreneur, d'autres si.

L'existence de règles générales des régimes matrimoniaux se comprend aisément : la plupart des époux ne sont pas entrepreneurs et quand bien même ils le seraient, il faudrait des règles pour régir les rapports patrimoniaux qui ne sont pas directement liés à l'entreprise. Ces règles générales font partie du statut d'époux ; mais elles trouvent à s'appliquer lorsque l'époux a la qualité d'entrepreneur. La façon dont ces règles s'appliquent n'est pas linéaire dans la mesure où l'application apparaît parfois aisée, parfois difficile du fait des spécificités présentées par l'entreprise. Par conséquent, les règles générales des régimes matrimoniaux sont amenées ponctuellement à s'adapter.

L'incapacité de ces règles à régir parfaitement la situation dans laquelle l'un des époux, au moins, est entrepreneur, montre bien la nécessité d'établir des règles des régimes matrimoniaux spécifiques à l'entreprise. Ces règles devraient alors être tout à fait adaptées. Pourtant, même dans cette situation, certaines difficultés liées au double statut d'époux et d'entrepreneur surgissent. Le Professeur Françoise Dekeuwer-Défossez écrit : « Les occurrences de collision entre le droit de l'entreprise et celui de la famille sont aussi diverses que variées, quotidiennes et particulièrement délicates dans les périodes de crise familiale ou entrepreneuriale »<sup>158</sup>. Cette citation s'avère on ne peut plus juste. Nous verrons comment des règles générales des régimes matrimoniaux s'appliquent à l'entreprise (**Titre 1**), puis nous analyserons les règles des régimes matrimoniaux spécifiques dont l'entreprise est à l'origine (**Titre 2**).

---

<sup>158</sup> Fr. DEKEUWER-DEFOSSEZ, « Mariage, divorce, incapacité... du chef d'entreprise », in *L'entreprise et le droit civil*, actes du colloque de Toulouse du 28 avril 2017, *RLDC*, 2017, n° 152.

## TITRE 1 - L'APPLICATION DE RÈGLES GÉNÉRALES DES RÉGIMES MATRIMONIAUX À L'ENTREPRISE

**45.** La propriété ne concerne que l'homme qui vit en société, dans la mesure où ce qui appartient à telle personne n'appartient pas à telle autre. L'enjeu réside dans l'*usus*, le *fructus* et l'*abusus* qui sont attachés à la propriété ; cela signifie que le propriétaire a des droits sur le bien que n'a pas un tiers : à ce titre, il peut user de la chose, en percevoir les fruits et en disposer. La question de la propriété des biens d'une personne seule ne pose aucune difficulté d'envergure, contrairement à la situation où deux individus vivent ensemble. En effet, la communauté de vie crée une proximité de deux individus, qui entraîne un rapprochement, voire parfois une confusion de leur patrimoine. Dès lors, il est difficile de déterminer à quel époux appartient tel ou tel bien. De même, on se demande si un époux peut effectuer un acte sur un bien donné et si la réponse varie selon que l'*usus*, le *fructus* ou l'*abusus* est concerné.

De plus, toute personne physique acquiert, dès la naissance, la personnalité juridique : à ce titre, elle peut être titulaire de droits et assujettie à des obligations. Certaines obligations peuvent naître, par exemple, des actes de gestion effectués sur le patrimoine. Or, nul créancier ne contracterait s'il ne bénéficiait pas d'un droit de gage général sur les biens de son débiteur<sup>159</sup>. Les patrimoines de deux personnes mariées sont tout à fait séparés ou au contraire fusionnés, avec de nombreuses nuances entre ces deux extrêmes, selon le régime matrimonial choisi par les époux. Il convient alors de déterminer l'étendue du droit de poursuite des créanciers : pour ce faire, il faut savoir à quel époux appartiennent les biens. La qualification des biens des époux, leur gestion et le gage des créanciers sont étroitement liés. Le droit des régimes matrimoniaux régit ces problématiques, qui se manifestent aussi bien dans les rapports entre les époux que dans les rapports entre ceux-ci et les tiers.

En outre, les époux, ou seulement l'un des deux, peuvent être propriétaires d'une entreprise ou de droits sociaux. Les questions soulevées sont alors identiques. Il convient, par exemple, de déterminer quel époux est propriétaire du local utilisé par l'entreprise, quel époux peut le louer ou le vendre ou encore quel époux doit supporter sur son patrimoine les

---

<sup>159</sup> V. *supra* § n° 15.

dettes nées de l'entreprise individuelle ou de la société. Les règles générales des régimes matrimoniaux permettent de répondre à ces questions. Une observation préalable s'impose concernant les droits sociaux dans le cas où l'entreprise est exploitée sous la forme sociale : nous les incluons dans les biens de l'entreprise ; mais pour être tout à fait rigoureux, il faut bien préciser qu'ils ne sont pas, *stricto sensu*, des biens de l'entreprise, puisqu'ils représentent le capital social. Par souci de simplicité, nous les traitons néanmoins aux côtés desdits biens. Nous nous intéresserons logiquement à la qualification des biens de l'entreprise (**Chapitre 1**), puis à la gestion de ces biens, ainsi qu'au droit de poursuite des créanciers professionnels (**Chapitre 2**).

## Chapitre 1 - La qualification des biens de l'entreprise

46. En observant certaines dispositions du Code civil et du Code de commerce, on constate que le droit de l'entreprise reprend à son compte les qualifications établies en vertu des règles des régimes matrimoniaux. Ainsi, dans l'hypothèse où une procédure collective est ouverte à l'égard de l'un des époux, son conjoint *in bonis*<sup>160</sup>, pour faire échapper ses biens propres ou personnels aux créanciers, doit prouver sa propriété exclusive conformément aux règles des régimes matrimoniaux<sup>161</sup>. En outre, au-delà d'une simple reprise par le droit des entreprises des qualifications établies par les régimes matrimoniaux, on remarque que des règles générales de ces derniers sont applicables à la qualification des biens de l'entreprise. Le problème de la qualification de ces biens ne se pose qu'en présence d'une entreprise individuelle, parce que les époux en sont directement propriétaires. Lorsqu'une entreprise est exploitée sous la forme sociale, la société devient propriétaire de tous les biens qu'elle acquiert. Par conséquent, il n'y a pas à se demander si ces biens constituent des biens propres ou des biens communs. En revanche, des problèmes de qualification peuvent se poser s'agissant des droits sociaux, car les époux en sont propriétaires.

Le présent chapitre portera sur le régime légal de la communauté de biens réduite aux acquêts, car celle-ci comprend des règles de qualification qui ont soulevé des difficultés déterminantes. Bon nombre de solutions présentées valent également pour la séparation de biens avec société d'acquêts. De plus, il sera traité de la qualification des droits sociaux. Toutefois il semble utile de préciser que concernant les droits sociaux non négociables, la jurisprudence a établi une distinction entre le titre, qui reste propre à l'époux associé, et la finance qui peut entrer en communauté. Aussi, seule la qualification de la finance sera envisagée dans ce premier chapitre<sup>162</sup>. Pour analyser la façon dont s'appliquent les règles générales permettant de qualifier les biens de l'entreprise de biens propres ou de biens communs, nous nous pencherons sur la composition de la communauté (section 1), avant de nous intéresser au contenu des patrimoines propres (section 2).

---

<sup>160</sup> Le conjoint *in bonis* est l'époux à l'égard duquel aucune procédure collective n'est ouverte.

<sup>161</sup> Art. L. 624-5 C. com. relatif à la sauvegarde judiciaire, applicable au redressement et à la liquidation judiciaires par les renvois opérés respectivement par les art. L. 631-18 C. com. et L 641-14 C. com.

<sup>162</sup> Sur la qualification du titre, V. *infra* § n° 152.

## **Section 1 - L'actif commun**

**47.** Sont communs les « biens qui font partie en nature de la communauté, pour avoir été acquis pendant le mariage par les époux [...] grâce à leur travail ou à leur épargne [...] »<sup>163</sup>. Lesdits biens constituent des acquêts. Certains biens de l'entreprise font partie de la masse commune, parce qu'ils correspondent effectivement à l'hypothèse énoncée ci-dessus (§1). D'autres auraient dû entrer dans la composition des patrimoines propres par application des règles de qualification ; toutefois ils sont inclus dans la communauté du fait de l'impossibilité des époux de prouver leur propriété exclusive (§2).

### **§1 - Les biens communs comme étant des acquêts**

**48.** Au sein des acquêts faits par les époux durant le mariage, l'article 1401 du Code civil effectue une distinction entre ceux qui proviennent de leur industrie personnelle et ceux qui proviennent des économies faites sur les fruits et revenus de leurs biens propres. Cette règle est applicable s'agissant de l'entreprise. On est assuré du caractère commun des biens provenant de l'industrie personnelle des époux (A). En revanche, l'article 1401 ne donne pas la qualification des fruits et revenus eux-mêmes. Ils peuvent pourtant être qualifiés de biens communs. Il nous faut donc les envisager comme tels (B).

#### **A - Les biens acquêts provenant de l'industrie personnelle des époux**

**49.** Les acquêts provenant de l'industrie personnelle des époux sont mentionnés en premier lieu parmi les biens communs. Pour les époux dépourvus de fortune personnelle, qui constituent une majorité, le travail est presque l'unique source d'alimentation de la communauté<sup>164</sup>. L'industrie personnelle des époux peut produire des gains et salaires, qui seront utilisés pour acquérir des biens communs, pour ce qui nous intéresse, des biens de

---

<sup>163</sup> ASSOCIATION HENRI CAPITANT, G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*, p. 17.

<sup>164</sup> Fr. TERRE et Ph. SIMLER, *Régimes matrimoniaux et statut patrimonial des couples non mariés*, *op. cit.*, n° 259.

l'entreprise (I). Parfois, dans le cadre de celle-ci, l'industrie des époux les amène à devenir propriétaires de biens dépendant de la communauté sans qu'il y ait emploi de gains ni de salaires (II).

## I - Les biens acquis au moyen des gains et salaires

**50.** La qualification des gains et salaires eux-mêmes doit être évoquée : ils constituent des biens communs (a). Le bien acquis au moyen de ceux-ci n'est un bien commun que si l'acquisition a été effectuée à titre onéreux pendant la durée du mariage (b).

### a - La nature commune des gains et salaires

**51.** Les salaires sont les revenus du travail. Le Doyen Cornu les définit comme les « rémunération[s] perçue[s] par le travailleur en échange de sa prestation de travail »<sup>165</sup>. Les gains doivent quant à eux être entendus largement. Il faudrait « éviter de dissocier les deux termes et considérer que l'expression « gains et salaires » désigne [...] toutes les formes de produits pécuniaires de l'industrie personnelle des époux »<sup>166</sup>. Ainsi, tous les produits pécuniaires provenant d'une activité, qu'elle soit libérale, commerciale, artisanale, agricole, doivent recevoir un traitement identique.

L'article 1401 du Code civil ne se prononce pas sur la nature propre ou commune des gains et salaires. L'article 223 du même code prévoit que « chaque époux peut librement exercer une profession, percevoir ses gains et salaires et en disposer après s'être acquitté des charges du mariage ». Cette libre disposition des gains et salaires, fondement de l'indépendance financière des époux, ne permet toutefois pas de les qualifier de biens communs ou propres. Leur nature a été pendant longtemps au centre de nombreux débats<sup>167</sup>. Ensuite, la majorité<sup>168</sup> des auteurs s'est accordée sur la nature commune des gains et salaires.

---

<sup>165</sup> ASSOCIATION HENRI CAPITANT, G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*, p. 934.

<sup>166</sup> Fr. TERRE et Ph. SIMLER, *Régimes matrimoniaux et statut patrimonial des couples non mariés*, *op. cit.*, n° 269.

<sup>167</sup> Les débats ont commencé avant le vote de la loi du 13 juillet 1965 ; V. Fr. TERRE et Ph. SIMLER, *Régimes matrimoniaux et statut patrimonial des couples non mariés*, *op. cit.*, n° 265 et s.

<sup>168</sup> G. CORNU, *Les régimes matrimoniaux*, 9<sup>e</sup> éd., PUF, 1997, n° 40 ; J. FLOUR, *Cours de droit civil 1966-67*, Cours de droit, p. 313 ; S. GUINCHARD, « La notion d'acquêt dans le régime matrimonial légal : unité ou dualité ? », 1971, *Ann. Fac. droit Lyon*, Dalloz, spéc. p. 155 et s. ; G. MARTY et P. RAYNAUD, *Droit*

La jurisprudence<sup>169</sup> s'est positionnée dans le même sens. Il n'y a pas de différence à faire selon que l'époux est commerçant, artisan agriculteur ou professionnel libéral. Tout comme les gains et salaires du conjoint salarié, ceux de l'époux entrepreneur sont communs. Il peut librement en disposer après s'être acquitté des charges du mariage. Néanmoins, la qualification des gains et salaires apparaît indifférente au regard de l'article 1401 du Code civil. Les acquêts provenant de l'industrie personnelle des époux sont communs, peu importe la qualification des gains et salaires qui en ont permis l'acquisition à titre onéreux. Celle-ci marque la transformation des revenus en capital. En contrepartie des gains et salaires, les époux deviennent propriétaires d'un bien commun.

## **b - Une acquisition à titre onéreux pendant la durée du mariage**

**52.** Nous rappellerons utilement les conditions dans lesquelles une acquisition doit être considérée comme ayant été effectuée à titre onéreux pendant la durée du mariage (1). Nous analyserons ensuite comment ces conditions s'appliquent dans le cadre de la société lorsque l'un des époux effectue un apport en numéraire et reçoit, en contrepartie, des droits sociaux (2).

### **1 - Les conditions de l'acquisition à titre onéreux pendant la durée du mariage**

**53.** Sont en principe communs les biens acquis à titre onéreux, par les époux ensemble ou séparément, pendant la durée du mariage. Cependant le critère de l'acquisition à titre onéreux n'est pas exclusif. Si les biens acquis par les époux pendant le mariage par succession, donation ou legs restent en principe propres par origine<sup>170</sup>, il en va autrement lorsque la libéralité faite à l'un des époux comprend une clause d'entrée en communauté ou

---

*civil*, *Les régimes matrimoniaux*, 2<sup>e</sup> éd., Sirey, 1985, n° 209 ; J.-C. MONTANIER, « Les gains et salaires des époux communs en biens », *JCP N* 1985, I, 170.

<sup>169</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 8 févr. 1978, *Bull. civ. I*, n° 53 : *D.* 1978, IR 238, obs. D. MARTIN ; *Defrénois* 1978, 31764, obs. G. CHAMPENOIS ; *RTD civ.* 1979, 952, obs. R. NERSON ; *JCP N* 1981, II, 114, note H. THULLIER. – Cass. 1<sup>re</sup> civ., 23 oct. 1990, *Bull. civ. I*, n° 218 : *D.* 1990 ; *IR* 257 ; *JCP N* 1991, II, 61, obs. Ph. SIMLER. – Cass. 1<sup>re</sup> civ., 31 mars 1992, *Praslicka*, *Bull. civ. I*, n° 95 : *Defrénois* 1992, art. 31349, n° 117, obs. G. CHAMPENOIS ; *JCP* 1992. I. 3614, n° 6, obs. Ph. SIMLER, *RTD civ.* 1992. 632, obs. F. LUCET et B. VAREILLE ; *RTD civ.* 1995. 171, obs. B. VAREILLE.

<sup>170</sup> Art. 1405, al. 1<sup>er</sup>, C. civ.

encore, lorsqu'elle est faite conjointement à chacun des époux. Dans les deux hypothèses, les biens acquis à titre gratuit tombent en communauté<sup>171</sup>. D'autres biens, acquis à titre onéreux, ne constituent pourtant pas des acquêts. Les biens acquis au moyen de deniers propres ou provenant de l'aliénation d'un propre, en ayant respecté les formalités de l'emploi ou du remploi, sont eux-mêmes propres<sup>172</sup>. Pour que les biens soient des acquêts, l'acquisition à titre onéreux doit intervenir pendant la durée du mariage. Ainsi, le bien dont un époux était propriétaire au jour de la célébration du mariage reste propre<sup>173</sup>. Il importe peu qu'il ait été payé pendant le mariage, seule une récompense étant alors due à la communauté<sup>174</sup>. Il est également nécessaire que les gains et salaires utilisés pour l'acquisition à titre onéreux aient été acquis pendant cette même période. Sans cela et si les formalités de l'emploi sont respectées, le bien acquis est propre. Qu'en est-il si les revenus, gagnés avant le mariage, ont été perçus après ? Il convient de déterminer la nature propre ou commune de la créance de revenus. Il faut s'attacher uniquement à la date à laquelle ces revenus ont été gagnés, indépendamment de celle de leur perception<sup>175</sup>.

## **2 - L'application aux droits sociaux obtenus en contrepartie d'un apport en numéraire**

**54.** Il convient de reprendre les deux conditions précédemment exposées : un tel apport peut être assimilé à une acquisition à titre onéreux (i) ; mais il doit être effectué pendant la durée du mariage (ii).

### **i - L'apport en numéraire assimilable à une acquisition à titre onéreux**

**55.** Le critère de l'acquisition à titre onéreux pendant le mariage permet de mieux appréhender la notion d'acquêt, qui a vocation à s'appliquer largement. « La qualification

---

<sup>171</sup> Art. 1405, al. 2, C. civ.

<sup>172</sup> Art 1406, al. 2, C. civ, renvoyant aux art. 1434 et 1435 C. civ concernant les formalités.

<sup>173</sup> Art 1405, al. 1<sup>er</sup>, C. civ.

<sup>174</sup> Une récompense est due à la communauté pour avoir acquitté le prix ou partie du prix d'un bien propre, art. 1437 C. civ.

<sup>175</sup> D. LEFEBVRE et J. MONNET, J.-Cl. Civil Code, Art. 1400 à 1403, *Communauté légale*, Fasc. 20, *Actif commun*, n° 71.

d'acquêt s'applique indifféremment à toutes variétés de biens : meubles et immeubles, corporels et incorporels, droits réels et droits de créance »<sup>176</sup>. Par conséquent, les droits sociaux, en tant que meubles incorporels, peuvent constituer des acquêts. L'application des critères ci-dessus exposés à l'acquisition de droits sociaux en cours de vie sociale ne semble pas poser de difficultés particulières. Néanmoins, l'entrée dans la société s'effectue souvent dès la naissance de celle-ci, ou en cours de vie sociale, à l'occasion d'une augmentation de capital, par un apport. Le Professeur André Colomer définit l'apport en société comme « l'opération juridique par laquelle une personne s'engage à mettre une valeur économique à la disposition d'une société en contrepartie de droits dans le groupement »<sup>177</sup>. L'apport désigne donc l'opération juridique, mais aussi le droit ou l'activité qui est l'objet de cette opération juridique<sup>178</sup>. L'apport en numéraire porte sur une certaine somme d'argent, en contrepartie de laquelle l'apporteur reçoit des droits sociaux.

On peut dès lors se demander si l'attribution desdits droits doit être assimilée à une acquisition à titre onéreux. L'apport en numéraire est souvent rapproché du prêt d'argent à intérêt<sup>179</sup>, car dans les deux cas « une somme d'argent est mise à la disposition d'un patrimoine, moyennant dédommagement du sacrifice consenti par celui qui se sépare momentanément de ses fonds »<sup>180</sup>. La différence entre les deux réside en ce que le dédommagement, dans le prêt à intérêt, est constitué des intérêts, alors que dans l'apport en numéraire, il prend la forme d'une attribution de droits sociaux. Les deux contrats sont à titre onéreux : chaque partie reçoit une prestation en contrepartie de celle qu'elle fournit. Il reste à déterminer si l'attribution de droits sociaux en contrepartie d'un apport en numéraire peut être qualifiée d'acquisition. Le Doyen Cornu définissait celle-ci comme le « fait générique de devenir propriétaire, d'une manière ou d'une autre ; plus spécifiquement, opération par laquelle on le devient (achat, legs) »<sup>181</sup>. On peut constater que l'apporteur devient propriétaire des droits sociaux. La notion d'acquisition semble donc se retrouver ici. La

---

<sup>176</sup> Fr. TERRE et Ph. SIMLER, *Régimes matrimoniaux et statut patrimonial des couples non mariés*, op. cit., n° 261.

<sup>177</sup> A. COLOMER, t. II, *Les sociétés commerciales et les régimes matrimoniaux*, précit., n° 19.

<sup>178</sup> *Ibid.*

<sup>179</sup> V. R. BESNARD GOUDET, J.-Cl. Sociétés Traité, Fasc. 10-10, *Théorie des apports – Notion d'apport en société*, n° 15 ; G. GOFFAUX-CALLEBAUT, Rép. sociétés, *Apport*, n° 221.

<sup>180</sup> *Ibid.*

<sup>181</sup> ASSOCIATION HENRI CAPITANT, G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, p. 18.

jurisprudence assimile l'attribution de droits sociaux à une acquisition à titre onéreux. Elle en tire des conséquences logiques : lorsque des deniers propres constituent l'apport en numéraire et que les formalités de l'emploi ou du remploi n'ont pas été accomplies, les droits sociaux tombent en communauté<sup>182</sup> en vertu de la présomption d'acquêts de l'article 1402 du Code civil. De façon logique, il a été décidé que l'apport en numéraire donne lieu à une acquisition à titre onéreux. Cependant ladite acquisition doit avoir lieu pendant la durée du mariage.

## ii - L'apport en numéraire effectué pendant la durée du mariage

**56.** Sur cette condition du moment de l'acquisition, l'obtention de droits sociaux à la suite d'un apport en numéraire peut entraîner des interrogations. L'apport figure sur un compte bloqué en attendant que les formalités relatives à l'immatriculation de la société au registre du commerce et des sociétés soient réalisées. L'immatriculation marque la naissance de la société, c'est-à-dire l'acquisition de sa personnalité morale. Dans les sociétés par actions, elle permet le retrait des fonds provenant des souscriptions en numéraire<sup>183</sup>. Il peut s'écouler un certain délai entre le versement des fonds constituant l'apport et l'immatriculation de la société. Pendant ce délai, l'apporteur pourrait avoir le temps de se marier ou de divorcer, faisant basculer les biens de communs à propres ou inversement. La libération de l'apport en numéraire, qui n'est pas toujours concomitante de sa souscription, ajoute une difficulté supplémentaire. La souscription de l'apport doit être distinguée de sa libération : « Par la souscription, l'associé s'engage à effectuer un apport d'un montant déterminé [...]. Par la libération, [il] exécute son engagement, c'est-à-dire verse la somme promise »<sup>184</sup>. Dans les sociétés civiles, les SNC et les SCS, les modalités de la libération sont fixées par les statuts. Dans les sociétés par actions, en revanche, les actions doivent être libérées d'au moins la moitié de leur valeur nominale, la libération du surplus devant

---

<sup>182</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 5 mars 1991, *Bull. civ.* 1991, I, n° 80 p. 53 : *D.* 1991, p. 565, note R. LE GUIDEC ; *Defrénois* 1992, art. 35220, p. 400, obs. G. CHAMPENOIS ; *D.* 1992, somm. p. 221, obs. M. GRIMALDI ; *RTD civ.* 1992, p. 439, obs. F. LUCET et B. VAREILLE. – Cass. 1<sup>re</sup> civ., 8 oct. 2014, *Bull. civ.* 2014, I, n° 162 : *Gaz. Pal.* 3 févr. 2015 n° 34, p. 27, chron., G. DUMONT, M. LEROY et S. LEROND ; *Dr. sociétés* 2014, comm. 184, note H. HOVASSE ; *Rev. Dr. sociétés* 2015, p. 249, note E. NAUDIN.

<sup>183</sup> Art. L. 225-11, al. 1<sup>er</sup>, C. com. concernant la SA, applicable à la SCA et à la SAS, par les renvois respectifs des art. L. 226-1, al. 2, et L. 227-1, al. 3, ; art L. 223-8, al. 1<sup>er</sup>, concernant la SARL.

<sup>184</sup> M. COZIAN, A. VIANDIER et F. DEBOISSY, *Droit des sociétés*, op. cit., n° 212.

intervenir dans les cinq ans à compter de l'immatriculation de la société<sup>185</sup>. Les actions souscrites dans le cadre d'une augmentation de capital doivent être libérées immédiatement d'au moins un quart de l'apport, la libération du surplus intervenant dans un délai n'excédant pas cinq ans à compter du jour où l'augmentation de capital est devenue définitive<sup>186</sup>.

Dans les SARL, les parts sociales doivent être libérées d'au moins un cinquième de leur montant, la libération du surplus devant intervenir dans le même délai que celui imposé dans les sociétés par actions<sup>187</sup>. En cinq ans, le statut matrimonial de l'associé peut changer. Il est donc primordial de savoir quelle date d'acquisition des droits sociaux il faut retenir : celle de la souscription, de la libération de l'apport ou encore l'immatriculation de la société ? Une jurisprudence ancienne<sup>188</sup> s'est prononcée en faveur de l'immatriculation, refusant de retenir la date de la souscription<sup>189</sup>. La société ne possédant pas la personnalité morale avant cette dernière, elle ne pouvait être titulaire d'un patrimoine propre distinct de celui des associés. Cette solution a été « systématisée »<sup>190</sup> par certains auteurs<sup>191</sup> qui ont considéré que si la société était immatriculée avant le mariage ou après la dissolution de la communauté, les droits sociaux étaient propres, alors qu'ils étaient communs si l'immatriculation était intervenue après la célébration du mariage. Cependant un arrêt de la Cour de cassation plus récent<sup>192</sup> peut faire douter de cette solution. A été censurée la décision de la cour d'appel ayant retenu comme date d'acquisition des parts sociales la signature des statuts, c'est-à-dire la date de souscription des parts. Celle-ci est écartée, la Haute juridiction restant fidèle sur

---

<sup>185</sup> Art. L. 225-3, al. 2, C. com. concernant la SA, applicable à la SCA et à la SAS, par les renvois respectifs des art. L. 226-1, al. 2, et L. 227-1, al. 3.

<sup>186</sup> Art. L. 225-144, al. 1<sup>er</sup>, C. com. concernant la SA, applicable à la SCA et à la SAS, par les renvois respectifs des art. L. 226-1, al. 2, et L. 227-1, al. 3.

<sup>187</sup> Art. L. 223-7, al. 1<sup>er</sup>, C. com.

<sup>188</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 3 déc. 1985, *Bull. civ.* 1985, I, n° 328 p. 295 : *JCP N* 1986, II, p. 246, note Ph. SIMLER, concernant une société immatriculée postérieurement à la dissolution de la communauté.

<sup>189</sup> A. COLOMER s'était prononcé en faveur de la date de signature des statuts comme correspondant à la constitution définitive de la société. V. t. II, *Les sociétés commerciales et les régimes matrimoniaux, op. cit.*, n° 132.

<sup>190</sup> R. MORTIER, « Le mystère de la naissance des droits sociaux », *Dr. sociétés* 2015, n° 3, comm. 43.

<sup>191</sup> F. COLLARD et Fr. VINCKEL, J.-Cl. Sociétés Traité, *Capacité des contractants*, Fasc. 8-30, *Associé marié ou partenaire*, n° 56 ; D. LEFEBRE et J. MONNET, J.-Cl. Civil Code, Art. 1400 à 1403, *Communauté légale*, fasc. précit., n° 77.

<sup>192</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 8 oct. 2014, *Bull. civ.* 2014, I, n° 161 : *Dr. sociétés* mars 2015, n° 3, comm. 43, obs. R. MORTIER ; *JCP G* 2015, n° 12, note G. CHAMPENOIS ; *AJ Fam.* nov. 2014, n° 11, note P. HILT ; *Defrénois* 2015, n° 2, A. RABREAU.

ce point à sa jurisprudence antérieure. Deux dates sont alors envisageables : celle de la libération des apports ou celle de l'immatriculation de la société. En l'espèce, les deux dates coïncidaient. Il n'est donc pas possible de dégager une solution certaine. Cependant l'attendu de principe de la Cour de cassation ne mentionne nulle part l'immatriculation, alors qu'il évoque l'« acquisition au moyen de fonds », qui fait référence à la libération des parts <sup>193</sup>.

Le Professeur Renaud Mortier énonce que « la libération des parts ou actions [...] ne conditionne en aucun cas l'acquisition des droits sociaux correspondants »<sup>194</sup>. Il se fonde sur l'indépendance de principe du transfert de propriété et du paiement du prix. On peut être réservé concernant cette analyse. Le contrat d'apport et l'attribution des droits sociaux qui en résulte dépassent la simple vente, eu égard à la volonté de s'associer et de partager les bénéfices ainsi que les pertes, et au rôle de l'apport en numéraire dans la composition du capital social. Néanmoins, il semble exact que la libération n'est pas une condition de l'acquisition des droits sociaux. La possibilité, dans certaines sociétés, d'attribuer des droits sociaux dont le montant n'a pas été intégralement libéré le démontre. Si on estime que la date de libération des droits sociaux ne doit pas être retenue, la date de l'immatriculation de la société n'apparaît pas pour autant comme une solution idéale en tous points. Il a pu être démontré que « les droits d'associés existent sans immatriculation, cette dernière emportant seulement changement de l'identité du (des) débiteur(s) des droits d'associé, la société se substituant alors aux associés »<sup>195</sup>. Lorsque l'entrée dans la société a lieu lors d'une augmentation de capital, afin de déterminer si celle-ci se produit pendant la durée du mariage, il faudrait retenir « la date d'inscription des données modificatives sur le registre du commerce et des sociétés »<sup>196</sup>.

On observe que l'application d'un critère en apparence simple, une acquisition à titre onéreux pendant le mariage, est difficile à mettre en œuvre concernant l'attribution de droits sociaux consécutifs à un apport en numéraire. Cela s'explique par le fait que ce dernier constitue une opération juridique à part entière, qui peut être rapprochée d'autres opérations,

---

<sup>193</sup> R. MORTIER, « Le mystère de la naissance des droits sociaux », *op. cit.*

<sup>194</sup> *Ibid.*

<sup>195</sup> R. MORTIER, « Le mystère de la naissance des droits sociaux », se référant à B. DONDERO, *Les groupements dépourvus de personnalité juridique en droit privé : Contribution à la théorie de la personnalité morale*, PUAM 2006, n° 813 et s.

<sup>196</sup> D. LEFEBVRE et J. MONNET, J.-Cl. Civil Code, Art. 1400 à 1403, *Communauté légale*, fasc. précit., n° 77.

mais qui conserve sa spécificité. Par ailleurs, l'attribution de droits sociaux est liée à la souscription de l'apport et au versement des fonds, en une seule fois ou de façon échelonnée. L'écoulement du temps ajouté au nombre des étapes rend la date de l'acquisition difficilement déterminable, d'autant que vient s'ajouter l'immatriculation lorsque l'apport a lieu au moment de la constitution de la société. Tout comme les biens acquis au moyen des gains et salaires, les biens acquis sans emploi de ces derniers constituent des acquêts parce qu'ils proviennent de l'industrie personnelle des époux.

## II - Les biens acquis sans emploi des gains et salaires

**57.** De l'industrie de l'artisan résultent directement les objets qu'il a fabriqués. De celle de l'agriculteur proviennent directement les récoltes. Ces produits sont communs en vertu de l'article 1401 du Code civil. Parfois, l'époux devient propriétaire de biens sans emploi de gains ni de salaires, alors même qu'il n'a pas directement créé ni fabriqué ces biens. Il s'agit là de la particularité des droits sociaux attribués en contrepartie d'un apport en industrie. Ce dernier donne lieu à l'attribution d'un bien commun (a). Cette qualification est justifiée par le fait que les droits sociaux proviennent du travail de l'époux (b).

### a - L'apport en industrie à l'origine de l'attribution d'un bien commun

**58.** Comme l'écrit le Professeur Philippe Merle, « Par l'apport en industrie l'associé s'engage à mettre à la disposition de la société ses connaissances techniques, ses services, son travail »<sup>197</sup>. Cet apport n'entre pas dans la composition du capital social. Il est autorisé dans les sociétés de personnes : SNC, SCS, sociétés civiles, ainsi que dans certaines sociétés par actions : SARL, SCA et dans la SAS<sup>198</sup>. C'est l'industrie de l'époux qui donne lieu à l'attribution des droits sociaux, et non plus les gains et salaires sous la forme d'un apport en numéraire. On peut dès lors se demander si les droits sociaux reçus en contrepartie de l'apport en industrie effectué pendant la durée du mariage constituent des acquêts. Il aurait

---

<sup>197</sup> Ph. MERLE et A. FAUCHON, *Droit commercial : sociétés commerciales*, 24<sup>e</sup> éd., Dalloz, coll. Précis Dalloz, 2020, n° 45.

<sup>198</sup> Art. 1832 concernant la société civile ; art. L. 223-7, al. 2, C. com. concernant la SARL ; art. L. 226-1, al. 2, concernant la SCA et renvoyant au régime de la SCS ; art. L. 227-1, al. 4, concernant la SAS.

pu être soutenu que l'industrie est synonyme de qualités personnelles, qui confèreraient aux droits sociaux un caractère strictement personnel<sup>199</sup>. Or, l'article 1404 du Code civil déclare propres « tous les biens qui ont un caractère personnel et tous les droits exclusivement attachés à la personne ». Cette interprétation n'a convaincu ni la doctrine ni la jurisprudence.

La solution consistant à considérer les droits sociaux comme des biens propres aurait été une importante source d'inégalité entre les époux. L'un d'eux, non apporteur, verrait les gains et salaires provenant de son travail utilisés pour l'acquisition de biens communs, alors que l'autre, apporteur, travaillerait au sein d'une société et les biens acquis en contrepartie seraient propres<sup>200</sup>. En outre, on peut avancer que le travail exercé en dehors d'une société nécessite tout autant de qualités personnelles que celui effectué au profit d'une société au titre d'un apport en industrie. Cela dit, la jurisprudence a instauré pour les parts sociales la distinction du titre et de la finance, afin de respecter l'*intuitus personae* des sociétés émettant ces parts. La qualité d'associé est propre à l'époux, alors que la valeur des parts, quant à elle, tombe en communauté. La Cour de cassation a considéré avec raison que la part sociale attribuée à l'époux en contrepartie dudit apport constituait un bien commun, car elle n'était « que le prix de ses services et le produit de son industrie »<sup>201</sup>. Cette solution semble respecter l'égalité entre les époux en traitant de la même façon, sur le plan financier, l'époux qui exerce son industrie dans le cadre d'une activité salariée et celui qui l'exerce dans le cadre d'une société. Elle prend tout de même en compte l'aspect personnel de la relation entre la société et l'apporteur, puisque le titre reste propre à ce dernier.

### **b - Les droits sociaux provenant de l'industrie personnelle *stricto sensu***

**59.** La solution précédemment évoquée semble tout à fait adaptée, en ce que les droits sociaux proviennent de l'industrie personnelle entendue au sens strict. Le Professeur

---

<sup>199</sup> A. COLOMER, t. II, *Les sociétés commerciales et les régimes matrimoniaux*, *op. cit.*, n° 144.

<sup>200</sup> Le travail effectué au sein d'une société au titre d'un apport en industrie s'effectue sans subordination, ce qui constitue une différence importante avec le travail exercé au sein de la société en tant que salarié, cependant cette différence n'a pas de raison d'être invoquée dans le présent exemple.

<sup>201</sup> Cass. req., 3 nov. 1941 dans un régime de séparation de biens avec société d'acquêts qui est proche de l'actuelle communauté légale : *JCP G* 1942, II, 1972 ; *Gaz. Pal.* 1942, 1, jurispr. 82. – V. également Ch. AUBRY et Ch. RAU, *Droit civil français*, t. VIII, *Régimes matrimoniaux*, par A. PONSARD, Librairies techniques, 7<sup>e</sup> éd., 1973, n° 135.

André Colomer a approuvé cette solution, en soulignant qu'il aurait été « illogique de traiter différemment, au regard de la communauté, le fonds de commerce exploité individuellement et la part d'un fonds de commerce exploité en société »<sup>202</sup>. Selon cet auteur, une cohérence de traitement entre l'entrepreneur individuel et l'associé doit donc être recherchée quant à la qualification des biens. Si les droits sociaux rémunérant les apports en industrie sont des biens communs tout comme le fonds de commerce créé pendant le mariage, il existe une différence entre les deux, reposant sur le fondement de cette qualification. Les biens acquis par les époux au moyen de leurs gains et salaires tombent en communauté. *A fortiori*, les biens directement créés par eux suivent le même sort<sup>203</sup>. Le fonds de commerce correspond à cette hypothèse. Il reste un acquêt de communauté dès lors qu'il est créé pendant le mariage<sup>204</sup>, et ce même s'il a été financé à l'aide de deniers propres<sup>205</sup>. Une récompense sera seulement due par la communauté au patrimoine propre. Ainsi, un bien acquis pendant la durée du mariage au moyen de deniers propres peut être propre<sup>206</sup> ; mais un bien directement créé par l'industrie des époux pendant le mariage est toujours commun. Le travail des époux revient inexorablement à la communauté.

Les droits sociaux obtenus suite à un apport en industrie ne sont pas directement créés par l'industrie de l'époux. D'une part, on relève une intervention extérieure non négligeable : celle de la société, qui attribue les parts ou actions à l'associé. D'autre part, comme dans une vente, où la chose est la contrepartie du prix, les droits sociaux sont la contrepartie de l'industrie personnelle de l'époux. À ce titre, ils entrent en communauté sans dérogation possible. De surcroît, l'article 1401 du Code civil prévoit que sont notamment communs les acquêts provenant de l'industrie personnelle des époux. Une acquisition à titre onéreux fait des revenus du travail des biens communs. Il faut considérer que la société, quant à elle, transforme l'industrie personnelle en droits sociaux communs. Or, le participe présent « provenant » dans cette disposition sous-entend bien une transformation de l'industrie personnelle. L'attribution d'actions ou de parts sociales en rémunération d'un apport en

---

<sup>202</sup> A. COLOMER, t. II, *Les sociétés commerciales et les régimes matrimoniaux*, op. cit., n° 144.

<sup>203</sup> Fr. TERRE et PH. SIMLER, *Régimes matrimoniaux et statut patrimonial des couples non mariés*, op. cit., n° 270.

<sup>204</sup> A. COLOMER, t. I, *Le fonds de commerce et les régimes matrimoniaux*, précit., n° 51.

<sup>205</sup> A. CHAMOULAUD-TRAPIERS, Rép. civ. Dalloz, *Communauté légale : actif des patrimoines*, n° 243.

<sup>206</sup> À condition de respecter les formalités de l'emploi ou du remploi.

industrie n'est par conséquent qu'une application littérale de l'article 1401. Pourtant, la qualification de ces actions ou parts a donné lieu à des hésitations, dues encore une fois à la particularité de l'apport. Les acquêts provenant de l'industrie personnelle des époux constituent une source d'alimentation communautaire. Les fruits et les revenus des biens propres en sont une autre.

## **B - Les fruits et revenus des biens propres**

**60.** Après quelques précisions lexicales (I) et des observations quant à la qualification (II), nous nous interrogerons sur le fait de savoir si les bénéfices distribués par la société peuvent être assimilés à des fruits et revenus et donc entrer en communauté (III).

### **I - La terminologie**

**61.** L'article 1401 du Code civil prévoit que sont notamment communs les biens acquis par les époux pendant le mariage et provenant des économies faites sur les fruits et revenus de leurs biens propres. On peut se demander s'il y a lieu de distinguer les fruits et revenus des biens. Le Doyen Cornu définit les revenus comme les « ressources périodiques d'une personne, issues de son travail (gains, salaires, traitements, rémunérations), ou de son capital (fruits) »<sup>207</sup>. Les revenus issus du capital seraient donc synonymes de fruits. Le même auteur désigne les fruits comme les « biens de toute sorte [...] que fournissent et rapportent périodiquement les biens frugifères [...] ; espèce de revenus issus des capitaux, à la différence des revenus du travail », semblant par là même vérifier cette hypothèse.

Cependant tous les fruits ne sont pas des revenus. On relève une certaine diversité au sein des fruits. Les fruits naturels et industriels proviennent du bien même qui les produit. Les premiers sont le « produit spontané de la terre »<sup>208</sup> et on y assimile « le produit et le croît des animaux »<sup>209</sup>, alors que les seconds sont « obtenus par la culture, l'industrie de l'homme »<sup>210</sup>. Les fruits civils, quant à eux, sont des « revenus que le Droit civil qualifie

---

<sup>207</sup> ASSOCIATION HENRI CAPITANT, G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*, p. 921.

<sup>208</sup> *Ibid.*

<sup>209</sup> *Id.*, p. 678. Ils sont concernés par l'art 583 C. civ.

<sup>210</sup> *Id.*, p. 481. Ils sont également concernés par l'art 583 C. civ.

techniquement de fruits »<sup>211</sup>. La majorité des fruits a une « traduction pécuniaire immédiate »<sup>212</sup> et à ce titre, peut être assimilée à des revenus, mais ce n'est pas le cas des fruits naturels. Un auteur<sup>213</sup> en déduit qu'« Il n'y a confusion des revenus des biens et des fruits que lorsque ces derniers sont des sommes d'argent ». D'autre part, tous les revenus du capital ne sont pas des fruits. Les deux ayant le même régime, certains éléments qui n'étaient pas des fruits ont parfois été qualifiés de revenus afin de leur appliquer le régime des fruits<sup>214</sup>. Ainsi, une distinction entre les revenus des capitaux et les fruits s'impose et la mention de chacun par l'article 1401 du Code civil n'est pas redondante. Les fruits et les revenus des propres suivant tous deux le même sort en vertu de cet article, il ne semble pas nécessaire de s'y attarder davantage. En revanche, il est utile de s'informer sur ce qu'est précisément ce sort.

## II - La qualification

**62.** En vertu de l'article 1401 du Code civil, les acquêts provenant des économies faites sur les fruits et revenus des biens propres sont communs. De la même façon qu'il ne se prononce pas sur la qualification des gains et salaires, il ne donne pas non plus la nature commune ou propre des fruits et revenus des biens propres eux-mêmes. L'article 1403 du Code civil n'est pas plus éclairant en prévoyant que « chaque époux conserve la pleine propriété de ses propres », et que « la communauté n'a droit qu'aux fruits perçus et non consommés ». Les articles 225 et 1428 du Code civil, qui proclament l'indépendance de chacun des époux dans la gestion de ses propres, ne sont d'aucun secours relativement à la qualification des fruits et revenus.

Sous l'ancien régime légal de la communauté de meubles et acquêts, les fruits et revenus des biens propres étaient communs de par leur nature mobilière et l'usufruit de la communauté sur les propres des époux. La jurisprudence avait décidé que « la communauté devenait propriétaire, sauf récompense, de tous les deniers perçus par les époux ou pour leur

---

<sup>211</sup> *Id.*, p. 177. Ils sont concernés par l'art. 584 C. civ.

<sup>212</sup> A. CHAMOULAUD-TRAPIERS, *Les fruits et revenus en droit patrimonial de la famille*, thèse Limoges, PULIM, 1999, n° 17.

<sup>213</sup> *Ibid.*

<sup>214</sup> V. S. ROBINNE, *Contribution à l'étude de la notion de revenus*, thèse Montpellier, Presses universitaires de Perpignan, 2003, n° 23 et concernant le cas de l'usufruit, n° 24 et s.

compte pendant le mariage pour quelque cause que ce soit »<sup>215</sup>. La loi du 13 juillet 1965<sup>216</sup> a fait de la communauté réduite aux acquêts le nouveau régime légal. De nombreux débats ont alors vu le jour concernant la nature des fruits et revenus des biens propres<sup>217</sup>. La question de la qualification a des conséquences aussi bien sur le droit de poursuite des créanciers que dans les rapports entre époux. Au travers de la réforme de 1965, le législateur avait souhaité conférer à chacun des époux, en particulier à la femme, des pouvoirs de gestion identiques sur leurs biens propres. Cette égalité entre les époux n'était pas parfaite, le mari gardant le pouvoir d'administrer les biens communs. L'enjeu de la qualification était de savoir si le mari pouvait ou non revendiquer les revenus des propres de son épouse en tant que biens communs, et à quel moment les revenus des propres prenaient la nature de biens communs le cas échéant.

La loi du 23 décembre 1985<sup>218</sup> est allée plus loin dans l'égalité entre les époux en établissant une gestion concurrente de la communauté. Ainsi, la réticence à qualifier de biens communs les revenus des biens propres de l'épouse, en ce qu'elle permettait au mari de se faire remettre lesdits revenus, a disparu. Pour autant, cette loi ne s'est pas prononcée expressément sur la nature des revenus des propres. Cette tâche est naturellement revenue à la jurisprudence, qui a décidé dans l'arrêt *Authier*<sup>219</sup> du 31 mars 1992 que les fruits et revenus des biens propres étaient « affectés » à la communauté, et que la communauté se devait donc de « supporter les dettes qui [étaient] la charge de la jouissance de ces biens ». Il convient alors de se demander si les bénéfices distribués par la société doivent faire partie de la communauté.

---

<sup>215</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 14 mars 1972, *Bull. civ.* 1972, I, n° 81.

<sup>216</sup> Loi n° 65-570 du 13 juillet 1965 portant réforme des régimes matrimoniaux.

<sup>217</sup> D. LEFEBVRE et J. MONNET, J.-Cl. Civil Code, Art. 1400 à 1403, *Communauté légale*, fasc. précit., n° 44 et s ; J. FLOUR et G. CHAMPENOIS, *Les régimes matrimoniaux*, 2<sup>e</sup> éd., A. Colin, 2001, p. 256, n° 265 et s.

<sup>218</sup> Loi n° 85-1372 du 23 décembre 1985 relative à l'égalité des époux dans les régimes matrimoniaux et des parents dans la gestion des biens des enfants mineurs.

<sup>219</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 31 mars 1992, *Bull. civ.* 1992, I, n° 96, p. 64 : *JCP G* 12 mai 1993, n° 19, II, 22041, note A. TISSERAND ; *JCP N* 16 oct. 1992, n° 42, 101446, note J.-F. PILLEBOUT ; *Defrénois* 1992, art. 35348, note G. CHAMPENOIS.

### III - L'application aux bénéfices distribués par la société

**63.** Les bénéfices doivent être qualifiés de communs s'ils remplissent certaines conditions permettant de considérer qu'ils sont distribués au titre de fruits et revenus (a). Cependant il faut déterminer si les dividendes correspondent à la définition classique des fruits et des revenus (b).

#### a - Les bénéfices distribués au titre des fruits et revenus

**64.** Les bénéfices distribués peuvent être les bénéfices réalisés lors de l'exercice ou lors d'un exercice précédent. Dans ce dernier cas, les sommes distribuées proviennent soit du report à nouveau, c'est-à-dire des bénéfices qui n'ont pas été distribués et qui n'ont pas non plus été affectés aux réserves, soit des réserves facultatives, c'est-à-dire les réserves ni légales ni statutaires. Les bénéfices distribués provenant d'actions ou de parts sociales propres entrent-ils en communauté en tant que fruits et revenus de biens propres ? Une distinction doit être effectuée<sup>220</sup> : lorsque ces sommes constituent des accroissements des actions ou parts propres, elles sont également propres en vertu de l'article 1406 du Code civil<sup>221</sup> ; lorsque « lesdites sommes sont distribuées à titre de revenus, elles prennent, comme tout revenu de bien propre, le caractère commun »<sup>222</sup>. Il reste à déterminer les hypothèses dans lesquelles les sommes sont distribuées à titre de revenus. La Cour de cassation a jugé le 12 décembre 2006<sup>223</sup> que « les bénéfices réalisés par une société ne deviennent des fruits ou des revenus de biens propres, susceptibles de constituer des acquêts de communauté, que lorsqu'ils sont attribués sous forme de dividendes ». Il convient donc de s'interroger sur la notion de dividende.

**65.** Il n'existe pas de définition légale du dividende. Le Doyen Cornu le désigne comme la « part de bénéfices, quote-part attribuée à chaque associé, pendant la durée de la société, au prorata de ses droits dans les bénéfices et normalement prélevée sur ceux de

---

<sup>220</sup> A. COLOMER, *Droit civil : régimes matrimoniaux*, 12<sup>e</sup> éd, Litec, 2004, n° 683.

<sup>221</sup> Ch. AUBRY. et Ch. RAU, *Régimes matrimoniaux, op. cit.*, § 507, n° 155, note 133.

<sup>222</sup> M. MATHIEU, J.-Cl. Not. Form., *Communauté entre époux*, Fasc. 30, *Biens propres par origine*, n° 155.

<sup>223</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 12 déc. 2006, *Bull. civ.* 2006, I, n° 536, p. 477 : *Dr. sociétés* 2007, comm. 32, obs. J. MONNET ; *Bull. Joly* 2007, § 83, p. 363 note Th. REVET ; *D.* 2007, p. 318.

l'exercice ou sur les réserves disponibles, notamment sur le report à nouveau ; terme plus particulièrement usité dans les sociétés par actions [...] »<sup>224</sup>. Concernant la distribution des dividendes, une procédure stricte doit être respectée<sup>225</sup>. Tout d'abord, l'assemblée générale ordinaire approuve les comptes annuels et constate, le cas échéant, l'existence de sommes distribuables. Ensuite, elle détermine la part attribuée aux associés sous forme de dividendes et les modalités de paiement. L'arrêt du 28 novembre 2006<sup>226</sup> a confirmé<sup>227</sup> très clairement que l'existence juridique est conférée aux dividendes par « la décision de l'assemblée générale de distribuer tout ou partie des bénéfices réalisés au cours de l'exercice ».

Ainsi, les parts ou actions attribuées gratuitement aux associés suite à une augmentation de capital par incorporation de réserves ne sont pas distribuées sous la forme de dividendes. Si les droits sociaux initiaux étaient propres à l'un des époux, les nouveaux droits lui sont également propres par accroissement<sup>228</sup>. Les réserves constitueraient un « capital de prévoyance et de précaution » et non des revenus<sup>229</sup>. Résultant également de réserves, les sommes provenant de la répartition du *boni* de liquidation, à la dissolution de la société, sont propres lorsque les parts ou actions sont elles-mêmes propres<sup>230</sup>. Pourtant, les réserves peuvent être distribuées sous la forme de dividendes. Dans ce cas, ne faudrait-il pas considérer, conformément à l'arrêt du 12 décembre 2006 précité, qu'elles deviennent des fruits ou revenus de biens propres ? Ledit arrêt a établi que les bénéfices devaient être attribués sous forme de dividendes pour devenir des fruits ou revenus de biens propres, mais toutes les sommes distribuées sous cette forme ne sont pas nécessairement pour autant des fruits ou revenus de propres. Lorsque la distribution de réserves apparaît comme un palliatif de l'insuffisance ou de l'instabilité des dividendes<sup>231</sup>, il y a lieu de considérer les sommes

---

<sup>224</sup> ASSOCIATION HENRI CAPITANT, G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*, p. 356.

<sup>225</sup> Art. L. 232-12 C. com ; V. INFOREG, Retour sur la notion de dividendes appréhendés par des associés personnes physiques, au regard de la jurisprudence récente, *Cah. dr. entr.* 2011, n° 4, prat. 17.

<sup>226</sup> Cass. com., 28 nov. 2006, *Bull. civ.* 2006, IV, n° 235 ; *D.* 2006, p. 3055, note A. LIENHARD ; note D. GALLOIS-COCHET ; *RTD civ.* 2007, p. 147, note T. REVET.

<sup>227</sup> Confirmation des décisions Cass. com., 23 oct. 1984, *Bull.* 1984, IV, n° 281 ; *Bull. Joly* 1985, p. 97 ; *Rev. sociétés* 1986, p. 97, note J.-J. DAIGRE – Cass. com., 23 oct. 1990, *Bull.* 1990, IV, n° 247, p. 171 ; *D.* 1991, p. 173, note Y. REINHARD ; *JCP E* 1991, II, 127, note P. SERLOOTEN.

<sup>228</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 12 déc. 2006, *précit.*

<sup>229</sup> A. COLOMER, t. II, *Les sociétés commerciales et les régimes matrimoniaux*, *op. cit.*, p. 194, n° 327.

<sup>230</sup> F. COLLARD et Fr. VINCKEL, J.-Cl. Sociétés Traité, *Capacité des contractants*, fasc. précit., n° 61.

<sup>231</sup> M. MATHIEU, J.-Cl. Not. Form., *Communauté entre époux*, Fasc. 30, *Biens propres par origine*, n° 155.

comme des revenus, qui seraient communs<sup>232</sup>. *A fortiori*, si les sommes distribuées proviennent du report à nouveau, elles constituent également des revenus. La Cour de cassation admet donc, à certaines conditions, que les bénéfices distribués soient des fruits et revenus de biens propres. Toutefois il faut se demander si cette solution est bien en accord avec la conception traditionnelle des fruits et des revenus.

### **b - Les dividendes confrontés à la définition classique des fruits et revenus**

**66.** L'application aux dividendes des définitions classiques des fruits et des revenus peut poser certaines difficultés. Concernant, dans un premier temps, la qualification de revenus, on remarque que si les dividendes sont le plus fréquemment payés en espèces, le paiement en nature est néanmoins possible. Cet usage se rencontre dans « les sociétés propriétaires de vignobles qui distribuent des dividendes sous forme de bouteilles de vin »<sup>233</sup>. La société peut également « distribuer des actions qu'elle détient en portefeuille »<sup>234</sup> ou encore ses propres actions<sup>235</sup>. Nous avons vu que les fruits naturels ne peuvent être assimilés à des revenus, car ils n'ont pas de traduction pécuniaire immédiate. Or, les dividendes payés en nature n'en ont pas non plus. Ainsi, seuls les dividendes payés en numéraire pourraient être assimilables à des revenus.

Dans un second temps, on peut se pencher sur la qualification de fruits des dividendes. Si les dividendes distribués en nature ne correspondent pas à la définition des revenus, on peut se demander s'ils peuvent être qualifiés de fruits. Lorsque des actions de la société sont distribuées sous forme de dividendes provenant d'actions propres à l'un des époux, ne faudrait-il pas considérer les nouvelles actions comme des accroissements propres en vertu de l'article 1406, alinéa premier, du Code civil ? On pourrait toutefois penser que les dividendes doivent suivre la même qualification, peu importe qu'ils soient distribués en nature ou en numéraire. Il convient de les qualifier de communs en tant que fruits de biens

---

<sup>232</sup> A. COLOMER, *Droit civil : régimes matrimoniaux*, op. cit., p. 314, n° 683.

<sup>233</sup> M. COZIAN, A. VIANDIER et F. DEBOISSY, *Droit des sociétés*, op. cit., n° 1172.

<sup>234</sup> *Ibid.* La société LVMH a effectué une distribution de dividendes en nature sous la forme d'actions Hermès en vertu du protocole transactionnel en date du 2 septembre 2014.

<sup>235</sup> Cette faculté doit être prévue dans les statuts, art. 232-18 et s. C. com, et l'actionnaire peut préférer se voir verser les dividendes en numéraire.

propres<sup>236</sup>. Cependant la périodicité de ces dividendes, comme celle des dividendes payés en numéraire, peut poser certains problèmes. La jurisprudence a d'abord considéré que les bénéfices, devant être répartis périodiquement entre les ayants droit, s'acquerraient jour par jour au cours de chaque exercice social conformément à l'article 586 du Code civil. Ils participaient donc de la nature des fruits civils, auxquels il y avait lieu de les assimiler<sup>237</sup>. En cas de cession des droits sociaux, les bénéfices devaient être répartis *pro rata temporis* entre le cédant et le cessionnaire. Comme l'a justement relevé le Professeur Raphaëlle Besnard GouDET, « le raisonnement [...] semblait procéder d'une confusion entre bénéfice distribuable et bénéfices distribués »<sup>238</sup>.

La jurisprudence a ensuite décidé que « seules les sommes qui, faisant partie du bénéfice distribuable, devaient, en vertu des statuts, être réparties entre les ayants droit et que celles ayant fait l'objet d'une décision de distribution par l'assemblée des actionnaires ou associés, participaient de la nature des fruits »<sup>239</sup>. Ainsi, elle a effectué une distinction entre les bénéfices distribuables et les bénéfices distribués. Le Professeur André Colomer a d'ailleurs affirmé « ce n'est pas le bénéfice distribuable qui est fruit, c'est le bénéfice distribué »<sup>240</sup>. Par conséquent, les dividendes appartenaient exclusivement à celui qui était associé au jour de la distribution, c'est-à-dire au cessionnaire ou à l'héritier. Lorsque la Cour de cassation a cessé d'utiliser le terme de « fruits civils »<sup>241</sup>, une partie de la doctrine en a déduit qu'une telle qualification était abandonnée<sup>242</sup>. D'autres auteurs ont critiqué cette analyse et estimé que ladite qualification n'avait pas été écartée par la Haute juridiction<sup>243</sup>. Un arrêt du 5 octobre 1999<sup>244</sup> a finalement tranché le débat en établissant que les dividendes « participent

---

<sup>236</sup> V. H. HOVASSE, « Époux et valeurs mobilières », *Dr. et patr.* 2002, n° 103.

<sup>237</sup> Cass. civ., 21 oct. 1931 : *DH* 1931, p. 553 ; *DP* 1933, 1, p. 100, note P. CORDONNIER.

<sup>238</sup> R. BESNARD GOUDET, « Les dividendes constituent des fruits civils », *JCP E* 6 avr. 2000, n° 14, p. 612.

<sup>239</sup> Cass. com., 23 oct. 1984, *précit.*

<sup>240</sup> A. COLOMER, *Droit civil : régimes matrimoniaux, op. cit.*, n° 682.

<sup>241</sup> Cass. com., 23 oct. 1990, *précit.*

<sup>242</sup> Notamment Y. REINHARD, V. « Dividendes versés postérieurement à une transmission de droits d'associé », *D.* 1991, p. 173, note ss Cass. com., 23 oct. 1990.

<sup>243</sup> Notamment R. MICHA GOUDET, « Nature juridique des dividendes », *JCP E* 1998, n° 3, p. 68.

<sup>244</sup> Cass. com., 5 oct. 1999, *Bull. civ.* 1999, IV, n° 163 : *RJDA* 1999, n° 34, p. 38 ; *Rev. sociétés* 2000, p. 286, note H. LE NABASQUE, note R. BESNARD-GOUDET ; *D.* 2000, jurispr. p. 552, note G. MORRIS-BECQUET ; *Dr. sociétés* 2000, n° 1, obs. T. BONNEAU ; *RD banc. et bourse* 1999, p. 249, obs. GERMAIN

de la nature des fruits »<sup>245</sup>. Cette solution a été confirmée par l'arrêt du 28 novembre 2006<sup>246</sup>. Pour autant, ces arrêts n'ont pas mis fin à toutes les interrogations.

La qualification de fruits a été très critiquée, car « classiquement, est considéré comme fruit ou revenu tout ce qu'une chose produit périodiquement sans altération de sa substance »<sup>247</sup>. « Périodiquement » signifie « régulièrement ». Les dividendes, loin de satisfaire à ce critère, se caractérisent même par « l'aléa qui entoure aussi bien [leur] existence que [leur] distribution »<sup>248</sup>. L'existence des dividendes dépend de la réalisation d'un bénéfice : ne pas percevoir ceux-ci est, pour les associés, une forme de contribution aux pertes<sup>249</sup>. La clause d'intérêt fixe au profit des associés serait réputée non écrite<sup>250</sup>, car elle imposerait le versement d'un intérêt malgré l'absence de bénéfice<sup>251</sup>. Même lorsqu'il y a des bénéfices, les associés peuvent décider de ne pas les distribuer sous forme de dividendes, mais de les mettre en réserve ou de procéder à une augmentation de capital. Certains auteurs<sup>252</sup> admettent que la régularité des dividendes pose une difficulté, néanmoins ils recommandent d'appréhender seulement la notion de fruits, dans la mesure où les dividendes n'altèrent pas la substance du titre. D'autres auteurs<sup>253</sup> vont plus loin en tentant de démontrer que les fruits, même civils, ne se caractérisent pas par leur fixité. Quant à la périodicité, elle nécessiterait seulement « que la production ait vocation à se renouveler »<sup>254</sup>.

Outre le problème de la périodicité se trouve celui de savoir à quelle sorte de fruits appartiennent les dividendes, la jurisprudence ayant cessé de qualifier les dividendes de fruits civils. Or, on recense trois catégories de fruits : les fruits naturels, industriels et civils.

---

et M.-A. FRISON-ROCHE, obs. A. VIANDIER et J.-J. CAUSSAIN ; *Defrénois* 2000, p. 40, obs. P. LE CANNU ; RTD com. 2000, p. 138, obs. M. STORCK ; *Dr. sociétés* 1999, comm. 183, note H. HOVASSE.

<sup>245</sup> Cette expression avait d'ailleurs déjà été employée dans l'arrêt Cass. com., 23 oct. 1984, *précit.*

<sup>246</sup> Cass. com., 28 nov. 2006, *précit.*

<sup>247</sup> A. COLOMER, t. II, *Les sociétés commerciales et les régimes matrimoniaux, op. cit.*, p. 206, n° 345.

<sup>248</sup> INFOREG, Retour sur la notion de dividendes appréhendés par des associés personnes physiques, au regard de la jurisprudence récente, *op. cit.*

<sup>249</sup> M. COZIAN, A. VIANDIER et F. DEBOISSY, *Droit des sociétés, op. cit.*, n° 1162.

<sup>250</sup> En vertu de l'art. L. 232-15 C. com.

<sup>251</sup> M. COZIAN, A. VIANDIER et F. DEBOISSY, *Droit des sociétés, op. cit.*, n° 1166.

<sup>252</sup> Y. STREIFF, « La nature juridique des dividendes », *BJS* 1<sup>er</sup> nov. 1989, n° 11, p. 901.

<sup>253</sup> R. BESNARD GOUDET, faisant un parallèle avec les loyers, dans « Les dividendes constituent des fruits civils », *JCP E*, 2000, n° 14, p. 612.

<sup>254</sup> *Ibid.*

Faut-il faire entrer les dividendes dans l'une de ces catégories, ou sont-ils des fruits *sui generis* ? Un auteur, faisant valoir que la liste du Code civil semble être limitative, propose de considérer les dividendes comme des fruits industriels « auxquels la jurisprudence définirait un régime particulier, fonction non plus seulement de la culture, mais d'abord de l'industrie comprise comme l'activité des hommes au sein des sociétés définies par la loi »<sup>255</sup>.

On observe que la jurisprudence énonce que les dividendes « participent de la nature des fruits ». Cette expression vague peut être qualifiée de prudente<sup>256</sup>, mais elle illustre la difficulté de la qualification des dividendes. Du fait de la spécificité de ces derniers, l'application des définitions des fruits et revenus n'est pas aisée : le dividende ne rémunère pas seulement l'investissement du capital. Il rémunère également le résultat de l'activité commerciale de la société. Le dividende serait d'abord « la rémunération de la qualité d'associé »<sup>257</sup>. La particularité du dividende ne conduit-elle pas à tordre les notions du droit des biens, lesquelles sont reprises par le droit des régimes matrimoniaux ? De façon plus générale, l'application de l'article 1401 du Code civil aux droits sociaux demande une certaine adaptation des concepts des régimes matrimoniaux. Les biens de l'entreprise peuvent également constituer des acquêts par suite de l'application d'une présomption.

## §2 - Les biens réputés acquêts de communauté

**67.** L'article 1402, alinéa premier, du Code civil prévoit que « tout bien, meuble ou immeuble, est réputé acquêt de communauté si l'on ne prouve qu'il est propre à l'un des époux par application d'une disposition de la loi ». La présomption d'acquêt est clairement favorable à la communauté, en ce qu'elle permet de l'augmenter de tous les biens dont les époux ne peuvent prouver qu'ils dépendent de leur patrimoine propre (A). La présomption n'a pas l'occasion de jouer en matière immobilière en raison de l'intervention du notaire, qui permet de rendre certaine la date d'acquisition et sécuriser l'acte en mentionnant le cas échéant les deniers propres employés. L'article 1402 peut être invoqué par l'entrepreneur

---

<sup>255</sup> Y. STREIFF, « La nature juridique des dividendes », *op. cit.*

<sup>256</sup> PH. MALAURIE et L. AYNES et M. JULIENNE, *Les biens*, 8<sup>e</sup> éd., LGDJ lextenso, coll. Droit civil, 2019, n° 162.

<sup>257</sup> Cass. com., 23 oct. 1990, *précit.*

individuel et par l'associé, pour des biens corporels comme pour des biens incorporels. Nous prendrons l'exemple de l'application de la présomption au fonds de commerce (B).

## **A - La présomption d'acquêt, source d'accroissement de la communauté**

**68.** Dans certaines circonstances, cette présomption se révèle particulièrement utile (I). Elle ne constitue qu'une présomption simple, c'est-à-dire qu'elle peut être renversée par la preuve contraire (II).

### **I - L'utilité de la présomption d'acquêt**

**69.** Le Doyen Cornu caractérisait la présomption d'acquêt comme un « facteur d'accroissement résiduel de la communauté au bénéfice du doute »<sup>258</sup>. Celle-ci exerce une attraction sur les biens dont les époux ne peuvent prouver le caractère propre. Dans les rapports entre époux, la présomption d'acquêt est essentiellement invoquée à la dissolution de la communauté, lors de la reprise des biens propres. L'époux qui souhaite prouver que le bien est propre supporte la charge de la preuve. Une faveur est donc faite à la communauté. La doctrine voit en cette présomption « le caractère communautaire du régime légal »<sup>259</sup>. Celle-ci s'analyse comme une règle de preuve<sup>260</sup>. Cependant elle joue également le rôle d'une règle de fond, puisque les biens dont le caractère propre ne peut être établi basculent en communauté. Pour cette raison, elle est parfois qualifiée de « mixte »<sup>261</sup>. Dans les rapports entre les époux et les créanciers, la présomption de communauté « favorise le crédit du ménage »<sup>262</sup>, crédit qui s'avère particulièrement important dans une entreprise individuelle et dans les sociétés dont la responsabilité des associés est illimitée. Le gage des créanciers

---

<sup>258</sup> G. CORNU, *Les régimes matrimoniaux*, *op. cit.*, n° 44.

<sup>259</sup> Fr. TERRE et Ph. SIMLER, *Régimes matrimoniaux et statut patrimonial des couples non mariés*, *op. cit.*, n° 283.

<sup>260</sup> A. COLOMER, *Droit civil : régimes matrimoniaux*, *op. cit.*, n° 406.

<sup>261</sup> V. P. HILT, « La présomption de communauté ne peut pas être invoquée pour la première fois devant la Cour de cassation », *AJ fam.* 2010, p. 548, à propos de Cass. 1<sup>re</sup> civ., 20 oct. 2010.

<sup>262</sup> A. COLOMER, *Droit civil : régimes matrimoniaux*, *op. cit.*, n° 407.

de l'un ou l'autre des époux porte en principe sur les biens communs<sup>263</sup>. Si un créancier invoque la présomption d'acquêt, l'époux non débiteur n'aura d'autre choix que de prouver le caractère propre de son bien afin de le faire échapper aux poursuites. Ces règles s'appliquent notamment aux parts sociales et aux actions : l'époux étant dispensé d'établir le caractère commun de celles-ci, son conjoint qui soutient en être seul propriétaire pour avoir apporté des biens propres doit l'établir. Doivent faire de même les coassociés de l'époux dont le conjoint veut revendiquer les parts sociales en tant que biens communs<sup>264</sup>.

Par ailleurs, dans le régime de la séparation de biens, la présomption d'indivision se rapproche de la présomption d'acquêt. L'alinéa premier de l'article 1538 du Code civil prévoit que « tant à l'égard de son conjoint que des tiers, un époux peut prouver par tous les moyens qu'il a la propriété exclusive d'un bien ». Le troisième alinéa dispose quant à lui que « les biens sur lesquels aucun des deux époux ne peut justifier d'une propriété exclusive sont réputés leur appartenir indivisément, à chacun pour moitié ». La possibilité pour l'époux de prouver qu'il a la propriété exclusive du bien est énoncée avant la présomption d'indivision, alors que l'article 1402 fait d'abord état de la présomption de communauté et ensuite de la faculté de l'époux de prouver que le bien est propre. Cet ordre d'apparition des présomptions est bien révélateur des esprits respectivement séparatifs et communautaires du régime de séparation de biens et du régime légal. La preuve de la propriété exclusive du bien marque encore la différence entre les deux régimes : libre dans le régime de la séparation de biens, elle est en revanche strictement encadrée dans le régime légal.

## II - Une présomption réfragable

**70.** L'article 1402 du Code civil liste exhaustivement plusieurs preuves susceptibles de renverser la présomption. Son alinéa deux prévoit une preuve intrinsèque concernant les biens portant « en eux-mêmes preuve ou marque de leur origine » et il en cite un certain nombre : les vêtements, à l'usage personnel de l'un des époux, les actions en réparation d'un dommage corporel ou moral, ainsi que les créances et pensions incessibles. Quant aux autres biens, la présomption peut être renversée par une preuve extrinsèque. Si l'époux ne peut

---

<sup>263</sup> En vertu de l'article 1413 C. civ., V. *infra*, § n° 125.

<sup>264</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 11 juin 1996, *Bull. civ.* 1996, I, n° 251 : *Dr. sociétés* 1996, comm. 160, obs. Th. BONNEAU, n° 10, obs. Ph. SIMLER ; *Bull. Joly* 1996, p. 1034, note J. DERRUPPE.

produire d'écrit préconstitué tel qu'un inventaire, « un acte de donation [ou un] acte d'acquisition comportant une déclaration d'emploi »<sup>265</sup>, le juge peut prendre en considération tous écrits, comme les titres de famille, les papiers domestiques, les documents de banque et les factures. La preuve par écrit reçoit une exception lorsque le juge constate qu'un époux a été dans l'impossibilité matérielle ou morale de se procurer un écrit. Il peut alors admettre la preuve par témoignage ou présomption. Ainsi, l'époux bénéficie d'une latitude certaine pour renverser la présomption d'acquêt et établir que le bien est propre. Cette latitude se retrouve concernant les droits sociaux. La preuve peut être établie à partir « des statuts, de l'acte de cession [ou] des registres de présence des assemblées générales »<sup>266</sup>. En l'absence d'écrit, le juge peut admettre la preuve par témoignage, par exemple celui des autres associés<sup>267</sup>. La présomption de communauté est également applicable au fonds de commerce.

## **B - Le fonds de commerce réputé acquêt de communauté**

**71.** Le fonds de commerce étant l'outil professionnel de l'époux entrepreneur, sa propriété revêt pour lui une importance cruciale. Or, il peut exister des incertitudes concernant cette propriété, en particulier lorsque le fonds est créé concomitamment à la célébration du mariage. Le jeu de la présomption de communauté peut constituer pour l'époux qui se croyait unique propriétaire une importante source d'insécurité juridique. Il est donc indispensable de connaître le critère permettant de déterminer la naissance du fonds. Il convient de distinguer le fonds de commerce et l'entreprise. Le fonds serait simplement un bien, alors que l'entreprise comporterait une dimension humaine<sup>268</sup>. En outre, seule l'entreprise peut réunir des immeubles<sup>269</sup> et des éléments de passif. En plus de ceux-ci, elle englobe le fonds de commerce. Comme nous l'avons vu, la présomption de propriété ne

---

<sup>265</sup> P. HILT, « La présomption de communauté ne peut pas être invoquée pour la première fois devant la Cour de cassation », *op. cit.*

<sup>266</sup> F. COLLARD et Fr. VINCKEL, J.-Cl. Sociétés Traité, *Capacité des contractants*, Fasc. 8-30, *Associé marié ou partenaire*, n° 64.

<sup>267</sup> *Ibid.*

<sup>268</sup> V. A. COLOMER, t. I, *Le fonds de commerce et les régimes matrimoniaux*, *op. cit.*, n° 28.

<sup>269</sup> M. MENJUCQ, « Le fonds de commerce dans la communauté entre époux », *JCP N* 1996, n° 29, p. 1081, n° 3.

s'applique pas aux immeubles du fait de l'intervention du notaire et du rôle de la publicité foncière. Il reste à s'interroger sur le sort du fonds de commerce.

La propriété des parts sociales en cours de constitution, concomitamment à la célébration du mariage ou à la dissolution de la communauté a pu poser des difficultés ; le fonds de commerce en cours de création mérite lui aussi une attention particulière. Si la preuve de la nature propre du fonds n'était pas apportée, celui-ci serait commun. Or, l'enjeu est aussi grand pour le conjoint dont l'entreprise peut constituer la profession, que pour les créanciers de l'un ou l'autre des époux. Il convient donc de se demander comment la présomption peut être renversée. Il y a lieu tout d'abord de mieux cerner le fonds de commerce, qui est défini par le Doyen Cornu comme un « ensemble d'éléments corporels (matériel, outillage, marchandises) et incorporels (droit au bail, nom, enseigne, brevets et marques, clientèle et achalandage) qui, appartenant à un commerçant ou à un industriel et réunis pour lui permettre d'exercer son activité, constitue une universalité juridique et un meuble incorporel soumis à des règles particulières [...] »<sup>270</sup>. On remarque immédiatement que le fonds de commerce est un bien d'une extrême diversité. L'époux peut être titulaire du bail commercial, alors qu'il n'a pas encore de mobilier à l'intérieur du local, ni de marchandises à vendre.

**72.** Toutefois, le fonds est une universalité de fait, c'est-à-dire un « ensemble homogène et permanent, distinct des éléments qui le composent et soumis à un régime juridique unique »<sup>271</sup>. Il faut donc trouver un seul et même critère pour sa création. Le Professeur André Colomer écrit très justement : « constater que le fonds de commerce est de composition variable [...], c'est poser le problème fondamental de [...] la détermination du ou des éléments irréductibles, c'est-à-dire des éléments sans lesquels le fonds ne peut naître ni survivre »<sup>272</sup>. La jurisprudence a établi que la clientèle est l'élément « sans lequel un fonds

---

<sup>270</sup> G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*, p. 465.

<sup>271</sup> V. MERCIER, J.-Cl. Civil Code, Art. 582 à 599, *Usufruit*, Fasc. 10, *Prérogatives de l'usufruitier – Droit de l'usufruitier (usage et jouissance)*, n° 187.

<sup>272</sup> A. COLOMER, t. I, *Le fonds de commerce et les régimes matrimoniaux*, *op. cit.*, n° 12.

ne saurait exister »<sup>273</sup>. Pour une partie de la doctrine, elle apparaît comme le but, la qualité essentielle du fonds. Elle constitue « l'élément unificateur » du fonds de commerce »<sup>274</sup>.

La doctrine et la jurisprudence se sont demandé s'il fallait retenir, comme date de création, la réunion des éléments permettant d'attirer la clientèle ou l'existence d'une véritable clientèle. Cette réflexion supposait de se trouver dans l'hypothèse exceptionnelle où les deux ne sont pas concomitants. La doctrine majoritaire retenait l'ouverture au public<sup>275</sup>. La jurisprudence se montre plus exigeante : en présence d'un fonds de commerce immatriculé et déclaré ouvert un mois avant le mariage, mais fréquenté par des clients seulement après sa célébration, la Cour de cassation a considéré que le fonds était commun<sup>276</sup>. L'existence d'une clientèle « réelle et certaine »<sup>277</sup> est donc requise. L'immatriculation ne suffisant pas à prouver la nature propre du fonds, l'époux qui ne peut invoquer d'autres éléments allant dans le même sens voit le fonds réputé commun en vertu de l'article 1402 du Code civil. Le critère de l'existence d'une clientèle apparaissant comme une source d'incertitude, le 105<sup>e</sup> Congrès des notaires de France (Lille, 2009) a proposé que le critère de la naissance du fonds soit seulement formel et résulte de sa date d'immatriculation au registre du commerce et des sociétés<sup>278</sup>. Ce critère aurait le mérite d'apporter de la prévisibilité aux entrepreneurs en passe de convoler ou de se séparer ; cependant on peut douter qu'un tel critère soit véritablement adapté s'agissant de l'entreprise. La société acquiert la personnalité juridique grâce à l'immatriculation, ce qui pourrait justifier que de celle-ci dépende la nature propre ou commune des parts ou actions.

---

<sup>273</sup> Cass. req., 15 févr 1937 : *DP* 1938, 1, p.13, note P. CORDONNIER ; *S* 1937, 1, p. 169, note H. ROUSSEAU ; *Rev. Gen. Dr. Com.* 1938, p. 164, note G. LAGARDE. Position semblable : Cass. com., 31 mai 1988, *Bull.* 1988, IV n° 180 p. 126 : *RTD com* 1988, p. 609, obs. J. DERRUPPE ; *JCP E* 1988, I, 17656 ; *Gaz. Pal.*, Rec. 1988, pan. cass. p. 228 ; « Il n'y a pas de fonds de commerce lorsqu'il n'y a pas ou lorsqu'il n'y a plus de clientèle qui s'y trouve attachée ».

<sup>274</sup> J.-B. BLAISE et R. DESGORCES, *Droit des affaires : commerçants, concurrence, distribution*, 10<sup>e</sup> éd., LGDJ, 2019, n° 457.

<sup>275</sup> A. COLOMER, *Droit civil : régimes matrimoniaux, op. cit.*, n° 583.

<sup>276</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 18 avr. 1989, *Bull.* 1989, I, n° 153 : *JCP N* 1989, prat. 1125, p. 502.

<sup>277</sup> J. DERRUPPE, *Le fonds de commerce*, Dalloz, 1994, p. 18.

<sup>278</sup> NOTAIRES DE FRANCE, *Propriétés incorporelles de l'entreprise*, 105<sup>e</sup> Congrès des notaires de France, 4<sup>e</sup> commission, Lille, 17-20 mai 2009, p. 1132.

Néanmoins il faut souligner que l'immatriculation de l'entreprise a seulement un rôle de recensement du commerçant et un rôle de publicité<sup>279</sup>.

Le Professeur André Colomer écrit très justement que « sous un régime matrimonial où le caractère commun ou propre d'un bien peut dépendre de sa date [...] de création, des difficultés surgissent, par la force des choses, lorsque la naissance du bien est liée à une série plus ou moins riche d'opérations qui s'étalent dans le temps de telle manière que le processus [...] de création est à cheval sur la célébration du mariage »<sup>280</sup>. La création du fonds de commerce en donne ici une illustration très intéressante. La naissance de ce dernier est effectivement liée à plusieurs opérations : la conclusion du bail, l'achat de marchandises, la constitution d'une clientèle, etc. La complexité qui résulte du traitement par les régimes matrimoniaux du fonds de commerce semble bien imputable aux difficultés entraînées par ces différentes opérations. Cependant elle apparaît causée encore davantage par l'imprécision de la notion de fonds de commerce<sup>281</sup>. Le processus de création du fonds pourrait être composé de différentes étapes, sans que cela pose autant de difficultés, à condition que la notion de fonds soit établie clairement ; mais cela n'est pas le cas pour l'instant.

La jurisprudence<sup>282</sup> a donné une illustration de renversement de la présomption d'acquêt dans une espèce où des documents établissaient que l'acquisition d'un fonds de commerce par un époux avait été financée par son père, et non par des deniers provenant de l'industrie personnelle ou des économies faites par cet époux sur les fruits et revenus de ses propres. Un acte sous seing privé mentionnant la remise des fonds nécessaires à l'acquisition avait été dressé. Cette remise était prouvée par des chèques établis au nom du vendeur et tirés sur le compte du père. Dans l'acte figurait également l'engagement de l'époux à verser une rente à son père. De plus, les revenus de l'époux s'étaient révélés insuffisants pour financer l'acquisition. Ainsi, dans certains cas, l'époux entrepreneur peut prouver que les fonds

---

<sup>279</sup> Sur l'impossibilité d'un époux d'invoquer son immatriculation au registre du commerce et des sociétés afin de renverser la présomption de communauté, V. M. MENJUCQ, « Le fonds de commerce dans la communauté entre époux », *op. cit.*, n° 14.

<sup>280</sup> A. COLOMER, *Droit civil : régimes matrimoniaux*, *op. cit.*, n° 582.

<sup>281</sup> Sur l'imprécision de la notion de fonds de commerce, V. M. MENJUCQ, « Le fonds de commerce dans la communauté entre époux », *op. cit.*, n° 2.

<sup>282</sup> CA Aix-en-Provence, 1<sup>re</sup> Ch. A, 29 janv. 1996 : *JCP G* 1996, IV, 2366.

utilisés pour l'acquisition du fonds de commerce sont propres. Toutefois cela requiert certaines précautions, comme en l'espèce.

**73.** Il pourrait sembler tentant pour les époux commerçants de déroger aux règles de la présomption de communauté. Le fonds de commerce créé pendant le mariage étant inévitablement commun, ce raisonnement ne porte que sur le fonds de commerce acquis pendant la durée du mariage. Les dispositions de l'article 1402, deuxième alinéa, du Code civil n'étant pas d'ordre public<sup>283</sup>, il en résulte que le juge n'a pas l'obligation de les appliquer d'office si aucune des parties ne les a soulevées et que les époux peuvent choisir d'y déroger par une disposition incluse dans leur contrat de mariage<sup>284</sup>. Cela suppose bien sûr une communauté de biens conventionnelle. Les époux pourraient par exemple décider que la preuve du caractère propre du fonds peut être apportée par tous moyens. On peut se demander s'il est possible d'aller plus loin en stipulant une clause de présomption de propriété ; mais en faveur du patrimoine propre de l'un des époux. Ils pourraient prévoir dans leur contrat de mariage que les fonds de commerce acquis pendant la durée du mariage seraient présumés propres à l'époux commerçant, à charge de récompense dans le cas où des deniers communs seraient employés. Il s'agirait d'une présomption simple et renversable par tous moyens. Cette clause ne constituerait pas seulement une règle de forme : elle dégènerait en règle de fonds au même titre que la présomption d'acquêt. Cela amène à s'interroger sur le caractère d'ordre public du premier alinéa de l'article 1402. Si une clause de stipulation de propre peut valablement être convenue<sup>285</sup>, *a fortiori*, une clause de présomption simple en vertu de laquelle le fonds de commerce acquis pendant le mariage est propre à l'époux commerçant devrait également être admise.

Nous avons pu constater au cours de cette première section que les règles relatives à l'actif communautaire s'appliquent aux biens de l'entreprise dans un sens favorable à la communauté. Ainsi, l'apport en numéraire est assimilé à une acquisition à titre onéreux ; l'apport en industrie donne toujours lieu à l'attribution d'un bien commun ; les dividendes constituent des fruits et revenus tombant en communauté. En cas de doute sur la nature du

---

<sup>283</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 20 oct. 2010, inédit : *JCP G* 2011, doct. 503, Ph. SIMLER ; *Gaz. Pal.* 4 févr. 2011, p. 33, obs. J. CASE ; *AJ fam.* 2010, p. 548, obs. P. HILT.

<sup>284</sup> V. P. HILT, « La présomption de communauté ne peut pas être invoquée pour la première fois devant la Cour de cassation », *op. cit.*

<sup>285</sup> V. *infra* § n° 257.

bien, la présomption d'acquêt attire le bien dans la masse commune, même s'il s'agit d'un fonds de commerce. On peut se demander si le patrimoine propre, et en particulier celui de l'époux associé, commerçant, artisan ou agriculteur, ne pâtit pas de cette situation.

## Section 2 - L'actif propre

74. Il a été précédemment mentionné que les biens dont les époux avaient la propriété au jour de la célébration du mariage restent propres, conformément à l'article 1405 du Code civil. Parfois, la situation est plus complexe : on peut se demander quelle qualification doivent recevoir les biens qui ont été acquis à titre onéreux pendant la durée du mariage, mais qui constituent l'accessoire d'un bien propre, ou encore qui remplacent un bien propre. Des biens de l'entreprise reçoivent la qualification de propres en vertu du principe *accessorium sequitur principale*<sup>286</sup> (§1) ou par application de la subrogation réelle, comme les droits sociaux reçus en contrepartie d'un apport en nature (§2).

### §1 - Les biens propres par accessoire

75. Les biens acquis à titre d'accessoires d'un bien propre forment des propres en vertu de l'article 1406, alinéa premier, du Code civil. Le bail commercial offre une illustration simple du principe de l'accessoire. Il prend la même qualification que le fonds de commerce dont il est l'accessoire. Si le fonds est propre, le bail est propre et inversement. Cette solution s'explique par le fait que le bail n'a de « raison d'être qu'en tant qu'élément [du] fonds de commerce »<sup>287</sup>. D'autres biens se voient appliquer le principe de l'accessoire avec moins de facilité. La maintenance de l'entreprise et son développement peuvent nécessiter le renouvellement des moyens matériels initialement utilisés<sup>288</sup>. Des éléments nouveaux peuvent alors être adjoints à l'entreprise originaire. L'activité de l'entreprise elle-même peut se diversifier ou se transformer<sup>289</sup>. Il convient de s'interroger sur la nature de ces

---

<sup>286</sup> L'accessoire suit le principal.

<sup>287</sup> Fr. TERRE et Ph. SIMLER, *Régimes matrimoniaux et statut patrimonial des couples non mariés*, op. cit., n° 315.

<sup>288</sup> R. LE GUIDEDEC, « Droit patrimonial de la Famille », *JCP N* 1998, n° 21, p. 811, n° 4.

<sup>289</sup> *Ibid.*

accroissements, qui concernent aussi bien l'entreprise commerciale (A), que l'entreprise agricole (B).

## **A - Les accroissements de l'entreprise commerciale**

**76.** Un bon fonctionnement économique de l'entreprise peut donner lieu à « une plus-value, [...] des améliorations ou des adjonctions voire, dans le meilleur des cas, [à] la création de branches nouvelles [d'activités] ou de succursales »<sup>290</sup>. Ces accroissements se voient appliquer soit la théorie de l'accession (I), soit la théorie de l'accessoire (II).

### **I - L'application de la théorie de l'accession aux accroissements de l'entreprise commerciale**

**77.** Le jeu de la théorie de l'accession conduit à donner à « tout ce qui s'unit et s'incorpore » à un bien la même qualification qu'audit bien, conformément à l'article 551 du Code civil. Lorsque le fonds est propre, ses accroissements sont également propres, et inversement concernant un fonds de commerce commun. Ses plus-values sont considérées comme des accroissements du fonds de commerce. Elles correspondent à l'« augmentation de valeur du fonds de commerce pendant une période de référence, par exemple pendant toute la durée d'un régime matrimonial »<sup>291</sup>. Elles font « corps avec le fonds »<sup>292</sup> : elles n'en sont pas détachables. Par conséquent, elles se voient appliquer la théorie de l'accession, et cela qu'elles soient fortuites ou volontaires<sup>293</sup>.

Quant aux améliorations en nature du fonds, elles suivent également la qualification de celui-ci en vertu de la même théorie à condition qu'elles « s'incorporent matériellement au fonds pour constituer un ensemble indivisible »<sup>294</sup>. Les adjonctions d'éléments nouveaux au fonds doivent elles aussi satisfaire à cette condition. S'agissant d'un fonds de commerce

---

<sup>290</sup> M. MENJUCQ, « Le fonds de commerce dans la communauté entre époux », *op. cit.*, n° 20.

<sup>291</sup> A. COLOMER, t. I, *Le fonds de commerce et les régimes matrimoniaux*, *op. cit.*, n° 11.

<sup>292</sup> *Ibid.*

<sup>293</sup> Concernant cette solution, V. M. MENJUCQ, *Le fonds de commerce dans la communauté entre époux*, *op. cit.*, n° 21 ; V. également A. COLOMER, *Droit civil : régimes matrimoniaux*, *op. cit.*, n° 688 à 694 ; V. concernant le droit ou l'absence de droit à récompense, n° 688, 691, 693 et 694.

<sup>294</sup> M. MENJUCQ, « Le fonds de commerce dans la communauté entre époux », *op. cit.*, n° 21.

nouveau, la clientèle joue encore ici un rôle essentiel<sup>295</sup> : si le fonds de commerce initial et le nouveau conservent chacun leur clientèle propre, ce dernier sera un acquêt de communauté<sup>296</sup>. La coexistence de deux fonds distincts possédant chacun leur clientèle pourra être retenue en présence de deux exploitations complémentaires : par exemple une brasserie et des fonds d'estaminet<sup>297</sup>. En revanche, lorsque l'on est en présence d'une unification de la clientèle traduisant la fusion des deux fonds, la théorie de l'accession est applicable. On se trouve alors confronté à un bien propre et à un bien commun, et on peut se demander lequel des deux est l'accessoire ou le principal. Quel fonds a absorbé l'autre ?<sup>298</sup> En fonction de la réponse, la fusion s'opèrera soit au profit de la communauté, soit au profit du patrimoine propre.

L'application de la théorie de l'accession aux améliorations et adjonctions peut permettre de leur conférer la qualité de propres, alors qu'à défaut, elles auraient pu recevoir la qualification de biens communs pour avoir été acquises à titre onéreux par exemple<sup>299</sup>. Ladite théorie assure l'unité du fonds de commerce. Pourtant la jurisprudence y fait rarement appel, l'incorporation étant difficile à caractériser. Elle utilise plus volontiers la théorie de l'accessoire.

## II - L'application de la théorie de l'accessoire aux accroissements de l'entreprise commerciale

**78.** La jurisprudence confère à cette théorie un large domaine d'application<sup>300</sup>. Sans l'article 1406 du Code civil, les biens acquis à titre d'accessoires d'un bien propre ne remplissant pas la condition d'incorporation de la théorie de l'accession se verraient qualifiés de biens communs. Les biens acquis pendant le mariage à titre onéreux sont, quant à eux, qualifiés de communs, comme étant à la fois des acquêts et des accessoires d'un bien

---

<sup>295</sup> V. A. COLOMER, *Droit civil : régimes matrimoniaux*, *op. cit.*, p. 316, n° 687.

<sup>296</sup> *Ibid* ; A. CHAMOULAUD-TRAPIERS, *Rép. civ. Dalloz*, *op. cit.*, n° 262.

<sup>297</sup> A. COLOMER, t. I, *Le fonds de commerce et les régimes matrimoniaux*, *op. cit.*, n° 188, à propos de l'arrêt CA Douai 26 janv. 1948 : *S.* 1949, 2, 1, note RAYNAUD ; *JCP* 1950, II, 5438 bis, note VOIRIN.

<sup>298</sup> Sur cette difficulté, V. A. COLOMER, t. I, *Le fonds de commerce et les régimes matrimoniaux*, *op. cit.*, n° 191.

<sup>299</sup> Une récompense serait alors due à la communauté en vertu de l'art. 1437 C. civ.

<sup>300</sup> V. par ex. Cass. 1<sup>re</sup> civ., 8 nov. 1989, *Bull.* 1989, I, n° 340 p. 229 ; *JCP N* 1991, II, p. 161, obs. Ph. SIMLER, concernant un véhicule automobile accessoire d'un cabinet d'assurance propre.

commun. Cet article évite l'application de deux régimes en présence d'un fonds de commerce propre et de ses accroissements. Il vise à assurer la cohésion de l'exploitation du fonds, en particulier s'agissant de branches nouvelles d'activité ou d'établissements nouveaux. L'application de la théorie de l'accessoire à des biens acquis à titre onéreux pendant le mariage les fait échapper à la communauté, au nom de l'unité d'exploitation. Cependant, il ne faudrait pas que la communauté soit gravement dépossédée et réduite aux récompenses<sup>301</sup> : en dépend l'interprétation de la notion d'accessoire. Celle-ci peut reposer sur l'unité d'exploitation, critère économique (a), ou sur la clientèle, critère juridique (b)<sup>302</sup>.

### a - Le critère économique de l'unité d'exploitation

**79.** La notion d'accessoire serait caractérisée « par la réunion d'un critère objectif de dépendance économique, et d'un critère subjectif consistant dans la volonté de l'époux acquéreur d'affecter le bien au service de l'un de ses biens propres »<sup>303</sup>. La Cour de cassation a appliqué le critère de l'unité d'exploitation dans un arrêt du 2 mai 1990<sup>304</sup>. En l'espèce, les époux s'étaient mariés sous le régime conventionnel de la communauté réduite aux acquêts. L'un d'eux avait adjoint une branche d'activité de menuiserie, créée pendant le mariage, à un fonds de commerce d'entrepreneur de travaux publics d'exploitation de dragage de grève, et de parpaings, bien propre. La branche avait été scindée et l'une des parties apportée à une société. La qualification de cette branche faisait l'objet du litige. Les juges d'appel ont considéré que le fonds de commerce constituait un bien propre. Le pourvoi reprochait à l'arrêt de ne pas avoir recherché si la création d'une nouvelle branche d'activité n'avait pas provoqué l'apparition d'une nouvelle clientèle et caractérisé par conséquent l'existence d'un fonds de commerce distinct ayant la qualité de bien commun.

---

<sup>301</sup> Sur l'application de la règle de l'accessoire prévue à l'art. 1406 C. civ à des biens tombant dans la communauté au titre d'accessoires de biens communs, V. Ph. SIMLER, « Composition, Biens propres par accessoire, 1° Véhicule, accessoire d'un cabinet d'assurances, 2° Fonds de commerce acquis pendant le mariage, incorporé à un fonds de commerce », *JCP N* 1991, II, p. 161.

<sup>302</sup> Les titres du a et du b sont repris de M. MENJUCQ, « Le fonds de commerce dans la communauté entre époux », *op. cit.*, n° 23 et 24.

<sup>303</sup> NOTAIRES DE FRANCE, *Vie professionnelle et famille, place au contrat*, 110<sup>e</sup> Congrès des notaires de France, Marseille, 15-18 juin 2014, LexisNexis 2014, p. 13, n° 1014. V. également P. LEROY, « L'acquêt de communauté supplanté par la règle de l'accessoire ? », *D.* 1994, p. 93.

<sup>304</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 2 mai 1990, inédit : *JCP N* 1991, II, p. 161, obs. Ph. SIMLER ; *RTD com.* 1991, p. 379, obs. J. DERRUPPE.

La Cour de cassation a approuvé la cour d'appel d'avoir constaté que la branche de menuiserie avait été incorporée au fonds propre. Le fait qu'il n'ait existé qu'un seul numéro d'immatriculation au registre du commerce a joué un rôle décisif. Cela paraît contestable, dans la mesure où l'immatriculation ne joue qu'un rôle de recensement du commerçant et de publicité en matière d'entreprise<sup>305</sup>. La Haute juridiction semble ici faire primer le critère de l'unité d'exploitation : la branche nouvellement créée et le fonds de commerce propre étaient tous deux exploités par l'époux. Elle en déduit que la branche est propre par accessoire. En outre, elle a affirmé que « tous les éléments constitutifs du fonds unique – dont la clientèle éventuellement nouvelle – demeureraient propres » à l'époux. Or, cette solution irait à l'encontre de la doctrine majoritaire, qui considère que l'existence d'une nouvelle branche d'activité possédant sa propre clientèle démontre l'existence d'un nouveau fonds devant être commun<sup>306</sup>.

La divergence proviendrait du critère d'existence du fonds de commerce : l'existence d'une clientèle réelle et certaine pour la doctrine, ou l'unité d'exploitation pour la Cour de cassation dans l'arrêt précité. Le Professeur Michel Menjuq critique cette unité d'exploitation, qui « ne correspond pas à la nature juridique du fonds [consistant précisément] en une union d'éléments différents dans le but d'attirer une clientèle »<sup>307</sup>. Le critère de l'unité d'exploitation entraîne une interprétation extrêmement large de la notion d'accessoire, qui lèse ainsi la communauté de façon injustifiée, et incite donc à rechercher un critère plus strict.

## **b - Le critère juridique de la clientèle**

**80.** Pour que le fonds nouvellement créé ou acquis soit propre par accessoire en vertu de l'article 1406 du Code civil, il ne suffit pas qu'il soit exploité unitairement avec le fonds de commerce propre : il est nécessaire que la clientèle du nouveau fonds et celle du fonds initial ne fassent qu'une. En revanche, lorsque les deux clientèles sont distinctes, le nouveau fonds créé ou acquis pendant le mariage se voit qualifié de commun en application de

---

<sup>305</sup> V. *supra* § n° 72.

<sup>306</sup> V. *supra* § n° 77.

<sup>307</sup> V. M. MENJUCQ, « Le fonds de commerce dans la communauté entre époux », *op. cit.*, n° 24.

l'article 1401 du Code civil. La doctrine<sup>308</sup> est d'avis que l'arrêt du 2 mai 1990 ne va pas à l'encontre de cette solution. Pour le Doyen Simler, il y avait bien, en l'espèce, une fusion des clientèles, qui a conduit à une application légitime de l'accessoire. Si la clientèle de la branche de travaux publics et celle de l'activité de menuiserie étaient sûrement bien distinctes juste après l'adjonction de cette dernière, il en était certainement autrement après quarante années passées. En suivant le même raisonnement, la « clientèle éventuellement nouvelle » invoquée par la Cour de cassation pourrait ne pas désigner une clientèle réellement nouvelle suscitée par la branche de menuiserie. Elle viserait plutôt une clientèle « plus étendue que celle, additionnée, des deux anciens fonds »<sup>309</sup>. Cette interprétation apparaît en conformité avec le critère juridique de la clientèle.

Ainsi, il convient d'analyser s'il existe ou non une unification de la clientèle. On peut penser que l'appréciation ne sera pas toujours aisée. Par ailleurs, la question du critère de qualification amène à se poser une autre question : faut-il en priorité préserver l'unité économique du fonds de commerce ? On privilégierait ici l'intérêt du seul époux entrepreneur. Ou faut-il conserver la vocation communautaire du régime légal ? Ce faisant, on protégerait la communauté entière et non seulement l'intérêt individuel de l'époux commerçant. D'un autre côté, ne pourrait-on soutenir qu'en privilégiant l'entreprise, on favorise un accroissement des produits, dont on sait que ceux-ci tombent en communauté ? L'intérêt de l'entreprise ne serait pas distinct de celui de la communauté. Le débat est très proche de celui rencontré en présence de l'exploitation agricole.

## **B - Les accroissements de l'exploitation agricole**

**81.** On peut raisonner comme en matière d'entreprise commerciale et considérer que dès lors qu'il existe une nouvelle exploitation agricole, distincte de l'exploitation initiale propre, elle est commune. En revanche, lorsqu'il n'y a pas création d'une nouvelle exploitation, la nouvelle branche d'activité est propre en vertu de l'article 1406 du Code

---

<sup>308</sup> J. DERRUPPE, « Fonds de commerce, Communauté, Bien propre par accessoire », *RTD com.* 1991, p. 379 ; M. MENJUCQ, « Le fonds de commerce dans la communauté entre époux », *op. cit.*, n° 24 ; Ph. SIMLER, « Composition, Biens propres par accessoire, Composition, Biens propres par accessoire, 1° Véhicule, accessoire d'un cabinet d'assurances, 2° Fonds de commerce acquis pendant le mariage, incorporé à un fonds de commerce », *op. cit.*

<sup>309</sup> Ph. SIMLER, « Composition, Biens propres par accessoire », *op. cit.*

civil. On fait encore ici appel à la théorie de l'accessoire pour qualifier les accroissements (I). Toutefois, la notion d'exploitation agricole est difficile à cerner, ce qui pose des difficultés (II).

## I - La définition incertaine de l'exploitation agricole à l'origine de difficultés de qualification

82. Le droit rural a vocation à régir l'exploitation agricole et, pourtant, cette notion s'avère imprécise. Cette imprécision peut notamment s'expliquer par le fait que le mot « exploitation » possède plusieurs sens<sup>310</sup>. Il peut désigner, d'une part l'activité de l'exploitant, ou d'autre part « l'ensemble des biens affectés à l'exercice de l'activité agricole »<sup>311</sup>. C'est ce deuxième sens qui retient ici notre attention. Ces biens composant l'exploitation agricole sont d'une grande diversité : « aux terres et aux bâtiments, s'ajoutent le cheptel mort et vif, et désormais les droits incorporels que sont les contrats (bail, contrat de coopération, de vente de produits agricoles), l'enseigne, le nom, la marque, les droits à prime... »<sup>312</sup>. On observe que contrairement au fonds de commerce, l'exploitation agricole peut comprendre des biens immobiliers. En outre, le Doyen Cornu souligne que les éléments composant l'exploitation agricole constituent une unité de culture autonome ; mais lesdits éléments demeurent juridiquement indépendants<sup>313</sup>. Contrairement au fonds de commerce, qui est une universalité de fait, ladite exploitation ne peut être « appréhend[ée] comme un tout »<sup>314</sup>. Certains auteurs considèrent ainsi qu'elle n'a pas d'existence juridique<sup>315</sup>.

Cependant, l'exploitation agricole est peu à peu reconnue en tant qu'entreprise<sup>316</sup>, c'est-à-dire en qualité d'unité économique de production autonome, notamment en matière de

---

<sup>310</sup> Concernant l'utilisation par la loi de ces différents sens, V. B. GRIMPONPREZ, J.-Cl. Baux Ruraux, *Bail à ferme*, Fasc. 120, *L'exploitation agricole dans le droit rural*, n° 2.

<sup>311</sup> D. BOUVIER, « De l'exploitation agricole à l'entreprise agricole », *RD rur.* 1997, p. 108.

<sup>312</sup> B. GRIMPONPREZ, J.-Cl. Baux Ruraux, *Bail à ferme*, Fasc. 120, *L'exploitation agricole dans le droit rural*, n° 32.

<sup>313</sup> G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, op. cit., p. 435.

<sup>314</sup> B. GRIMPONPREZ, J.-Cl. Baux Ruraux, *Bail à ferme*, Fasc. 120, *L'exploitation agricole dans le droit rural*, n° 48.

<sup>315</sup> A. CHAMOULAUD-TRAPIERS, *Rép. civ.* Dalloz, op. cit., n° 263.

<sup>316</sup> V. *supra* § n° 3.

traitement des difficultés<sup>317</sup>. « À défaut de statut juridique global »<sup>318</sup> attaché à l'exploitation agricole, comment procéder à la qualification de ses accroissements ? Dans l'hypothèse où l'on soupçonnerait l'existence d'une nouvelle exploitation, convient-il d'examiner séparément chacun des accroissements, afin de déterminer s'ils remplissent la condition d'accessoire de l'exploitation initiale ? Ou peut-on appréhender la nouvelle exploitation comme un tout ? Pour répondre à ces questions, il est nécessaire de se pencher rapidement sur la qualification de l'exploitation elle-même, en mettant de côté pour le moment le problème des accroissements. Si l'exploitation agricole n'a pas d'existence juridique, il serait logique de qualifier de propres ou de communs les éléments qui la composent<sup>319</sup>. La Cour de cassation, dans l'arrêt du 28 novembre 2007<sup>320</sup>, a néanmoins approuvé la cour d'appel d'avoir relevé que l'exploitation agricole avait été créée par les époux au moment de leur mariage et développée pendant la vie commune et d'en avoir déduit la nature commune de l'exploitation. Il semble donc que cette dernière puisse faire l'objet d'une qualification globale. Il reste à déterminer le sort des accroissements.

## II - L'application de la théorie de l'accessoire aux accroissements de l'exploitation agricole

**83.** La jurisprudence a pu attribuer la qualité de propres par accessoire d'une exploitation agricole à des biens divers tels qu'un corps de ferme<sup>321</sup>, bien immobilier, ou du

---

<sup>317</sup> V. *supra* § n° 32.

<sup>318</sup> B. GRIMPONPREZ, J.-Cl. Baux Ruraux, *Bail à ferme*, Fasc. 120, *L'exploitation agricole dans le droit rural*, n° 49.

<sup>319</sup> A. CHAMOULAUD-TRAPIERS, *Rép. civ. Dalloz, op. cit.*, n° 263.

<sup>320</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 28 nov. 2007, inédit : *RD rur.* 2008, comm. 16 : « Attendu qu'ayant relevé que l'exploitation agricole avait été créée par les époux au moment de leur mariage et développée pendant la vie commune et retenu, à bon droit, que le bail à ferme dont M. X... prétendait bénéficier à titre exclusif depuis le 16 juin 1987 n'avait pas pour effet de qualifier de bien propre l'exploitation qui se poursuivait, la cour d'appel en a justement déduit, d'abord, que cette exploitation n'avait nullement cessé de dépendre de la communauté depuis que M. X... en assurait seul la gestion et que sa valeur devait être partagée entre les époux, ensuite, que Mme Y... était fondée à réclamer la moitié des bénéfices nets indépendamment du fermage qu'elle percevait en sa qualité de bailleur ».

<sup>321</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 21 juill. 1980, *Bull. civ.* 1980, I, n° 227 : *Defrénois* 1980, art. 32503, note G. CHAMPENOIS ; *Gaz. Pal.* 1981, 2, p. 450, note E. DE LA MARNIERRE ; *RTD civ.* 1981, p. 189, obs. J. PATARIN.

matériel agricole<sup>322</sup>, bien mobilier. Jusqu'où peut être étendue la théorie de l'accessoire ? Nous retrouvons une option entre un critère restrictif (a) et un autre plus ouvert (b).

### a - Le critère économique de l'unité d'exploitation

**84.** L'extension du domaine de l'accessoire à des biens immobiliers a parfois inquiété la doctrine<sup>323</sup>. Dans un arrêt du 21 juillet 1980<sup>324</sup>, la Cour de cassation a jugé qu'un corps de ferme acquis par l'épouse pendant le mariage possédait la qualité de bien propre comme constituant un accessoire de l'exploitation agricole elle-même propre<sup>325</sup>. En l'espèce, le corps de ferme formait un accroissement du bail rural qui était un propre de l'épouse. Un bien réel devenait l'accroissement d'un droit personnel, entrant ainsi en contradiction avec la lecture traditionnelle de l'article 1406 du Code civil<sup>326</sup>. On se demandait quelle limite serait posée à l'expansion du patrimoine propre. Or, la sécurité de l'entreprise nécessite d'être en mesure de prévoir de façon certaine la qualification d'un bien. Avec cette jurisprudence, la Cour de cassation semble faire prévaloir le critère de l'unité d'exploitation sur un critère juridique qui aurait apporté plus de stabilité<sup>327</sup>.

De plus, l'article 1475, alinéa deux, du Code civil, qui intervient au stade du partage, dispose que l'immeuble de la communauté annexe d'un autre immeuble appartenant en propre à l'un des conjoints ou l'immeuble contigu à celui-ci peut être attribué à l'époux propriétaire par imputation sur sa part ou moyennant soulte. Une large application de la règle de l'accessoire conduit à réduire considérablement le domaine de l'article 1475 du Code civil<sup>328</sup>. Pour toutes ces raisons, en présence d'une branche nouvelle d'activité ou

---

<sup>322</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 4 janv. 1995, *Bull. civ.* I, n° 4 : *D.* 1995. Somm. 328, obs. M. GRIMALDI ; *JCP G* 1995. I. 3869, n° 7, obs. Ph. SIMLER ; *RTD civ.* 1996. 969, obs. B. VAREILLE.

<sup>323</sup> V. P. LEROY, « L'acquêt de communauté supplanté par la règle de l'accessoire ? », *op. cit.*

<sup>324</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 21 juill. 1980, *précit.*

<sup>325</sup> L'accessoire doit être distingué de l'annexe de propre, qui tombe en communauté : « la contiguïté de deux immeubles ne suffit pas à elle seule à caractériser que l'un est l'accessoire de l'autre » ; V. Cass. 1<sup>re</sup> civ., 11 juill. 2019, inédit : *AJ fam.*, 2019, p. 542, obs. N. LEVILLAIN ; *D.*, 2019, p. 2216, obs. S. GODECHOT-PATRIS et Cl. GRARE-DIDIER ; *JCP G*, 2019, n° 47, doct. 1202, obs. Ph. SIMLER.

<sup>326</sup> P. LEROY, « L'acquêt de communauté supplanté par la règle de l'accessoire ? », *op. cit.*

<sup>327</sup> *Ibid.*

<sup>328</sup> L'article 1475 du Code civil s'appliquerait uniquement lorsque l'immeuble acquis n'est pas devenu propre en application du principe de l'accessoire ; V. Cass. 1<sup>re</sup> civ., 18 déc. 1990, *Bull. civ.* 1990, I,

d'établissements nouveaux, on peut envisager l'utilisation d'un critère plus juridique, déjà évoqué concernant l'entreprise commerciale.

### **b - Le critère juridique de la clientèle**

**85.** La Cour de cassation a refusé la qualité d'accessoire à une exploitation nouvelle dans l'arrêt du 17 décembre 1996<sup>329</sup>. Au jour du mariage, l'époux « exploitait, en qualité de "viticulteur récoltant", environ un hectare de terre à vignes en Champagne ». Pendant la durée de l'union, les époux avaient « acquis et loué des terres, acheté du matériel de vinification et de champagnisation pour créer une exploitation de production de champagne dotée de locaux, d'une marque et d'une clientèle ». Par conséquent, « cette activité [étant] différente de celle exercée par le mari avant le mariage et [s'adressant] à une nouvelle clientèle », les biens acquis par les époux constituaient des acquêts. Le Professeur Raymond Le Guidec analyse que sont « dessin[és] les contours de l'exploitation agricole : réunion de moyens juridiques et matériels pour l'exercice d'une activité propre donnant lieu à la constitution d'une clientèle spécifique »<sup>330</sup>. La mention de la nouvelle clientèle rapproche beaucoup de la solution retenue concernant le fonds de commerce.

Par ailleurs, l'arrêt insistait sur l'exploitation effectuée en commun par les époux. La cour d'appel avait notamment « relevé que la carte professionnelle de viticulteurs récoltants manipulant avait été délivrée au nom des deux époux par le comité interprofessionnel des vins de champagne ». On a donc pu se demander si la solution aurait été identique dans l'hypothèse d'une exploitation exclusive par l'époux initialement « viticulteur récoltant »<sup>331</sup>. Elle le serait certainement, car l'exploitation par l'un des époux ou les deux doit être indifférente dans ce cas de figure. Les biens créés par l'industrie des époux pendant le mariage sont communs, peu importe que l'industrie provienne de l'un ou de l'autre. L'exploitation par l'un des époux ou les deux ne devrait pas avoir sa place dans l'appréciation de l'accessoire. Or, dès lors que le principe de l'accessoire n'est pas

---

n° 292 : *Defrénois* 1992, art. 35303, p. 847, obs. G. CHAMPENOIS ; D. 1992, p. 37, note R. LE GUIDEDEC ; D. 1992, somm. p. 221, obs. M. GRIMALDI.

<sup>329</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 17 déc. 1996, *Bull. civ.* 1996, I, n° 452 : *JCP N* 1998, p. 811.

<sup>330</sup> R. LE GUIDEDEC, « Droit patrimonial de la Famille », *op. cit.*, p. 811, n° 4.

<sup>331</sup> *Ibid.*

applicable, l'article 1401 du Code civil retrouve son emprise. Néanmoins la subrogation réelle offre un moyen supplémentaire de faire échapper certains biens à la communauté. Suivant cette technique, lorsqu'un époux apporte à une société un bien propre, les parts ou actions reçues en contrepartie sont elles-mêmes propres.

## **§2 - Les biens propres par le mécanisme de la subrogation réelle : les droits sociaux reçus en contrepartie d'un apport en nature**

**86.** L'application de la subrogation réelle a été rendue difficile par les spécificités présentées par l'apport en nature (A). Finalement, un principe général de subrogation réelle dans les régimes matrimoniaux a été établi et a permis d'appliquer la subrogation à l'apport en nature (B).

### **A - La spécificité de l'apport en nature à l'origine de difficultés**

**87.** L'article 1406, alinéa second, du Code civil présente deux applications de la subrogation réelle : les créances et indemnités remplaçant des propres sont propres de plein droit. Sont également propres les biens acquis en emploi et remploi, à condition que certaines formalités soient respectées. Il convient, tout d'abord, de se demander si les droits sociaux reçus en contrepartie de l'apport en nature peuvent être qualifiés de propres pour avoir été acquis en remploi. Cet apport porte sur un bien mobilier, immobilier, corporel ou incorporel. En contrepartie dudit bien, l'apporteur reçoit des droits sociaux. Lorsqu'un bien propre est apporté, la procédure de remploi des articles 1434 et 1435 du Code civil ne devrait pas pouvoir être respectée, car celle-ci suppose un versement d'espèces. Les droits sociaux obtenus en contrepartie d'un bien propre tomberaient donc systématiquement en communauté.

**88.** L'article 1406 du Code civil prévoit également le jeu de la subrogation réelle concernant les créances qui remplacent les propres. Par conséquent, il pourrait offrir une solution. Cependant, les droits sociaux ne sont pas des créances *stricto sensu*<sup>332</sup>. Peut-on

---

<sup>332</sup> G. CHAMPENOIS, *Defrénois* 1979, art. 32038, p. 955, à propos Cass. 1<sup>re</sup> civ., 21 nov. 1978.

envisager d'étendre la subrogation réelle, intervenant dans des cas isolés, à d'autres hypothèses ? La doctrine l'a proposé, car selon elle, « les cas légaux de subrogation réelle [n'étaient] que des illustrations d'un principe général »<sup>333</sup>. Lorsque le lien unissant le bien acquis au bien propre d'origine est évident, la subrogation devrait jouer de plein droit<sup>334</sup>. La Cour de cassation a néanmoins préféré, dans un premier temps, assimiler l'apport à un échange entre le bien apporté et les parts<sup>335</sup>. Ces dernières prenaient ainsi la qualité de propre en vertu de l'article 1407 du Code civil, qui prévoit expressément la subrogation. Cette assimilation de l'apport en nature à un échange a été abondamment critiquée<sup>336</sup> en raison de la spécificité de l'opération d'apport.

## B - La consécration d'un principe général de subrogation réelle

La Haute juridiction a rallié la doctrine majoritaire en abandonnant l'assimilation à un échange dans l'arrêt du 21 novembre 1978<sup>337</sup>. Elle y a établi que « l'opération par laquelle l'apporteur et la société se donnent respectivement un bien déterminé et des valeurs contre ce bien a pour effet de faire entrer les valeurs dans le patrimoine de l'apporteur ; [...] il est donc indifférent qu'au moment de l'opération l'apporteur n'ait pas fait la déclaration prévue par l'article 1434 du Code civil ». Le contrat de société est donc à l'origine de la subrogation réelle<sup>338</sup> et les formalités du emploi n'ont pas à être respectées. Dans l'arrêt du 10 juillet 1996<sup>339</sup>, la Cour de cassation est allée plus loin en affirmant que « la subrogation réelle permet, d'une manière plus générale, lorsqu'un bien propre se trouve remplacé par un autre

---

<sup>333</sup> A. COLOMER, *Droit civil : régimes matrimoniaux*, op. cit., p. 307, n° 661.

<sup>334</sup> *Ibid.* ; J. FLOUR et G. CHAMPENOIS, *Les régimes matrimoniaux*, op. cit., p. 282, n° 290.

<sup>335</sup> Cass. civ., 18 déc. 1935 : *DP* 1936, I, p. 129, note M. FREJAVILLE ; S. 1937, I, 57, note P. DURAND ; *J. Soc.* 1937, 476, note A. CHARRON.

<sup>336</sup> A. COLOMER, t. II, *Les sociétés commerciales et les régimes matrimoniaux*, op. cit., p. 102, n° 148 ; F. COLLARD et Fr. VINCKEL, J.-Cl. Sociétés Traité, *Capacité des contractants*, fasc. précit., n° 60.

<sup>337</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 21 nov. 1978, *Bull. civ.* 1978, I, n° 353 : *Defrénois* 1979, art. 32038, p. 954 obs. G. CHAMPENOIS ; *JCP G* 1980, II, 19451, note R. LE GUIDEDEC.

<sup>338</sup> F. COLLARD et Fr. VINCKEL, J.-Cl. Sociétés Traité, *Capacité des contractants*, fasc. précit., n° 60.

<sup>339</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 10 juill. 1996, *Bull. civ.* 1996, I, n° 314 : *D.* 1996, jurispr. p. 394, obs. M. GRIMALDI ; *Dr. et patr.* 1996, 1463, p. 69, obs. A. BÉNABENT ; *JCP N* 1997, I, 252, obs. Ph. SIMLER ; *RTD civ.* 1998, p. 454, note B. VAREILLE. – V. également, pour la même solution : Cass. 1<sup>re</sup> civ., 27 mai 2010, inédit, n° 09-11.894 : *JCP N* 2011, 1001, n° 13, obs. Ph. SIMLER, *Dr. sociétés* 2010, comm. 195, obs. M.-L. COQUELET ; *Gaz. Pal.* 10 sept. 2010, p. 53, obs. J. CASEY ; *AJ Fam.* 2010, p. 400, obs. P. HILT.

bien, d'attribuer à ce dernier le caractère de propre ». C'est un principe général de « subrogation réelle dans les régimes matrimoniaux »<sup>340</sup> qui est clairement consacré. La doctrine s'est félicitée de ces solutions, dans la mesure où, d'une part le lien entre le bien propre aliéné et les droits sociaux acquis était évident, et d'autre part les deux biens avaient des valeurs identiques<sup>341</sup>. Certains auteurs considèrent, selon une conception voisine, que l'apport ne donne lieu qu'à une « simple transformation » : le bien propre apporté subsiste, « mais sous une forme nouvelle »<sup>342</sup>, celle des parts ou actions reçues.

En poursuivant ce raisonnement, la Cour de cassation a accepté le jeu de la subrogation réelle en présence de parts obtenues à la suite de la fusion de sociétés dans un arrêt du 13 décembre 2017<sup>343</sup>. Dans cette espèce, des parts de SCP avaient été acquises par l'un des époux avant le mariage et, par conséquent, elles constituaient des biens propres. Cette SCP avait fusionné avec une autre SCP, créant une nouvelle SCP. Le capital social de celle-ci n'étant composé que des apports faits aux deux sociétés fusionnées, la Cour de cassation avait jugé que les parts attribuées à l'époux dans la nouvelle SCP remplaçaient celles qu'il détenait dans la première et qu'elles étaient donc propres par subrogation en application des articles 1406 et 1407 du Code civil. L'application de la subrogation réelle à l'apport en nature est un exemple supplémentaire d'adaptation des règles des régimes matrimoniaux, laquelle adaptation est rendue nécessaire par la particularité de l'apport en nature.

Il y a lieu de rappeler que la dispense de la procédure de remploi, par application de la subrogation réelle, vaut uniquement concernant l'apport en nature. Dans l'hypothèse d'un apport en numéraire, la jurisprudence refuse de faire jouer la subrogation<sup>344</sup>. La fongibilité de l'argent le rend difficile à tracer et justifie la solution exigeant une déclaration de remploi<sup>345</sup>. Par conséquent, lorsque le produit de la vente d'un bien propre est utilisé pour

---

<sup>340</sup> Expression utilisée dans l'arrêt Cass. 1<sup>re</sup> civ., 10 juill. 1996.

<sup>341</sup> J. FLOUR et G. CHAMPENOIS, *Les régimes matrimoniaux*, *op. cit.*, n° 290, p. 282.

<sup>342</sup> H. L. et J. MAZEAUD et M. JUGLART, *Leçons de droit civil*, t. 4, *Régimes matrimoniaux*, 5<sup>e</sup> éd., Montchrestien, 1982, p. 221, n° 171-2.

<sup>343</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 13 déc. 2017, inédit, n° 16-24.772 : *JCP G* 2018, 554, Ph. SIMLER.

<sup>344</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 5 mars 1991, *précit.* : « Attendu qu'il résulte de ce texte qu'à défaut de déclaration de remploi, lors d'une acquisition réalisée avec des deniers propres à un conjoint marié sous le régime de la communauté d'acquêts, les biens acquis ne prennent, par subrogation, la qualité de propres, dans les rapports entre époux, que si ceux-ci sont d'accord pour qu'il en soit ainsi ». – Cass. 1<sup>re</sup> civ., 8 oct. 2014 *précit.* : même attendu.

<sup>345</sup> G. DUMONT, « Chronique de jurisprudence de droit privé du patrimoine », *Gaz. Pal.* 3 févr. 2015, n° 34, p. 27.

acquérir des droits sociaux et qu'aucune déclaration de remploi n'a été faite, la subrogation automatique ne peut intervenir<sup>346</sup>. Comme le résume très bien le Doyen Vareille, on oscille entre « l'économie du régime [légal], soutenue par l'expansionnisme naturel de la communauté, et la stabilité des choses garantie par la technique subrogatoire »<sup>347</sup>. Si les récompenses peuvent rétablir un certain équilibre, elles n'interviennent qu'à la dissolution de la communauté<sup>348</sup> et elles ne permettent pas de sauvegarder l'esprit communautaire du régime légal.

## Conclusion du chapitre 1

**89.** Nous avons pu constater que les règles de qualification des régimes matrimoniaux s'appliquent aussi bien à l'entreprise individuelle qu'aux droits sociaux lorsque l'entreprise est exploitée sous la forme sociale. Nous avons souvent vu appliquer des règles différentes à l'entreprise individuelle et aux droits sociaux, car chacun présente des particularités dont il faut tenir compte. Un point commun peut être trouvé entre eux : leur spécificité entraîne des difficultés de qualification. Certaines opérations juridiques, comme l'apport en société, sont à part entière et s'apparentent mal aux opérations auxquelles on attache habituellement la qualification. Des biens de l'entreprise, les dividendes par exemple, amènent à rechercher s'ils sont assimilables à une catégorie dont la qualification est connue, comme les fruits. Les difficultés proviennent parfois de la nature composite du bien : c'est le cas pour le fonds de commerce. Diverses opérations donnent lieu à la création du fonds et il est alors difficile de déterminer la date de création de celui-ci, alors que cette date est primordiale pour qualifier le fonds de bien propre ou de bien commun.

---

<sup>346</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 5 mars 1991, *précit.* : « Vu l'article 1434 du Code civil dans sa rédaction antérieure à la loi du 13 juillet 1965, applicable en la cause ; Attendu qu'il résulte de ce texte qu'à défaut de déclaration de remploi, lors d'une acquisition réalisée avec des deniers propres à un conjoint marié sous le régime de la communauté d'acquêts, les biens acquis ne prennent, par subrogation, la qualité de propres, dans les rapports entre époux, que si ceux-ci sont d'accord pour qu'il en soit ainsi ».

<sup>347</sup> B. VAREILLE, « Communauté de meubles et acquêts, composition active : les meubles propres par subrogation à un immeuble propre », *RTD Civ.* 1998, p. 454.

<sup>348</sup> P. LEROY, « L'acquêt de communauté supplanté par la règle de l'accessoire ? », *op. cit.*

Au-delà des problèmes techniques de qualification se cachent souvent des enjeux concernant l'économie du régime légal. Nous en avons rencontrés notamment avec les accroissements de l'exploitation agricole. D'une part, l'intérêt de l'entreprise et l'intérêt individuel d'un époux peuvent faire pencher pour une qualification unitaire d'un ensemble de biens, afin d'obtenir une cohérence dans la gestion, qui serait confiée à un seul époux. D'autre part, l'intérêt de la communauté et l'intérêt individuel de l'autre époux plaident pour une qualification fractionnée. De plus, la spécificité des biens de l'entreprise amène parfois à une inapplicabilité des règles ordinaires des régimes matrimoniaux, par exemple parce que certaines formalités ne peuvent être remplies. Le risque est alors de déposséder le patrimoine propre ou le patrimoine commun. Il a pu alors sembler nécessaire d'adapter certaines règles des régimes matrimoniaux. La qualification des biens va, bien entendu, déterminer leur gestion ainsi que le droit de poursuite des créanciers.



## **Chapitre 2 - La gestion des biens de l'entreprise et le droit de poursuite des créanciers professionnels**

**90.** Quel que soit le régime matrimonial des époux, on observe une certaine symétrie entre le pouvoir de gérer les biens et celui de les engager à l'égard des créanciers. Les régimes communautaires peuvent présenter des inconvénients pour les époux dont l'un est entrepreneur. Ils confèrent à chacun un pouvoir de gestion étendu sur les biens du couple, les mettant ainsi potentiellement en danger vis-à-vis des créanciers. Or, lorsqu'un époux est chef d'entreprise, les poursuites des créanciers professionnels sont à craindre. En outre, les régimes communautaires restreignent les pouvoirs de gestion de l'époux entrepreneur sur les biens professionnels au profit de l'époux non investi dans l'entreprise. Pour toutes ces raisons, certains époux préfèrent opter pour des régimes de nature séparatiste, comme le régime de la séparation de biens ou celui de la participation aux acquêts. En plus de l'indépendance conférée dans la gestion des biens, les époux gagnent en sécurité avec le cloisonnement de leurs patrimoines. Si l'un des époux a des difficultés financières, il n'entraîne pas l'autre dans sa chute. Pour autant, ils ne sont pas rares à choisir, de façon plus ou moins réfléchie, le régime légal, c'est-à-dire la communauté réduite aux acquêts. Nous nous intéresserons à des règles générales aux régimes matrimoniaux : certaines appartiennent aux régimes communautaires ; d'autres aux régimes séparatistes ; enfin des règles sont applicables à tous les époux, sans qu'il y ait à distinguer selon le régime. Il convient d'envisager comment ces règles générales aux régimes matrimoniaux s'appliquent à la gestion des biens de l'entreprise (section 1) et au droit de poursuite des créanciers professionnels (section 2).

### **Section 1 - La gestion des biens de l'entreprise**

**91.** Trois sortes d'actes, classés par ordre croissant de gravité, peuvent être effectués sur les biens. Premièrement, les actes conservatoires permettent de maintenir les biens en état. Il s'agit par exemple du paiement des charges de copropriété. Deuxièmement, les actes d'administration correspondent aux actes de gestion courante. La conclusion d'un bail d'habitation ou l'ouverture d'un compte de dépôt en font partie. Troisièmement, les actes de

disposition sont ceux qui modifient de façon importante la composition du patrimoine ou qui l'engagent dangereusement. On peut citer la vente d'un bien immobilier ou une donation. La communauté de vie partagée par les époux amène nécessairement à déterminer quels actes ils peuvent faire sur leurs biens. La question est d'autant plus importante lorsque l'un des époux ou les deux sont investis dans l'entreprise. Dans la société, la personnalité morale de la société fait écran. Lorsque l'associé apporte un bien, un transfert de propriété s'opère au profit de la société. Les règles concernant l'apport seront examinées en détail dans un autre chapitre<sup>349</sup> ; mais nous nous pencherons sur une hypothèse particulière : celle de l'apport du bien qui abrite le logement de la famille. À la suite de l'apport, la société devient propriétaire du bien et elle a en charge sa gestion. L'un des époux gérant ou associé peut gérer les biens au travers de la société ; cependant ce sont les règles propres à la gestion sociale qui s'appliquent et nous les laissons donc de côté pour l'instant. Il reste toutefois aux époux la gestion des droits sociaux. Dans l'entreprise, la configuration est différente dans la mesure où les biens sont gérés en direct. La question de la gestion par les époux se pose donc avec acuité.

Les règles générales de gestion établies par les régimes matrimoniaux s'appliquent à des biens de l'entreprise<sup>350</sup>. Tous les époux n'ont pas la même conception du mariage : certains ont un esprit de partage de leurs biens et d'association étroite de leurs intérêts patrimoniaux, d'autres préfèrent séparer ces intérêts. Cela justifie qu'il existe des règles de gestion différentes selon les régimes matrimoniaux (§1). Pour autant, un corps de règles obligatoires s'applique à tous les époux, quel que soit leur régime : il s'agit du régime primaire impératif (§2).

## **§1 - Des règles différentes selon les régimes**

**92.** L'article 225 du Code civil énonce que « chacun des époux administre, oblige et aliène seul ses biens personnels ». Cette disposition appartient au régime primaire impératif, dont certaines règles seront étudiées ultérieurement<sup>351</sup>, et s'applique donc à tous les époux.

---

<sup>349</sup> V. *infra* § n° 144 et s.

<sup>350</sup> Des règles des régimes matrimoniaux propres à l'entreprise s'appliquent à d'autres biens de celle-ci, v. *infra* § n° 144 et s.

<sup>351</sup> Voir *infra* § n° 113 et s.

Nous préférons nous intéresser ici à des règles qui diffèrent en fonction des régimes. Par conséquent, nous ne traiterons pas pour l'instant la gestion des biens propres ou personnels. Nous nous pencherons sur la gestion des biens communs sous les régimes communautaires (A). De plus, le régime de l'indivision a vocation à s'appliquer aux époux dans certaines circonstances. Tout d'abord, après un divorce, l'indivision post-communautaire s'ouvre avec la dissolution de la communauté et elle se maintient jusqu'au partage. Les biens qui étaient communs entrent dans la composition de cette indivision. En outre, certains biens des époux mariés sous le régime de la séparation de biens sont également soumis au droit de l'indivision. L'indivision post-communautaire n'étant qu'une période postérieure au divorce d'époux mariés sous un régime de communauté et non un régime matrimonial, nous nous concentrerons seulement sur la gestion des biens indivis sous le régime de la séparation de biens (B), tout en gardant cependant à l'esprit que les règles présentées s'appliquent aussi à l'indivision post-communautaire.

## **A - La gestion des biens communs en régimes communautaires**

**93.** L'article 1421 du Code civil pose le principe en son premier alinéa : « chacun des époux a le pouvoir d'administrer seul les biens communs et d'en disposer ». Cependant, les deux alinéas suivants comportent des exceptions importantes concernant l'entreprise<sup>352</sup>. Elles ne seront pas développées dans ce titre, qui se borne à analyser la façon dont les règles générales aux régimes matrimoniaux s'appliquent à l'entreprise. Le principe de la gestion concurrente des biens communs (I), qui fait partie de ces règles, s'applique à certains biens dans le domaine de l'entreprise (II).

### **I - Le principe de gestion concurrente des biens communs**

**94.** Il est utile de rappeler les évolutions législatives du régime légal, car il est calqué sur les évolutions sociales, qui ont finalement donné naissance au principe de la gestion concurrente des biens communs. En 1804, le Code civil a repris à son compte l'incapacité naturelle de la femme mariée<sup>353</sup>. La supériorité du mari justifiait qu'il soit placé à la tête de

---

<sup>352</sup> v. *infra* § n° 144 et s.

<sup>353</sup> Art. 1124 C. civ. dans son ancienne rédaction.

la communauté, son épouse devant quant à elle être protégée en raison de sa faiblesse. Il administrait les biens communs et pouvait seul en disposer, alors que ces actes étaient refusés à sa femme. De plus, en vertu de l'usufruit communautaire que le mari exerçait sur les biens propres de son épouse, il les administrait également. Ainsi, elle ne pouvait pas non plus disposer seule de ces biens<sup>354</sup>. Le nombre de femmes travaillant au début du vingtième siècle ayant augmenté, le législateur a tenu compte de cette évolution sociale.

La loi du 13 juillet 1907<sup>355</sup>, en créant les biens réservés, a conféré de l'indépendance à l'épouse exerçant une profession séparée<sup>356</sup>. La loi du 13 juillet 1965 a ensuite fait disparaître l'usufruit communautaire sur les biens propres de l'épouse. Désormais, chacun des époux gère indépendamment ses biens propres. L'article 1428 du Code civil, dont la rédaction n'a pas changé depuis, dispose : « Chaque époux a l'administration et la jouissance de ses propres et peut en disposer librement ». L'égalité entre les époux était cependant loin d'être complète après la loi de 1965 : le mari restait le chef de la communauté. Seuls les biens réservés échappaient à son pouvoir de gestion. La parfaite égalité a été établie par la loi du 23 décembre 1985. Le principe est énoncé à l'article 1421, alinéa premier, du Code civil : chacun des époux peut effectuer seul des actes d'administration sur les biens communs et en disposer. Les biens réservés ayant perdu leur raison d'être, ils ont disparu<sup>357</sup>. Le même article pose néanmoins en son deuxième alinéa une exception à ce principe de gestion concurrente : l'époux qui exerce une profession séparée détient un pouvoir de gestion exclusif sur les biens qui sont nécessaires à celle-ci<sup>358</sup>. De plus, le troisième alinéa renvoie aux articles 1422 à 1425 du Code civil, lesquels rétablissent une cogestion concernant certains actes graves et/ou concernant des biens communs importants<sup>359</sup>.

**95.** Il convient de se demander si cette règle de la gestion concurrente des biens communs est applicable, en plus du régime légal, au régime de la communauté conventionnelle, ainsi qu'au régime de la séparation de biens avec société d'acquêts. Par contrat de mariage adoptant le régime de la communauté conventionnelle, les époux peuvent

---

<sup>354</sup> J. MONNET, J.-Cl. Civil Code, Art. 1400 à 1403, *Communauté légale*, Fasc. 10, *Actif commun – généralités*, n° 26.

<sup>355</sup> Loi du 13 juillet 1907 Libre salaire et contribution des époux aux charges du ménage.

<sup>356</sup> V. *supra*, n° 8.

<sup>357</sup> J. MONNET, J.-Cl. Civil Code, Art. 1400 à 1403, *Communauté légale*, fasc. précit., n° 37.

<sup>358</sup> V. *infra* § n° 153 et s.

<sup>359</sup> V. *infra* § n° 175 et s.

modifier la communauté légale<sup>360</sup>, notamment en dérogeant aux règles concernant l'administration : le Code civil en donne un exemple à l'article 1503, qui autorise la clause d'administration conjointe de la communauté. Les actes d'administration et de disposition sur les biens communs requièrent alors la signature conjointe des deux époux, à peine de nullité. Dans cette hypothèse, seuls les actes conservatoires demeurent soumis à la gestion concurrente. Avant la loi de 1985, la clause d'administration conjointe permettait davantage d'égalité entre les époux que sous le régime légal. Elle simplifiait également la gestion, en ne distinguant pas entre les biens communs ordinaires et les biens réservés. L'égalité étant à présent parfaite sous le régime légal, le seul attrait d'une telle clause reste l'association plus étroite à la gestion du patrimoine commun<sup>361</sup>. De par les lourdeurs de gestion qu'elle engendre, la clause d'administration conjointe requiert une entente exemplaire et constante entre les époux. Cela explique qu'elle se rencontre rarement en pratique, et qu'elle soit inadaptée dans le cadre de l'entreprise. Si les époux peuvent modifier les règles de la communauté légale par certaines clauses, il faut toutefois souligner que ces règles « restent applicables en tous les points qui n'ont pas fait l'objet de la convention des parties »<sup>362</sup>. Ainsi, à défaut de prévision des parties, les époux demeurent soumis à la règle de la gestion concurrente de la communauté.

Par ailleurs, concernant la séparation de biens avec société d'acquêts, elle « obéit à une application distributive des règles séparatistes et communautaires »<sup>363</sup>. Il convient donc de renvoyer au régime de la séparation de biens s'agissant de la gestion des biens personnels<sup>364</sup> et aux dispositions des régimes communautaires quant à la gestion des biens communs. Une clause d'administration conjointe peut être stipulée en application des dispositions de la communauté conventionnelle. À défaut, la gestion est concurrente. On constate que la règle de la gestion concurrente possède un domaine plus large que le simple régime légal. Il reste à examiner si elle s'applique à l'entreprise.

---

<sup>360</sup> V. *infra* § n° 255 et s.

<sup>361</sup> Fr. TERRE et Ph. SIMLER, *Régimes matrimoniaux et statut patrimonial des couples non mariés*, *op. cit.*, n° 538.

<sup>362</sup> Art. 1497 C. civ. dernier alinéa.

<sup>363</sup> M. STORCK, J.-Cl. Civil Code, Art. 1536 à 1543, *Séparation de biens*, Fasc. 20, *Gestion des patrimoines des époux – Dissolution. Liquidation du régime*, n° 31.

<sup>364</sup> V. art. 225 C. civ. V également *infra* § n° 113 et s.

## II - La gestion concurrente appliquée à certains biens communs de l'entreprise

96. La gestion concurrente trouve à s'appliquer en présence d'une société. Nous examinerons le cas des droits sociaux négociables (a), puis nous nous pencherons sur l'application de la gestion concurrente en présence d'une entreprise individuelle (b).

### a - La gestion des droits sociaux négociables de l'entreprise exploitée sous la forme sociale

97. L'article 1424 du Code civil établit la cogestion pour aliéner ou grever de droits réels les seuls droits sociaux non négociables. Concernant les droits sociaux négociables, il convient *a contrario* de revenir au principe établi par l'article 1421, alinéa premier. Dans un arrêt du 27 mai 2010<sup>365</sup>, la Cour de cassation a rappelé que chaque époux a le pouvoir d'aliéner seul les droits sociaux négociables. En 1965 comme en 1985, de nombreux débats ont opposé les partisans de la cogestion des valeurs mobilières et ceux de la gestion concurrente. Les premiers brandissaient l'importante place occupée par les valeurs mobilières dans la fortune des ménages. Quant aux seconds, ils invoquaient, d'une part la nécessaire célérité des opérations boursières et, d'autre part l'égalité entre époux impliquant d'autoriser l'épouse à effectuer des actes que le mari effectuait seul auparavant. La règle de la gestion concurrente ne s'est donc pas imposée facilement. De plus, d'autres règles interfèrent avec l'article 1421 : celles énoncées aux articles 221 et 222 du Code civil<sup>366</sup>. Il en résulte que seul l'époux dont le nom est inscrit en compte peut exercer les droits attachés aux valeurs mobilières. Cet époux bénéficie de droits financiers, qui expriment la vocation des actionnaires au partage des bénéfices<sup>367</sup>. Ainsi, il a le pouvoir de percevoir des dividendes, les réserves ainsi que le *boni* de liquidation. Quant aux droits patrimoniaux, ils permettent aux actionnaires de monnayer la valeur de leurs titres. La règle de la gestion

---

<sup>365</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 27 mai 2010, inédit, n° 09-11.894 : *JCP N* 2011, 1001, n° 13, obs. Ph. SIMLER, *Dr. sociétés* 2010, comm. 195, obs. M.-L. COQUELET ; *Gaz. Pal.* 10 sept. 2010, p. 53, obs. J. CASEY ; *AJ Fam.* 2010, p. 400, obs. P. HILT.

<sup>366</sup> Ces règles seront davantage étudiées plus tard V. *infra* § n° 114.

<sup>367</sup> La distinction des droits politiques, des droits financiers et des droits patrimoniaux des actionnaires revient à M. COZIAN, A. VIANDIER et F. DEBOISSY, *Droit des sociétés*, *op. cit.*, n° 1103.

concurrente conjuguée à l'inscription en compte donne à l'époux le pouvoir de mettre les actions en location, de les nantir ou de les céder.

Dans tous les cas, il n'a pas besoin de l'accord de son conjoint. Peu importe d'ailleurs que les actes constituent des actes de disposition, catégorie à laquelle appartient le nantissement de titres ; ou qu'il s'agisse d'actes d'administration, comme les cessions de titres, suivies de leur remplacement, et la perception de fonds provenant de la société<sup>368</sup>. L'époux a tous pouvoirs pour accomplir seul ces actes ; cependant il doit répondre des fautes qu'il commettrait dans sa gestion, conformément à l'article 1421<sup>369</sup>. L'acte accompli sans fraude par l'un des conjoints est opposable à l'autre. Dans une espèce où l'épouse ne démontrait ni le caractère frauduleux des cessions ni leurs conditions économiquement défavorables susceptibles de caractériser une faute de gestion, les cessions lui ont donc été jugées opposables et leur prix devait être réparti par moitié entre chaque époux dans le cadre des opérations de partage<sup>370</sup>. Le principe de la gestion concurrente fait partie des règles de droit commun des régimes matrimoniaux. Après ces quelques observations, force est de constater qu'il s'accorde parfaitement avec la spécificité des valeurs mobilières, qui ont vocation à circuler souvent et rapidement. À présent, il nous faut analyser la façon dont la gestion concurrente s'applique aux biens communs en dehors du cadre social.

### **b - La gestion des biens de l'entreprise commerciale exploitée sous la forme individuelle**

**98.** La gestion concurrente s'applique très rarement dans ce cas-là. Si l'article 1421, alinéa premier, du Code civil qui pose la gestion concurrente demeure le principe, beaucoup d'autres règles propres à l'entreprise viennent réduire drastiquement le domaine de cette disposition. Tout d'abord, le deuxième alinéa du même article prévoit que « l'époux qui exerce une profession séparée a seul le pouvoir d'accomplir les actes d'administration et de disposition nécessaires à celle-ci ». L'époux entrepreneur se voit donc attribuer un pouvoir de gestion exclusive sur des biens communs. De plus, les articles 1424 et 1425 du même

---

<sup>368</sup> Une typologie des actes d'administration et de disposition est dressée par le décret n° 2008-1484 du 22 décembre 2008 relatif aux actes de gestion du patrimoine des personnes placées en curatelle ou en tutelle, et pris en application des articles 452, 496 et 502 du Code civil.

<sup>369</sup> V. *infra* § n° 250.

<sup>370</sup> CA Paris, 26 janv. 2012, n° 09/17059 : JurisData n° 2012-001229.

code rétablissent la cogestion pour un certain nombre d'actes lorsqu'ils sont effectués sur des biens communs<sup>371</sup>. Enfin, l'article L. 121-5 du Code de commerce complète le dispositif en soumettant au consentement exprès du conjoint qui participe à l'exploitation les actes graves effectués sur des éléments du fonds de commerce ou sur le fonds de commerce lorsqu'ils sont communs. Par conséquent, on peut se demander s'il reste une place pour la gestion concurrente au sein des actes d'administration, dont fait partie la location-gérance (1), ou au sein des actes de disposition, comme la cession du droit au bail (2).

## 1 - La location-gérance

**99.** La location-gérance est la convention par laquelle « le propriétaire ou l'exploitant d'un fonds de commerce ou d'un établissement artisanal en concède totalement ou partiellement la location à un gérant qui l'exploite à ses risques et périls »<sup>372</sup>. Elle est régie par les articles L. 144-1 et s. du Code de commerce. On peut tout d'abord se demander si la location-gérance fait partie des exceptions à la gestion concurrente énoncées aux articles 1424 et 1425 du Code civil. L'article 1425 qui établit la cogestion pour « donner à bail un fonds rural ou un immeuble à usage commercial, industriel ou artisanal » ne mentionne pas le fonds de commerce. L'article 1424 du même code vise ce dernier, mais n'exige l'accord du conjoint que pour aliéner le fonds ou le grever de droits réels. Or, lorsque l'acte n'est pas expressément visé dans les exceptions énoncées aux articles 1424 et 1425, il faut, encore une fois, revenir au principe posé par l'article 1421, alinéa premier, du Code civil<sup>373</sup>. D'ailleurs, après avoir énuméré les baux soumis à cogestion, l'article 1425 ajoute que « les autres baux sur les biens communs peuvent être passés par un seul conjoint ». La location-gérance n'est donc pas soustraite à la gestion concurrente du fait des articles 1424 et 1425. Une hypothèse marginale doit cependant être réservée : celle de la requalification du contrat de location-gérance en cession. Comme nous l'avons mentionné, la cession du fonds de commerce requiert l'accord du conjoint. Aussi, la requalification est encourue lorsque, dans un court laps de temps, la cession à titre onéreux au locataire de la totalité du matériel

---

<sup>371</sup> V. *infra* § n° 175 et s.

<sup>372</sup> Art. L. 144-1 C. com.

<sup>373</sup> V. A. COLOMER, *Droit civil : régimes matrimoniaux, op. cit.*, n° 448.

d'exploitation<sup>374</sup> suit la location-gérance. Le conjoint qui n'a pas donné son accord peut obtenir la requalification du contrat<sup>375</sup> et son annulation<sup>376</sup>.

Par ailleurs, la location-gérance échappe-t-elle à la gestion concurrente en vertu des dispositions de l'article L. 121-5 du Code de commerce ? Elles requièrent l'accord exprès du conjoint pour un certain nombre d'opérations, lorsque celui-ci participe à l'« activité professionnelle en qualité de conjoint travaillant dans l'entreprise »<sup>377</sup>. Donner à bail le fonds de commerce fait partie de ces opérations. À ce titre, la location-gérance peut donc échapper à la gestion concurrente. Il convient par conséquent d'examiner brièvement<sup>378</sup> le domaine de l'article L. 121-5 quant aux conjoints qui peuvent en bénéficier. Le conjoint travaillant dans l'entreprise doit avoir opté pour l'un des statuts suivants : conjoint collaborateur, conjoint salarié ou conjoint associé<sup>379</sup>. Choisir l'un de ces statuts est obligatoire pour le conjoint du chef d'une entreprise commerciale qui y exerce de manière régulière une activité professionnelle. Ainsi, on s'aperçoit que la gestion concurrente est largement repoussée dès lors que le conjoint participe à l'exploitation de l'entreprise.

**100.** On pourrait penser logiquement que la gestion concurrente devrait retrouver toute sa place dès lors que l'époux exploite seul ; mais ce serait oublier le jeu du deuxième alinéa de l'article 1421 du Code civil : l'exercice d'une profession séparée confère au seul époux entrepreneur des pouvoirs de gestion exclusive. Lesdits pouvoirs concernent seulement les actes d'administration et de disposition nécessaires à la profession. La location-gérance du fonds de commerce apparaît comme un acte d'administration remplissant cette condition. Dans quelles hypothèses faut-il considérer que l'époux

---

<sup>374</sup> Pour des exemples, V. Cass. com., 2 juill. 1979, *Bull. com.* 1979, n° 220. – Cass. com., 3 nov. 1983, inédit. – Cass. com., 18 janv. 1984, *Bull. com.* 1984, IV, n° 25. – Cass. com., 18 sept. 2007, inédit.

<sup>375</sup> Pour des exemples de requalifications demandées par l'administration fiscale sur le fondement de l'abus de droit, V. Cass. com., 2 juill. 1979, *précit.* – Cass. com., 3 nov. 1983, *précit.* – Cass. com. 18 janv. 1984, *précit.* V. en revanche pour un refus de requalifier, Cass. com., 13 janv. 2009, *Bull. com.* 2009, IV, n° 4 : *Dr. sociétés* 2009, comm. 86, note J.-L. PIERRE ; *D. fisc.* 2009, n° 11, comm. 243, note Ph. DE GUYENRO ; *RJF* 2009, n° 519.

<sup>376</sup> Art. 1427, al. 1<sup>er</sup>, C. civ.

<sup>377</sup> Art. L. 121-5, al. 1<sup>er</sup>, C. com.

<sup>378</sup> Des développements plus longs seront consacrés aux différents statuts du conjoint, V. *infra* § n° 432 et s.

<sup>379</sup> Art. L. 121-4 I C. com. Il ne sera pas traité ici du conjoint associé, car les développements sont consacrés à la gestion des biens de l'entreprise non exploitée sous la forme sociale.

entrepreneur exerce une profession séparée<sup>380</sup>, outre le cas où il exploite tout à fait seul ? Lorsque le conjoint est salarié de l'autre époux, l'époux employeur exerce une activité séparée et bénéficie de la gestion exclusive. Il en est de même concernant l'époux chef d'entreprise dont le conjoint a le statut de collaborateur.

En revanche, lorsque les deux époux, sur un pied d'égalité, participent à la direction de l'entreprise, la gestion concurrente devrait retrouver son empire. Néanmoins, le statut choisi par le conjoint conduit dans tous les cas à appliquer l'article L. 121-5 du Code de commerce et donc à exclure la gestion concurrente s'agissant de la location-gérance. Cela vaut également dans l'hypothèse de la coexploitation. Lorsque les deux époux sont exploitants, cas dont ne traite pas la loi de 1982 à l'origine des statuts du conjoint, l'article L. 121-5 est applicable<sup>381</sup>. Dans l'arrêt du 16 mai 2000, la Cour de cassation a décidé que chacun des époux pouvait valablement donner en location-gérance un fonds de commerce commun<sup>382</sup>. Si la location-gérance est en principe soumise à la gestion concurrente, celle-ci ne s'applique pas dès lors que l'époux entrepreneur exerce une activité séparée ou que le conjoint participe à l'exploitation. Par conséquent, l'application de l'article 1421, alinéa premier, du Code civil à la location-gérance s'avère purement illusoire. Il est intéressant d'examiner la façon dont cet article s'applique à la cession du droit au bail commercial.

## 2 - La cession du droit au bail commercial

**101.** La cession du droit au bail commercial consiste en « un contrat par lequel le titulaire du bail transfère à un tiers, à titre onéreux, les droits et obligations qu'il tient de son contrat »<sup>383</sup>. Elle est assimilée à une cession de créance, car le cessionnaire est substitué au cédant dans l'exécution du contrat de bail ; cependant elle ne réalise pas de novation, ledit contrat subsistant à la cession<sup>384</sup>. La cession du droit au bail commercial est souvent désignée

---

<sup>380</sup> V. *infra* § n° 156.

<sup>381</sup> R. LE GUIDEC, J.-Cl. Entreprise individuelle, *Régimes matrimoniaux*, Fasc. 1150, *Exploitation du fonds de commerce*, n° 69.

<sup>382</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 16 mai 2000, inédit : *Dr. famille* 2000, comm. 114, note B. BEIGNIER ; *RJPF* 2000-10/17, obs. F. VAUVILLE.

<sup>383</sup> E. CRUVELIER, J.-Cl. Civil Code, Art. 1708 à 1762, *Bail commercial*, Fasc. 1505, *Fiscalité – loyers – Indemnités versées au locataire sortant – Indemnités versées au bailleur – Enregistrement et publicité foncière*, n° 141.

<sup>384</sup> *Ibid.*

en pratique par l'expression « vente de pas de porte ». Elle doit être distinguée de la cession de bail : la première procure un avantage au cédant, puisque le cessionnaire lui octroie une contrepartie pécuniaire ; la seconde ne comporte pas d'avantage au profit du cédant<sup>385</sup>. On peut suivre exactement le même raisonnement que celui effectué à propos de la location-gérance avec la cession du droit au bail : l'absence de mention de l'acte à l'article 1424 conduit à revenir au principe de la gestion concurrente. La Cour de cassation a dû se prononcer sur la capacité de l'époux à céder seul le droit au bail dans un arrêt du 4 mars 1986<sup>386</sup>. Elle y a approuvé la cour d'appel d'avoir retenu que « la vente d'un simple "pas de porte", indépendamment d'autres éléments d'un fonds de commerce, dont il n'était ni allégué, ni démontré qu'il existât à la date de la cession litigieuse, constitu[ait] un acte de disposition pouvant être passé par le mari sans le consentement de son épouse ». L'espèce a été jugée sous l'empire de la loi du 13 juillet 1965 ; cependant la solution s'est maintenue sous la loi du 23 décembre 1985, car les dispositions de l'article 1424 du Code civil ont seulement été modifiées pour les « bilatéraliser », afin d'offrir à la femme les mêmes pouvoirs qu'au mari<sup>387</sup>.

Si l'on admet qu'il n'y a pas besoin du consentement des deux époux pour vendre une composante du fonds de commerce, on peut toutefois hésiter en prenant la mesure de l'importance du droit au bail. On reconnaît volontiers qu'il représente « le plus souvent la principale valeur du fonds »<sup>388</sup>. Aussi, ne devrait-on pas considérer que la vente du seul droit au bail constitue une vente du fonds de commerce en son entier, et à ce titre, est soumise à cogestion ? Ce serait oublier que l'élément essentiel du fonds de commerce est la clientèle<sup>389</sup>. En 1964, la Cour de cassation est même allée jusqu'à énoncer que « le droit au bail ne constitue pas un élément nécessaire du fonds de commerce qui peut exister en dehors de lui »<sup>390</sup>. Ainsi, la cession du seul droit au bail est en principe soumise à la gestion concurrente. Mais il faut, encore ici, prendre en compte les pouvoirs de gestion exclusive

---

<sup>385</sup> *Id.*, n° 142.

<sup>386</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 4 mars 1986, *Bull. civ.* 1986, n° 50, p. 46 ; *JCP N* 1986, II, p. 245, note Ph. SIMLER ; *JCP G* 1987, II, 20717, note M. HENRY ; *Defrénois* 1987, art. 34120, p. 1500, obs. G. CHAMPENOIS.

<sup>387</sup> V. M. HENRY, note ss Cass. 1<sup>re</sup> civ., 4 mars 1986, *JCP G* 1987, II, 20717.

<sup>388</sup> *Ibid.*

<sup>389</sup> V. *infra* § n° 72.

<sup>390</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 8 déc. 1964, *Bull. civ.* 1964, I, n° 549.

conférés à l'époux qui exploite seul le fond et la cogestion induite par la participation du conjoint à l'exploitation.

Après la consécration de la gestion concurrente par la loi de 1985, on a pu craindre que des actes contradictoires effectués par chacun des époux sur un même bien n'entraînent des difficultés. Or, l'entreprise exigeant sécurité, souplesse et rapidité, de telles difficultés pourraient lui nuire. L'article 1421 apporte une solution en prévoyant que « les actes accomplis sans fraude par un conjoint sont opposables à l'autre »<sup>391</sup>. Le premier acte en date doit primer sur le second, tant dans les rapports entre époux que dans les rapports avec les tiers<sup>392</sup>. À l'usage, on a pu s'apercevoir que la gestion concurrente n'était pas à l'origine de problèmes causés par des actes contradictoires. On a pu constater, de surcroît, qu'en pratique, elle ne s'applique pas réellement aux biens relatifs à l'entreprise. Le risque est donc inexistant. On assiste à l'éviction de la gestion concurrente, règle générale aux régimes matrimoniaux, par des règles spéciales propres à l'entreprise. Cette éviction n'est que ponctuelle, puisque la gestion concurrente reste applicable aux valeurs mobilières. L'entrepreneur individuel se voit appliquer des règles de gestion beaucoup plus strictes que l'associé d'une société par actions. Il convient ensuite de se pencher sur les règles de l'indivision, qui sont adoptées par les régimes matrimoniaux, et en particulier par le régime de la séparation de biens.

## **B - La gestion des biens indivis en régime de séparation**

**102.** Sous le régime de la séparation, les biens sont indivis dans deux cas de figure : soit ils ont été acquis ensemble par les époux séparés de biens pendant le mariage, soit l'époux n'a pas réussi à prouver sa propriété exclusive sur le bien. Celui-ci est alors réputé appartenir aux époux indivisément à chacun pour moitié<sup>393</sup>. Dans ces deux cas, pour la gestion de ces biens, il convient de se reporter aux règles de l'indivision posées aux articles 815 et s. du Code civil. Nous verrons que ces règles sont appliquées aux époux (I). Le Professeur Jean-Baptiste Donnier écrit : « Société et indivision sont [...] deux formes

---

<sup>391</sup> Art. 1421, al. 1<sup>er</sup>, C. civ.

<sup>392</sup> V. cependant les cas dans lesquels le principe d'antériorité peut être tenu en échec, Fr. TERRE et Ph. SIMLER, *Régimes matrimoniaux et statut patrimonial des couples non mariés*, op. cit., n° 460.

<sup>393</sup> Art. 1538, al. 3, C. civ.

juridiques d'appropriation collective, mais sous deux modalités fondamentalement différentes, l'appropriation collective passant, dans la société, par le truchement de la personnalité morale, ce qui n'est pas le cas dans l'indivision »<sup>394</sup>. Comment s'accordent ces deux régimes lorsque l'indivisaire est également associé ? Nous nous intéresserons à l'application des règles de l'indivision au fonctionnement social et, en particulier, aux droits sociaux (II).

## I - Les principes de la gestion indivise appliqués aux époux

**103.** Chacun des indivisaires peut effectuer sur les biens indivis des actes conservatoires<sup>395</sup>. À titre d'illustration, on peut citer la déclaration d'une créance de l'indivision à la procédure collective du débiteur de l'indivision<sup>396</sup>. Pour ce qui est des actes d'administration et de disposition, ils nécessitent en principe respectivement les deux tiers<sup>397</sup> et l'unanimité<sup>398</sup> des droits indivis. Lorsque le bien est indivis à hauteur de la moitié, il n'y a pas de différence à faire dans la mesure où les deux époux doivent s'accorder pour effectuer l'acte. Inversement, lorsque l'un des époux réunit au moins les deux tiers des droits indivis, la distinction entre les actes d'administration et les actes de disposition est importante, car cet époux peut accomplir seul les actes d'administration ; mais il demeure dépendant de son conjoint pour les actes de disposition. En revanche, dans le cadre de l'indivision post-communautaire consécutive à un divorce, un époux ne peut, en principe, posséder les deux tiers de droits indivis quant à un ex-bien commun<sup>399</sup>. Par conséquent, mis à part les actes conservatoires, tous les actes requièrent l'unanimité.

À la majorité des deux tiers, les indivisaires peuvent donner à l'un d'entre eux ou à un tiers un mandat général d'administration<sup>400</sup> ainsi que conclure et renouveler des baux autres que ceux portant sur un immeuble à usage agricole, commercial, industriel ou artisanal<sup>401</sup>.

---

<sup>394</sup> J.-B. DONNIER, « L'associé indivis », *Dr. sociétés* n° 3, 2016, dossier 6, n° 1.

<sup>395</sup> Art. 815-2, al. 1<sup>er</sup>, C. civ.

<sup>396</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 14 mars 2012, *Bull.* 2012, I, n° 58 : *Defrénois* 2012, 836, note N. LEBLOND.

<sup>397</sup> Art. 815-3 1° C. civ.

<sup>398</sup> Art. 815-3, al. 7, C. civ.

<sup>399</sup> V. A. CHAMOULAUD-TRAPIERS, *Rép. civ. Dalloz, Communauté légale : dissolution*, n° 298.

<sup>400</sup> Art. 815-3 2° C. civ.

<sup>401</sup> Art. 815-3 4° C. civ.

En revanche, la conclusion et le renouvellement des baux qui portent sur un tel immeuble sont considérés comme des actes de disposition requérant l'unanimité<sup>402</sup>. Toutefois, certains actes de disposition obéissent également à la majorité des deux tiers lorsqu'il s'agit de vendre des meubles indivis pour payer les dettes et charges de l'indivision<sup>403</sup>. L'époux indivisaire est tenu d'informer son conjoint coïndivisaire. À défaut, les décisions prises lui sont inopposables<sup>404</sup>. Il est à noter que lorsqu'un indivisaire « prend en main la gestion des biens indivis, au su des autres et néanmoins sans opposition de leur part, il est censé avoir reçu un mandat tacite, couvrant les actes d'administration, mais non les actes de disposition ni la conclusion ou le renouvellement des baux »<sup>405</sup>.

Par ailleurs, l'unanimité est requise pour effectuer les actes de disposition ne ressortissant pas de l'exploitation normale des biens indivis<sup>406</sup>. La jurisprudence a décidé que l'action relative à l'exécution des obligations nées d'un bail ne dépendait pas de cette catégorie. Par conséquent, le coïndivisaire mettant en œuvre cette action n'avait pas à justifier d'un mandat spécial<sup>407</sup>. Lorsqu'un seul des indivisaires prétend céder la totalité d'un bien indivis, la cession de la quote-part de l'indivisaire n'ayant pas concouru à l'acte est inopposable à ce dernier. La cession demeure valable à hauteur de la quote-part de l'indivisaire cédant<sup>408</sup>. En outre, l'usage et la jouissance des biens reviennent à chaque indivisaire à condition de respecter leur destination et dans la mesure compatible avec le droit des autres indivisaires et avec l'effet des actes régulièrement passés au cours de l'indivision. À défaut d'accord, le juge fixe l'exercice de ce droit<sup>409</sup>. En l'absence d'accord établissant la jouissance divise, les fruits et les revenus des biens indivis reviennent à

---

<sup>402</sup> Décret n° 2008-1484 du 22 décembre 2008 relatif aux actes de gestion du patrimoine des personnes placées en curatelle ou en tutelle, *précité*.

<sup>403</sup> Art. 815-3 3° C. civ.

<sup>404</sup> Art. 815-3, al. 6, C. civ.

<sup>405</sup> Art. 815-3, al. 8, C. civ.

<sup>406</sup> Art. 815-3, al. 7, C. civ.

<sup>407</sup> Cass. 3° civ., 6 nov. 1986, *Bull. civ. III*, n° 151 ; *D.* 1986, inf. rap. 455 ; *Gaz. Pal.* 1987, 1, pan. jur. 20.

<sup>408</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 5 avr. 2005, *Bull. civ. I*, n° 169 ; *D.* 2005, pan. jurispr. p. 2121, obs. V. BREMOND ; *RTD civ.* 2005, p. 801, obs. T. REVET. – Cass. 3° civ., 12 mai 2010, *Bull. civ. III*, n° 95 ; A. CHAMOULAUD-TRAPIERS, *Defrénois* 2010, n° 22, p. 2384 ; *JCP N* 2010, p. 1320, n° 17, obs. S. PIEDELIÈVRE.

<sup>409</sup> Art. 815-9, al. 1<sup>er</sup>, C. civ.

l'indivision<sup>410</sup>. Chaque indivisaire a droit aux bénéfices provenant des biens indivis et en échange il supporte les pertes proportionnellement à ses droits dans l'indivision<sup>411</sup>.

Les coïndivisaires sont étroitement dépendants des uns des autres, pour le meilleur en cas de bonne entente ; mais aussi pour le pire en cas de discorde. Cependant cette dépendance ne devrait pas surprendre les époux. En effet, en se mariant sous le régime de la séparation de biens ou en changeant de régime en faveur de la séparation, ils devraient être prévenus par le notaire de la présomption d'indivision qui s'applique au bien lorsque l'un des deux ne peut pas prouver sa propriété exclusive. Si l'indivision est née à l'occasion de l'acquisition d'un bien immobilier réalisée en commun, les règles auront été rappelées aux époux par le notaire. Dans tous les cas, les époux devraient être conscients des liens patrimoniaux étroits qu'ils tissent en se mariant, même sous le régime de la séparation de biens. Finalement, la gestion d'un bien indivis sous ce régime ne s'avère pas plus souple que celle d'un bien commun sous le régime de la communauté. Néanmoins, les coïndivisaires peuvent passer des conventions d'indivision afin de rendre la gestion plus légère dans une certaine mesure<sup>412</sup>. En raison de cette dépendance que crée l'indivision, la personne de l'indivisaire est primordiale. Aussi, l'article 815-14 du Code civil instaure un droit de préemption au profit des coïndivisaires. Cela signifie qu'avant de céder ses droits dans les biens indivis à un tiers à l'indivision, l'indivisaire qui en est propriétaire doit informer de la cession envisagée les autres indivisaires. Ceux-ci peuvent, s'ils le souhaitent, en faire l'acquisition au lieu et place du cessionnaire initialement envisagé.

Plus précisément, s'agissant des époux coïndivisaires, celui qui a l'intention de céder tout ou partie de ses droits indivis à quelqu'un d'autre que son conjoint devra notifier par acte extrajudiciaire à ce dernier le prix et les conditions de la cession envisagée, ainsi que des informations relatives à l'identité du potentiel cessionnaire. Le conjoint dispose d'un mois à compter de la notification pour exercer son droit de préemption aux prix et conditions notifiés. La sanction de l'absence de notification ou d'une notification irrégulière est la nullité relative : seuls peuvent agir le conjoint ou ses héritiers<sup>413</sup>. Ce droit de préemption permet à l'époux de ne pas se retrouver en indivision avec une personne autre que celle avec

---

<sup>410</sup> Art. 815-10, al. 2, C. civ.

<sup>411</sup> Art. 815-10 al. 4 C. civ.

<sup>412</sup> L'art. 1873-1 C. civ. autorise le recours à de telles conventions.

<sup>413</sup> Art. 815-16 C. civ.

laquelle il a choisi de se marier, à moins de l'avoir accepté. Nous avons vu les principes de la gestion indivise appliqués aux époux. Il convient à présent d'analyser la façon dont sont transposées les règles de l'indivision aux droits sociaux.

## II - La gestion indivise appliquée aux droits sociaux

**104.** Les droits sociaux peuvent, comme n'importe quel bien, être soumis au régime de l'indivision. Cependant, l'application de ces règles suscite des difficultés, car elles se heurtent à la logique propre du droit des sociétés. Le principe d'indivisibilité des droits sociaux en fait partie. En vertu de ce principe, les prérogatives attachées aux droits « peuvent être réparties comme c'est le cas s'il y a démembrement, mais non fractionnées c'est-à-dire divisées entre plusieurs personnes »<sup>414</sup>. L'indivisibilité est expressément énoncée dans le Code de commerce s'agissant des valeurs mobilières<sup>415</sup>. Celle-ci a pu amener à se demander à qui devait être reconnue la qualité d'associé : à l'indivision ou à chacun des associés ? L'indivision n'ayant pas la personnalité morale<sup>416</sup>, on ne peut lui reconnaître la qualité d'associé. La jurisprudence a finalement établi que chaque indivisaire était associé<sup>417</sup>. À ce titre, il bénéficie des droits reconnus à tout associé. Pour autant, étant un associé indivisaire, il est également soumis au régime de l'indivision, qui implique un « fractionnement des prérogatives des indivisaires, chacun exerçant sur le bien indivis des prérogatives identiques »<sup>418</sup>. Les droits de l'associé sont divisés en deux catégories : les droits politiques (a) et les droits pécuniaires (b). Nous examinerons successivement l'application des règles de l'indivision à l'exercice de ces droits à l'intérieur de la société.

---

<sup>414</sup> H. FABRE et S. SCHILLER, « L'indivision des droits sociaux », *JCP N* n° 45-46, 2014, n° 2.

<sup>415</sup> Art. L. 228-5 C. com.

<sup>416</sup> Cass. 2<sup>e</sup> civ., 9 juin 2011, *Bull.* 2011, II, n° 129 : *JCP G* 2011, 1298, H. PERINET-MARQUET ; *JCP N* 2011, act. 542 ; *Procédures* 2011, comm. 262, R. PERROT ; *Defrénois* 2012, art. 40316, p. 79, A. CHAMOULAUD-TRAPIERS.

<sup>417</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 6 févr. 1980, *Bull. civ.*, I, n° 49 : *Rev. sociétés* 1980, p. 521, note A. VIANDIER.

<sup>418</sup> J.-B. DONNIER, « L'associé indivis », *op. cit.*, n° 3.

## **a - L'exercice des droits politiques attachés aux droits sociaux indivis**

**105.** L'époux associé et indivisaire a le droit de participer à la prise des décisions collectives (1). Dans certaines sociétés, il a également le droit de demander des investigations ou des analyses concernant une opération de gestion qui lui semble irrégulière (2).

### **1 - Le droit de vote**

**106.** Le principe d'indivisibilité des titres sociaux s'oppose à ce que chacun des indivisaires puisse exercer son droit de vote aux assemblées générales ordinaires et extraordinaires. Aussi l'article 1844 du Code civil prévoit-il en son deuxième alinéa que les indivisaires doivent se faire représenter par un mandataire unique, choisi parmi les indivisaires ou en dehors d'eux<sup>419</sup>. Cette obligation est rappelée dans le Code de commerce s'agissant de la SA<sup>420</sup>. Les indivisaires doivent désigner ce mandataire selon certaines formalités (i). Il est alors doté de certains pouvoirs (ii).

#### **i – Les modalités de désignation du mandataire**

**107.** On peut se demander si cette désignation est soumise à l'unanimité ou à la majorité des deux tiers. Comme cela a déjà été précisé, la question ne se pose que lorsque l'un des époux possède au moins les deux tiers des droits indivis. L'unanimité semble requise en vertu de l'article 1844, alinéa deux, qui dispose : « en cas de désaccord, le mandataire sera désigné en justice à la demande du plus diligent ». Cependant, des hésitations ont pu voir le jour en raison de l'article 815-3 du Code civil, qui donne la possibilité aux indivisaires de donner à un ou plusieurs d'entre eux un mandat général d'administration à une majorité des deux tiers des droits indivis. Les indivisaires peuvent-ils, à cette même majorité,

---

<sup>419</sup> Le refus d'un indivisaire de désigner un mandataire commun peut constituer un abus de minorité, V. Cass. com., 21 déc. 2017, *Bull. com.*, III, n° 146 : *JCP E* 2018, 1077, note C. BARILLON ; *JCP G* 2018, 115, note J. KLEIN ; *Dr. sociétés* 2018, comm. 43, obs. H. HOVASSE ; *BJS* 2018, p. 74, note J.-F. BARBIERI ; *D.* 2018, p. 147, note A. COURET.

<sup>420</sup> Art. L. 225-110 al. 2 C. com.

consentir un mandat spécial de représentation aux assemblées générales<sup>421</sup> ? La Cour de cassation s'est prononcée contre cette solution dans un arrêt du 15 décembre 2010<sup>422</sup>. Le demandeur au pourvoi y soutenait que l'article 815-3 du Code civil permettait aux indivisaires de donner un mandat général d'administration à la majorité des deux tiers des droits indivis. La chambre commerciale a décidé qu'en cas de désaccord sur le choix du mandataire unique, il ne pouvait être dérogé aux dispositions impératives de ce texte prévoyant la désignation du mandataire en justice. Le président du tribunal de commerce statue alors en référé<sup>423</sup>.

Le Professeur Jean-Baptiste Donnier a approuvé cette solution, en mettant en avant la règle énoncée à l'article 813 du Code civil, qui autorise les indivisaires à confier un mandat d'administration des biens indivis « d'un commun accord », et vient donc s'opposer à l'article 815-3. Or, selon lui, « la seule manière de concilier logiquement ces règles contradictoires consisterait à faire prévaloir l'article 813 sur l'article 815-3, car la règle de l'article 813, qui exige l'unanimité, contient nécessairement celle de l'article 815-3, tandis que l'inverse n'est pas vrai »<sup>424</sup>. En revanche, le Professeur Henri Hovasse a sévèrement critiqué cette solution<sup>425</sup>. Afin de rendre plus souple la gestion des biens indivis, la loi du 23 juin 2006<sup>426</sup> a supprimé l'exigence d'unanimité pour les actes d'administration, et l'a remplacée par la majorité des deux tiers des droits indivis<sup>427</sup>. Un mandat général d'administration des biens indivis peut être confié aux mêmes conditions. Exiger l'unanimité en invoquant l'article 1844 du Code civil reviendrait à ignorer les avancées effectuées par la réforme. De surcroît, cet article établit un « mécanisme particulier de traitement du blocage d'une situation »<sup>428</sup>, dans la mesure où il apporte une solution à l'hypothèse dans laquelle les indivisaires de droits sociaux n'arrivent pas à choisir un mandataire. À ce titre, il constitue

---

<sup>421</sup> J.-B. DONNIER, « L'associé indivis », *op. cit.*, n° 21 et 22.

<sup>422</sup> Cass. com., 15 déc. 2010, *Bull. com.* 2010, I, n° 268 : *Dr. sociétés* 2011, comm. 48, note H. HOVASSE ; *BJS* 2011, p. 373, note F.-X. LUCAS.

<sup>423</sup> Art. R. 225-87 C. com.

<sup>424</sup> J.-B. DONNIER, « L'associé indivis », *op. cit.*, n° 22.

<sup>425</sup> H. HOVASSE, « Désignation du mandataire représentant les indivisaires de droits sociaux », *Dr. sociétés* n° 3, 2011, comm. 48.

<sup>426</sup> Loi n° 2006-728 du 23 juin 2006 portant réforme des successions et des libéralités.

<sup>427</sup> Art. 815-3 2° C. civ.

<sup>428</sup> H. HOVASSE, « Désignation du mandataire représentant les indivisaires de droits sociaux », *op. cit.*

un texte spécial. Pour autant, il ne dérogerait pas au droit commun de l'indivision, posant la majorité des deux tiers. Le Professeur Hovasse souligne d'ailleurs un point tout à fait intéressant : rien n'indique dans l'article 1844 du Code civil que le désaccord dans le choix du mandataire résulte d'un défaut d'unanimité ou d'un défaut de majorité. Enfin, l'indivision de droits sociaux devrait pouvoir être couverte par un mandat général consenti à la majorité des deux tiers, car aucune raison ne conduit à traiter différemment ces droits d'autres biens indivis.

Si l'on adopte le premier raisonnement, le droit commun de l'indivision, représenté par l'article 813 du Code civil, s'accorde parfaitement avec « la règle spéciale gouvernant le cas particulier de l'indivision portant sur des droits sociaux »<sup>429</sup>, l'article 1844, alinéa deux. Si l'on adopte le second raisonnement, le droit commun de l'indivision, l'article 815-3 est, à tort, mis de côté par le droit spécial. Le débat sur les modalités de désignation du mandataire laisse entrevoir les difficultés qui peuvent être rencontrées lorsque le droit commun de l'indivision intervient dans l'entreprise. Les biens qui font partie de cette dernière sont souvent régis par des règles spéciales, qui peuvent constituer des obstacles à l'application des règles du droit commun. Les règles de l'indivision doivent également être transposées aux pouvoirs du mandataire.

## ii - Les pouvoirs du mandataire

**108.** Le mandataire désigné par les indivisaires peut les représenter aux assemblées générales ordinaires comme extraordinaires, mais seulement pour effectuer des actes d'administration, conformément à l'article 815-3 du Code civil. Le mandat général d'administration ne permet pas au mandataire d'effectuer des actes qui ne ressortent pas à « l'exploitation normale des biens indivis » ni des actes de disposition<sup>430</sup>. Le décret du 22 décembre 2008<sup>431</sup> donne une typologie des différents actes. Sauf circonstances d'espèces, l'exercice du droit de vote dans les assemblées est considéré comme un acte

---

<sup>429</sup> Expression de F.-X. LUCAS, « Désignation du mandataire représentant des parts sociales indivises », note ss Cass. 1<sup>re</sup> civ., 15 déc. 2010, *BJS* 2011, n° 5, p. 73.

<sup>430</sup> Exception faite de la vente des meubles indivis pour payer les dettes et charges de l'indivision, art. 815-3 3° C. civ.

<sup>431</sup> Décret n° 2008-1484 du 22 décembre 2008 relatif aux actes de gestion du patrimoine des personnes placées en curatelle ou en tutelle, *précit*.

d'administration. Néanmoins, certains votes sur des ordres du jour constituent des actes de disposition : la reprise des apports, la modification des statuts, la prorogation et la dissolution de la société, les opérations de fusion, scission et apport partiel d'actifs, l'agrément d'un associé, l'augmentation et la réduction du capital, le changement d'objet social, l'emprunt et la constitution de sûreté, la vente d'un élément d'actif immobilisé et l'aggravation des engagements des associés. Si le mandat général d'administration ne permet pas au mandataire de voter ces actes, on peut se demander comment doivent procéder les indivisaires.

Le Professeur Jean-Baptiste Donnier<sup>432</sup> rappelle que l'article 1844, alinéa deux, du Code civil impose aux indivisaires de se faire représenter par un mandataire unique. Par conséquent, les indivisaires ne peuvent pas personnellement prendre part au vote<sup>433</sup>. Selon cet auteur, la seule issue possible pour eux est de saisir le président du tribunal de commerce<sup>434</sup>, afin que celui-ci autorise le mandataire à effectuer un acte de disposition. En effet, l'article 815-6 du Code civil permet au juge de prescrire ou d'autoriser toutes les mesures urgentes que requiert l'intérêt commun. On peut douter que le recours au juge constitue l'unique solution pour sortir de cette impasse. Transposée aux époux indivisaires, la solution semble aberrante : ils devraient obtenir une autorisation judiciaire pour autoriser le mandataire, l'un d'eux dans la majorité des cas, à accomplir l'acte de disposition, alors qu'ils sont d'accord.

L'article 815-3 du Code civil n'est pas d'un grand secours, car il indique les actes qui peuvent être effectués par les indivisaires à la majorité des deux tiers des droits indivis. Or, le mandat général d'administration visé au 2° ne permet pas d'effectuer des actes de disposition. Concernant ceux-ci, le consentement de tous les indivisaires, c'est-à-dire des deux époux, est requis. On voit mal ce qui s'oppose à ce qu'ils consentent à l'unanimité un

---

<sup>432</sup> J.-B. DONNIER, « L'associé indivis », *op. cit.*, n° 24.

<sup>433</sup> Cependant les indivisaires ont toujours le droit d'assister aux assemblées générales. Cass. com., 21 janv. 2014, *Bull.* 2014, IV, n° 16 ; *JCP N* 2014, n° 6, act. 257 ; *JCP N* 2014, n° 27, 1242, obs. S. LE NORMAND-CAILLERE ; *Dr. sociétés* 2014, comm. 59, note R. MORTIER ; *JCP E* 2014, 1069, note A. COURET ; *D. rur.* 2014, comm. 132, note J. CAYRON : tout associé ayant le droit de participer aux décisions collectives, l'indivisaire qui a la qualité d'associé ne peut être privé de ce droit par la désignation d'un mandataire commun pour représenter l'indivision.

<sup>434</sup> J.-B. DONNIER, « L'associé indivis », *op. cit.*, n° 25.

mandat spécial concernant les votes qui constituent des actes de disposition<sup>435</sup>. Le principe de la représentation par un mandataire unique ne fait pas obstacle à ce que les indivisaires puissent effectuer des actes de disposition à l'unanimité par son intermédiaire. De plus, le mandataire unique n'est exigé qu'en raison de l'indivisibilité des titres sociaux. Si la représentation apparaît comme une contrainte nécessaire, celle-ci ne doit pas devenir démesurée. Or, elle le serait si on exigeait dans tous les cas le recours au juge pour autoriser des votes constituant des actes de disposition. Le droit de vote attaché aux actions ou parts sociales serait soumis à une gestion extrêmement lourde et subirait une inégalité flagrante en comparaison des autres biens indivis, dont les indivisaires peuvent disposer à l'unanimité.

Dans un arrêt du 10 juin 2015<sup>436</sup>, la Cour de cassation a jugé qu'« il entrerait dans les pouvoirs que le président du tribunal de grande instance tient de l'article 815-6 du Code civil d'autoriser un administrateur provisoire à accomplir un acte de disposition pourvu qu'une telle mesure soit justifiée par l'urgence et l'intérêt commun ». En l'espèce, une importante mésentente opposait les indivisaires, qui ne se seraient pas accordés pour consentir un mandat spécial. Le recours au juge apparaît comme un remède en cas de divergence entre les indivisaires ; mais lorsqu'ils peuvent se mettre d'accord, rien ne les oblige à saisir le juge. L'unanimité suffit pour donner une habilitation spéciale au mandataire à l'effet de voter aux assemblées dont les ordres du jour contiennent des actes de disposition. Le droit spécial de l'indivision relatif à l'exercice du droit de vote dans les assemblées impose légitimement la représentation par un mandataire unique. Toutefois, il ne convient pas de déformer ce droit spécial et de l'étendre au-delà de son champ d'application, car les logiques du droit commun de l'indivision doivent être conservées dans l'intérêt des indivisaires et pour la souplesse dans l'exercice du droit de vote. La demande d'une expertise de gestion est une autre prérogative politique à laquelle il faut s'intéresser dans le cadre du droit de l'indivision.

---

<sup>435</sup> Dans ce sens, V. D. GIBIRILA, J.-Cl. Com., *Sociétés anonymes*, Fasc. 1419, *Assemblée des actionnaires – Règles communes à toutes les assemblées*, n° 85 – R. BESNARD GOUDET, J.-Cl. Banque – Crédit – Bourse, *Actions indivises et actions démembrées*, Fasc. 1795, n° 14.

<sup>436</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 10 juin 2015, inédit : *JCP N* 2015, 1219, obs. H. PERINET-MARQUET ; *RTD civ.* 2015, p. 672, obs. M. GRIMALDI.

## 2 - La demande d'une expertise de gestion

**109.** Tant le Code civil que le Code de commerce sont silencieux concernant les conditions d'exercice des prérogatives de l'associé autres que l'exercice du droit de vote<sup>437</sup>. Un expert de gestion peut être désigné dans les sociétés par actions<sup>438</sup> et dans les sociétés à responsabilité limitée<sup>439</sup>. Lorsqu'un ou plusieurs actionnaires posent au dirigeant une question qui reste sans réponse dans le délai d'un mois, ou qui n'est pas satisfaisante, ils peuvent demander en référé la désignation d'un expert chargé d'enquêter et de dresser un rapport. La demande d'expertise doit porter sur une ou plusieurs opérations déterminées, susceptibles de porter atteinte à l'intérêt social. De plus, elle doit concerner une opération de gestion, c'est-à-dire une décision émanant des dirigeants.

Avant la réforme du 23 juin 2006, les actes d'administration sur des biens indivis étaient soumis à l'unanimité des droits indivis. La question de savoir si chacun des indivisaires pouvait individuellement demander une expertise de gestion<sup>440</sup>, et ainsi échapper à l'unanimité, revêtait, par conséquent, un grand intérêt. À présent, la majorité des deux tiers suffit à accomplir ces actes, qui sont ainsi facilités. Pour autant, la question n'a pas perdu son intérêt, puisqu'autoriser chacun des époux indivisaires à demander une expertise de gestion amènerait à ne pas du tout se soucier de la fraction de droits indivis qu'il possède, en tout cas sur le terrain du droit de l'indivision. Le droit des sociétés ne permet pas de trancher à lui seul. D'une part, chaque indivisaire se voit reconnaître la qualité d'associé : ladite qualité pourrait laisser penser qu'il a le pouvoir de demander seul une telle expertise. Mais d'autre part, il ne faut pas oublier le principe d'indivisibilité des droits sociaux. Ce principe pourrait amener à douter de la faculté des indivisaires à demander individuellement une expertise de gestion. D'ailleurs, la cour d'appel de Basse-Terre avait jugé que « lorsque les actions d'une société font l'objet d'une indivision, le principe de l'indivisibilité des titres à l'égard de la société posé par l'article L. 228-5 du Code de commerce ne permet pas aux

---

<sup>437</sup> M.-L. COQUELET, « De l'exercice individuel de l'expertise de gestion », *Dr. sociétés* n° 3, 2008, comm. 46, note ss Cass. com., 4 déc. 2007.

<sup>438</sup> Art. L. 225-231 C. com. concernant la SA.

<sup>439</sup> Art. L. 223-37 C. com. concernant la SARL.

<sup>440</sup> Art. L. 225-231 C. com.

coïndivisaires d'agir séparément, l'expertise de gestion ne pouvant en ce cas être demandée que par l'unanimité des coïndivisaires »<sup>441</sup>.

Néanmoins, les principes du droit commun de l'indivision ne doivent pas être oubliés. Aussi, la Cour de cassation<sup>442</sup> a censuré cette décision de cour d'appel le 4 décembre 2007 au motif que la demande de désignation d'un expert de gestion « peut être présentée par un ou plusieurs actionnaires détenant de manière indivise, au moins 5 % du capital ». Chacun des indivisaires peut donc être à l'origine d'une demande d'expertise de gestion, si la condition de détention du capital, condition posée par le droit des sociétés, est satisfaite. La Haute juridiction s'est fondée notamment sur l'article 815-9 du Code civil, qui prévoit que chaque indivisaire peut user des biens indivis conformément à leur destination, dans la mesure compatible avec le droit des autres indivisaires. Elle a également visé l'article L. 228-5 du Code de commerce posant le principe de l'indivisibilité des droits sociaux. Certains auteurs<sup>443</sup> se sont félicités de cette solution, en considérant que « la prise en compte de solutions propres au droit de l'indivision invit[ait] à des solutions plus nuancées [...] que celles tirées du principe "sociétaire" d'indivisibilité des titres ». Le droit commun de l'indivision semble donc l'emporter sur le droit des sociétés propre à l'indivision. Cependant, ce n'est pas certain dans la mesure où la reconnaissance à chacun des indivisaires du pouvoir d'agir séparément ne s'opposerait pas au principe d'indivisibilité des droits sociaux. En vertu de ce dernier, les prérogatives attachées aux droits sociaux sont indivisibles ; mais il n'est question ici que d'octroyer aux indivisaires des pouvoirs concurrents. On s'aperçoit finalement que les règles de l'indivision peuvent s'appliquer, tout en ne contrariant pas les principes de droit des sociétés propre à l'indivision.

Le recours à l'article 815-9 du Code civil a été critiqué, car il ne concerne que l'usage et la jouissance des biens indivis et n'a pas vocation à régir l'exercice des prérogatives afférentes aux droits indivis<sup>444</sup>. Les articles 815-2 et 815-3 du même code y sont en revanche consacrés. En vertu de l'article 815-2, chacun des indivisaires peut accomplir sur les biens

---

<sup>441</sup> CA Basse-Terre, 11 avr. 2005. Même solution CA Aix-en Provence, 2<sup>e</sup> Ch., 29 avr. 1980 : *D.* 1983, inf. rap. p. 69, obs. J.-C. BOUSQUET.

<sup>442</sup> Cass. com., 4 déc. 2007, *Bull. com.* 2007, IV, n° 259 : *Dr. sociétés* 2008, comm. 46, note M.-L. COQUELET ; *RJDA* 2008, n° 291 ; *D.* 2008, p. 79, note A. LIENHARD ; *JCP G* 2008, I, 147, obs. J.-J. CAUSSAIN, Fl. DEBOISSY et G. WICKER ; *RTD com.* 2008, p. 133, obs. P. LE CANNU et B. DONDERO.

<sup>443</sup> M.-L. COQUELET, « De l'exercice individuel de l'expertise de gestion », *op. cit.*

<sup>444</sup> J.-J. CAUSSAIN, Fl. DEBOISSY et G. WICKER, « Chronique », *JCP G* n° 22, 28 mai 2008, n° 6.

indivis des actes conservatoires. Or, la demande en désignation d'un expert de gestion fait partie de cette catégorie, « puisque l'expertise est destinée à établir, et par là même à mettre fin, à des faits de nature à porter préjudice à la société »<sup>445</sup>. L'utilisation de l'article 815-2 aurait donc été plus adaptée<sup>446</sup>. Pour autant, cet article appartient au droit commun de l'indivision. Dès lors, si l'application de cet article avait été retenue, les remarques précédentes concernant les relations entre ce droit et le droit des sociétés propre à l'indivision n'auraient pas été modifiées.

Par ailleurs, la condition de détention de 5 % du capital social nécessaire à la demande d'expertise de gestion doit être appréciée au regard de la totalité des droits sociaux indivis<sup>447</sup>, et non de la seule part de l'indivisaire demandeur. La règle de l'indivisibilité des parts sociales ou actions indivises fait obstacle à ce que les seuls droits de l'indivisaire soient pris en compte<sup>448</sup>. En outre, calculer le seuil de détention au regard de l'ensemble des droits indivis apparaît conforme aux règles de l'indivision : les articles 815-2 et 815-9 du Code civil autorisent l'indivisaire à effectuer des actes sur les biens indivis, et non sur la seule part qu'il détient<sup>449</sup>. De surcroît, la nature même de l'indivision s'oppose, tant que le partage n'est pas établi, à « révéler la part de droit de propriété revenant individuellement à chaque indivisaire »<sup>450</sup>. On peut constater que certaines solutions apportées par le droit de l'indivision s'accordent parfaitement avec le droit des sociétés.

La solution consistant à admettre que chaque indivisaire puisse agir séparément pour demander une expertise de gestion peut être étendue à toutes les « prérogatives d'associé de nature conservatoire »<sup>451</sup>, comme l'exercice de l'action sociale *ut singuli*<sup>452</sup>, le droit de poser

---

<sup>445</sup> *Ibid.*

<sup>446</sup> R. VATINET, J.-Cl. Com., *Expertise de gestion*, Fasc. 1079, n° 26.

<sup>447</sup> En ce sens, V. M.-L. COQUELET, « De l'exercice individuel de l'expertise de gestion », *op. cit.* ; R. VATINET, J.-Cl. Com., *Expertise de gestion*, fasc. précit., n° 26 ; J.-J. CAUSSAIN, Fl. DEBOISSY et G. WICKER, *Chronique*, *op. cit.*, n° 6.

<sup>448</sup> M.-L. COQUELET, « De l'exercice individuel de l'expertise de gestion », *op. cit.* ; J.-J. CAUSSAIN, Fl. DEBOISSY et G. WICKER, « *Chronique* », *op. cit.*, n° 6.

<sup>449</sup> M.-L. COQUELET, « De l'exercice individuel de l'expertise de gestion », *op. cit.* ; R. VATINET, J.-Cl. Com., *Expertise de gestion*, fasc. précit., n° 26 ; J.-J. CAUSSAIN, Fl. DEBOISSY et G. WICKER, *Chronique*, *op. cit.*, n° 6.

<sup>450</sup> R. VATINET, J.-Cl. Com., *Expertise de gestion*, fasc. précit., n° 26.

<sup>451</sup> J.-J. CAUSSAIN, Fl. DEBOISSY et G. WICKER, *Chronique*, *op. cit.*, n° 6.

<sup>452</sup> Art. 1843-5 C. civ. concernant l'action *ut singuli*. Cass. crim., 4 nov. 2009, inédit : *Dr. sociétés* 2010, n° 35, obs. R. SALOMON ; *Rev. sociétés* 2010, p. 379, note L. GODON : Le copropriétaire de droits sociaux

des questions écrites sur tout fait de nature à compromettre la continuité de l'exploitation<sup>453</sup> et le droit de demander en justice la désignation d'un mandataire en vue de la convocation de l'assemblée générale<sup>454</sup>. Ouvrir l'exercice de ces prérogatives à chaque indivisaire permet à l'époux de les exercer sans avoir à en référer au mandataire qui est soit son conjoint, soit un tiers. Il est également dans l'intérêt de la société qu'un bon nombre de personnes puissent exercer ces prérogatives. La Cour de cassation a également jugé que la représentation par un mandataire ne prive pas les indivisaires de parts sociales du droit d'obtenir la communication de documents sociaux en application de l'article 1855 du Code civil<sup>455</sup>. La Haute juridiction se fonde sur la qualité d'associé de chacun des indivisaires. Lorsque les droits sociaux sont indivis, les règles de l'indivision s'appliquent à l'exercice des droits politiques ; mais aussi à l'exercice des droits patrimoniaux et financiers.

### **b - L'exercice des droits pécuniaires attachés aux droits sociaux indivis**

**110.** La finalité de la société est de « partager le bénéfice ou de profiter de l'économie qui pourra en résulter »<sup>456</sup>. Les associés ont donc le droit de percevoir les dividendes dégagés par l'activité de la société (1). En exerçant ses droits politiques, l'associé indivisaire exerce l'*usus* sur les droits sociaux. Le *fructus* correspond aux dividendes qu'il peut recevoir. Enfin, il faut se pencher sur l'*abusus* : l'associé peut céder ses actions (2).

---

indivis, « a nécessairement, en sa qualité de coindivisaire, celle d'associé recevable à agir au nom de la société ».

<sup>453</sup> Art. L. 225-232 C. com.

<sup>454</sup> Art. L. 225-103 I 2° C. com.

<sup>455</sup> Cass. 3<sup>e</sup> civ., 27 juin 2019, Bull. à paraître, n° 18-17.662 : *RTD Com.* 2019, 711, obs. M.-H. MONSÉRIÉ-BON ; *AJ fam.* 2019, 537, obs. J. CASEY ; *RTD com.* 2019, 672, obs. A. LECOURT ; *JCP E* 2019, n° 42, 1467, obs. R. MORTIER ; *Dr. sociétés*, 2019, n° 8-9, comm. 143, obs. H. HOVASSE ; *BJS* 2019, n° 10, p. 22, obs. J. HEINICH ; *LEDC*, 2019, n° 8, p. 7, obs. J.-F. HAMELIN. L'arrêt concernait des associés de sociétés civiles. Cette solution est posée par la loi dans les sociétés anonymes, art. L. 225-118 C. com., et dans les SCA par le renvoi opéré par l'art. L. 226-1, al. 2, C. com.

<sup>456</sup> Art. 1832 C. civ.

## 1 – La perception des dividendes et autres sommes

**111.** L'article 815-10 du Code civil pose en son alinéa deux le principe selon lequel « les fruits et les revenus des biens indivis accroissent à l'indivision ». Il existe une exception en cas « de partage provisionnel ou de tout autre accord établissant la jouissance divisée » : les propriétaires indivis peuvent alors chacun recevoir leur quote-part de fruits et revenus. Ladite exception est-elle applicable aux dividendes ? L'alinéa quatre du même article donne à chaque indivisaire un droit aux bénéfices provenant des biens indivis proportionnellement à ses droits dans l'indivision. On considère pourtant que le principe d'indivisibilité des actions s'y oppose<sup>457</sup>. Seul le représentant de l'indivision peut exercer le droit aux bénéfices au nom et pour le compte de l'indivision. On observe de nouveau que les dispositions du droit commun de l'indivision, qui peuvent s'appliquer aux époux, doivent composer avec les principes du droit spécial de l'indivision propres aux droits sociaux. Ainsi, chaque indivisaire ne pourra recevoir sa quote-part de bénéfices en vertu de l'article 815-10, alinéa quatre, qu'après la distribution des dividendes à l'indivision<sup>458</sup>. Il en va de même concernant les réserves, les primes d'émission et le *boni* de liquidation. Dès leur distribution, chacun des indivisaires acquiert le droit de recevoir sa quote-part.

## 2 - La cession des droits sociaux indivis

**112.** L'associé a en principe le droit de céder ses droits sociaux. Cependant, le droit de préemption des coindivisaires apporte une importante restriction à la libre cessibilité des actions. L'associé indivisaire est « indivisaire avant d'être associé »<sup>459</sup>. Le droit de préemption permet au coindivisaire de s'opposer à l'entrée d'un tiers à l'indivision dans la société. Le Professeur Jean-Baptiste Donnier observe ainsi qu' « une technique propre au statut de l'indivision [...] s'impose à la société et a des conséquences directes sur la vie de la personne morale »<sup>460</sup>. Par ailleurs, lorsqu'un époux cède seulement une partie de ses droits dans l'indivision, et que son conjoint exerce son droit de préemption, il peut se retrouver

---

<sup>457</sup> V. R. BESNARD GOUDET, J.-Cl. Banque – Crédit – Bourse, *Actions indivises et actions démembrées*, fasc. précit., n° 17.

<sup>458</sup> *Ibid.*

<sup>459</sup> H. FABRE et S. SCHILLER, « L'indivision des droits sociaux », *op. cit.*, n° 6.

<sup>460</sup> J.-B. DONNIER, « L'associé indivis », *op. cit.*, n° 9.

propriétaire des deux tiers des droits indivis<sup>461</sup>. De cette façon, il a le pouvoir d'effectuer seul les actes d'administration conformément à l'article 815-2 du Code civil. En plus de « modifier l'équilibre interne de l'indivision », il peut alors « peser également sur le fonctionnement de la société »<sup>462</sup>. Le droit de l'indivision a donc un impact certain sur le fonctionnement social.

Toutefois, l'agrément peut parfois permettre à la société de faire obstacle à ce que l'époux ayant exercé le droit de préemption augmente ses droits dans l'indivision. En effet, les cessions entre associés peuvent en principe être soumises à l'agrément par des dispositions légales<sup>463</sup>, ou y sont soumises par les statuts<sup>464</sup>. Il offre ainsi un moyen de limiter les conséquences de l'application du droit commun de l'indivision et d'éviter une perturbation excessive du fonctionnement social. Il faut à présent voir de quelle façon certaines règles communes à tous les régimes s'appliquent à l'entreprise.

## **§2 - Des règles communes à tous les régimes : le régime primaire impératif**

**113.** En énonçant que « chacun des époux administre, oblige et aliène seul ses biens personnels », l'article 225 du Code civil confère aux époux toute indépendance dans la gestion des biens propres et des biens personnels. Chaque époux détient sur ces biens un pouvoir exclusif. Il peut par exemple librement apporter un de ces biens à une société. Certaines dispositions renforcent le principe de la gestion exclusive des biens propres ou personnels. D'autres viennent au contraire poser des exceptions à celle-ci. Nous nous pencherons d'abord sur la présomption de pouvoir qui bénéficie à chacun des époux en matière mobilière et qui est applicable aux titres sociaux (A). En assurant la sécurité des tiers contractants et en leur évitant toute vérification quant aux pouvoirs des époux, on renforce l'indépendance de ceux-ci. À l'inverse, une règle retire de l'indépendance aux époux : il s'agit de l'incapacité pour un époux de disposer seul des droits par lesquels est assuré le logement de la famille (B).

---

<sup>461</sup> *Id.*, n° 10.

<sup>462</sup> *Ibid.*

<sup>463</sup> Société civile, art. 1861 C. civ. ; SNC, art. L. 221-13 C. com. ; SCS, art. L. 222-8 C. com.

<sup>464</sup> SARL, art. L. 223-16 C. com. ; SAS, L. 227-14 C. com. ; sociétés par actions, 228-23 C. com.

## A – La présomption de pouvoir en matière mobilière

**114.** L'article 222 du Code civil prévoit en son premier alinéa 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 ». La présomption de pouvoir mobilière concerne les biens personnels sous le régime de la séparation et les biens propres sous les régimes communautaires. Elle joue surtout un rôle important pour les biens communs, concernant les époux mariés sous les régimes communautaires. Elle permet de traduire en pratique l'indépendance des époux conférée à l'article 1421 du Code civil. Cette présomption s'applique sans aucun doute aux biens mobiliers corporels de l'entreprise individuelle.

En revanche, l'applicabilité de l'article 222 du Code civil aux titres sociaux a suscité certaines interrogations. La condition relative à la détention, qui évoque une « emprise corporelle »<sup>465</sup> renvoie de prime abord aux biens corporels. Les titres au porteur étaient considérés comme faisant partie de ces derniers, car le droit d'associé était incorporé dans le titre. Cependant, on a pu se demander si la présomption de pouvoir pouvait jouer concernant les titres nominatifs, biens meubles incorporels. On sait que les valeurs mobilières, qui sont dématérialisées depuis la loi du 30 décembre 1981, font l'objet d'une inscription en compte. Les titres nominatifs comme les titres au porteur sont concernés. Faut-il voir dans cette inscription en compte une forme de détention ? Afin de répondre à cette question, il peut être utile de se référer brièvement à la solution apportée au problème concernant l'applicabilité de l'article 2276 du Code civil aux valeurs mobilières. Le premier alinéa dudit article pose la règle selon laquelle « en fait de meubles, la possession vaut titre ». La possession suppose deux éléments : d'une part l'*animus*, « l'intention de se comporter en maître de la chose »<sup>466</sup>, et d'autre part le *corpus*, « la maîtrise matérielle de la chose »<sup>467</sup>. Or,

---

<sup>465</sup> Fr. TERRE ET PH. SIMLER, *Régimes matrimoniaux et statut patrimonial des couples non mariés*, *op. cit.*, n° 91.

<sup>466</sup> W. DROSS, J.-Cl. Civil Code, Art. 2276 et 2277, *Prescription et possession*, Fasc. unique, *Prescription des choses mobilières*, n° 99.

<sup>467</sup> *Ibid.*

le corpus est exclu en matière de biens incorporels<sup>468</sup>. Cependant, la tendance à l'abstraction croissante du droit des biens a conduit à adopter une conception plus souple de la possession. Ainsi, il faut admettre que la possession de biens incorporels est simplement liée à « l'exercice d'un droit indépendamment de sa titularité »<sup>469</sup>. La Cour de cassation a d'ailleurs appliqué l'article 2276 dans sa fonction probatoire<sup>470</sup> aux valeurs mobilières<sup>471</sup>. Si la possession de biens incorporels est possible, leur détention devrait également être admise.

De plus, plusieurs arguments ont été avancés en faveur de l'application de la présomption mobilière aux valeurs mobilières. Tout d'abord, une gestion cohérente impose de traiter les titres aux porteurs comme les titres nominatifs. Avant la dématérialisation, refuser d'appliquer l'article 222 du Code civil aux titres nominatifs revenait à donner à l'époux moins de pouvoirs sur des biens immatriculés à son nom qu'à des titres aux porteurs<sup>472</sup>. D'autres arguments de nature textuels ont été invoqués : l'article 222 mentionne seulement un « bien meuble » et non un « meuble corporel »<sup>473</sup>. Dès lors, il apparaît inopportun d'ajouter une restriction non imposée par le texte. En outre, lors des travaux d'élaboration de la loi de 1965, l'exigence que le bien soit détenu « corporellement » a été remplacée par la condition que le bien soit détenu « individuellement »<sup>474</sup>. Les valeurs mobilières ne sont donc pas exclues par la lettre du texte. Enfin, concernant l'esprit du texte, tant l'indépendance des époux que la libre circulation des valeurs mobilières militent en faveur de l'application de la présomption mobilière.

Pour des raisons de vocabulaire, on a pu douter que ladite présomption soit applicable aux valeurs mobilières ; pourtant il est apparu que le législateur n'a pas souhaité les exclure.

---

<sup>468</sup> De plus, la publicité légale dont font fréquemment l'objet les meubles incorporels évite le recours à la possession.

<sup>469</sup> W. DROSS, J.-Cl. Civil Code, Art. 2276 et 2277, *Prescription et possession*, fasc. précit., n° 102.

<sup>470</sup> Concernant la fonction acquisitive de l'art. 2276 C. civ., elle a été transposée aux titres financiers par l'art. L. 211-16 CMF issu de l'ordonnance n° 2009-15 du 8 janvier 2009.

<sup>471</sup> Cass. com., 10 juin 1997, *Bull. com.* 1997, IV n° 186 ; D. 1999, jurispr. p. 89, note H. CAUSSE ; *Bull. Joly* 1997, § 311, p. 858, obs. J.-J. DAIGRE ; *Dr. sociétés* 1997, p. 134, obs. H. HOVASSE. – Cass. com., 5 mai 2009, *Bull. civ.* 2009, IV, n° 66 ; *Rev. sociétés* 2009, p. 580, note M. DUBERTRET ; *Dr. sociétés* n° 7, juill. 2009, comm. 137, H. HOVASSE.

<sup>472</sup> V. la réponse des ministres de la justice et des finances adressée à l'Association nationale des sociétés par actions : *Banque* 1966, p. 399.

<sup>473</sup> Fr. TERRE ET PH. SIMLER, *Régimes matrimoniaux et statut patrimonial des couples non mariés*, op. cit., n° 91.

<sup>474</sup> *Ibid.*

De surcroît, la nature même des valeurs mobilières amène logiquement à leur appliquer l'article 222 du Code civil. Cette règle générale aux régimes matrimoniaux, édictée dans l'intérêt individuel de chacun des époux afin de garantir leur indépendance, va également dans le sens de l'intérêt de l'entreprise. Il convient ensuite d'étudier comment une autre règle des régimes matrimoniaux, celle qui protège le logement familial, s'applique dans le cadre de l'entreprise.

## **B - La protection du logement de la famille**

**115.** Ce n'est plus l'intérêt individuel de chacun des époux qui est visé, mais l'intérêt supérieur du ménage. Avec l'article 215, alinéa trois, du Code civil, le législateur instaure une cogestion relative aux droits par lesquels est assuré le logement de la famille. Il s'agit d'une « cogestion à titre principal »<sup>475</sup>. Une autre disposition assure la protection du logement familial : l'article 1751, alinéa premier, du Code civil énonce que « le droit au bail du local, sans caractère professionnel ou commercial, qui sert effectivement à l'habitation des deux époux est, quel que soit leur régime matrimonial et nonobstant toute convention contraire, et même si le bail a été conclu avant le mariage, réputé appartenir à l'un et à l'autre des époux ». La « cotitularité forcée du bail » donne lieu à une « cogestion par voie de conséquence »<sup>476</sup>. Les résultats des articles 215 et 1751 du Code civil sont les mêmes, cependant les mécanismes juridiques permettant de les atteindre sont très différents. La protection conférée par l'article 1751 ne sera pas développée, car elle ne concerne que le local sans caractère professionnel ou commercial. Or, nous nous intéressons précisément à l'immixtion de la protection du logement familial dans l'entreprise. Nous verrons le domaine de l'article 215, alinéa trois, du Code civil (I), avant de nous pencher sur les biens et les actes auxquels ledit article n'est pas applicable (II).

---

<sup>475</sup> M. GRIMALDI, « Les limites de la protection du logement familial », in *Colloque LERADP, Univ. Lille II, Indépendance financière et communauté de vie*, 1989, LGDJ, p. 7.

<sup>476</sup> *Ibid.*

## I – Les biens et les actes visés par la protection

**116.** Conformément à l'article 215, alinéa trois, « les époux ne peuvent l'un sans l'autre disposer des droits par lesquels est assuré le logement de la famille, ni des meubles meublants dont il est garni ». Ces droits peuvent être de différentes natures : de nature réelle, d'une part comme un droit de propriété ou un droit d'usufruit, ou de nature personnelle, d'autre part comme un droit d'habitation, un droit au bail, ou encore un droit au maintien dans les lieux<sup>477</sup>. La jurisprudence procède à une appréciation concrète afin de décider si l'acte doit ou non entrer dans le champ d'application de la protection du logement familial : il faut se demander si l'acte prive ou risque de priver la famille de ce logement. Par ailleurs, la protection du logement familial, en tant que dispositif du régime primaire, est applicable quel que soit le régime matrimonial des époux. En présence d'un bien commun ou indivis, l'article 215 du Code civil ne crée pas de bouleversement dans le fonctionnement du régime de communauté légale ni dans celui de la séparation de biens<sup>478</sup>. En vertu respectivement des articles 1424 et 815-3 du Code civil, un époux ne peut disposer seul d'un bien dont il n'a pas la propriété exclusive. En revanche, la protection du logement de la famille met au ban les règles de libre disposition d'un bien propre en régime de communauté légale et d'un bien personnel en régime de séparation. Les articles 1428 et 1536 du Code civil sont mis de côté. La propriété et le pouvoir sont alors déconnectés, car un époux propriétaire exclusif d'un bien perd pourtant l'*abusus* en principe inhérent à son droit de propriété.

Le local mixte, utilisé à la fois comme résidence principale et à des fins professionnelles, tombe sous la protection de l'article 215. On a ici une des hypothèses dans lesquelles la protection du logement familial intervient dans l'entreprise ; toutefois il en existe d'autres, qui méritent qu'on s'y intéresse. Sont seulement concernées les aliénations volontaires du logement de la famille, à l'exclusion des aliénations forcées (a). L'apport à une société du bien abritant le logement familial (b), la cession des droits sociaux qui assurent ce dernier (c), ainsi que la cession par la société du bien abritant le logement de la famille (d) sont autant d'opérations qui requièrent le consentement du conjoint.

---

<sup>477</sup> A. KARM, J.-Cl. Civil Code, Art. 212 à 215, *Mariage*, Fasc. 30, *Organisation de la communauté conjugale et familiale – Communauté de résidence (art 215, al. 2 et 3)*, n° 42.

<sup>478</sup> M. LAMARCHE et J.-J. LEMOULAND, Rép. civ. Dalloz, *Mariage : effets*, n° 222. Cependant, sur la conciliation entre le droit de l'indivision et la protection du logement de la famille, v. *infra* § n° 118.

## a – Les aliénations volontaires du logement de la famille

**117.** L'article 215, alinéa trois, du Code civil n'impose de recueillir le consentement du conjoint que pour les aliénations volontaires. Les aliénations forcées ne sont pas concernées. Aussi a-t-on pu écrire que « engager son patrimoine par ses dettes n'est pas la même chose que disposer de ses biens »<sup>479</sup>. La protection accordée au logement de la famille sur le fondement de l'article 215 ne rend pas le bien insaisissable vis-à-vis des créanciers<sup>480</sup>. Elle n'a pour but que de soustraire le sort de ce logement à la volonté d'un seul époux. Pourtant, la distinction entre aliénation volontaire et aliénation forcée peut apparaître moins évidente dans certains contextes, notamment celui des procédures collectives : si le bien constituant le logement familial est vendu afin de régler les dettes de l'entreprise, faut-il recueillir le consentement du conjoint ? Il existe deux cas de figure. Dans le premier, l'époux débiteur est dessaisi de ses pouvoirs d'administration et de disposition au profit de l'administrateur, qui décide de la vente du bien. L'aliénation est donc forcée<sup>481</sup> et le consentement du conjoint n'a pas été recueilli. Cette hypothèse se rencontre d'une part en liquidation judiciaire<sup>482</sup> et d'autre part en redressement judiciaire lorsque l'administrateur a une mission de représentation<sup>483</sup>. La qualification de vente forcée attachée à la vente par enchères publiques n'apparaît pas surprenante. Pourtant, il semble plus étonnant que la vente par adjudication amiable ou celle de gré à gré soit forcée. Juridiquement, il s'agit bien d'une vente forcée, quelle que soit sa qualification<sup>484</sup>. À l'inverse, dans le second cas de figure, l'époux conserve l'initiative de la vente. La première hypothèse est celle de la sauvegarde judiciaire<sup>485</sup>, la seconde celle du redressement pendant la période d'observation lorsque l'administrateur a seulement une mission d'assistance<sup>486</sup>, et pendant le plan de

---

<sup>479</sup> Fr. TERRE ET PH. SIMLER, *Régimes matrimoniaux et statut patrimonial des couples non mariés*, *op. cit.*, n° 54.

<sup>480</sup> V. *infra* § n° 122.

<sup>481</sup> A. KARM, J.-Cl. Civil Code, Art. 212 à 215, *Mariage*, fasc. précit., n° 56.

<sup>482</sup> Art. L. 641-9 I C. com.

<sup>483</sup> Art. L. 631-12, al. 2, C. com.

<sup>484</sup> L. ANTONINI-COCHIN, « “Pour le meilleur et pour le pire...” ou les droits du conjoint du débiteur soumis à une procédure collective », *JCP G* n° 21, 2010, doctr. 584, n° 11.

<sup>485</sup> Art. L. 622-1 et L. 622-3 C. com.

<sup>486</sup> Art. L. 631-12, al. 2, C. com.

redressement<sup>487</sup>. Il faut alors considérer que l'aliénation est volontaire et le consentement du conjoint, une nécessité<sup>488</sup>.

On peut se demander si cette distinction entre les aliénations volontaires et forcées n'apparaît pas quelque peu artificielle dans la mesure où on se trouve dans tous les cas dans le cadre de procédures collectives. Elles ont notamment comme finalité le règlement des créanciers et l'époux débiteur n'a certainement pas choisi de connaître des difficultés justifiant une telle procédure. Ainsi, même lorsque l'aliénation est qualifiée de volontaire, la marge de manœuvre de l'époux semble assez réduite. Toutefois, cette qualification a le mérite de soumettre l'aliénation au consentement du conjoint, ce qui permet d'éviter que l'époux débiteur profite de la procédure collective alliée à l'absence de dessaisissement pour échapper à la protection assurée par l'article 215, troisième alinéa.

**118.** De plus, la Cour de cassation a dû concilier la protection du logement de la famille avec le droit de l'indivision. En vertu de l'article 815 du Code civil, tout indivisaire peut demander le partage de façon discrétionnaire<sup>489</sup>. Les créanciers ont le droit de provoquer le partage au nom de leur débiteur, conformément à l'article 815-17 du même code. Ils exercent alors des droits qui leur sont propres. Mais ils peuvent également agir en lieu et place du débiteur en exerçant ses droits et actions, sur le fondement de l'article 815. La protection du logement de la famille fait-elle obstacle à la demande en partage ? La Cour de cassation a décidé dans un arrêt du 3 avril 2019<sup>490</sup> que l'article 215, alinéa trois du Code civil « est applicable à une demande en partage d'un bien indivis. par lequel est assuré le logement de la famille fondée sur l'article 815 ». Le liquidateur, en l'espèce, ne pouvait donc pas obtenir le partage. Cette solution s'explique par le fondement de la demande : lorsque l'indivisaire demande le partage sur le fondement de l'article 815, cela donne lieu à une aliénation volontaire. Le consentement du conjoint peut alors y faire obstacle si les droits

---

<sup>487</sup> Après le jugement arrêtant le plan, le débiteur redevient maître de ses biens et peut librement en disposer, sauf disposition contraire du plan. V. notamment Cass. Com., 21 févr. 2006, *Bull.* IV, n° 46 : *JCP E* 2006, 1569, obs. M. CABRILLAC ; *JCP N* 2006, p. 2143, obs. F. VAUVILLE ; *LPA* 27 avr. 2006, note Ch. LEBEL ; *D.* 2006, p. 719, obs. A. LIENHARD ; *RTD com.* 2006, p. 482, obs. J.-L. VALLENS.

<sup>488</sup> A. KARM, J.-Cl. Civil Code, Art. 212 à 215, *Mariage*, fasc. précit., n° 56.

<sup>489</sup> V. *infra* § n° 214.

<sup>490</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 3 avr. 2019, *Bull.* à paraître, n° 18-15.177 : *LEDIU* 2019, n° 6, p. 5, note J. BAZAILLE ; *LEDEN* 2019, n° 5, p. 4, note P. RUBELLIN ; *LPA*, 2019, n° 196, p. 12, obs. C. RIEUBERNET ; *Gaz. Pal.*, 2019, n° 25, p. 75, obs. L. ANTONINI-COCHIN ; *Dr. famille*, 2019, n° 6, comm. 127, obs. S. TORRICELLI-CHIRIFI ; *JCP N*, 2019, n° 19, act. 406, obs. S. BERNARD ; *RTD Civ.*, 2019, p. 613, note W. DROSS.

sur le logement de la famille ne sont pas préservés<sup>491</sup>. Ainsi, lorsque le créancier exerce les droits du débiteur en ses lieu et place, il se heurte lui aussi à la protection du logement de la famille. En revanche, on peut penser que la solution serait différente si le créancier avait voulu provoquer le partage sur le fondement de l'article 815-17 du Code civil<sup>492</sup>. Dans ce cas, l'action donnerait lieu à une aliénation forcée, qui n'est pas couverte par la protection.

### **b – L'apport à une société du bien constituant le logement de la famille**

**119.** Les actes de disposition sont visés par la protection instituée par l'article 215, alinéa trois, du Code civil et ceux-ci sont entendus largement. L'apport du bien qui constitue le logement de la famille à une société entre donc en principe dans le champ d'application de ladite protection<sup>493</sup>. Cependant, certains actes de disposition échappent au domaine de l'article 215, parce que la famille conserve le droit d'usage du bien. La vente du logement par l'époux propriétaire, par exemple, ne nécessite pas le consentement du conjoint lorsqu'elle est accompagnée d'une réserve d'usufruit au profit du conjoint survivant<sup>494</sup>. En revanche, la Cour de cassation a décidé en 1992<sup>495</sup> que l'article 215 est applicable lorsque la réserve d'usufruit bénéficie au seul époux vendeur. Cependant cette solution était principalement justifiée par le caractère frauduleux de l'opération réalisée. Dans un arrêt du 22 mai 2019<sup>496</sup>, la Cour a jugé que cette disposition « qui procède de l'obligation de communauté de vie des époux ne protège le logement familial que pendant le mariage ». Elle en a déduit que l'un des époux pouvait faire donation de la nue-propiété d'un bien

---

<sup>491</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 19 oct. 2004, inédit : *D.* 2005, p. 209, note J.-J. LEMOULAND et D. VIGNEAU.

<sup>492</sup> P. RUBELLIN, « Précisions sur la demande en licitation de la résidence familiale indivise », *LEDEN* 2019, n° 5, p. 4, note ss Cass. 1<sup>re</sup> civ., 3 avr. 2019, *LEDEN* 2019, n° 5, p. 4 ; J. BAZAILLE, « La protection du logement familial face à une procédure de vente forcée », note ss le même arrêt, *LEDIU* 2019, n°6, p. 5.

<sup>493</sup> *Id.* n° 42.

<sup>494</sup> TGI Paris, 16 déc. 1970 : *D.* 1971, somm. 61, *Gaz. Pal.* 1971, 1, 115.

<sup>495</sup> Cass 1<sup>re</sup> civ., 16 juin 1992, *Bull. civ.* I, n° 185 ; *JCP N* 1993. II. 111, obs. G. WIEDERKEHR ; *Defrénois* 1992, art. 35349, note G. CHAMPENOIS ; *RTD civ.* 1993. 636, obs. F. LUCET et B. VAREILLE.

<sup>496</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 22 mai 2019, *Bull.* à paraître, n° 18-16.666 : *D.*, 2019, 1643, note E. ROUSSEAU ; *AJ fam.* 2019, 413, obs. N. LEVILLAIN ; *Defrénois* 2019, n° 40 p. 27, note M. SOULIE ; *Dr. famille* 2019, comm. 178, obs. S. TORRICELLI-CHRIFI ; *JCP G* 2019, n° 27, p. 730, obs. N. KILGUS ; *LEDIU*, n° 7, p. 5 S. LAMBERT ; *LEFP* 2019, n° 7, p. 4, obs. L. MAUGER-VIELPEAU ; *RTD civ.* 2019, p. 641, obs. B. VAREILLE.

immobilier propre qui constituait le logement de la famille en stipulant une réserve d'usufruit à son seul profit. Quant à la réserve d'un simple droit au bail, elle n'offrirait pas au conjoint une sécurité suffisante<sup>497</sup>. Quelle solution faut-il adopter dans l'hypothèse où l'attribution des parts dans une SCI permet l'occupation du bien ? L'apport du bien abritant le logement de la famille serait-il alors dispensé de l'accord du conjoint ? Il faudrait répondre négativement<sup>498</sup>, peut-être parce que le droit d'usage attribué par les parts est plus précaire que celui conféré par l'usufruit. La société pourrait être mise en liquidation judiciaire, par exemple, et le droit d'usage disparaîtrait.

### **c – La cession des droits sociaux assurant le logement de la famille**

**120.** La protection de l'article 215, alinéa trois, du Code civil recouvre l'hypothèse dans laquelle l'époux associé souhaite vendre les parts ou actions dont il est propriétaire lorsque la société met à la disposition des époux un logement qui lui appartient. L'application de cet article est subordonnée à l'autorisation, reçue par au moins l'un des époux, d'occuper le bien « en raison d'un droit d'associé ou d'une décision prise à l'unanimité de ceux-ci, dans les conditions prévues aux articles 1853 et 1854 du Code civil »<sup>499</sup>. Il peut s'agir notamment d'un bail, d'un droit d'habitation ou d'une convention de mise à disposition par la société au profit de ses associés<sup>500</sup>. Cette solution se révèle conforme à la lettre de l'article 215, alinéa trois, qui vise les « droits par lesquels est assuré le logement de la famille ». En l'absence d'un titre permettant d'occuper le bien, ces droits ne sont pas détenus par les époux<sup>501</sup>. La protection du logement familial fait irruption dans l'entreprise en bridant un droit patrimonial de l'associé : celui de céder ses droits sociaux.

---

<sup>497</sup> En ce sens, Cass. 1<sup>re</sup> civ., 16 mai 2000, *Bull. civ. I*, n° 144 : *Defrénois* 2001, 460 obs. G. CHAMPENOIS, *RTD civ.* 2001, 416, obs. B. VAREILLE.

<sup>498</sup> Fr. TERRE et Ph. SIMLER, *Les régimes matrimoniaux*, 7<sup>e</sup> éd., Dalloz, coll. Précis, 2015, n° 67.

<sup>499</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 14 mars 2018, *Bull.*, I, n° 48 : *JCP G* 2018. Doctr. 554, n° 2 obs. G. WIEDERKEHR ; *Defrénois* 2018, n° 40, p. 31, obs. G. CHAMPENOIS ; *BJS* 2018, n° 118q2, p. 342, obs. N. PETERKA ; *Dr. famille* 2018, comm. 147, obs. C. BERTHIER ; *Dr. famille* 2018, comm. 152, S. TORRICELLI-CHRIFI ; *Gaz. Pal.*, 2018, n° 29, p. 52, obs. O. VERGARA ; *Rev. sociétés*, 2019, p. 59, obs. E. NAUDIN ; *RTD civ.* 2018, p. 469, obs. B. VAREILLE.

<sup>500</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 14 mars 2018, *Bull.*, I, n° 48, précit.

<sup>501</sup> O. VERGARA, « Quand le logement de la famille est détenu par une SCI... », *Gaz. Pal.*, 2018, n° 29, p. 52.

Certes l'article 1424 du Code civil réduit déjà la liberté de l'époux associé sous le régime de la communauté concernant les droits sociaux non négociables dépendant de la communauté ; néanmoins il a un champ d'application étroit dans la mesure où il ne concerne pas les droits sociaux non négociables lorsqu'ils sont propres, ni les droits sociaux négociables, ni, plus largement, le régime de la séparation de biens ou de la participation aux acquêts. L'article 215, alinéa trois, du Code civil a bien entendu un domaine beaucoup plus large en ce qu'il fait partie du régime primaire impératif et ne distingue pas selon la nature négociable ou non des droits sociaux en cause, ni selon leur qualification au regard du régime matrimonial. Toutefois l'application de cet article aux parts et aux actions est rare, car l'occupation du logement résulte fréquemment d'un accord implicite des associés<sup>502</sup>, excluant par là même la protection du logement de la famille. Il reste que cette protection contribue à réduire la liberté de cession des droits sociaux, liberté déjà réduite par l'article 1424 du Code civil. Dès lors que la société intervient formellement dans le mode de vie des époux, le conjoint obtient le droit de s'opposer au bouleversement que créerait le changement de relation entre l'époux associé et la société. En acceptant de bénéficier d'un logement proposé par la société, l'époux ne se doute probablement pas des conséquences sur l'*abusus* de ses droits sociaux. Lorsque la société est propriétaire du bien qui abrite le logement de la famille, la cession de ce bien peut également bénéficier de la protection de l'article 215, alinéa trois.

#### **d – La cession par la société du bien abritant le logement de la famille**

**121.** La société a un patrimoine distinct de celui de ses associés. Selon le principe de la personnalité morale, la société devrait seule décider de la gestion de ses biens, au travers de son représentant. Dans l'arrêt du 11 mars 1986<sup>503</sup>, la Cour de cassation a dû se prononcer sur cette question. En l'espèce, une SA avait conféré à son actionnaire majoritaire et unique dirigeant un droit à la jouissance d'un appartement, qui servait de logement familial. Le dirigeant avait pris l'initiative que la société vende le local. La première chambre civile a

---

<sup>502</sup> E. NAUDIN, « La protection du logement familial détenu par une société civile immobilière », *Rev. sociétés*, 2019, p. 59, n° 10.

<sup>503</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 11 mars 1986, *Bull. civ.* 1986, I, n° 62, précit.

approuvé les juges du fond d'avoir constaté, à titre principal, qu'en raison du caractère fictif de la société, l'appartement avait en réalité été acquis par le mari, du chef duquel il était entré en communauté. Ils ont pu à raison en déduire que la validité de la vente de cet appartement par le mari était subordonnée au consentement de sa femme. Ici l'époux ne disposait pas directement d'un bien qui aurait fait partie de son patrimoine. En faisant vendre à la société le bien dont elle était propriétaire, il exerçait seulement ses prérogatives d'associé ou de dirigeant<sup>504</sup>.

Néanmoins, le caractère fictif de la société a conduit les juges du fond, puis la Cour de cassation, à considérer que l'époux avait lui-même disposé directement de l'appartement abritant le logement de la famille. Ce raisonnement ne peut qu'être approuvé : la protection de l'article 215, alinéa trois, du Code civil ne doit pas être écartée par un « "montage juridique" parfaitement artificiel »<sup>505</sup>. Il ne faudrait pas que l'époux puisse trop facilement créer une société fictive et échapper ainsi à la contrainte posée par l'article. De surcroît, permettre de contourner une règle du régime primaire impératif, édictée dans l'intérêt des époux, en dévoyant les principes du droit des sociétés desservirait ce droit. Concernant les effets vis-à-vis du tiers acquéreur du bien, si ce tiers a connaissance de la fictivité de la société, l'acte d'aliénation encourt la nullité<sup>506</sup>. La situation peut être plus complexe lorsque la société n'est pas fictive. Dans ce cas, le problème de la conciliation entre le régime primaire et le droit des sociétés se pose.

Dans le même arrêt du 11 mars 1986, pour retenir que la vente de l'appartement devait recueillir le consentement de l'épouse, les juges du fond avaient constaté à titre subsidiaire, qu'à supposer écartée la fictivité de la société, l'épouse avait « reçu de son mari l'autorisation expresse d'occuper avec les enfants l'appartement en vertu d'un droit d'associé conférant à celui-ci la jouissance des locaux ». La Cour de cassation n'a pas censuré ce deuxième raisonnement, qui a davantage surpris la doctrine que le premier sur la fictivité de la société. En utilisant ses prérogatives d'associé, le mari avait permis à son épouse de jouir de l'appartement, qui était ainsi devenu le logement de la famille. Par la suite, il a utilisé ces mêmes prérogatives pour mettre fin à l'occupation en faisant vendre le bien par la société.

---

<sup>504</sup> G. CHAMPENOIS, note ss Cass. 1<sup>re</sup> civ., 11 mars 1986 : *Defrénois* 1986, art. 33808, n° 97, p. 1259.

<sup>505</sup> *Ibid.*

<sup>506</sup> *Ibid.*

La Cour de cassation a pu voir là un acte de disposition sur le droit qui lui avait permis d'assurer le logement de sa famille<sup>507</sup>. L'article 215, alinéa trois, devait donc s'appliquer.

Dans un arrêt du 14 mars 2018<sup>508</sup>, la Cour de cassation a confirmé cette solution. La répartition des parts sociales de la SCI entre les deux époux, seuls associés, apparaissait inégale, puisque le mari était propriétaire de quatre-vingt-dix-neuf parts, tandis que l'épouse n'en possédait qu'une. Pour autant, la société n'a pas été jugée fictive. La Cour a décidé que lorsque le logement de la famille appartient à une société dont l'un des époux au moins est associé, l'article 215, alinéa trois, du Code civil, ne s'applique que si l'un des époux est autorisé à occuper le bien en raison d'un droit d'associé ou d'une décision prise à l'unanimité des associés<sup>509</sup>. En l'espèce, comme ce n'était pas le cas, le conjoint ne pouvait se prévaloir de la protection de cet article s'agissant de la vente de l'immeuble par la société. Par conséquent, en l'absence de fictivité de la société, il convient de distinguer deux cas de figure : soit l'un des époux a été autorisé à occuper le bien en raison d'un droit d'associé ou d'une décision unanime des associés, dans ce cas la société devrait recueillir le consentement du conjoint pour vendre le bien ; soit les époux sont seulement occupants de fait, dans ce cas aucune protection n'est accordée. Lorsque le consentement du conjoint n'a pas été recueilli conformément à l'article 215 du Code civil, l'acte peut être annulé lorsque la parfaite connaissance du tiers que le bien abritait le logement de la famille est établie<sup>510</sup>.

La distinction effectuée selon que la mise à disposition du bien a été formalisée ou non a été critiquée, car l'« application des dispositions impératives de l'article 215 se trouve en définitive subordonnée à la volonté des associés, et ce, même si seuls les deux époux sont associés »<sup>511</sup>. Cette distinction pourrait permettre à l'un des époux de faire facilement échapper le logement de la famille à la protection. Selon le Doyen Vareille<sup>512</sup>, il suffit justement qu'un époux séparé de biens crée une SCI avec son conjoint, tout en étant majoritaire. Après avoir fait acquérir l'immeuble par la société, l'époux peut en disposer comme il l'entend au nom et pour le compte de la société et le tiers acquéreur est protégé.

---

<sup>507</sup> *Ibid.*

<sup>508</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 14 mars 2018, *Bull. 2018, I, n° 48*, précit.

<sup>509</sup> Dans les conditions prévues aux art. 1853 et 1854 du C. civ.

<sup>510</sup> G. CHAMPENOIS, note ss Cass. Cass. 1<sup>re</sup> civ., 11 mars 1986, *op. précit.*

<sup>511</sup> O. VERGARA, « Quand le logement de la famille est détenu par une SCI », *op. cit.*

<sup>512</sup> B. VAREILLE, « La société civile immobilière chasse l'article 215, alinéa 3 », *RTD civ.* 2018, p. 469.

Le seul moyen pour le conjoint d'obtenir la nullité de la vente serait, pour le Doyen Vareille, de prouver que la société était fictive et que le tiers en avait connaissance. Or, la SCI peut être efficacement utilisée pour protéger les biens immobiliers dits « personnels »<sup>513</sup> des poursuites des créanciers professionnels<sup>514</sup>. Ainsi, lorsque l'un des époux est chef d'entreprise et que le bien abritant le logement de la famille a été acquis par une SCI, il semble difficile de prouver que l'opération a eu pour seul but d'échapper aux dispositions protectrices du logement de la famille. Le conjoint aurait sûrement du mal à prouver la fictivité de la société lorsque sa création se justifie notamment par des raisons de protection patrimoniale.

De plus, le Professeur Gérard Champenois considère que l'exigence de consentement du conjoint pour que la société puisse vendre l'immeuble est une ingérence manifeste du conjoint dans la gestion sociale. Il avance l'argument qu'au regard de l'évolution de la société, il sera peut-être dans son intérêt de vendre l'immeuble<sup>515</sup>. Pour un autre auteur<sup>516</sup>, « la société est [...] un tiers – même si l'un des conjoints en est associé – et ne devrait pas avoir à se soucier du consentement de l'un ou l'autre des époux pour disposer de ses droits sur le logement ». On peut également ajouter à cela que la situation personnelle d'homme ou de femme marié(e) du dirigeant ne devrait pas intervenir dans le fonctionnement social. Pour autant, écarter totalement l'application de l'article 215, alinéa trois, du Code civil au sein de la société ne paraît pas souhaitable. Il faut concilier au mieux les dispositions du régime primaire impératif et le droit des sociétés.

La solution consistant à distinguer selon que la mise à disposition du bien a été formalisée ou non y contribue. L'article 215 ne visant que les « droits par lesquels est assuré le logement de la famille », cette solution repose sur une interprétation stricte de ces dispositions. Certes, elle semble détonner quelque peu par rapport à la jurisprudence qui a eu tendance à adopter une interprétation extensive<sup>517</sup> des dispositions protectrices du

---

<sup>513</sup> Les biens « personnels » désignent ici les « biens privés » par opposition aux biens professionnels.

<sup>514</sup> V. *infra* § n° 336 et s.

<sup>515</sup> G. CHAMPENOIS, note ss Cass. Cass. 1<sup>re</sup> civ., 11 mars 1986, *op. précit.*

<sup>516</sup> E. MULON, « Logement et famille », *Gaz. Pal.*, 2010, n° 142, p. 8, n° 23.

<sup>517</sup> La Cour de cassation a soumis à l'art. 215, al. 3, C. civ. la résiliation du contrat d'assurance garantissant le logement familial, v. arrêt Cass. 2<sup>e</sup> civ., 10 mars 2004, *Bull. civ.* II, n° 100 : *D.* 2004, somm. 2257, obs. V. BRÉMOND ; *D.* 2004, somm. 2963, obs. J.-J. LEMOULAND ; *JCP G* 2004, I 176, n° 3, obs. G. WIEDERKHER ; *Defrénois* 2004, p. 1462, obs. G. CHAMPENOIS ; *Dr. fam.* 2004, n° 64, note

logement de la famille, pour assurer une protection maximale aux époux et éviter notamment qu'ils puissent facilement y échapper. Mais peut-être cette retenue de la part de la Cour de cassation est-elle imputable à la volonté de ne pas perturber le fonctionnement social plus que ce qui est strictement nécessaire. Si le refus du conjoint n'était pas justifié par l'intérêt de la famille, l'époux pourrait d'ailleurs recourir à l'article 217 du Code civil pour se faire autoriser en justice à passer seul l'acte<sup>518</sup>.

Quant à la sanction du non-respect de l'article 215, alinéa trois, il s'agit de la nullité relative : seul peut s'en prévaloir le conjoint dont le consentement n'a pas été recueilli. Le délai pour agir est d'un an à partir du jour où le conjoint a eu connaissance de l'acte, sans pouvoir jamais excéder un an après que le régime matrimonial s'est dissout. L'action sur le fondement de l'article 1427, alinéa premier, du Code civil doit être exercée dans les deux ans lorsque le logement de la famille est un bien commun<sup>519</sup>. Il nous faut à présent voir plus amplement les biens et actes qui ne bénéficient pas de la protection du logement familial.

## II – Les biens et les actes échappant à la protection

**122.** Le bien abritant le logement de la famille reste saisissable par les créanciers. Le conjoint n'a pas à donner son consentement pour les aliénations forcées. En cas de saisie immobilière, les biens peuvent être vendus par adjudication<sup>520</sup> ; cependant le débiteur peut aussi solliciter du juge l'autorisation de vendre l'immeuble à l'amiable. Lorsque le juge autorise la vente amiable, il fixe un prix plancher eu égard aux conditions économiques du marché ainsi que, le cas échéant, les conditions particulières de la vente<sup>521</sup>. Dans ce cas, la vente est-elle volontaire et soumise par conséquent au consentement du conjoint ? Il faut répondre négativement : une vente à l'amiable n'est pas pour autant volontaire. Ici, la vente est forcée et l'article 215 ne s'applique pas<sup>522</sup>. De plus, depuis la loi du 6 août 2015<sup>523</sup>, la

---

V. LARRIBAU-TERNEYRE ; *RTD civ.* 2004, p. 270, obs. J. HAUSER ; *RTD civ.* 2004, p. 358, obs. B. VAREILLE.

<sup>518</sup> Concernant l'art. 217 C. civ., v. *infra* § n° 233 et s.

<sup>519</sup> J. FLOUR et G. CHAMPENOIS, *Les régimes matrimoniaux, op. cit.*, n° 130.

<sup>520</sup> Art. L. 322-1 C. proc. civ. ex.

<sup>521</sup> Art. R. 322-21, al. 1<sup>er</sup>, C. proc. civ. ex.

<sup>522</sup> A. KARM, J.-Cl. Civil Code, Art. 212 à 215, *Mariage*, fasc. précit., n° 56.

<sup>523</sup> Loi n° 2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques.

résidence principale de l'entrepreneur personne physique est insaisissable de plein droit par les créanciers professionnels, une déclaration n'étant plus nécessaire<sup>524</sup>. Lorsqu'une partie de la résidence principale est utilisée pour un usage professionnel, la partie non utilisée à cet usage est de droit insaisissable<sup>525</sup>. Ces dispositions devraient rendre un peu plus rares les saisies immobilières de la résidence principale, même si, bien entendu, les personnes exploitant sous la forme sociale ne bénéficient pas du dispositif.

Par ailleurs, les sociétés mettent parfois à la disposition de leurs dirigeants des logements de fonction. Si le dirigeant démissionne de ses fonctions, en cédant ses parts sociales par exemple, le logement lui est retiré. Doit-il donc obtenir l'accord de son conjoint afin de démissionner ou de céder ses parts lorsqu'elles sont propres ou personnelles ? Le principe de libre exercice d'une profession<sup>526</sup>, qui fait partie du régime primaire, s'y oppose. L'époux dirigeant pourra librement quitter ses fonctions, même si cela entraîne la perte de la disposition du bien qui abrite le logement de la famille. La jurisprudence a statué en ce sens<sup>527</sup>. Cette position a été saluée par le Professeur Gérard Champenois, qui souligne que « la solution contraire, celle qui assurerait la primauté de l'article 215, conduirait à faire intervenir une règle du régime matrimonial primaire dans un domaine qui n'est pas normalement le sien : celui de la vie des affaires, du fonctionnement d'une société »<sup>528</sup>. En revanche, l'époux ne pourrait, en l'absence de cessation de ses fonctions, renoncer seul au droit d'occuper le logement de fonction. Dans cette hypothèse particulière, la liberté professionnelle ne serait pas menacée et l'article 215, alinéa trois, devrait jouer<sup>529</sup>. Nous avons pu observer que cette disposition du régime primaire s'applique dans le cadre de l'entreprise individuelle, mais aussi, dans une certaine mesure, dans le cadre de la société, perturbant parfois le fonctionnement de l'entreprise. L'intérêt individuel d'un époux et l'intérêt de l'entreprise s'opposent à l'intérêt des époux. Après avoir analysé la façon dont certaines règles générales aux régimes matrimoniaux s'appliquent à la gestion des biens des

---

<sup>524</sup> V. *infra* § n° 360 et s.

<sup>525</sup> Art. L. 526-1, al. 1<sup>er</sup>, C. com.

<sup>526</sup> Art. 223 C. civ.

<sup>527</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 4 oct. 1983, *Bull. civ. I*, n° 217 ; *JCP N* 1985, p. 150, note Y. CHARTIER, *Defrénois*, 1983, art. 33180, p 1595 n° 132, obs. G. CHAMPENOIS.

<sup>528</sup> G. CHAMPENOIS, note ss Cass. Cass. 1<sup>re</sup> civ., 4 oct. 1983, *Defrénois*, 1983, art. 33180, p 1595 n° 132.

<sup>529</sup> V. en ce sens B. BEIGNIER, R. CABRILLAC, H. LECUYER et S. DUBOST (dir.), *Lamy Droit des régimes matrimoniaux, successions et libéralités*, Wolters Kluwer, coll. Lamy Droit civil, 2017, 105-25.

époux, il est utile de s'intéresser à l'application de ces règles s'agissant du droit de poursuite des créanciers professionnels.

## **Section 2 - Le droit de poursuite des créanciers professionnels**

**123.** Dans les régimes séparatistes, c'est-à-dire séparation de biens et participation aux acquêts, la question du droit de poursuite des créanciers soulève peu de difficultés, car les patrimoines des deux époux sont clairement séparés et le créancier ne peut agir que sur les biens de l'époux du chef duquel la dette est née. En revanche, sous le régime de la communauté, la situation n'apparaît pas aussi claire en raison de la présence des biens communs qui appartiennent aux deux époux. Nous nous consacrerons donc à ce régime. Il faut se demander quels biens peuvent saisir les créanciers, en gardant à l'esprit que réduire au maximum l'assiette du gage lorsqu'un seul des époux contracte ne serait pas bénéfique pour ces derniers, car le créancier, méfiant, refuserait de contracter, ou requerrait l'intervention du conjoint, enlevant par là toute indépendance aux époux. Le législateur a dû concilier l'intérêt des créanciers et celui des époux, ainsi que la sécurité et l'indépendance de ceux-ci. En principe, l'époux débiteur engage par ses actes les biens communs et ses biens propres (§1). Cependant il existe des exceptions (§2).

### **§1 – Le principe de l'engagement des biens communs et des seuls biens propres de l'époux débiteur**

**124.** Certaines dettes demeurent personnelles aux époux : il est question des dettes « dont les époux étaient tenus au jour de la célébration de leur mariage, ou dont se trouvent grevées les successions et libéralités qui leur échoient durant le mariage <sup>530</sup> ». Dans ce cas, les créanciers « ne peuvent poursuivre leur paiement que sur les biens propres et les revenus de leur débiteur <sup>531</sup> ». Il existe une exception dans l'hypothèse où les propres de nature mobilière ont été confondus avec le patrimoine commun et ne peuvent plus être identifiés selon les règles de l'article 1402 du Code civil : le créancier peut saisir les biens communs. Pour y échapper, les époux devraient prouver l'absence de confusion des patrimoines, en

---

<sup>530</sup> Art. 1410 C. civ.

<sup>531</sup> Art. 1411, al. 1<sup>er</sup>, C. civ.

identifiant le mobilier propre<sup>532</sup>. Concernant les dettes communes, le principe est que chacun des époux engage ses biens propres et les biens communs. Nous exposerons ce principe dans un premier temps (A). Dans le monde de l'entreprise, les créanciers ont particulièrement besoin de sécurité et donc de certitudes sur les biens qu'ils pourront saisir si leur débiteur est défaillant. Nous verrons comment ce principe s'applique à l'entreprise dans un second temps (B).

## A – L'exposé du principe

**125.** Concernant les dettes communes sur le plan de l'obligation à la dette, l'article 1413 du Code civil dispose que « le paiement des dettes dont chaque époux est tenu, pour quelque cause que ce soit, pendant la communauté, peut toujours être poursuivi sur les biens communs ». Ce faisant, cet article se présente comme le corollaire de l'article 1421 du même code. Du pouvoir de chacun des époux d'administrer les biens communs découle l'engagement desdits biens. De la même façon, l'article 1418 précise qu'une dette entrée en communauté du chef d'un seul des époux ne peut être poursuivie sur les biens propres de l'autre. Une interprétation *a contrario* amène à déduire que les biens propres de chacun des époux sont engagés par les dettes auxquelles celui-ci est obligé personnellement. Cela s'accorde parfaitement avec le fait que le créancier est titulaire d'un droit de gage général sur le patrimoine de son débiteur<sup>533</sup>. En outre, l'article 225 du Code civil qui appartient au régime primaire impératif prévoit que chacun des époux administre, aliène et oblige seul ses biens personnels.

Ainsi, on observe « une symétrie <sup>534</sup> » entre les biens que les époux gèrent et ceux qu'ils engagent. Lorsqu'un époux fait entrer une dette en communauté, il engage les biens communs et ses biens propres, à l'exclusion des gains et salaires de son conjoint<sup>535</sup>. Cette logique existait déjà dans la loi du 13 juillet 1965. Le paiement des dettes dont était tenu le mari, chef de la communauté, pouvait être poursuivi sur les biens communs. L'épouse

---

<sup>532</sup> V. Fr. TERRE et Ph. SIMLER, *Régimes matrimoniaux et statut patrimonial des couples non mariés*, *op. cit.*, n° 374 et la note n° 1 qui y est associée.

<sup>533</sup> Art. 2284 C. civ.

<sup>534</sup> N. MOULIGNER-BAUD, J.-Cl. Civil Code, Art. 1409 à 1420, *Communauté légale*, Fasc. unique, *Passif propre et passif commun – Obligation et contribution à la dette en régime légal*, n° 17.

<sup>535</sup> Cette solution résulte d'une lecture *a contrario* de l'art. 1418, al 1<sup>er</sup>, C. civ.

n'engageait que ses propres et ses biens réservés, et en principe ces derniers ne pouvaient pas être saisis par les créanciers du mari<sup>536</sup>. La loi du 23 décembre 1985 a simplement « bilatéralisé » l'article 1413 du Code civil afin de réaliser l'égalité entre les époux. Par ailleurs, il est à noter qu'en vertu du droit commun du mandat, l'époux qui effectue un acte en représentation de son conjoint n'engage pas ses biens propres. La dette est réputée entrer en communauté du seul chef de l'époux au nom duquel l'acte a été conclu. Pour saisir les biens communs, il faut qu'ils soient identifiés comme tels. Or, la présomption de communauté<sup>537</sup> joue en faveur du créancier. Le bien est présumé commun et, à ce titre, saisissable, si l'époux ne peut prouver qu'il est propre. En revanche, une autre règle concernant la saisie apparaît favorable aux époux : lorsqu'un compte, même joint, alimenté par les gains et salaires d'un époux commun en biens fait l'objet d'une mesure d'exécution forcée pour le paiement d'une créance née du chef du conjoint, le créancier doit laisser à la disposition de l'époux commun en biens une somme équivalant à un mois de gains et salaires<sup>538</sup>.

L'article 220 du Code civil pose une exception à la symétrie mise en avant jusqu'ici. Chacun des époux peut « passer seul les contrats qui ont pour objet l'entretien du ménage ou l'éducation des enfants : toute dette ainsi contractée par l'un oblige l'autre solidairement ». La dette est réputée entrer en communauté du chef des deux époux. L'ensemble des biens du ménage est alors engagé, y compris les gains et salaires de l'époux non contractant<sup>539</sup>. Lorsque les deux époux s'engagent sans pour autant que la dette soit solidaire, la dette est conjointe. La communauté est alors engagée, mais chacun des patrimoines propres ne répond de la dette qu'à hauteur de la moitié de son montant. Les règles ci-dessus exposées trouvent bien sûr à s'appliquer dans l'entreprise.

---

<sup>536</sup> Ancien art. 1413 C. civ. « Exception faite de l'obligation contractée pour l'entretien du ménage ou l'éducation des enfants », al. 2.

<sup>537</sup> Art. 1402 C. civ.

<sup>538</sup> Art. R. 162-9 C. proc. civ. ex. L'époux a le choix des modalités de calcul : « somme équivalant au montant des gains et salaires versés au cours du mois précédant la saisie ou au montant moyen mensuel des gains et salaires versés dans les douze mois précédant la saisie ».

<sup>539</sup> Art. 1414, al. 1<sup>er</sup>, C. civ.

## **B – Le principe appliqué à l’entreprise**

**126.** En temps normal, le principe s’applique à l’époux entrepreneur individuel comme à l’époux associé (I). En revanche, lorsque la société ou l’entreprise individuelle est soumise à une procédure collective, le principe devient difficile à mettre en œuvre (II).

### **I - Le principe appliqué aux dettes nées d’une entreprise individuelle et d’une société**

**127.** Dans une société à risque illimité, l’époux associé se voit appliquer les principes rappelés ci-dessus. Lorsque les droits sociaux sont propres à l’un des époux comme ayant été acquis avant la célébration du mariage, et que le passif social est également né avant celle-ci, la dette est propre. Les créanciers sociaux peuvent saisir les biens propres<sup>540</sup> de l’époux associé ainsi que ses revenus, y compris les bénéfices sociaux. Lorsque ledit passif est né pendant le mariage, la dette entre en communauté du seul chef de l’époux associé. Cela vaut aussi lorsque les droits sociaux sont communs et qu’un seul époux est associé. Le gage des créanciers est constitué des biens communs et du patrimoine propre de l’époux<sup>541</sup>. En présence de parts sociales communes de SCI, la Cour de cassation a eu l’occasion de rappeler que l’épouse ne pouvait être poursuivie en paiement des dettes sociales dès lors qu’elle n’avait pas la qualité d’associée<sup>542</sup>. Le fondement de cette solution est l’effet relatif du contrat de société<sup>543</sup>. De plus, lorsque les biens communs sont engagés, les gains et salaires du conjoint non associé sont exclus, comme expliqué précédemment. Cette exclusion apparaissait dans la loi de 1985 comme une sécurité pour le conjoint. Celui-ci bénéficie logiquement de cette sécurité lorsque son époux est associé d’une société.

S’agissant des dettes nées de l’exploitation d’un fonds de commerce, d’un fonds artisanal ou d’une exploitation agricole, les mêmes règles s’appliquent suivant la logique de la symétrie de l’administration et de l’engagement des biens<sup>544</sup>. Lorsqu’un époux exploite

---

<sup>540</sup> Sauf l’exception de la confusion des patrimoines mobiliers propre et commun, qui autoriserait le créancier à saisir des biens communs.

<sup>541</sup> F. COLLARD et Fr. VINCKEL, J.-Cl. Sociétés Traité, *Capacité des contractants*, fasc. précit., n° 80.

<sup>542</sup> Cass. 3<sup>e</sup> civ., 20 févr. 2002, *Bull.* 2002, III, n° 42 : *Dr. sociétés* n° 5, mai 2002, n° 86, obs. F.-X. LUCAS.

<sup>543</sup> F. COLLARD et Fr. VINCKEL, J.-Cl. Sociétés Traité, *Capacité des contractants*, fasc. précit., n° 80.

<sup>544</sup> M. MENJUCQ, « Le fonds de commerce dans la communauté entre époux », *op. cit.*, n° 33.

seul le fonds ou l'exploitation, il est alors titulaire d'un pouvoir de gestion exclusive, pouvoir conféré par l'exercice d'une profession séparée<sup>545</sup>. En présence d'un fonds commun, les dettes engagent les biens propres de l'époux exploitant ainsi que les biens communs, à l'exclusion des gains et salaires de son conjoint. Lorsque le conjoint de l'exploitant participe à l'exploitation, il s'agit de déterminer si l'époux exploitant exerce ou non une profession séparée<sup>546</sup>. Le cas échéant, il bénéficie d'un pouvoir de gestion exclusive. Dans le cas contraire, la gestion est concurrente. Deux cas de figure se dégagent. Dans le premier, le conjoint participe à l'exploitation en tant que salarié, collaborateur ou même sans statut légal<sup>547</sup>. Il faut considérer que les dettes de l'exploitation entrent en communauté du seul chef de l'époux exploitant. Seuls ses biens propres et les biens communs sont engagés<sup>548</sup>. Dans le second cas de figure, les époux collaborent à l'exploitation sur un pied d'égalité. Chacun d'eux a alors le pouvoir d'engager ses biens propres et les biens communs<sup>549</sup>. Par ailleurs, le conjoint collaborateur d'un commerçant ou d'un artisan bénéficie à certaines conditions<sup>550</sup> d'une présomption de mandat d'accomplir au nom de son époux chef d'entreprise les actes d'administration concernant les besoins de l'entreprise. Le conjoint collaborateur d'un agriculteur se voit reconnaître la même présomption pour accomplir les actes d'administration concernant les besoins de l'exploitation<sup>551</sup>. Conformément au droit commun du mandat, la dette entre en communauté du seul chef de l'époux à la tête de l'entreprise ou de l'exploitation.

On a pu se demander si les dettes sociales ou les dettes provenant de l'exploitation d'un fonds de commerce peuvent engager solidairement les époux comme étant de nature ménagère et relevant par conséquent de l'article 220 du Code civil. La dette contractée par un époux seul obligerait l'autre solidairement. La jurisprudence a décidé qu'un emprunt

---

<sup>545</sup> Art. 1421, al. 2, C. civ.

<sup>546</sup> V. *supra* § n° 100.

<sup>547</sup> Art. L. 121-4 I C. com concernant le conjoint du commerçant ou de l'artisan, L. 321-5, al. 7, C. rur. concernant le conjoint de l'agriculteur.

<sup>548</sup> Toujours à l'exclusion des gains et salaires de son conjoint.

<sup>549</sup> *Idem*.

<sup>550</sup> Le conjoint collaborateur doit être mentionné au registre du commerce et des sociétés, au répertoire des métiers ou au registre des entreprises tenu par les chambres de métiers d'Alsace et de Moselle, art. L. 121-6, al. 1<sup>er</sup>, C. com.

<sup>551</sup> Art. L. 321-1, al. 2, C. rur.

destiné à assurer le fonctionnement d'une entreprise ne rentrait pas dans le champ d'application de cet article. Ce dernier vise exclusivement la solidarité quant aux dettes contractées pour l'entretien du ménage ou l'éducation des enfants<sup>552</sup>. Les solutions exposées ici ne sont pas surprenantes. Elles semblent tout à fait logiques. Les règles des régimes matrimoniaux s'appliquent sans surprise particulière à des configurations simples. Néanmoins, certaines situations sont plus complexes et ces règles deviennent alors difficiles à appliquer.

## II - Le principe difficilement applicable dans le cadre des procédures collectives

**128.** Lorsque le débiteur est une personne physique, l'article 1413 du Code civil a donné lieu à des difficultés d'application dans le cadre des procédures collectives. Conformément audit article, les biens propres de l'époux débiteur et les biens communs constituent le gage des créanciers admis. Ils font partie de la procédure collective. À ce titre, les poursuites sont suspendues à l'égard de l'époux débiteur. La procédure collective étant ouverte *in personam*, le conjoint *in bonis* n'y est pas soumis. Il garde une libre disposition de ses propres. Aussi, les créanciers de cet époux peuvent sans aucun doute saisir ces derniers. Cependant, en vertu du principe posé à l'article 1413, ils doivent également pouvoir saisir les biens communs. Ils sont alors en concurrence avec les créanciers de la procédure collective. Un problème de conciliation du droit des régimes matrimoniaux et du droit des procédures collectives se pose. D'une part, si on autorise les créanciers de l'époux *in bonis* à saisir les biens communs, on met à mal la suspension des poursuites et les strictes règles de paiement mises en place par le droit des procédures collectives, au détriment des créanciers admis, de la sécurité des affaires et de la sauvegarde économique de l'entreprise. D'autre part, si on prive les créanciers de l'époux *in bonis* de poursuivre les biens communs, on leur oppose un refus semblant injustifié et contraire à l'article 1413 du Code civil, et qui nuit au crédit des époux.

---

<sup>552</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 10 mai 1995, inédit : *JCP N* 1993, II, n° 3, p. 794, obs. G. WIEDERKEHR.

La jurisprudence a donc dû concilier les différents intérêts en présence. Dans l'arrêt du 19 janvier 1993<sup>553</sup>, les époux s'étaient portés codébiteurs solidaires pour le remboursement d'un prêt destiné à financer l'achat d'un bien immobilier. Ce prêt était également garanti par une inscription du privilège du prêteur de deniers sur ledit bien. L'un des époux a été mis en liquidation judiciaire. Le créancier ayant effectué sa déclaration hors délai, il a tenté de saisir l'immeuble en poursuivant le conjoint *in bonis*. La Cour de cassation a décidé que l'extinction de la créance à l'égard de l'époux failli ne constituait pas une exception invocable par le conjoint codébiteur solidaire, lequel restait tenu. De plus, le privilège du prêteur de deniers, en raison de son caractère indivisible, permettait au créancier de saisir le bien grevé même commun. Enfin, l'interdiction des voies d'exécution à l'encontre de l'époux failli était sans application à l'égard du conjoint *in bonis*. À l'issue de la confrontation, l'avantage revenait aux régimes matrimoniaux. Les effets de la procédure collective demeuraient bien cantonnés au débiteur, sans déborder sur son conjoint. Mais la Cour de cassation n'en est pas restée là.

Dans l'arrêt du 23 décembre 1994<sup>554</sup>, l'assemblée plénière a tout d'abord affirmé que « la liquidation judiciaire d'une personne mariée sous le régime de la communauté de biens ne modifie pas les droits que les créanciers de son conjoint tiennent du régime matrimonial ». On aurait alors pu croire que la décision serait dans la même lignée que celle de 1993. La Haute juridiction a cependant ajouté que « le dessaisissement de la personne interdit à ces créanciers d'exercer des poursuites sur les biens communs en dehors des cas où les créanciers du débiteur soumis à liquidation judiciaire peuvent eux-mêmes agir ». Ainsi, les créanciers ne pouvaient exercer de poursuites sur l'immeuble commun en leur qualité de créanciers hypothécaires du conjoint qu'après justification de ce que le liquidateur n'avait pas entrepris la liquidation du bien grevé dans les trois mois à compter du jugement prononçant la liquidation judiciaire du débiteur. L'arrêt de la cour d'appel a été cassé au visa des règles

---

<sup>553</sup> Cass. com., 19 janv. 1993, *Bull.* 1993, IV, n° 25 ; *D.* 1993, p. 331, note A. HONORAT et J. PATARIN ; *RTD com.* 1993, p. 377, obs. A. MARTIN-SERF ; *RTD civ.* 1993, p. 581, obs. J. MESTRE ; *JCP G* 1993, II, 22056, Ph. PETEL ; *Defrénois* 1993, p. 1220, obs. N. SÉNÉCHAL ; *JCP G* 1994, I, 3733, Ph. SIMLER ; *Rev. proc. coll.* 1993, p. 71, obs. C. SAINT-ALARY-HOUIN.

<sup>554</sup> Cass. ass. plén., 23 déc. 1994, *Bull. A. P.* n° 7 ; *Defrénois* 1995, p. 444, obs. G. CHAMPENOIS ; *D.* 1995, p. 145, note F. DERRIDA ; *RTD com.* 1995, p. 657, obs. A. MARTIN-SERF ; *JCP G* 1995, II, 22401, O. RANDOUX ; *JCP G* 1995, 3869, n° 8, Ph. SIMLER.

relatives aux procédures collectives<sup>555</sup> et au visa de l'article 1413 du Code civil. Une certaine hypocrisie se dégage de cet arrêt, dans la mesure où l'on prétend que la procédure collective du débiteur ne modifie pas les droits que les créanciers de son conjoint tiennent du régime matrimonial, tout en soumettant lesdits créanciers à la même discipline que ceux du débiteur. Les créanciers du conjoint subissent l'arrêt des poursuites.

Comme l'arrêt du 14 mai 1996<sup>556</sup> vient le confirmer, l'existence des droits n'est pas atteinte ; seul leur exercice est soumis à des contraintes. Dans cet arrêt, les créanciers n'avaient pas déclaré leur créance à la procédure collective. La chambre commerciale a jugé que « l'absence de déclaration n'affecte que l'exercice dans le cadre de la procédure collective des droits hypothécaires des banques mais non leur existence ». Les créanciers étaient privés du droit de participer aux répartitions, néanmoins ils conservaient, après paiement de tous les créanciers admis, le droit de faire valoir leur hypothèque sur le solde pouvant subsister sur le prix de l'immeuble grevé. Certes les créanciers non déclarant peuvent être satisfaits que leur droit existe toujours ; toutefois ils seront fort démunis s'il n'y a pas de reliquat d'actif ou si celui-ci est insuffisant à les désintéresser. Afin de ne pas courir ce risque, ils devront déclarer leur créance à la procédure collective. Le droit des régimes matrimoniaux est en apparence sauvegardé ; mais l'avantage apparaît ici clairement en faveur du droit des procédures collectives.

Dans le rapport concernant l'arrêt de l'assemblée plénière de 1994<sup>557</sup>, le Conseiller Yves Chartier invoquait « par-delà les oppositions de législation, deux mondes différents qui viennent se heurter, celui de la famille, et celui de l'entreprise. Celui de la famille qui veut vivre malgré les vicissitudes des affaires, et ne pas voir le patrimoine familial englouti du seul fait des difficultés de l'un des conjoints. Celui de l'entreprise, pourvoyeuse d'activité, d'emploi, de richesse collective, à ce titre dévoreuse de capitaux, et à la vie ou à la survie de laquelle le législateur est naturellement tenté de beaucoup sacrifier ». Dans les solutions que nous avons présentées, le juge a préféré privilégier le droit des procédures collectives

---

<sup>555</sup> Art. 152 et 161 de la loi n° 85-98 du 25 janvier 1985 relative au redressement et à la liquidation judiciaires des entreprises.

<sup>556</sup> Cass. com., 14 mai 1996, *Bull.* 1996, IV, n° 129 ; *JCP G* 1996, I, 3962, n° 13, Ph. Simler ; *JCP G* 1996, I, 3960, Ph. PÉTEL ; *RTD civ.* 1996, p. 666, obs. P. CROCQ ; *Defrénois* 1996, art. 36394, note F. DERRIDA ; *D.* 1996, p. 388, obs. S. PIEDELIEVRE.

<sup>557</sup> Y. CHARTIER, rapport dans le bulletin d'information n° 402 du 15 mars 1995 de la Cass., sur ass. plén. 23 déc. 1994.

et, à travers elle, l'intérêt de l'entreprise, des éventuels salariés et des créanciers, par rapport au droit des régimes matrimoniaux. Cependant, soumettre les créanciers du conjoint *in bonis* à la discipline de la procédure collective n'apparaît pas pour autant contraire aux intérêts de ce conjoint. Certes, il perd en crédit auprès des tiers, car ils savent qu'ils ne pourront exercer de poursuites individuelles contre lui en cas de défaillance ; mais pour le conjoint, que les biens communs soient saisis au terme de poursuites individuelles, d'une part, ou dans le cadre de la procédure collective de l'autre époux, d'autre part, ne change rien. De plus, on observe une tendance prononcée du législateur à vouloir protéger les époux des créanciers professionnels<sup>558</sup>. Les outils, toujours plus nombreux, qu'il offre aux époux pour mettre à l'abri leurs biens personnels ne donnent pas l'impression qu'il sacrifie la famille sur l'autel des procédures collectives. Pour en revenir au principe énoncé à l'article 1413, il a néanmoins bien du mal à défendre sa position dans le cadre du droit des procédures collectives. En outre, il connaît des exceptions.

## **§2 – Les exceptions au principe de l'engagement des biens communs et des seuls biens propres de l'époux débiteur**

**129.** Nous avons expliqué le principe selon lequel chaque époux engage ses biens propres ainsi que les biens communs. Dans certaines hypothèses, l'époux contractant engage moins que cela (A). À l'inverse, il arrive que les deux époux soient contractants solidaires. L'assiette du gage des créanciers est alors étendue (B).

### **A - Le gage des créanciers réduit ou anéanti concernant certains actes**

**130.** Certains actes, en raison de leur nature, sont jugés dangereux pour le patrimoine des époux. Afin d'assurer la protection de ceux-ci, l'assiette du gage des créanciers est réduite (I). Parfois, ce n'est pas la nature des actes qui est en cause, mais la manière dont ils sont effectués : l'hypothèse est celle de la fraude. L'assiette du gage des créanciers est alors réduite à néant (II).

---

<sup>558</sup> Sur cette tendance, V. *infra* § n° 328 et s.

## I - La réduction du gage du fait de la nature des actes

**131.** L'article 1415 du Code civil dispose que « chacun des époux ne peut engager que ses biens propres et ses revenus, par un cautionnement ou un emprunt, à moins que ceux-ci n'aient été contractés avec le consentement exprès de l'autre conjoint qui, dans ce cas, n'engage pas ses biens propres ». Cela signifie *a contrario* que l'époux qui conclut seul un cautionnement ou un emprunt n'engage que ses biens propres et ses revenus<sup>559</sup>. Le consentement exprès du conjoint<sup>560</sup> est nécessaire pour engager les biens communs ainsi que les gains et salaires dudit conjoint<sup>561</sup>, ses biens propres restant alors hors de portée des créanciers. La jurisprudence a fait une interprétation extensive des dispositions de l'article 1415 du Code civil. Certains actes bénéficient de la protection de cet article (a), d'autres non. Tel est le cas de l'engagement indéfini de l'associé au passif social (b).

### a - Les actes placés sous la protection de l'article 1415 du Code civil

**132.** L'article 1415 du Code civil pose une exception à l'article 1413 du même code : il dissocie le pouvoir d'administrer les biens et le pouvoir de les engager. En outre, la protection instaurée par l'article 1415 est d'ordre public<sup>562</sup> et s'applique quel que soit le régime matrimonial des époux. Son champ d'application *rationae personae* s'avère donc

---

<sup>559</sup> Lorsque des fonds d'origine diverses ont alimenté le compte, cela donne lieu à des difficultés. La jurisprudence exige en effet du créancier qu'il identifie les revenus de l'époux débiteur afin de pouvoir les saisir. V. Cass. 1<sup>re</sup> civ., 3 avr. 2001, *Bull. civ.* 2001, I, n° 92 : *JCP G* 2002, I, 103, n° 13, obs. Ph. SIMLER et II, 10080, note BOURDAIRE ; *RTD civ.* 2001, p. 943, obs. B. VAREILLE ; *Deffrénois* 2001, art. 37406, p. 1129, obs. G. CHAMPENOIS. – Cass. 1<sup>re</sup> civ., 18 févr. 2003, *Bull. civ.* I, n° 48 : *D.* 2003, somm. p. 1865, obs. V. BRÉMOND, *JCP G* 2003, I, 158, n° 9 ; *RTD civ.* 2003, p. 536, obs. B. VAREILLE, *Bull. Joly* 2003, n° 5, p. 570 obs. J.-J. DAIGRE. – Cass. 1<sup>re</sup> civ., 17 févr. 2004, *Bull. civ.* 2004, I, n° 45 : *JCP E* 2004, 575 ; *D.* 2004, somm. p. 2260, obs. V. BRÉMOND ; *Dr. famille* mai 2004, comm. 84, note B. BEIGNIER. – Cass. 1<sup>re</sup> civ., 17 janv. 2006, *Bull. civ.* 2006, I, n° 13 : *JCP G* 2006, IV, 1267 ; *D.* 2006, p. 1277, note V. BRÉMOND ; *RTD civ.* 2006, p. 359, obs. B. VAREILLE ; *AJ Fam.* avr. 2006, p. 163, obs. P. HILT.

<sup>560</sup> Concernant la question du recours à l'art. 217 C. civ. en cas de refus du conjoint, V. *infra* § n° 240.

<sup>561</sup> V. Cass. com., 22 févr. 2017, *Bull.* 2017, IV, n° 26 : *D.* 2017, 2119, obs. V. BRÉMOND ; *D.* 2017, 2176 obs. D. R. MARTIN et H. SYNVEY ; *JCP G* 2017, 511, n° 9, obs. Ph. SIMLER ; *JCP N* 2017, 1201, note V. BOUCHARD ; *RJPF* 2017, 4/29, note J. DUBARRY ; *Deffrénois* 2017, n° 19, p. 31, obs. S. CABRILLAC ; *Deffrénois* 2018, n° 5, p. 28, obs. G. CHAMPENOIS.

<sup>562</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 3 mai 2000, *Bull. civ.* 2000, I, n° 125 : *JCP N* 2000, p. 1615, note S. PIEDELIÈVRE ; *D.* 2000, p. 546, note J. THIERRY ; *Deffrénois* 2000, art. 37242, p. 1185, obs. G. CHAMPENOIS.

large. Les prêts non repris par la société en formation (1), l'aval (2) et la garantie autonome (3) sont autant d'actes que la jurisprudence a décidé de faire entrer dans le domaine de l'article 1415. Elle les a assimilés au cautionnement ou à l'emprunt, seuls visés par cet article.

## 1 - Le prêt non repris par la société en formation

**133.** L'article 1843 du Code civil prévoit que « Les personnes qui ont agi au nom d'une société en formation avant l'immatriculation sont tenues des obligations nées des actes ainsi accomplis [...]. La société régulièrement immatriculée peut reprendre les engagements souscrits, qui sont alors réputés avoir été dès l'origine contractés par celle-ci ». La Cour de cassation a eu l'opportunité de se prononcer sur l'applicabilité de l'article 1415 du Code civil à un prêt consenti aux associés, déclarant agir pour le compte de la société, mais non repris par la société. La Haute juridiction a décidé qu'en l'absence de reprise, l'associé était personnellement tenu, en sa qualité d'emprunteur, des obligations qui en découlaient, conformément aux dispositions de l'article 1843. Par conséquent, il devait bénéficier de la protection de l'article 1415 du Code civil<sup>563</sup> si son conjoint n'avait pas donné son consentement exprès. Cette solution, loin d'être surprenante, doit être approuvée. Le créancier ne doit pas perdre de vue ce principe : l'associé fondateur est personnellement tenu. La reprise par la société est éventuelle et fait figure d'exception. Aussi, les créanciers ne doivent pas hésiter à faire appel au conjoint afin qu'il consente expressément à l'acte d'emprunt. Cette solution se comprend tout à fait, tant au regard de l'article 1843 du Code civil, qu'au regard de l'article 1415. La notion d'emprunt a posé moins de difficultés que la notion de cautionnement, qui a de nombreux cousins très proches, tel l'aval.

---

<sup>563</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 9 juill. 2014, *Bull.* 2014, I, n° 128 : *JCP E* 2014, 1449, T. DOUVILLE ; *JCP G* 2014, 1012, A. ZELCEVIC-DUHAMEL ; *Dr. sociétés* 2014, comm. 160, R. MORTIER ; *BJS* 2014, n° 10, p. 367, note J.-F. BARBIERI ; *Defrénois* 2014, n° 19, p. 1020, obs. H. LECUYER ; *Gaz. Pal.* 2014, n° 273, p. 19, obs. M. LEROY ; *LPA* 12 mai 2015, p. 7, obs. N. MOULIGNER-BAUD ; *Rev. sociétés* 2015, p. 126, note E. NAUDIN.

## 2 - L'aval

**134.** Il peut être défini comme « l'engagement personnel, pris sous la forme cambiaire, de payer à l'échéance le montant d'un effet de commerce à son porteur à la place d'un débiteur principal défaillant »<sup>564</sup>. Celui qui consent cet engagement est appelé l'« avaliste ». Une brève comparaison des régimes de l'aval et du cautionnement peut permettre d'apprécier si l'article 1415 du Code civil doit lui être appliqué par analogie. Le cautionnement est accessoire à l'obligation du débiteur principal. La possibilité pour la caution d'opposer au créancier toutes les exceptions qui appartiennent au débiteur principal et qui sont inhérentes à la dette<sup>565</sup> apparaît comme une manifestation de ce caractère accessoire. L'aval se différencie notamment du cautionnement par l'inopposabilité des exceptions<sup>566</sup> qui le rend encore plus dangereux pour l'avaliste. Aussi l'aval est souvent présenté comme « la forme cambiaire du cautionnement »<sup>567</sup>. Dès lors, il semble souhaitable de lui appliquer l'article 1415 du Code civil afin de protéger les époux non seulement du cautionnement, mais aussi de l'aval. Confrontée à l'aval d'un billet à ordre consenti sans le consentement exprès du conjoint, la Cour de cassation a confirmé cette analyse<sup>568</sup>. L'extension de la protection peut être approuvée, puisqu'elle obéit à l'esprit de la disposition, qui est de protéger les époux contre les sûretés personnelles. Si l'aval, plus rigoureux que le cautionnement, n'était pas soumis à l'article 1415, il serait aisé pour les créanciers d'y recourir afin d'éviter de recueillir le consentement du conjoint<sup>569</sup>. Dans ces conditions, le principe classique d'interprétation stricte des exceptions doit être écarté.

---

<sup>564</sup> PH. SIMLER, J.-Cl. Civil Code, Art. 2288 à 2320, *Cautionnement*, Fasc. 15, *Différentes sortes de cautionnement*, n° 48.

<sup>565</sup> Art. 2313 C. civ.

<sup>566</sup> L'art. L. 511-21, al. 8, C. com. dispose que l'engagement du donneur d'aval « est valable, alors même que l'obligation qu'il a garantie serait nulle pour toute cause autre qu'un vice de forme ».

<sup>567</sup> Ph. SIMLER, J.-Cl. Civil Code, Art. 2288 à 2320, *Cautionnement*, fasc. précit., n° 1.

<sup>568</sup> Cass. com., 4 févr. 1997, *Bull. civ.* 1997, IV, n° 39 : *JCP G* 1997, II, 22922 et *JCP E* 1997, II, 1012, note B. BEIGNIER ; *D.* 1997, p. 478, note S. PIEDELIEVRE ; *D.* 1997, somm. p. 261, obs. M. CABRILLAC ; *RTD civ.* 1997, p. 728, obs. B. VAREILLE ; *Deffrénois* 1997, p. 1440, obs. G. CHAMPENOIS. – Cass. 1<sup>re</sup> civ., 3 mai 2000, *précit.* – Cass. 1<sup>re</sup> civ., 4 juin 2009, inédit : *JCP G* 2009, n° 44, 391, n° 16, obs. Ph. SIMLER ; *D.* 2009, p. n, obs. V. BREMOND.

<sup>569</sup> En ce sens, B. VAREILLE, « Régimes de communauté, cautionnement : l'article 1415 est applicable à l'aval d'un billet à ordre et à la garantie à première demande », *RTD civ.* 1997, p. 728.

### 3 - La garantie autonome

**135.** Née de la pratique internationale dans les années 1970, la garantie autonome a été consacrée par l'ordonnance du 23 mars 2006<sup>570</sup> à l'article 2321 du Code civil, qui la définit en son premier alinéa comme « l'engagement par lequel le garant s'oblige, en considération d'une obligation souscrite par un tiers, à verser une somme soit à première demande, soit suivant des modalités convenues »<sup>571</sup>. Lors de sa reconnaissance par la jurisprudence en 1982, la garantie autonome s'est démarquée du cautionnement par l'inopposabilité des exceptions<sup>572</sup>. L'article 2321 a repris cette particularité en disposant en son troisième alinéa que « le garant ne peut opposer aucune exception tenant à l'obligation garantie ». La Cour de cassation a dû se prononcer sur l'applicabilité de l'article 1415 du Code civil à la garantie autonome. La question s'est posée dans un contexte jurisprudentiel et législatif particulier, puisque dans un revirement retentissant le 2 décembre 2005<sup>573</sup>, la Cour avait décidé de ne plus appliquer l'article 1415 au « cautionnement réel », rebaptisé « sûreté réelle consentie pour garantir la dette d'un tiers ». Le législateur<sup>574</sup> était alors intervenu afin d'édicter une règle de cogestion concernant une telle sûreté portant sur les biens communs.

Aussi, on a pu se demander si la Cour de cassation allait procéder à une interprétation analogique de l'article 1415 pour étendre son domaine à la garantie autonome ou si, au contraire, elle allait interpréter strictement ledit article, dans le sillage de l'arrêt du 2 décembre 2005, et renvoyer encore une fois le législateur à ses responsabilités. Finalement le fait qu'il ait pris en charge la protection des époux s'agissant des sûretés réelles a laissé le champ libre à la Cour de cassation pour étendre raisonnablement la protection de l'article 1415 du Code civil, sans risquer d'en arriver à le déformer en l'appliquant à des opérations

---

<sup>570</sup> Ordonnance n° 2006-346 du 23 mars 2006 relative aux sûretés.

<sup>571</sup> Art. 2321, al. 1<sup>er</sup>, C. civ.

<sup>572</sup> Cass. com., 20 déc. 1982, *Bull. civ.* 1982, IV, n° 417 : *D.* 1983, jurispr. p. 365, note M. VASSEUR ; *RTD com.* 1983, p. 446, obs. M. CABRILLAC et B. TEYSSIE.

<sup>573</sup> Cass. mixte, 2 déc. 2005, *Bull. civ.* 2005, Ch. mixte, n° 7 : *JCP G* 2005, II, 10183, note PH. SIMLER ; *Dr. famille* 2006, étude 13, par B. BEIGNIER ; *Defrénois* 2006, art. 38469, p. 1601, obs. G. CHAMPENOIS ; *RTD civ.* 2006, p. 594, obs. P. CROCQ et p. 357, obs. B. VAREILLE.

<sup>574</sup> L'ordonnance du 23 mars 2006 a ajouté un second alinéa à l'article 1422 du Code civil.

trop éloignées du cautionnement, comme la sûreté réelle<sup>575</sup>. Dans un arrêt du 20 juin 2006<sup>576</sup>, la première chambre civile a décidé que cet article était « applicable à la garantie à première demande qui, comme le cautionnement, est une sûreté personnelle, laquelle consiste en un engagement par lequel le garant s'oblige, en considération d'une obligation souscrite par un tiers, à verser une somme déterminée, et est donc de nature à appauvrir le patrimoine de la communauté ». La nature personnelle des deux sûretés et leur conséquence possible, l'appauvrissement du patrimoine commun, justifie l'assimilation des deux sûretés pour l'application de l'article 1415 du Code civil. La garantie autonome présentant plus de dangers que le cautionnement, en raison notamment de l'absence de caractère accessoire, cette solution semble appropriée. On a pu écrire que cette jurisprudence avait redonné « à ce texte une interprétation à la fois raisonnée, souple et cohérente »<sup>577</sup>. En outre, le législateur a initié un rapprochement ponctuel des régimes du cautionnement et de la garantie autonome dans certains domaines, notamment le droit des entreprises en difficulté<sup>578</sup> et le droit des successions<sup>579</sup>. L'application par analogie d'une disposition protectrice des époux propre au cautionnement paraît donc d'autant plus justifiée.

Il reste que cette disposition a fait l'objet de critiques. Certains<sup>580</sup> ont considéré notamment qu'elle avait un effet inverse du but poursuivi. En l'absence du consentement exprès du conjoint, seuls les biens propres et les revenus de l'époux contractant sont engagés.

---

<sup>575</sup> En ce sens, v. V. BREMOND, « Chaud et froid sur l'article 1415 du Code civil », *JCP N* n° 39, 2006, p. 1310.

<sup>576</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 20 juin 2006, *Bull.* 2006, I, n° 313, p. 271 : *Dr. famille* 2006, comm. 168, B. BEIGNIER ; *JCP N* 2006, 1310, V. BREMOND ; *D.* 2006, p. 1815, note V. AVENA-ROBARDET ; *RTD civ.* 2006, p. 593, obs. P. CROCQ ; *RD banc. et fin.* juill.-août 2006, obs. D. LEGEAIS ; *LPA* 25 juin 2007, p. 14, note N. MOULIGNER ; *JCP G* 2006, II, 10141, S. PIEDELIEVRE ; *JCP G* 2006, I, 193 (n° 12) et 195 (n° 9), Ph. Simler ; *RTD civ.* 2006, p. 816, obs. B. VAREILLE.

<sup>577</sup> V. BREMOND, « Chaud et froid sur l'article 1415 du Code civil », *op. cit.*

<sup>578</sup> Il résulte de l'art L. 611-10-2, al. 1<sup>er</sup>, C. com. que les personnes ayant consenti une sûreté personnelle peuvent se prévaloir des délais de paiement accordés au débiteur et des dispositions de l'accord de conciliation. L'art L. 622-28, al. 2, C. com. fait bénéficier les personnes physiques ayant consenti une sûreté personnelle de la suspension des poursuites à compter du jugement d'ouverture de la procédure de sauvegarde. L'art. L. 626-11 C. com. prévoit que ces mêmes personnes peuvent se prévaloir du jugement qui arrête le plan de sauvegarde.

<sup>579</sup> Acceptation à concurrence de l'actif net. Il résulte de l'art. 792, al. 2, C. civ que faute de déclaration dans le délai imparti, les créances sont éteintes. Les cautions et garants autonomes d'une créance éteinte sont libérés.

<sup>580</sup> M. MENJUCQ, « Le fonds de commerce dans la communauté entre époux », *op. cit.*, n° 33 ; Fr. TERRE et Ph. SIMLER, *Régimes matrimoniaux et statut patrimonial des couples non mariés*, *op. cit.*, n° 402.

Le gage du créancier est donc très réduit par rapport aux autres dettes, qui en vertu de l'article 1413 du Code civil, engagent les biens propres de l'époux contractant ainsi que les biens communs. Le créancier ne se satisfera pas de ce gage réduit. S'il faut faire appel au conjoint afin qu'il consente expressément à l'emprunt ou au cautionnement, pourquoi le créancier n'exigerait-il pas de lui qu'il se porte co-emprunteur ou cofidélitaire ? Le gage du créancier serait alors étendu à l'ensemble des biens des époux. Le législateur, en voulant offrir plus de protection aux conjoints, les pousserait à exposer leur patrimoine plus qu'il ne l'aurait été sans la protection de l'article 1415. Ainsi, lorsqu'un époux, entrepreneur individuel ou associé, conclut un prêt ou se porte caution, garant autonome ou encore avaliste, il doit obtenir le consentement de son conjoint pour engager les biens communs. Dans le cas où l'associé d'une société en formation contracte un prêt pour le compte de celle-ci, le principe est qu'il reste personnellement tenu. La potentielle reprise par la société ne suffit pas à écarter la protection dont bénéficie tout époux. La jurisprudence a toutefois refusé l'application de l'article 1415 lorsque l'époux devient associé d'une société à risque illimité.

### **b - Un acte exclu de la protection de l'article 1415 du Code civil : l'engagement indéfini de l'associé au passif social**

**136.** Les associés de sociétés civiles et de SNC répondent indéfiniment des dettes sociales<sup>581</sup>. Il en est de même des associés de sociétés en commandite lorsqu'ils ont la qualité de commandité<sup>582</sup>. On a pu se demander si la protection de l'article 1415 du Code civil pouvait être étendue aux engagements des associés dans des sociétés à risque illimité. La souscription de parts dans ces sociétés expose gravement le patrimoine de l'associé. Si le cautionnement peut être limité<sup>583</sup>, l'obligation aux dettes dans lesdites sociétés est obligatoirement illimitée<sup>584</sup>. Aussi une cour d'appel avait-elle considéré à propos de l'engagement d'un associé dans une société civile que « la participation à une société, acte contractuel, [avait] des conséquences d'une telle gravité qu'il [pouvait] être considéré que

---

<sup>581</sup> Respectivement art. 1857, al. 1<sup>er</sup>, et L. 221-1, al. 1<sup>er</sup>, C. civ.

<sup>582</sup> Art. L. 222-1, al. 1<sup>er</sup>, concernant la SCS et L. 226-1, al. 1<sup>er</sup>, concernant la SCA.

<sup>583</sup> Art. 2290, al. 1<sup>er</sup>, C. civ.

<sup>584</sup> En revanche, il est possible de limiter la charge supportée par l'associé au stade de la contribution aux pertes. Conformément à l'art. 1844-1 C. civ., à défaut de stipulation contraire des statuts, la contribution est déterminée au prorata de la détention dans le capital social.

la situation [était] semblable à celle qui [résultait] d'un cautionnement ou d'un emprunt »<sup>585</sup>. La Cour de cassation n'a pas adhéré à cette analyse et a censuré l'arrêt pour violation par fausse interprétation de l'article 1415 du Code civil. Elle a affirmé que « le contrat de société civile, qui fait naître à la charge de l'associé une obligation subsidiaire de répondre indéfiniment des dettes sociales à proportion de sa part dans le capital, ne saurait être assimilé à un acte de cautionnement »<sup>586</sup>. Dans un arrêt du même jour, elle a également refusé l'application de l'article 1415 à l'engagement de l'associé dans une SNC<sup>587</sup>.

Dans ces deux arrêts, la Haute juridiction adopte une interprétation stricte du texte, dans le sillage de la chambre mixte ayant cantonné l'article 1415 aux sûretés personnelles. L'engagement de l'associé dans une société à risque illimité n'est en aucun cas un cautionnement. Cependant, des similitudes entre les deux opérations auraient pu laisser penser que la jurisprudence opérerait pour une interprétation analogique de l'article. La première chambre civile énonce que « le contrat de société civile [...] fait naître à la charge de l'associé une obligation subsidiaire de répondre indéfiniment des dettes sociales à proportion de sa part dans le capital ». On pourrait souligner que la structure et les effets du cautionnement en sont très proches. Il est ainsi possible d'affirmer que « le contrat de cautionnement fait naître à la charge de l'associé une obligation subsidiaire de répondre indéfiniment<sup>588</sup> des dettes contractées par le débiteur »<sup>589</sup>. De plus, l'emprunt et le cautionnement apparaissent particulièrement dangereux, car leurs effets différés dans le temps ne sont pas immédiatement perceptibles par les époux. Or, l'engagement indéfini au passif social présente ce même effet à retardement.

Toutefois, les différences entre les deux opérations semblent l'emporter. En premier lieu, le régime du cautionnement est inconciliable avec celui du contrat de société<sup>590</sup>. On peut citer à titre d'exemple le recours avant paiement régi à l'article 2309 du Code civil et l'exception de subrogation visée à l'article 2314 du Code civil. En second lieu, l'obligation

---

<sup>585</sup> CA Versailles, 2 mai 2002 : *BJS*, oct. 2002, p. 1035, obs. P. SCHOLER ; *LPA* 2003, 18 juin 2003, p. 13, note B. DONDERO ; *Deffrénois* 2003, art. 37808, note V. BREMOND.

<sup>586</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 17 janv. 2006, *Bull. civ.* 2006, I, n° 15 ; *JCP N* 2006, 1310, V. BRÉMOND ; *JCP G* 2006, I, 141, n° 13, Ph. SIMLER ; *D.* 2006, p. 2660, note F. BICHERON.

<sup>587</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 17 janv. 2006, *Bull. civ.* 2006, I, n° 14 ; *AJ Fam.* 2006, p. 164, obs. P. HILT.

<sup>588</sup> Lorsque le montant du cautionnement n'est pas limité.

<sup>589</sup> V. BREMOND, « Chaud et froid sur l'article 1415 du Code civil », *op. cit.*

<sup>590</sup> En ce sens, v. V. BREMOND, « Chaud et froid sur l'article 1415 du Code civil », *op. cit.*

aux dettes sociales a pour source la loi, alors que le cautionnement a une source contractuelle<sup>591</sup>. Pourtant, la frontière entre dettes légales et dettes contractuelles n'est pas toujours étanche. Le Professeur Vincent Brémond cite l'exemple des dispositions de l'article 220, alinéa premier, du Code civil : la solidarité prévue concernant les dettes contractuelles a été étendue aux dettes légales<sup>592</sup>. Enfin, l'économie générale du cautionnement et celle de l'engagement de l'associé dans une société à risque illimité sont radicalement différentes. Dans le premier cas, la caution ne peut espérer au maximum qu'un bénéfice indirect : les retombées économiques du prêt accordé au débiteur. Dans le second, l'associé mise et peut se ruiner autant que faire fortune. La possibilité de réaliser un profit direct constitue une importante différence entre les deux opérations et justifie un traitement différent pour chacune.

Réduire les biens engagés par les époux pour certains actes nuit aux créanciers, qui voient leur gage très limité. L'article 1415 du Code civil fait irruption dans l'entreprise. Cette mesure de protection apparaît nécessaire à la protection des époux. Il s'agit encore de concilier les intérêts en présence. Aussi, ne pas conférer une interprétation trop large à cette disposition du Code civil semble tout à fait recommandé. Il ne faut fragiliser la situation des créanciers que lorsque la proximité des opérations le justifie. Du fait de la fraude, le gage des créanciers peut aller jusqu'à disparaître.

## II - La disparition du gage du fait de la fraude

**137.** En vertu de l'article 1413 du Code civil, le paiement des dettes dont chaque époux est tenu ne peut être poursuivi sur les biens communs lorsqu'il y a eu « fraude de l'époux débiteur et mauvaise foi du créancier ». La fraude tend à « porter atteinte, par des engagements inconsidérés ou fictifs, aux droits du conjoint dans la communauté »<sup>593</sup>. Par ailleurs, la mauvaise foi du créancier doit être établie. La jurisprudence décide que ces deux conditions sont cumulatives, faisant ainsi une application littérale de l'article 1413<sup>594</sup>.

---

<sup>591</sup> V. BREMOND, « Chaud et froid sur l'article 1415 du Code civil », *op. cit.*

<sup>592</sup> *Ibid.*

<sup>593</sup> Fr. TERRE et Ph. SIMLER, *Régimes matrimoniaux et statut patrimonial des couples non mariés*, *op. cit.*, n° 406.

<sup>594</sup> Cass. com., 20 févr. 1980, *Bull. civ.* 1980, IV, n° 87 : *D.* 1982, p. 19, obs. D. MARTIN.

Lorsque la complicité du tiers à la fraude n'est pas établie, les biens communs sont engagés. Cependant l'époux débiteur peut être tenu pour responsable d'une faute de gestion envers son conjoint, conformément à l'article 1421 du Code civil, et ainsi être condamné à des dommages-intérêts. Les dispositions qui viennent d'être évoquées sont applicables à l'époux qui gère un fonds de commerce. Concernant les actes préjudiciables à la communauté, on pourrait citer « des ventes à vil prix, ou encore des acquisitions particulièrement désavantageuses »<sup>595</sup>.

S'agissant de la sanction de la fraude, il existe un débat. L'article 1413 du Code civil fait échapper les biens communs au gage des créanciers. Cela signifie-t-il que l'engagement est frappé de nullité ou qu'il ne peut être exécuté que sur les biens propres de l'époux débiteur<sup>596</sup> ? L'article 1421 du Code civil interprété *a contrario* établit une inopposabilité au conjoint de l'acte accompli avec fraude et milite donc en faveur de la seconde solution. La majorité de la doctrine a également pris position pour cette dernière<sup>597</sup>. Néanmoins, la Cour de cassation semble avoir opté pour la nullité<sup>598</sup>. La nullité de l'acte entraîne nécessairement la disparition du gage dont les créanciers auraient été titulaires si l'acte avait été valable. Le sort du créancier est peu enviable, sa mauvaise foi se voyant sanctionnée. D'autres créanciers bénéficient d'une condition plus favorable, avec un gage qui dépasse les biens communs et les biens propres de l'époux débiteur.

## **B – L'extension du droit de poursuite des créanciers**

**138.** L'alinéa deux de l'article 1418 du Code civil prévoit que « s'il y a solidarité, la dette est réputée entrer en communauté du chef des deux époux ». L'ensemble du patrimoine

---

<sup>595</sup> LE GUIDE R., J.-Cl. Entreprise individuelle, *Régimes matrimoniaux, fasc. précit.*, n° 11.

<sup>596</sup> Sur la question de savoir si les revenus doivent dans ce cas faire partie du gage du créancier, v. J. FLOUR et G. CHAMPENOIS, *Les régimes matrimoniaux, op. cit.*, p. 256, n° 445 ; Fr. TERRE et Ph. SIMLER, *Régimes matrimoniaux et statut patrimonial des couples non mariés, op. cit.*, n° 406 ; et concernant les fruits des propres de l'époux débiteur, v. A. COLOMER, *Droit civil, Régimes matrimoniaux, op. cit.*, n° 822.

<sup>597</sup> En ce sens, R. CABRILLAC, *Droit des régimes matrimoniaux*, 10<sup>e</sup> éd., LGDJ, coll. Précis Domat Droit privé, 2019, n° 198. – J. FLOUR et G. CHAMPENOIS, *Les régimes matrimoniaux, op. cit.*, n° 445. – Fr. TERRE et Ph. SIMLER, *Régimes matrimoniaux et statut patrimonial des couples non mariés, op. cit.*, n° 406.

<sup>598</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 24 oct. 1977, *Bull. 1<sup>re</sup> civ.*, n° 382 ; D. 1978, jurispr. p. 290, note POISSON-DROCOURT. – Cass. 1<sup>re</sup> civ., 31 janv. 1984, *Bull. civ.* 1984, I, n° 38 ; D. 1984, inf. rap. p. 273, obs. D. MARTIN.

des époux est alors engagé. Autre implication, le créancier peut poursuivre un seul des époux et lui réclamer la totalité du montant de la dette<sup>599</sup>. Il n'a pas à diviser ses poursuites. La solidarité est très fréquente dans le monde de l'entreprise, car elle offre davantage de facilité et de sécurité au créancier. La solidarité peut avoir pour source la loi, la convention<sup>600</sup> ou l'usage. La solidarité résultant de la loi ou de l'usage ne sera pas examinée ici, car il s'agit de règles propres à la matière commerciale. Or la présente partie a pour objet les règles générales aux régimes matrimoniaux qui s'appliquent à l'entreprise. Il ne sera donc traité que de la solidarité stipulée conventionnellement. Celle-ci peut résulter d'un engagement pris par les époux, en amont, dans un contrat de mariage (I). Elle peut plus simplement découler d'un engagement pris par les époux directement auprès du créancier (II).

## I - L'extension du gage provenant du régime matrimonial

**139.** Par une clause d'administration conjointe de la communauté<sup>601</sup>, « les actes d'administration et de disposition des biens communs sont faits sous la signature conjointe des deux époux »<sup>602</sup>. Ils emportent alors « de plein droit solidarité des obligations »<sup>603</sup>. On retrouve ici une illustration du parallélisme entre la gestion des biens et l'engagement de ces derniers. Par exemple, lorsque les époux acquièrent des parts sociales, ils s'obligent solidairement au passif social. Et « la règle s'applique aux sociétés civiles bien que l'obligation indéfinie au passif social qui pèse légalement sur les associés ne soit en principe pas solidaire »<sup>604</sup>. On observe que les règles des régimes matrimoniaux perturbent le fonctionnement normal des sociétés.

De par les lourdeurs de gestion qu'elle engendre, la clause d'administration conjointe requiert une entente exemplaire et constante entre les époux. Cela explique qu'elle se rencontre rarement en pratique, et qu'elle soit particulièrement inadaptée dans le domaine de l'entreprise. De surcroît, les époux, connaissant les dangers de la société ou de

---

<sup>599</sup> Art. 1313 C. civ.

<sup>600</sup> Art. 1310 C. civ.

<sup>601</sup> V. *supra* § n° 95.

<sup>602</sup> Art. 1503, al. 2, C. civ.

<sup>603</sup> *Ibid.*

<sup>604</sup> F. COLLARD et Fr. VINCKEL, J.-Cl Sociétés Traité, *Capacité des contractants*, fasc. précit., n° 82.

l'entreprise, ont tendance à vouloir exposer au minimum leur patrimoine afin de protéger leur conjoint en cas de difficultés financières. De nombreux époux dont l'un est entrepreneur évitent le régime de communauté, car chaque époux engage ses propres et les biens communs. Ils préfèrent le régime de la séparation de biens ou celui de la participation aux acquêts. Par conséquent, opter pour une administration conjointe de la communauté et un engagement consécutif solidaire des biens communs semble très risqué. L'extension de l'assiette du gage des créanciers résulte le plus souvent d'engagements pris par les époux auprès des créanciers.

## II - L'extension du gage provenant des engagements pris par les époux

**140.** Le conjoint du débiteur peut choisir de s'engager personnellement et solidairement avec son époux envers le créancier. Nous avons déjà expliqué que le conjoint ne peut être poursuivi en paiement des dettes sociales dès lors qu'il n'a pas la qualité d'associé<sup>605</sup>. De plus, la cour d'appel de Paris avait condamné le conjoint *in solidum* avec son époux associé à supporter les dettes sociales. Or, fussent-ils associés, ils n'auraient pu être tenus que conjointement, car la responsabilité dans la société civile est conjointe et non solidaire<sup>606</sup>. En outre, la solidarité ne se présume pas, en vertu de l'article 1310 du Code civil. Ainsi, la Haute juridiction a pu énoncer qu'elle doit « ressortir clairement et nécessairement du texte constitutif de l'obligation »<sup>607</sup>. Elle a censuré un arrêt qui avait condamné solidairement le conjoint à supporter les dettes nées de l'exploitation par l'autre époux d'un fonds de commerce commun. Elle a affirmé que ledit conjoint n'était en cause qu'en sa qualité d'époux commun en biens et non pas en raison d'un engagement personnel qui aurait pu être de nature commerciale. Ses biens propres et ses gains et salaires échappent par conséquent au gage des créanciers.

En matière de cautionnement, le créancier sait que pour pouvoir poursuivre les biens communs, il doit faire intervenir le conjoint au titre de l'article 1415 du Code civil. Tant

---

<sup>605</sup> V. *supra* § n° 127.

<sup>606</sup> « Qualité d'associé de l'époux d'un associé de société civile commun en biens », *Dr. sociétés* n° 5, mai 2002, n° 86, note ss Cass. 3<sup>e</sup> civ., 20 févr. 2002.

<sup>607</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 28 avr. 1986, *Bull.* 1986, I, n° 108 : *D.* 1986, IR p. 396.

qu'à faire appel au conjoint, il peut préférer lui demander de s'engager personnellement et solidairement, afin que tous les biens des époux soient engagés. Les créanciers exigent souvent une telle sûreté, qui les protège efficacement. La pratique est courante dans les petites sociétés, ou à l'égard des principaux associés ou dirigeants<sup>608</sup>. La solidarité ne se présumant pas, elle doit être expressément stipulée. Cependant la jurisprudence a établi qu'« il appartient aux juges du fond de rechercher si elle ressort clairement et nécessairement du titre constitutif de l'obligation, alors même que celle-ci n'a pas été qualifiée de solidaire »<sup>609</sup>. Par conséquent, les époux doivent être vigilants par rapport aux termes employés, l'absence des mots « solidaire » ou « solidarité » n'étant pas déterminante.

## Conclusion du chapitre 2

**141.** On a pu observer à plusieurs reprises que le bon fonctionnement de l'entreprise nécessite une certaine indépendance des époux. Il n'est donc pas surprenant de constater que la présomption de pouvoir mobilière, qui assure leur indépendance, est favorable à l'entreprise, alors que la protection du logement de la famille, qui supprime l'indépendance, peut aller à l'encontre de l'intérêt de l'entreprise. Cependant, le toit abritant la famille, aux yeux du législateur comme de la jurisprudence, mérite une protection presque absolue. Cette tendance a été encore accentuée ces dernières années avec l'insaisissabilité de plein droit de la résidence principale<sup>610</sup>. Concernant les règles propres aux différents régimes matrimoniaux, certaines sont presque complètement écartées dans le domaine de l'entreprise. D'autres s'appliquent, mais en composant avec les particularités de la société. Quant aux règles du régime primaire, elles trouvent leur place, favorisant l'entreprise ou la perturbant.

Dans les situations simples de la vie de l'entreprise, les règles des régimes matrimoniaux concernant le droit de poursuite s'appliquent simplement. On ne peut pas en dire autant

---

<sup>608</sup> F. COLLARD et Fr. VINCKEL, J.-Cl. Sociétés Traité, *Capacité des contractants*, fasc. précit., n° 82.

<sup>609</sup> Cass. 3<sup>e</sup> civ., 26 janv. 2005, *Bull. civ.* 2005, III, n° 14.

<sup>610</sup> V. *infra* § n° 360 et s.

lorsque la situation est plus compliquée, comme dans le cadre d'une procédure collective. Les règles des régimes matrimoniaux et les règles de l'entreprise sont alors mises en concurrence et ces dernières priment sur les premières. Les difficultés proviennent du fait que les deux corps de règles ont des logiques et des objectifs différents. Le problème se pose autrement s'agissant de l'exigence de consentement du conjoint pour engager les biens communs par un emprunt ou un cautionnement. Il a fallu examiner si la proximité d'autres opérations avec l'emprunt ou avec le cautionnement justifiait une protection des époux au détriment des créanciers professionnels. Si les règles des régimes matrimoniaux semblent nuire à ces créanciers, ce n'est pas toujours le cas. Ils peuvent obtenir des époux qu'ils s'engagent solidairement et voir ainsi leur droit de poursuite étendu à l'ensemble des biens, selon lesdites règles.

L'application des règles générales aux régimes matrimoniaux concernant la gestion des biens n'apparaît pas homogène lorsqu'on compare l'entrepreneur individuel et l'associé. La présomption de pouvoirs en matière mobilière peut porter sur les biens de l'entreprise individuelle comme sur les valeurs mobilières ; la protection du logement de la famille s'applique dans le cadre de l'entreprise individuelle et, dans une certaine mesure, dans le cadre de la société. Néanmoins, les valeurs mobilières font l'objet d'une gestion concurrente, alors que cette gestion ne s'applique que de façon très résiduelle aux biens de l'entreprise individuelle. Les valeurs mobilières ont paru moins importantes aux yeux du législateur.

L'application des règles concernant le droit de poursuite des créanciers professionnels semble moins hétérogène : les règles qui s'appliquent à l'époux entrepreneur individuel peuvent également s'appliquer à l'époux associé ; mais souvent, dans ce dernier cas, il n'existe pas de difficulté particulière ni de spécificité dans l'application de la règle. Celle-ci s'applique avant tout parce que la personne a la qualité d'époux et il n'y a pas d'adaptation à effectuer en raison de la qualité d'associé. Par exemple, la protection des biens communs contre l'emprunt, le cautionnement et d'autres actes apparentés bénéficie à l'entrepreneur individuel et éventuellement à l'associé ; mais uniquement parce que ce dernier est auteur de l'acte. Il n'existe pas d'application spécifique dans le cadre social. De la même façon, l'extension du droit de poursuite des créanciers peut provenir d'engagements des époux, que l'entreprise soit exploitée sous la forme individuelle ou sous la forme sociale, sans réelle spécificité. Quant au principe de l'engagement des biens communs et des seuls biens propres de l'époux, il trouve à s'appliquer dans l'entreprise individuelle et dans la société ; mais dans

le contexte particulier des procédures collectives, ce principe est malmené. La difficulté ne se pose qu'en présence d'un débiteur personne physique, donc un entrepreneur individuel la plupart du temps.

## Conclusion du Titre 1

**142.** La qualification des biens de l'entreprise, leur gestion et le droit de poursuite des créanciers professionnels sont étroitement liés, par application des principes qui régissent les régimes matrimoniaux. Derrière une apparente simplicité dans l'application de ces règles générales, apparaissent de nombreuses hésitations ou complications dues à la spécificité des biens attachés à l'entreprise. Il a parfois été nécessaire d'adapter les règles des régimes matrimoniaux afin de pouvoir les appliquer à cette dernière. Parfois, l'application à l'entreprise des règles générales s'avère illusoire, les règles des régimes matrimoniaux propres à l'entreprise venant, de fait, les évincer. Tel est le cas de la gestion concurrente en régime communautaire. Elle a bien du mal à trouver sa place dans l'entreprise. De plus, certaines problématiques ne sont pas spécifiques au conjoint. Les solutions retenues sous le droit de l'indivision soulèvent des difficultés lorsqu'on essaie de les transposer dans le cadre de la société et peu importe la qualité d'époux ou non de l'indivisaire. Les règles de l'indivision doivent composer avec le droit des sociétés. Par ailleurs, on a également pu observer au travers des clauses d'agrément que le droit des sociétés a des moyens de défense contre les perturbations induites par le droit des régimes matrimoniaux. Les difficultés à appliquer les règles générales des régimes matrimoniaux à l'entreprise ne peuvent que faire prendre conscience de la nécessité qu'il y a eu à créer des règles des régimes matrimoniaux spécifiques à l'entreprise. Ces règles prennent en compte la double qualité de la personne, qui est en même temps mariée et entrepreneur.



## TITRE 2 - L'ENTREPRISE À L'ORIGINE DE RÈGLES DES RÉGIMES MATRIMONIAUX SPÉCIFIQUES

**143.** Se lancer dans l'entrepreneuriat est une expérience éminemment personnelle. Tout d'abord, l'entrepreneur doit être prêt à courir le risque financier inhérent à l'entreprise. De plus, ses qualités sont déterminantes dans sa réussite : il doit posséder de bonnes capacités de jugement, déceler les opportunités et savoir bien s'entourer. L'entreprise requiert autant de rapidité que de simplicité. L'indépendance apparaît donc essentielle. Celle-ci peut être définie comme l'« état de quelqu'un qui n'est tributaire de personne sur le plan matériel, moral, intellectuel »<sup>611</sup> et elle caractérise très bien l'état dans lequel l'entrepreneur doit se trouver pour réussir. Or, le mariage et les règles qui l'accompagnent pourraient constituer une entrave à la liberté de l'époux qui désire devenir entrepreneur. Des règles des régimes matrimoniaux propres à l'entreprise ont donc été créées. Par ailleurs, l'entreprise a bien entendu ses règles propres. Le monde de l'entreprise ayant son propre fonctionnement, ainsi que sa propre logique, il est parfois difficilement conciliable avec les régimes matrimoniaux. Dans certaines situations, il prévaut sur ces derniers. Par conséquent, l'entreprise exerce sur les régimes matrimoniaux une influence à deux niveaux. D'une part, elle agit en amont comme étant génératrice de règles des régimes matrimoniaux permettant de répondre aux besoins propres des entreprises. D'autre part, les règles relatives à l'entreprise interviennent en aval dans des situations régies également par les régimes matrimoniaux. Nous nous intéresserons donc à ces règles des régimes matrimoniaux propres à l'entreprise, nées du besoin primordial d'indépendance des époux (**Chapitre 1**), puis aux modifications opérées par l'entreprise dans le fonctionnement classique des régimes matrimoniaux (**Chapitre 2**).

---

<sup>611</sup> *Dictionnaire Larousse* consulté sur <https://www.larousse.fr/dictionnaires/francais/>, dernière consultation le 22 mai 2020.



## Chapitre 1 - L'indépendance des époux à l'origine de règles des régimes matrimoniaux spécifiques à l'entreprise

**144.** Les époux mariés sans contrat en 1804 étaient très inégaux face au régime légal. Frappée d'une incapacité naturelle, la femme mariée perdait la possibilité d'administrer et de disposer de ses biens. *A fortiori*, elle ne pouvait pas non plus effectuer ces actes sur les biens communs<sup>612</sup>. La situation de la femme mariée s'améliorait lorsqu'elle était marchande publique, ce qui impliquait qu'elle faisait un commerce séparé<sup>613</sup> de celui de son époux. Elle pouvait alors, sans l'autorisation de ce dernier, s'obliger pour ce qui concernait son commerce, et elle engageait alors les biens communs<sup>614</sup>. En 1804, le législateur avait déjà conscience que l'exercice du commerce nécessitait rapidité et souplesse. L'indépendance des époux permet de satisfaire à cet impératif. En outre, avec la création des biens réservés au début du vingtième siècle<sup>615</sup>, la femme mariée ayant la qualité de marchande a eu la possibilité d'administrer et de disposer des biens acquis au moyen de ses gains et salaires. Ainsi, l'exercice du commerce a pu jouer un rôle dans l'émancipation de la femme mariée. Les besoins du commerce ont conduit à établir des règles de qualification et de gestion des biens qui sont propres à l'entreprise.

Il faut cependant rappeler que pour exercer une profession, l'épouse devait obtenir l'autorisation de son mari. La loi du 13 juillet 1965<sup>616</sup> a accordé la liberté professionnelle aux femmes, puis la loi du 23 décembre 1985 a modifié l'article 223 du Code civil : désormais chacun des époux « peut librement exercer une profession, percevoir ses gains et salaires et en disposer après s'être acquitté des charges du mariage ». Cette disposition paraît très intéressante, parce que dans un premier temps, elle proclame l'indépendance professionnelle de chaque époux, ce qui va dans le sens de l'intérêt individuel ; et dans un second temps, elle la concilie avec l'entretien financier du ménage, dans l'intérêt global du couple marié. Par ailleurs, la loi de 1985 a également réalisé une égalité totale entre les

---

<sup>612</sup> V. *supra* § n° 94.

<sup>613</sup> L'épouse n'était pas réputée marchande publique lorsqu'elle ne faisait que détailler les marchandises de son mari, art. 220 ancien, al. 2 C. civ.

<sup>614</sup> Art. 220 al. 1<sup>er</sup> ancien C. civ.

<sup>615</sup> V. *supra* § n° 8.

<sup>616</sup> Loi n° 65-570 du 13 juillet 1965 portant réforme des régimes matrimoniaux.

époux. Les époux ont un pouvoir de gestion exclusive sur leurs biens propres et un pouvoir de gestion concurrente sur les biens communs. Pour autant, la spécificité de l'entreprise ne peut pas être effacée : des règles dérogatoires au droit commun, permettant d'assurer l'indépendance de l'époux entrepreneur, ont vu le jour. Nous examinerons ces règles (section 1). Dans certains cas, le législateur considère que l'intérêt de la communauté doit passer avant celui de l'entreprise. Il sacrifie donc, dans une certaine mesure, l'indépendance de l'époux (section 2).

## **Section 1 - L'indépendance de l'époux entrepreneur**

**145.** Cette indépendance peut être obtenue par la nature ou par la gestion du bien. Il est possible de qualifier le bien de propre (§1), ce qui entraîne la gestion exclusive, ou de recourir directement à la gestion exclusive s'agissant de certains biens communs : ceux qui sont nécessaires à l'exercice de la profession d'un époux (§2).

### **§1 - L'indépendance par la qualification de biens propres : titres composant les biens ou biens eux-mêmes propres par nature**

**146.** Afin de garantir l'indépendance de l'époux entrepreneur, le législateur a expressément conféré la qualité de propre à certains biens et droits. D'autres ont été déclarés propres par la jurisprudence en application du principe général énoncé à l'article 1404 du Code civil : tous les biens qui ont un caractère personnel et tous les droits exclusivement attachés à la personne sont propres. Par ailleurs, au sein des biens propres, une autre distinction, plus significative, peut être effectuée entre les biens et les droits purement et simplement propres (A) d'une part, et les biens partiellement propres (B) d'autre part.

#### **A - Les biens et droits entièrement propres**

**147.** Les biens entièrement propres ayant un caractère personnel s'avèrent être des biens meubles corporels. Il s'agit des instruments de travail (I). Nous les examinerons avant

de nous pencher sur les droits attachés à la personne, et plus particulièrement sur le droit au bail rural (II).

## **I - Les biens meubles corporels de caractère personnel : les instruments de travail**

**148.** En vertu de l'article 1404, alinéa deux, du Code civil, les instruments de travail qui constituent l'accessoire d'un fonds de commerce ou d'une exploitation forment des propres par nature lorsqu'ils sont nécessaires à la profession de l'un des époux. À titre d'exemple, la Cour de cassation a pu qualifier de propres des marchandises faisant partie d'un fonds de commerce propre<sup>617</sup> ou encore un véhicule automobile accessoire d'un cabinet d'assurance propre<sup>618</sup>. La qualification de bien propre des instruments de travail aurait pu résulter de l'article 1406 du Code civil qui énonce que les biens acquis à titre d'accessoires d'un bien propre sont également propres. Cependant le législateur a préféré établir clairement la nature de propre des instruments de travail. Dans le cas où des deniers communs auraient été employés, la communauté a droit à une récompense, ce qui évite de l'appauvrir<sup>619</sup>. L'utilité de la qualification est de faire échapper au partage ces instruments acquis pendant le mariage en cas de dissolution de la communauté, afin que l'époux ne soit pas gêné dans l'exercice de sa profession<sup>620</sup>. Une exception concerne les instruments de travail qui sont « l'accessoire d'un fonds de commerce ou d'une exploitation faisant partie de la communauté ». Le « lien économique » existant entre le fonds ou l'exploitation « l'emporte alors sur le lien personnel avec l'époux »<sup>621</sup>.

On observe ici qu'un équilibre est trouvé entre l'indépendance de l'époux entrepreneur, la préservation de l'unité économique de l'entreprise, déjà invoquée concernant le sort des accroissements de l'entreprise et l'intérêt de la communauté. D'une part, il n'y a pas d'appauvrissement de la communauté, car une récompense est due à celle-ci dans l'hypothèse où des fonds communs ont été employés. D'autre part, l'article 1404, alinéa

---

<sup>617</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 23 janv. 1979, *Bull. civ.* I n° 32 : *Defrénois* 1979, art. 31954, p. 624, note A. COLOMER.

<sup>618</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 8 nov. 1989, *Bull.* 1989, I, n° 340 p. 229 : *JCP N* 1991, II, p. 161, obs. Ph. SIMLER.

<sup>619</sup> Fr. TERRE et Ph. SIMLER, *Régimes matrimoniaux et statut patrimonial des couples non mariés, op. cit.*, n° 300.

<sup>620</sup> *Ibid.*

<sup>621</sup> *Ibid.*

deux, du Code civil ne vide pas non plus la communauté de sa substance, compte tenu du domaine restreint de l'article. Premièrement, la qualification de propre ne vise que les instruments de travail qui constituent l'accessoire d'un fonds de commerce ou d'une exploitation, et non le fonds ou l'exploitation eux-mêmes<sup>622</sup>. La qualification du fonds et de l'exploitation obéit donc aux règles générales des régimes matrimoniaux. Deuxièmement, l'exception des instruments de travail accessoires d'un fonds commun ou d'une exploitation commune est logique et permet également de ne pas déposséder la communauté. Troisièmement, il faut souligner que la notion d'« instruments de travail nécessaires à la profession » doit être réservée au matériel, excluant de la qualification de propre les parts et actions de société<sup>623</sup>. On s'aperçoit alors que les biens meubles corporels propres par nature constituent une catégorie très réduite au sein de l'entreprise, tout comme celle des droits attachés à la personne dont il va être question ci-dessous.

## II - Les droits attachés à la personne : le droit au bail rural

**149.** La jurisprudence a décidé en 1958 que « le bail rural, strictement personnel, incessible et auquel est dénié toute valeur patrimoniale, ne saurait entrer en communauté »<sup>624</sup>. Elle a de nouveau utilisé cette formule en 1980<sup>625</sup>, mais en retirant la référence à l'absence de valeur patrimoniale du bail rural. Soit l'un des époux est le seul preneur, auquel cas le bail lui est propre, soit les deux époux sont titulaires du bail, auquel cas ce dernier est indivis entre les époux et propre à chacun par nature. Il a pu être jugé qu'un corps de ferme acquis au cours du mariage était propre parce qu'il constituait l'accessoire d'une exploitation agricole elle-même propre de par le caractère propre du bail rural<sup>626</sup>. La qualification du bail rural a fait l'objet de critiques. Tout d'abord, la solution contraste avec

---

<sup>622</sup> *Ibid.*

<sup>623</sup> CA Paris, 25 oct. 2005 : JurisData n° 2005-288188, n° 04/23368.

<sup>624</sup> Cass. soc., 27 févr. 1958, *Bull. civ.* IV, n° 301 et 302 : *JCP* 1958, II, 10892 note P. OURLIAC et M. DE JUGLART.

<sup>625</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 21 juill. 1980, *Bull. civ.* 1980, I, n° 227 : *Defrénois* 1980, art. 32503, note G. CHAMPENOIS ; *Gaz. Pal.* 1981, 2, p. 450, note E. DE LA MARNIERRE ; *RTD civ.* 1981, p. 189, obs. J. PATARIN.

<sup>626</sup> *Ibid.*

celle retenue par la jurisprudence concernant les baux d'habitation<sup>627</sup>. Celle-ci avait affirmé que « le droit au bail<sup>628</sup> constituait un bien incorporel présentant une valeur pécuniaire qui, à ce titre, devait figurer à l'actif de la communauté »<sup>629</sup>. Nier la valeur patrimoniale du bail rural n'est pas réaliste et de surcroît, la différence de traitement avec le bail d'habitation paraît injustifiée.

De plus, de nombreuses règles tendent « à reconnaître une dimension familiale »<sup>630</sup> au bail rural. Certaines rendent possible une transmission du bail dans le cadre familial. Le preneur peut, dans certaines conditions, céder le bail à son conjoint, à son partenaire de PACS ou à ses descendants<sup>631</sup>. En cas de décès du preneur, le bail continue au profit de ces mêmes personnes<sup>632</sup>. D'autres règles font intervenir le conjoint dans la gestion : lorsqu'il participe à l'exploitation, il bénéficie d'un mandat tacite d'accomplir les actes d'administration<sup>633</sup> et l'époux titulaire du bail ne peut sans son consentement exprès résilier, céder le bail ou s'obliger à ne pas en demander le renouvellement<sup>634</sup>. La « protection des intérêts du conjoint » et la « volonté de l'associer aux décisions »<sup>635</sup> qui sont à l'origine de ces règles vont à l'encontre du caractère strictement personnel du bail rural. Elles militent en faveur d'une entrée en communauté lorsque le bail est conclu pendant le mariage même si elles ne remettent pas en cause techniquement le caractère propre du bail. Cependant, certains auteurs<sup>636</sup> vont jusqu'à classer les baux ruraux dans les « biens mixtes » comme étant « en même temps propres et communs ». Par ailleurs, l'incessibilité du bail rural, l'un des fondements de la qualification de propre, est fortement critiquée. D'une part,

---

<sup>627</sup> A. JALLAIS, J.-Cl. Not. Form., V° Exploitation agricole, *Conjoint d'exploitant agricole*, Fasc. 30, n° 97.

<sup>628</sup> Soumis à la loi n° 48-1360 du 1 septembre 1948 portant modification et codification de la législation relative aux rapports des bailleurs et locataires ou occupants de locaux d'habitation ou à usage professionnel et instituant des allocations de logement.

<sup>629</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 28 févr. 1961, *Bull. civ.* 130 : D. 1961, 607 ; JCP 1961, II, 12232, note R. SAVATIER ; *Deffrénois* 1962, 28180.

<sup>630</sup> Fr. TERRE et Ph. SIMLER, *Régimes matrimoniaux et statut patrimonial des couples non mariés*, op. cit., n° 319.

<sup>631</sup> V. *infra* § n° 405.

<sup>632</sup> Art. L 411-34 C. rur.

<sup>633</sup> V. *infra* § n° 439.

<sup>634</sup> Art. L. 411-68 C. rur. V. *infra* § n° 191.

<sup>635</sup> Fr. TERRE et Ph. SIMLER, *Régimes matrimoniaux et statut patrimonial des couples non mariés*, op. cit., n° 319.

<sup>636</sup> Ph. MALAURIE et L. AYNES, *Droit des régimes matrimoniaux*, op. cit., n° 376.

l'incessibilité ne joue que dans les rapports entre preneur et bailleur et connaît une exception concernant le conjoint<sup>637</sup> : le bail est cessible au profit de ce dernier avec l'accord du bailleur<sup>638</sup>. D'autre part, plus largement, il est de moins en moins incessible depuis la création du bail cessible hors du cadre familial<sup>639</sup>. Un moyen de concilier les intérêts de l'époux entrepreneur et ceux de la communauté peut être la qualification de propre, mais en tempérant ce caractère par diverses règles et en apportant des restrictions au pouvoir de gestion exclusive. Un autre moyen consiste à conférer au bien une nature hybride.

## **B - Les biens partiellement propres**

**150.** Il semble que certains biens soient strictement attachés à la personne d'un époux. Pourtant, en raison de leur importance pécuniaire, il n'est pas envisageable de les rendre propres purement et simplement. Nous nous pencherons sur le sort des offices ministériels et des clientèles civiles (I) avant d'examiner celui des droits sociaux non négociables (II).

### **I - Les offices ministériels et les clientèles civiles**

**151.** Le caractère personnel du titre d'officier ministériel, délivré par l'autorité gouvernementale, a toujours été évident. Avant la loi du 13 juillet 1965, le régime légal était celui de la communauté de meubles et acquêts. Les offices ministériels devaient tomber en communauté en tant qu'acquêts lorsqu'ils étaient créés ou acquis pendant le mariage, et en tant que meubles lorsque l'époux en était titulaire avant le mariage. La jurisprudence avait donc inventé une distinction originale entre le titre, qui restait propre à l'époux, et la finance, c'est-à-dire la valeur patrimoniale de l'office, qui entrait en communauté<sup>640</sup>. Cette distinction

---

<sup>637</sup> Fr. TERRE et Ph. SIMLER, *Régimes matrimoniaux et statut patrimonial des couples non mariés*, op. cit., n° 319.

<sup>638</sup> Art. L. 411-35 C. rur.

<sup>639</sup> Art. L. 418-1 et s. C. rur.

<sup>640</sup> Cass. civ., 4 janv. 1853 : *DP* 1853, I, p. 73 ; *S.* 1853, I, p. 568. – Cass. req., 6 janv. 1880 : *DP* 1880, I, p. 361 ; *S.* 1881, I, p. 49, note X. LABBÉ. – Cass. 1<sup>re</sup> civ., 21 oct. 1959 : *JCP G* 1959, II, 11353, note S. BECQUÉ ; *Gaz. Pal.* 1960, I, p. 44.

a été ensuite appliquée aux clientèles de professions libérales<sup>641</sup>, car les qualités et diplômes requis pour exercer ces professions démontraient leur caractère personnel. La loi du 13 juillet 1965 a effectué certains changements. D'une part, le régime légal étant devenu la communauté réduite aux acquêts, les offices ou clientèles constitués ou acquis avant le mariage étaient nécessairement propres. Ainsi, seuls les offices ou clientèles créés ou acquis au cours du mariage soulevaient des interrogations. D'autre part, l'article 1404 du Code civil déclarait « propres par leur nature, quand même ils auraient été acquis pendant le mariage, (...) tous les droits exclusivement attachés à la personne ».

Une majorité d'auteurs<sup>642</sup> a plaidé en faveur de l'abandon de la distinction du titre et de la finance et de la qualification de bien exclusivement propre. Ils souhaitaient qu'une récompense puisse être accordée à la communauté afin d'obtenir le même résultat que celui obtenu précédemment. Néanmoins à défaut de sommes prélevées sur la communauté et de profit tiré par le patrimoine propre, l'article 1437 du Code civil s'opposait à cette solution<sup>643</sup>. De plus, la distinction du titre et de la finance a trouvé ses partisans<sup>644</sup>. La qualification de propre aurait conféré à l'époux un pouvoir de disposition exclusif sur les deniers retirés de la cession de l'office ou de la clientèle et il aurait été libre de les réinvestir comme il le souhaitait, appauvrissant ainsi la communauté<sup>645</sup>. On a aussi pu écrire que cette qualification aurait exagéré la personnalisation de la profession<sup>646</sup>. Quant à la qualification hybride, elle permet de laisser toute latitude à l'époux dans la gestion de son office ou de sa clientèle, mais si celle-ci vient à être cédée, le prix dépend de la communauté. En outre, lors de la dissolution de la communauté, l'office ou le fonds libéral n'est pas susceptible d'un partage

---

<sup>641</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 27 avr. 1982, *Bull. civ.* 1982, I, n° 145 ; *JCP G* 1982, IV, 236. – Cass. 1<sup>re</sup> civ., 17 déc. 1996, *Bull. civ.* 1996, I, n° 449 ; *JCP G* 1997, I, 4047, n° 16, obs. Ph. SIMLER ; *Defrénois* 1997, art. 36526, p. 411, obs. M. GRIMALDI.

<sup>642</sup> V. notamment J. PATARIN et G. MORIN, *La réforme des régimes matrimoniaux*, t. 1, *Statut fondamental et régime légal*, Defrénois, 4<sup>e</sup> éd. 1977, n° 151 ; G. MARTY et P. RAYNAUD, *Droit civil, Les régimes matrimoniaux*, op. cit., n° 189 bis.

<sup>643</sup> Fr. TERRE et Ph. SIMLER, *Régimes matrimoniaux et statut patrimonial des couples non mariés*, op. cit., n° 310.

<sup>644</sup> M.-Cl. LAMBERT-PIERI, « L'avenir de la distinction du titre et de la finance dans la communauté légale (à propos des clientèles civiles et des offices ministériels) », *D.* 1982, chron. p. 65 ; A. LAMBOLEY, « Entreprise libérale et régimes matrimoniaux, un droit encore incertain », in *Mélanges offerts à André Colomer*, Litec, 1993, p. 197 et s.

<sup>645</sup> Fr. TERRE et Ph. SIMLER, *Régimes matrimoniaux et statut patrimonial des couples non mariés*, op. cit., n° 310.

<sup>646</sup> NOTAIRES DE FRANCE, *Vie professionnelle et famille, place au contrat*, op. cit., n° 1020.

en nature. La distinction du titre et de la finance « vise à renforcer l'indépendance de gestion de l'entrepreneur, en le rendant débiteur d'une simple valeur »<sup>647</sup>.

La Cour de cassation a décidé de maintenir cette distinction dans deux arrêts du 12 janvier 1994<sup>648</sup>. Elle a énoncé dans l'un d'eux, s'agissant d'un dentiste, que « la clientèle civile d'un époux exerçant une profession libérale [devait] figurer dans l'actif de la communauté pour sa valeur patrimoniale, comme constituant un acquêt provenant de l'industrie personnelle de cet époux, et non un propre par nature avec charge de récompense »<sup>649</sup>. La conception de bien propre par nature en vertu de l'article 1404 du Code civil a donc été totalement balayée. La jurisprudence a également appliqué la distinction à la concession d'une exploitation de conchyliculture. Ces concessions étant accordées par l'administration, elles impliquent une exploitation personnelle par le concessionnaire et « ne sont cessibles qu'avec l'autorisation de l'administration et au profit seulement de personnes remplissant elles-mêmes les conditions requises pour exploiter ». Ainsi, « ces concessions ont un caractère personnel » et seule la valeur patrimoniale des parcs à huîtres tombe en communauté<sup>650</sup>. Le même raisonnement a été suivi concernant les officines de pharmacie, dont la propriété est « réservée aux personnes titulaires du diplôme de pharmacien » ; mais « la valeur du fonds tombe en communauté »<sup>651</sup>. Certains auteurs proposent d'aller encore plus loin en qualifiant de biens communs l'office ou la clientèle civile tout en confiant à l'époux la gestion exclusive de ces biens<sup>652</sup>. L'un des arguments est qu'il n'y a pas lieu de distinguer le médecin du boulanger à l'heure où tout métier requiert des qualifications

---

<sup>647</sup> *Id.*, n° 1025.

<sup>648</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 12 janv. 1994, *Bull. civ.* 1994, I, n° 10 : *D.* 1994, p. 311, note R. CABRILLAC ; *D.* 1995, somm. p. 41, obs. M. GRIMALDI ; *Defrénois* 1994, art. 430, obs. L. AYNÈS ; *JCP G* 1994, I, 3785, obs. Ph. SIMLER ; *JCP N* 1994, II, 329, note J.-Fr. PILLEBOUT ; *RTD civ.* 1996, p. 229, obs. B. VAREILLE. – Cass. 1<sup>re</sup> civ., 12 janv. 1994, *Bull. civ.* 1994, I, n° 11 : *D.* 1994, p. 311, note R. CABRILLAC ; *D.* 1995, somm. p. 41, obs. M. GRIMALDI ; *JCP G* 1994, I, 3785, obs. Ph. SIMLER ; *JCP N* 1994, II, 329, note J.-Fr. PILLEBOUT ; *RTD civ.* 1996, p. 229, obs. B. VAREILLE.

<sup>649</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 12 janv. 1994, *Bull. civ.* 1994, I, n° 11, *précit.*

<sup>650</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 8 déc. 1987, *Bull. civ.* 1987, I, n° 333 : *D.* 1989, p. 61, note P. MALAURIE ; *JCP G* 1989, II, 21336, obs. Ph. SIMLER ; *Defrénois* 1983, art. 533, obs. G. CHAMPENOIS.

<sup>651</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 18 oct. 2005, *Bull. civ.* 2005, I, n° 373 : *JCP G* 2006, I, 141, n° 17, obs. Ph. SIMLER ; *Defrénois* 2006, art. 177, note J. SOUHAMI ; *AJ Fam.* 2006, p. 115, obs. P. HILT ; *RJPF* 2006, 2/30, note F. VAUVILLE.

<sup>652</sup> Fr. TERRE et Ph. SIMLER, *Régimes matrimoniaux et statut patrimonial des couples non mariés*, *op. cit.*, n° 310.

précises<sup>653</sup>. La distinction du titre et de la finance ayant été appliquée également aux droits sociaux non négociables, elle semble toutefois avoir encore de beaux jours devant elle.

## II - Les parts sociales

**152.** Les débats ont été nombreux concernant la qualification des parts sociales, c'est-à-dire celles des SNC, sociétés civiles, SCS et des SARL. La distinction du titre et de la finance, initialement appliquée aux offices ministériels et aux clientèles civiles, avait été retenue par la jurisprudence s'agissant de la propriété des droits sociaux non négociables<sup>654</sup> acquis pendant le mariage. Le titre, c'est-à-dire la qualité d'associé, restait propre à l'époux, tandis que la finance, correspondant à la valeur des parts, entrait en communauté. La loi du 13 juillet 1965 a établi au travers de l'article 1404 du Code civil le caractère propre par nature des biens ayant un caractère personnel. Certains auteurs ont alors considéré que les parts sociales devaient recevoir la qualification de bien propre par nature, en raison de l'*intuitus personae* régnant dans les sociétés de personnes et les SARL, seule une récompense étant alors attribuée à la communauté<sup>655</sup>. D'autres auteurs au contraire, ont estimé que l'article 1424 du Code civil, en imposant la cogestion pour disposer des parts sociales, démontrait la nature commune de celles-ci<sup>656</sup>. Enfin, un troisième groupe d'auteurs soutenait le maintien de la distinction du titre et de la finance, éventuellement en effectuant certaines modifications<sup>657</sup>. L'enjeu était de concilier plusieurs intérêts en présence : l'époux associé a besoin d'indépendance pour gérer ses parts sociales et pour prendre les décisions au sein de la société ; son conjoint a un intérêt financier à ce que les parts entrent en communauté ou à ce que celle-ci reçoive une récompense ; enfin il est dans l'intérêt de la

---

<sup>653</sup> NOTAIRES DE FRANCE, *Vie professionnelle et famille, place au contrat, op. cit.*, n° 1025.

<sup>654</sup> Cass. req., 13 nov. 1860 : *DP* 1861, 1, p. 198. – Cass. req., 13 avr. 1921, *DP* 1921, 1, p. 167. – Cass. civ., 19 mars 1957 : *D.* 1958, jurispr. p. 170, LE GALCHER-BARON ; *JCP G* 1958, II, 10517, note D. BASTIAN. – Cass. com., 20 janv. 1971 : *JCP G* 1971, II, 16795, note J.-D. – Cass. 1<sup>re</sup> civ., 22 déc. 1969 : *JCP G* 1970, II, 16473, note J. PATARIN ; *D.* 1970, p. 668, note G. MORIN.

<sup>655</sup> Notamment Ch. AUBRY et Ch. RAU, *Droit civil français*, t. VIII, *précit.* n° 167.

<sup>656</sup> Notamment J. PATARIN et G. MORIN, *La réforme des régimes matrimoniaux : étude de la loi n° 65-570 du 13 juillet 1965*, t. I, 4<sup>e</sup> éd., Defrénois, 1977, n° 152.

<sup>657</sup> Notamment A. COLOMER, « La nature juridique des parts de sociétés au regard du régime matrimonial », *Defrénois* 1979, art. 32034, p. 897, spécialement n° 79 ; J. DERRUPPE, « Régime de communauté et droit des sociétés », *JCP G* 1971, I, 2403.

société d'avoir des associés dotés d'un véritable *affectio societatis* et que des personnes extérieures, les conjoints notamment, ne puissent pas s'immiscer dans la gestion sociale.

La loi du 10 juillet 1982<sup>658</sup> a introduit de nouveaux éléments qui ont relancé et alimenté le débat sur la nature des droits sociaux non négociables<sup>659</sup>. L'article 1832-2 du Code civil, issu de cette loi, prévoit que lorsque des biens communs sont employés pour faire un apport ou acquérir des parts sociales, la qualité d'associé est reconnue à celui des époux qui fait l'apport ou réalise l'acquisition. Informé de l'apport des biens communs, le conjoint de l'apporteur se voit offrir la possibilité de devenir lui aussi associé à condition d'être accepté ou agréé par les associés<sup>660</sup>. Si l'article 1832-2 détermine lequel des époux a la qualité d'associé et semble consacrer la distinction du titre et de la finance, il ne précise pas la nature commune ou propre des droits sociaux. Différentes thèses ont donc vu le jour quant à la qualification de ceux-ci<sup>661</sup>. Celle du caractère propre de la qualité d'associé et du caractère commun de la valeur des parts a le soutien d'une partie importante de la doctrine<sup>662</sup>. La Cour de cassation a continué à faire application de la distinction du titre et de la finance s'agissant des parts d'un GAEC<sup>663</sup>. Cette dissociation concilie au mieux « ces deux impératifs que sont l'*intuitus personae* »<sup>664</sup> dans les sociétés de personnes et les SARL d'une part, « et le caractère communautaire du régime matrimonial »<sup>665</sup> d'autre part. La nature propre du titre d'associé assure à l'époux titulaire dudit titre une participation sereine et indépendante à la vie sociale.

En outre, selon le Professeur François Vinckel, le fait que la qualité d'associé appartienne seulement à l'époux ayant effectué l'apport ou réalisé l'acquisition résulte très

---

<sup>658</sup> Loi n° 82-596 relative aux conjoints d'artisans et de commerçants travaillant dans l'entreprise familiale.

<sup>659</sup> Fr. TERRE et Ph. SIMLER, *Régimes matrimoniaux et statut patrimonial des couples non mariés*, op. cit., n° 312.

<sup>660</sup> V. *infra* § n° 166.

<sup>661</sup> Pour un aperçu synthétique de ces thèses, V. Fr. TERRE et Ph. SIMLER, *Régimes matrimoniaux et statut patrimonial des couples non mariés*, op. cit., n° 312.

<sup>662</sup> V. notamment Fr. TERRE et Ph. SIMLER, *Régimes matrimoniaux et statut patrimonial des couples non mariés*, op. cit., n° 313 ; A. CHAMOULAUD-TRAPIERS, Rép. civ. Dalloz *précit.*, n° 290-291.

<sup>663</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 9 juill. 1991, *Bull. civ. I*, n° 232 : *Defrénois* 1991. 1333, obs. P. LE CANNU ; *JCP N* 1992, II, p. 378, n° 11, obs. Ph. SIMLER ; *Bull. Joly* 1991, p. 1030, note D. BRELET et M.-P. MADIGNIER.

<sup>664</sup> J. REVEL et L. TAUDIN, J.-Cl. Sociétés form., *Droit général des sociétés*, Fasc. C-18, *Formation du contrat de société – Société entre époux*, n° 41.

<sup>665</sup> *Ibid.*

naturellement de l'effet relatif du contrat de société<sup>666</sup>. Il explique que l'apport ou l'achat des parts traduit le consentement au contrat de société. Ces opérations révèlent l'*affectio societatis* de l'époux. À l'inverse, le conjoint qui n'effectue pas d'apport n'en manifeste aucun. Pour montrer sa volonté de participer au contrat de société, il peut effectuer un apport ou une acquisition de parts, ou encore bénéficier de la faculté offerte par l'article 1832-2 du Code civil en notifiant à la société son intention de devenir associé. On exclut que le conjoint devienne associé « par hasard », du seul fait de l'apport de biens communs effectué par l'autre époux. Lorsque le conjoint est un tiers au contrat de société, il n'a pas le droit d'intervenir, sauf dans certaines circonstances exceptionnelles de crise. Cette analyse du Professeur Vinckel nous semble tout à fait pertinente. Ainsi, seul l'époux associé peut exercer les droits qu'il tient du contrat de société. Par exemple, son conjoint non associé n'aura ni le droit de vote, ni le droit de participer aux assemblées générales, ni le droit d'exercer l'action sociale *ut singuli*. La Cour de cassation a d'ailleurs décidé qu'il n'avait pas la qualité à agir en remboursement du compte courant d'associé dont l'autre époux était seul titulaire, peu importe que la somme provenant de ce remboursement soit commune<sup>667</sup>.

La qualification hybride assure à l'époux associé l'indépendance indispensable à la gestion de la société tout en sauvegardant les intérêts de la communauté. La spécificité des offices ministériels, des clientèles civiles et des parts sociales, qui présentent un caractère personnel à l'un des époux, mais également une grande valeur, a justifié la création de cette qualification singulière. L'entrepreneur individuel libéral et l'associé de sociétés de personnes reçoivent un traitement différent de l'entrepreneur individuel dans les autres secteurs et de l'associé de sociétés de capitaux. L'indépendance peut également passer par la qualification de bien commun couplée à la gestion exclusive.

## §2 - L'indépendance par la gestion exclusive des biens professionnels

**153.** En vertu de l'article 1421, alinéa deux, du Code civil, « l'époux qui exerce une profession séparée a seul le pouvoir d'accomplir les actes d'administration et de disposition

---

<sup>666</sup> F. COLLARD et Fr. VINCKEL, J.-Cl. Sociétés Traité, *Capacité des contractants*, fasc. précit., n° 8 et 48.

<sup>667</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 9 févr. 2011, *Bull.* 2011, I, n° 27 : *JCP N* 2011, 1191, note J.-P. GARÇON ; *Dr. sociétés* 2011, comm. 64, note M.-L. COQUELET.

nécessaires à celle-ci ». Cette disposition permet de garantir l'indépendance de l'époux professionnel proclamée à l'article 223 du Code civil. De façon classique, nous nous intéresserons au champ d'application de la gestion exclusive des biens professionnels (A), avant de nous pencher sur son régime (B).

## **A - Le domaine de la gestion exclusive des biens professionnels**

**154.** Il convient de délimiter les biens et les actes soumis à la gestion exclusive (I), puis de déterminer quels époux peuvent en bénéficier (II).

### **I - Les biens et les actes soumis à la gestion exclusive**

**155.** La gestion exclusive des biens professionnels ne concerne que les biens communs. S'agissant des biens propres, la gestion exclusive est applicable en vertu des articles 225 et 1428 du Code civil. Mis à part le fait que les biens soumis à la gestion exclusive sont communs, l'article 1421 ne livre aucune autre information quant à ces biens. Il ne vise que les actes nécessaires à la profession<sup>668</sup>. Il faut comprendre les « actes de gestion patrimoniale que l'activité professionnelle d'un époux rend nécessaires »<sup>669</sup>. Le Professeur Vincent Brémond observe qu'en pratique, l'acte nécessaire à la profession porte le plus souvent sur un bien à caractère professionnel ; néanmoins la loi ne pose pas cette condition<sup>670</sup>. Par conséquent, la gestion exclusive pourrait porter sur un bien non professionnel à partir du moment où l'acte est nécessaire à la profession. L'article 1421, alinéa deux, a une influence susceptible de s'étendre à d'autres biens que ceux qui ont un caractère professionnel.

De plus, la gestion exclusive couvre les actes d'administration et de disposition. Deux conséquences peuvent être tirées de cette proposition. Tout d'abord, il conviendrait de

---

<sup>668</sup> La justification est que le législateur ne souhaitait pas ressusciter des biens réservés à la gestion de l'époux professionnel, v. G. CORNU, *Les régimes matrimoniaux, op. cit.*, n° 67, p. 359. Sur cette notion d'« actes nécessaires à la profession », V. V. BREMOND, J.-Cl. Civil Code, Art. 1421 à 1432, *Communauté légale*, Fasc. 10, *Administration des biens communs - Répartition ordinaire des pouvoirs*, n° 79.

<sup>669</sup> G. CORNU, *Les régimes matrimoniaux, op. cit.*, n° 67 p. 359. Sur le critère de l'affectation professionnelle du bien, v. J. FLOUR et G. CHAMPENOIS, *Les régimes matrimoniaux, op. cit.*, n° 359. Contre ce critère, v. G. CORNU, *Les régimes matrimoniaux, op. cit.*, n° 71, p. 376.

<sup>670</sup> V. BREMOND, J.-Cl. Civil Code, Art. 1421 à 1432, *Communauté légale*, fasc. précit., n° 74.

considérer que par défaut, les actes conservatoires restent soumis à la gestion concurrente en vertu de l'article 1421, alinéa premier, du Code civil. Ensuite, les actes soumis à la gestion exclusive pourraient, dans d'autres circonstances, faire partie de ceux qui sont soumis à la gestion concurrente de l'alinéa premier de l'article 1421 du Code civil, dans la mesure où ils portent sur des biens communs et concernent des actes de même importance<sup>671</sup>. Ainsi, l'époux professionnel n'obtient pas davantage de pouvoir qu'il en aurait dans le cadre de la gestion concurrente. L'alinéa deux a seulement pour effet d'ôter son pouvoir de gestion concurrente au conjoint non professionnel, afin d'offrir à l'autre époux un monopole<sup>672</sup>. Il reste à analyser les conditions qui devront être remplies pour que cet époux soit bénéficiaire du monopole.

## II - L'époux bénéficiaire de la gestion exclusive

**156.** Seul l'époux qui exerce une profession séparée bénéficie de la gestion exclusive. Il convient de déterminer dans quels cas cette condition est remplie, outre la situation où il exploite absolument seul. Lorsque chacun des époux est à la tête d'entreprises distinctes, il faut considérer la profession comme séparée. D'autres hypothèses semblent plus complexes. Dans le cas où le conjoint est salarié de l'autre époux, l'existence du lien de subordination caractérisant le contrat de travail s'oppose à ce que l'époux employeur soit mis en concurrence avec le conjoint salarié pour des actes nécessaires à la conduite de l'entreprise<sup>673</sup>. Cela amène à déduire que l'époux employeur exerce une activité séparée et bénéficie de la gestion exclusive. Concernant le conjoint collaborateur, il ne perçoit pas de rémunération au titre de sa participation à l'exploitation<sup>674</sup> et n'exerce donc pas une profession au sens strict<sup>675</sup>. Ainsi, l'époux chef d'entreprise doit être considéré comme exerçant une profession séparée, avec l'indépendance accordée par l'article 1421, alinéa

---

<sup>671</sup> *Id.*, n° 79.

<sup>672</sup> G. CORNU, *Les régimes matrimoniaux*, *op. cit.*, n° 71 p. 373 ; Ph. SIMLER, J.-Cl. Civil Code, Art. 1421 à 1432, *Communauté légale*, Fasc. 10, *Administration des biens communs, Répartition légale des pouvoirs*, n° 59.

<sup>673</sup> Ph. SIMLER, J.-Cl. Civil Code, Art. 1421 à 1432, *Communauté légale*, fasc. précit., n° 66.

<sup>674</sup> Art. R. 121-1 C. com.

<sup>675</sup> V. BRÉMOND, J.-Cl. Civil Code, Art. 1421 à 1432, *Communauté légale*, fasc. précit., n° 77 et n° 78. *Id.* concernant l'argument contraire et le débat.

deux, du Code civil<sup>676</sup>. En revanche, il n'y a pas d'exercice d'une profession séparée lorsque les époux participent à la direction de l'entreprise sur un pied d'égalité ou lorsqu'ils sont coexploitants. S'agissant, par ailleurs, de la possibilité pour le conjoint de l'époux professionnel de passer un acte relevant de la gestion exclusive, en invoquant les articles 217, 219, 1426 et 1429 du Code civil, nous renvoyons aux développements ultérieurs<sup>677</sup>.

De plus, la gestion exclusive se trouve très réduite du fait de l'application d'autres règles. Premièrement, les articles 1424 et 1425 imposent la cogestion pour un certain nombre d'actes effectués sur les biens communs, indépendamment de la participation ou non du conjoint à l'exploitation<sup>678</sup>. Deuxièmement, en cas de participation, les articles L. 411-68 du Code rural et L. 121-5 du Code de commerce s'appliquent respectivement au conjoint de l'exploitant agricole, d'une part, et au conjoint de l'artisan et du commerçant, d'autre part<sup>679</sup>. Lesdits articles soumettent des actes à cogestion. Par conséquent, dans de nombreux cas, elle évince la gestion exclusive. Il convient néanmoins d'exposer les règles applicables à cette dernière.

## **B - Le régime de la gestion exclusive des biens professionnels**

**157.** Il faut se pencher sur les conséquences juridiques attachées aux actes passés par l'époux professionnel en vertu de la gestion exclusive (I), avant d'examiner les sanctions applicables au cas où le conjoint non professionnel effectuerait des actes en violation de l'exclusivité (II).

### **I - Les conséquences des actes accomplis en vertu de la gestion exclusive**

**158.** Les conséquences des actes effectués en vertu de la gestion exclusive doivent être rapprochées de celles des actes accomplis dans le cadre de la gestion concurrente. Tout

---

<sup>676</sup> V. cependant les perturbations induites par la présomption de mandat de l'art. L. 121-6 C. com, V. BREMOND, J.-Cl. Civil Code, Art. 1421 à 1432, *Communauté légale*, fasc. précit., n° 78.

<sup>677</sup> V. *infra* § n° 230 et s.

<sup>678</sup> V. *infra* § n° 175 et s.

<sup>679</sup> V. *infra* § n° 190 et s.

d'abord, l'acte est opposable au conjoint sous réserve de la fraude<sup>680</sup>. En outre, l'époux entrepreneur répond des fautes commises dans la gestion exclusive, tout comme il est responsable de celles intervenues dans le cadre de la gestion concurrente<sup>681</sup>. Cette solution semble logique dans la mesure où les pouvoirs de l'époux sur les biens communs sont identiques en gestion concurrente et en gestion exclusive. Dans ce dernier cas, le seul changement qui intervient concerne les pouvoirs de gestion du conjoint, qui sont neutralisés pour offrir une exclusivité à l'autre époux. Le Professeur Vincent Brémond rappelle que « le pouvoir d'exclusivité, même s'il est destiné à parfaire l'autonomie professionnelle de l'époux, doit toujours être exercé dans l'intérêt commun », parce qu'il porte sur des biens communs<sup>682</sup>. Le conjoint veille sur les intérêts de la communauté en contrôlant la gestion de l'époux chef d'entreprise, même lorsque celle-ci est exclusive. Concernant le gage des créanciers au cas où il s'agirait d'engagements, il convient de se référer à l'article 1413 du Code civil : les dettes engagent les biens propres de l'époux entrepreneur ainsi que les biens communs, à l'exclusion des gains et salaires de son conjoint<sup>683</sup>. Seul l'époux professionnel peut en principe administrer et disposer des biens nécessaires à l'exercice de son activité. Le Code civil lui offre des moyens de pallier l'ingérence de son conjoint.

## II - La sanction des actes accomplis en violation de la gestion exclusive

**159.** La nullité apparaît comme la première sanction à l'acte accompli en violation de la gestion exclusive. L'article 1427 du Code civil prévoit qu'elle est encourue lorsque l'un des époux a outrepassé ses pouvoirs sur les biens communs, c'est-à-dire lorsqu'il a accompli sur ceux-ci, « des actes qui excèdent la limite normale de ses pouvoirs »<sup>684</sup>. Le conjoint de l'entrepreneur n'ayant ni le pouvoir d'administrer, ni celui de disposer des biens communs

---

<sup>680</sup> La réserve mentionnée à l'article 1421, al. 1<sup>er</sup>, vaut pour la gestion exclusive. Ph. SIMLER, J.-Cl. Civil Code, Art. 1421 à 1432, *Communauté légale*, fasc. précit., n° 72. Concernant la fraude dans la gestion, v. *infra* § n° 251.

<sup>681</sup> Ph. SIMLER, J.-Cl. Civil Code, Art. 1421 à 1432, *Communauté légale*, fasc. précit., n° 72. Concernant la faute dans la gestion, v. *infra* § n° 250.

<sup>682</sup> *Ibid.*

<sup>683</sup> *Id.*, n° 85 ; G. CORNU, *Les régimes matrimoniaux*, op. cit., n° 71, p. 376. Concernant l'art. 1413 C. civ., v. *supra* § n° 127.

<sup>684</sup> G. CORNU, *Les régimes matrimoniaux*, op. cit., n° 69, p. 368.

nécessaires à la profession séparée de son époux, s'il effectue un tel acte, il outrepassé sans aucun doute ses pouvoirs sur ces biens. La nullité est opposable aux tiers sans considération de leur bonne foi<sup>685</sup> et elle est relative. Il en résulte que seul l'époux victime du dépassement de pouvoir peut exercer l'action, à condition qu'il n'ait pas ratifié l'acte<sup>686</sup>. Le délai pour l'introduction de l'action est de deux ans à partir du jour où il a eu connaissance de l'acte ; mais elle ne peut en aucun cas être intentée plus de deux ans après la dissolution de la communauté<sup>687</sup>. Une deuxième sanction de la violation de la gestion exclusive réside en la mise en jeu de la responsabilité de l'époux ayant commis le dépassement de pouvoir. Le bénéfice de l'action serait commun<sup>688</sup>.

En conclusion, tant la qualification de biens propres que la gestion exclusive des biens communs nous ont donné l'occasion d'observer le souci de concilier l'intérêt de la communauté, d'une part, et l'indépendance professionnelle de l'époux entrepreneur, d'autre part. S'agissant de la qualification, cela est particulièrement évident lorsque la distinction du titre et de la finance conduit à donner aux biens une nature hybride. Dans le cadre social, il faut en plus composer avec l'*affectio societatis* et l'*intuitus personae*. En présence de biens entièrement propres, cette conciliation des différents intérêts en jeu apparaît plus discrète, cependant elle n'en est pas moins présente. Un équilibre est également trouvé concernant la gestion exclusive. L'époux professionnel doit exercer celle-ci dans l'intérêt commun. De plus, son domaine se trouve limité non seulement par la condition de la profession séparée figurant à l'article 1421, alinéa deux, du Code civil, mais aussi par l'application de règles imposant la cogestion dans de nombreux cas. En effet, le législateur a parfois limité l'indépendance des époux lorsqu'il a estimé, pour diverses raisons, qu'il était nécessaire de les protéger.

---

<sup>685</sup> V. notamment Cass. 1<sup>re</sup> civ., 6 févr. 1979, *Bull. civ.* 1979, I, n° 43 : *Defrénois* 1980, art. 32363, p. 958, n° 55.

<sup>686</sup> Art. 1427, al. 1<sup>er</sup>, C. civ.

<sup>687</sup> Art. 1427, al. 2, C. civ. Cependant, dans tous les cas, la nullité pourrait être demandée après l'expiration du délai de deux ans lorsqu'elle constitue un moyen de défense, v. G. CORNU, *Les régimes matrimoniaux*, *op. cit.*, n° 69, p. 369.

<sup>688</sup> V. V. BREMOND, J.-Cl. Civil Code, Art. 1421 à 1432, *Communauté légale*, fasc. précit., n° 83.

## **Section 2 - Les exceptions à l'indépendance de l'époux entrepreneur**

**160.** Le Code de commerce comme le Code civil brident l'indépendance de l'époux entrepreneur. Les restrictions, plus ou moins contraignantes, ont pour finalité la protection du conjoint non investi et, plus largement, du couple marié. Parfois, la loi met à la charge de l'époux investi une obligation d'information au profit de son conjoint. Il arrive également que celui-ci doive être entendu (§1). La loi va plus loin, dans certaines hypothèses, en conférant au conjoint un pouvoir de blocage. Dans ce cas, l'époux ne peut pas effectuer l'acte sans l'accord de son conjoint (§2).

### **§1 - L'information ou la consultation du conjoint non-entrepreneur**

**161.** Les obligations d'information ou de consultation imposées à l'époux entrepreneur découlent toutes de la nature commune des biens qui sont concernés de différentes façons. Ces obligations interviennent en particulier à deux moments clé. Le premier suscite chez l'entrepreneur de l'exaltation, mais aussi un peu de crainte : il s'agit des débuts de l'entreprise (A). Le second moment est pour l'entrepreneur synonyme d'anxiété : l'entreprise se trouve en mauvaise santé financière (B).

#### **A - L'information au début de l'activité entrepreneuriale**

**162.** En vertu de l'article 1413 du Code civil, les biens communs constituent le gage des créanciers des époux. De cette règle générale aux régimes matrimoniaux découle une règle propre à l'entreprise : une obligation d'information concernant les risques subis par le patrimoine commun (I). Par ailleurs, conformément à l'article 1421 du même code, les époux exercent des pouvoirs concurrents sur les biens communs. En principe, chacun des époux peut donc librement employer des biens communs pour effectuer un apport en société<sup>689</sup> ou acquérir des droits sociaux. Cependant, encore ici, une règle propre à l'entreprise soumet ces opérations à une obligation d'information particulière en présence de parts sociales (II).

---

<sup>689</sup> Sauf dans le cas où ces biens sont visés à l'art. 1424 C. civ.

## I - L'information concernant les risques subis par les biens communs

**163.** Conformément à l'article L. 526-4 du Code de commerce, « lors de sa demande d'immatriculation à un registre de publicité légale à caractère professionnel, la personne physique mariée sous un régime de communauté légale ou conventionnelle doit justifier que son conjoint a été informé des conséquences sur les biens communs des dettes contractées dans l'exercice de sa profession ». Pour en justifier, la personne physique doit déposer une attestation de délivrance de l'information établie conformément à un modèle défini par arrêté du ministre de la Justice<sup>690</sup>. De plus, l'article L. 526-11 rend l'EIRL débiteur de la même obligation d'information vis-à-vis de son conjoint lorsque des biens communs figurent dans le patrimoine affecté. Dans le cas où l'affectation d'un bien commun est postérieure à la constitution du patrimoine affecté, l'obligation d'information doit également être respectée<sup>691</sup>.

Cette obligation pèse-t-elle sur les associés de sociétés ? À notre sens, elle ne saurait être déduite de l'article L. 526-4, ni directement de l'article R. 123-121-1 du Code de commerce<sup>692</sup>, et ce pour deux raisons. D'une part, lesdits articles visent « la personne physique » et « sa » demande d'immatriculation. L'emploi de l'adjectif possessif conduit à penser que la personne physique s'immatricule à titre individuel. D'autre part, l'article L. 526-4 est situé dans un chapitre IV intitulé « De la protection de l'entrepreneur individuel et du conjoint », excluant par là même l'associé. De plus, le plan du Code de commerce traite d'abord des dépôts en annexe du registre du commerce et des sociétés qui incombent aux personnes morales et notamment aux sociétés, puis des dispositions communes et enfin des dispositions propres aux personnes physiques. Or, l'article R. 123-121-1 se trouve précisément au sein de ces dernières dispositions. En revanche, l'article A. 123-40 du Code de commerce prévoit que chaque dossier annexe ouvert au nom d'une personne physique ou morale comprend un exemplaire de l'attestation de délivrance de l'information exigée par

---

<sup>690</sup> Art. R. 123-121-1 C. com., renvoyant à l'article A. 123-40 C. com.

<sup>691</sup> Art. L. 526-11, al. 2, C. com.

<sup>692</sup> Pour un avis contraire concernant l'application de l'art. R. 123-121-1 C. com., v. H. HUGUET, J.-Cl. Not. Form., V° Sociétés, *Sociétés en nom collectif, sociétés en commandite simple*, Fasc. G-48, *Constitution – Formalités de publicité et autres*, n° 49.

l'article R. 123-121-1. Si ce dernier article est applicable aux associés de société, c'est seulement du fait du renvoi effectué par l'article A. 123-40.

Par ailleurs, pour s'immatriculer, la société a l'obligation de déclarer les noms et prénoms des associés tenus indéfiniment des dettes sociales. Il est alors aisé de réclamer aux associés l'attestation d'information. Les associés qui sont tenus de manière définie des dettes peuvent-ils donc échapper à l'obligation d'information ? Quel moyen le greffe du tribunal de commerce aurait-il pour vérifier que l'obligation a été respectée ? On pourrait croire qu'il existe une différence de régime entre les sociétés à responsabilité limitée et celles dont la responsabilité est illimitée. En réalité, il semble que l'obligation ne soit respectée dans aucune des formes de société. Premièrement, elle ne figure pas dans l'annexe III de l'annexe 1-1 du Code de commerce<sup>693</sup>. Deuxièmement, elle n'est pas mentionnée dans les pièces à produire au greffe lors du dépôt de la demande d'immatriculation<sup>694</sup>. Il est tout de même conseillé, soit d'intégrer le contenu de l'attestation de délivrance d'information aux statuts, soit de la rédiger séparément et de la déposer avec la demande d'immatriculation<sup>695</sup>.

On peut s'interroger sur le rôle qu'a souhaité faire jouer le législateur à l'obligation d'information concernant les risques subis par les biens communs. Il faut distinguer plusieurs hypothèses. Tout d'abord, un époux est libre de décider d'exploiter une entreprise en son nom. Il exerce ainsi sa liberté professionnelle et son conjoint ne peut s'y opposer. Les créanciers professionnels peuvent alors se payer sur les biens communs si l'époux entrepreneur est défaillant. Ici l'information délivrée au conjoint semble seulement destinée à le prévenir du risque couru par les biens communs. Averti du risque, le conjoint choisira peut-être d'initier le dialogue afin que son époux exerce plutôt son activité professionnelle sous une autre forme plus sécurisante.

La situation dans laquelle l'époux choisit la forme sociale est similaire dans un cas de figure. Lorsque l'époux choisit la forme sociale, il peut apporter seul un bien commun à une société au titre de la gestion concurrente, à moins que ne soient concernés des biens visés à l'article 1424 du Code civil. Dans ce premier cas, le rôle de l'information est le même que celui qu'elle joue dans l'entreprise. Le conjoint est seulement mis au courant du risque subi

---

<sup>693</sup> H. HUGUET, J.-Cl. Not. Form., V° Sociétés, *Sociétés en nom collectif, sociétés en commandite simple*, fasc. précit., n° 49.

<sup>694</sup> *Ibid.*

<sup>695</sup> *Ibid.*

par les biens communs. Or, ce risque varie : dans les sociétés à responsabilité limitée, il est cantonné aux biens apportés ; dans les sociétés à responsabilité illimitée, l'ensemble du patrimoine de l'époux associé ainsi que les biens communs sont engagés. On remarque qu'aucune différence n'est faite entre les deux formes de sociétés. L'information joue un autre rôle lorsque les biens apportés sont ceux énumérés à l'article 1424. Le conjoint devant donner son accord exprès pour autoriser l'apport, l'information sert plutôt logiquement à éclairer son consentement. On peut suivre le même raisonnement en présence d'un EIRL. L'accord exprès du conjoint est requis pour affecter des biens communs<sup>696</sup>. L'information préalable à l'affectation sur les droits des créanciers sur le patrimoine affecté amène le conjoint à donner son accord en connaissance de cause.

**164.** Concernant la sanction, il existe plusieurs interrogations. Tout d'abord, sous le régime de l'EIRL, on se demande si elle consiste en l'irrecevabilité de la déclaration d'affectation ou en l'inopposabilité de l'affectation<sup>697</sup>. Par ailleurs, de façon plus générale, deux obligations pèsent sur l'époux entrepreneur : celle d'informer son conjoint des risques, d'une part, et celle de recueillir son consentement, d'autre part. Aucune précision n'est donnée sur le fait de savoir s'il suffit que l'une seulement des deux obligations ait été violée pour que la sanction s'applique ou si elle requiert que les deux l'aient été. Nous tranchons en faveur de la première solution pour deux raisons. Tout d'abord, on peut faire valoir une règle d'interprétation : *ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus*<sup>698</sup>. Ensuite, il y a lieu de penser, comme nous l'avons évoqué, que l'obligation de recueillir l'accord du conjoint et l'obligation d'information sont complémentaires. Il faut ainsi considérer que le non-respect de l'une ou de l'autre entraîne l'application de la sanction.

**165.** La sanction concernant l'information due au conjoint de l'entrepreneur individuel ou de l'associé ne semble pas certaine non plus. Aucune sanction n'est précisée dans les dispositions relatives à l'obligation d'information. Néanmoins, l'attestation de délivrance de cette dernière étant obligatoire pour l'immatriculation, on peut en déduire que la demande d'immatriculation devrait être refusée si cette attestation n'est pas jointe<sup>699</sup>. Nous

---

<sup>696</sup> Art. L. 526-11, al. 1<sup>er</sup>, C. com.

<sup>697</sup> V. *infra* § n° 189.

<sup>698</sup> Où la loi ne distingue pas, nous ne devons pas distinguer.

<sup>699</sup> En ce sens, v. M. DAGOT, « L'information du conjoint du commerçant », *JCP N* 2004, n° 13, 1165, n° 25.

avons vu qu'en pratique ce n'est pas le cas en ce qui concerne le conjoint de l'associé. Par ailleurs, à notre sens, la sanction ne pourrait pas être l'inopposabilité des dettes au conjoint, qui aurait pour effet de faire sortir les biens communs du gage des créanciers. Cette sanction paraît exclue de par sa disproportion. En effet, elle aurait une grande ampleur, car elle concernerait tous les biens communs, bouleversant les prévisions normales des créanciers. Elle serait également très sévère en ce que l'obligation sanctionnée n'est souvent qu'une obligation d'information détachée de tout consentement devant être donné par le conjoint<sup>700</sup>. Le conjoint n'a pas le pouvoir de s'opposer à l'exercice de l'activité d'entrepreneur individuel de son époux. Il n'a pas non plus le pouvoir d'empêcher l'apport en société d'un bien commun non visé à l'article 1424 du Code civil.

La nullité est-elle alors envisageable ? Plus précisément, cette sanction pourrait-elle être déduite de l'article 1427 du même Code, qui prévoit que lorsqu'un époux a outrepassé ses pouvoirs sur les biens communs, son conjoint peut en demander l'annulation ? La réponse est négative, car une abstention ne saurait être assimilée à un dépassement de pouvoir. La nullité pourra être encourue pour le cas où le conjoint n'a pas été informé ni n'a donné son accord concernant l'apport en société de biens visés à l'article 1424 du Code civil. Toutefois c'est ici évidemment le non-respect de l'obligation de recueillir le consentement du conjoint qui entraîne la nullité. Ne pouvant pas s'opposer à l'activité de son époux, le conjoint retire au moins la satisfaction d'être au courant des risques générés par cette activité. Lorsque des biens communs permettent d'obtenir des parts sociales, le conjoint est encore créancier d'une obligation d'information.

## **II - L'information à l'acquisition de parts sociales au moyen de biens communs**

**166.** Lorsque l'un des époux emploie des biens communs pour faire un apport ou pour acquérir des parts sociales, il doit en avertir son conjoint et en justifier dans l'acte<sup>701</sup>. L'article 1832-2 du Code civil offre à ce conjoint la possibilité de devenir lui aussi associé à certaines conditions. Il peut notifier son intention lors de l'apport ou de l'acquisition.

---

<sup>700</sup> C'est le cas dans l'hypothèse de l'entrepreneur individuel et dans celle de l'apport en société d'un bien commun non visé à l'article 1424 C. civ.

<sup>701</sup> V. J. FLOUR et G. CHAMPENOIS, *Les régimes matrimoniaux, op. cit.*, n° 372.

L'agrément des associés vaut alors pour les deux époux. Concrètement, cela signifie que si les associés ne souhaitent pas voir le conjoint entrer dans la société, ils sont amenés à refuser les deux époux. Ainsi, le conjoint peut, par sa revendication, influencer sur la décision des associés et indirectement conduire à faire refuser l'époux qui, le premier, avait formulé le souhait de devenir associé.

Le dernier alinéa de l'article 1832-2 du Code civil prévoit que les dispositions de l'article sont applicables jusqu'à la dissolution de la communauté. Pendant la durée de vie de celle-ci, aucun délai n'est donc posé pour l'exercice de cette option. Le conjoint peut revendiquer la qualité d'associé à n'importe quel moment, y compris pendant une procédure de divorce conflictuel<sup>702</sup>. Il a d'ailleurs été observé en jurisprudence que les cas de revendication se situaient justement pendant cette période<sup>703</sup>. La Doyenne Dekeuwer-Défossez considère, notamment pour cette raison, l'article 1832-2 comme un « franc insuccès »<sup>704</sup>. L'article 1832-2 est utilisé par le conjoint comme une arme contre l'époux associé, ce qui va à l'inverse de la tendance actuelle qui est à la pacification du divorce. En outre, la situation peut être d'autant plus compliquée du fait de l'absence de clause d'agrément dans les cessions entre époux. Il existe un risque de « gangrène de la vie sociale par le conflit conjugal »<sup>705</sup>, qui pourrait conduire à la dissolution de la société pour mésentente entre les associés<sup>706</sup>. Le législateur a précisé que dans le cas où la notification était postérieure à l'apport ou à l'acquisition, les clauses d'agrément prévues à cet effet étaient opposables au conjoint. L'époux associé ne participe pas au vote lors de la délibération sur l'agrément.

---

<sup>702</sup> Le conjoint peut revendiquer la qualité d'associé jusqu'à ce que le jugement de divorce soit passé en force de chose jugée, Cass. com., 18 nov. 1997, *Bull. civ.* IV, n° 298 : *BJS* 1998, p. 221, note J. DERRUPPE ; *Dr. famille* 1998, comm. 5, H. LECUYER ; *D.* 1998, somm. p. 394, obs. J.-C. HALLOUIN ; *D.* 1999, somm. p. 238, obs. V. BREMOND ; *LPA* 1er juill. 1998, p. 28, note D. PONSOT ; *JCP G* 1998, I, 135, Ph. SIMLER ; *JCP E* 1998, 517, D. VIDAL ; *JCP N*, 15 mai 1998, p. 789, S. ROUXEL ; *RTD civ.* 1998, p. 889, J. HAUSER. – Cass. com., 14 mai 2013, *Bull. IV*, n° 81 : *JCP N* 2013, n° 22, act. 625 ; *JCP N* 2013, n° 40, 1235, note H. HOVASSE ; *JCP E* 2013, act. 408 ; *D.* 2013, p. 1270 ; *Dr. famille* 2013, comm. 135, note J.-R. BINET ; *RTD civ.* 2013, p. 527, obs. M.-H. MONSERIE-BON.

<sup>703</sup> Fr. DEKEUWER-DEFOSSEZ, « Mariage, divorce, incapacité... du chef d'entreprise », op. cit.

<sup>704</sup> *Ibid.*

<sup>705</sup> H. LECUYER., *Dr. famille* 1998, comm. 5.

<sup>706</sup> La dissolution est cependant peu probable. La solution consistant à exclure l'un des associés pour résoudre le conflit serait préférée, v. H. LECUYER., *Dr. famille* 1998, comm. 5.

**167.** Ces dispositions n'ont pas posé de difficultés dans les SNC, ni dans les SCS, ni dans les sociétés civiles, parce que les cessions de parts, même entre conjoints, font l'objet d'un agrément<sup>707</sup>. Cependant dans les SARL, les clauses d'agrément entre conjoints ne sont que facultatives<sup>708</sup>. Autrement dit, le conjoint pouvait prendre la qualité d'associé à hauteur de la moitié des parts déjà détenues par l'époux associé. Or, le législateur a sous-estimé l'*intuitus personae* régnant dans ces sociétés<sup>709</sup>. Les autres associés n'ont pas souhaité voir entrer dans la société des conjoints d'associés sans aucun contrôle. Pour pallier ces inconvénients, les associés ont développé la pratique de proposer au conjoint de renoncer à revendiquer la qualité d'associé en même temps que de lui soumettre le projet d'apport ou d'acquisition des parts. Cette solution leur a, semble-t-il, paru préférable à celle d'insérer dans les statuts des clauses d'agrément spéciales entre conjoints<sup>710</sup> et elle a le mérite d'éviter toute revendication postérieure donnant lieu à un contentieux. Au moment où le conjoint a connaissance du projet d'apport ou d'acquisition, il choisit soit de demander à être associé, l'agrément valant pour les deux époux, soit de renoncer à revendiquer cette qualité. La question s'est posée de savoir si cette renonciation était valable. La jurisprudence l'a établi dans un arrêt de 1993<sup>711</sup>. La renonciation claire et sans réserve est irrévocable, le conjoint ne pouvant revenir ultérieurement sur cette décision. En pratique, si on a omis de proposer au conjoint de renoncer à la faculté offerte par l'article 1832-2 du Code civil lors de l'apport ou de l'acquisition, il est possible de régulariser la situation lors d'une opération portant sur les parts sociales<sup>712</sup>.

---

<sup>707</sup> Dans les SNC, toutes les cessions de parts sont soumises à agrément, art. L. 221-13 C. com. (antérieurement, art. 19 de la loi n° 66-537 du 24 juillet 1966 sur les sociétés commerciales) ; dans les sociétés en commandite simple, les cessions à des tiers à la société sont toujours soumises à l'agrément, art. L. 222-8 C. com (antérieurement, art. 30 de la même loi) ; dans les sociétés civiles, l'art. 1861 C. civ. dispose que les statuts peuvent dispenser d'agrément les cessions au conjoint, par défaut un agrément est donc bien nécessaire.

<sup>708</sup> Art. L. 223-13 C. com (antérieurement, art. 44 de la loi de 1966).

<sup>709</sup> V. J. HONORAT, « La renonciation du conjoint d'un associé à revendiquer la qualité d'associé et ses conséquences », note ss Cass. com., 12 janv. 1993, *Rev. Sociétés* 1994, p. 55.

<sup>710</sup> *Ibid.*

<sup>711</sup> Cass. com., 12 janv. 1993, *Gustin c/ Force 7*, *Bull. civ.* 1993, IV, n° 9 : *Bull. Joly* 1993, p. 364, note J. DERRUPPE ; *Defrénois* 1993, p. 508, obs. P. LE CANNU ; *Dr. sociétés* 1993, n° 45 obs. Th. BONNEAU ; *JCP N* 1993, II, p. 273, note H. LE NABASQUE ; *Rev. sociétés* 1994 p. 55, note J. HONORAT.

<sup>712</sup> J.-P. RICHAUD, « Le notaire, le conjoint associé et l'article 1832-2 du Code civil », *Defrénois* 1<sup>er</sup> mai 2014, n° hors-série.

**168.** La question des relations entre l'article 1832-2 du Code civil et certaines dispositions générales des régimes matrimoniaux s'est parfois posée. À titre d'illustration, l'article 1402 du Code civil relatif à la présomption de communauté s'articule très bien avec l'article 1832-2. La Cour de cassation a énoncé que si l'article 1832-2 du Code civil ne pouvait être invoqué par le conjoint d'un époux associé qu'à la condition que les parts sociales non négociables proviennent d'un apport ou d'une acquisition effectuée avec des biens communs, la présomption de communauté qui résultait de l'article 1402 dispensait la cour d'appel de rechercher si les parts avaient été acquises avec des deniers communs. Les tiers avaient donc la charge de la preuve du caractère propre des deniers ayant servi à l'acquisition<sup>713</sup>. De plus, le Professeur Estelle Naudin<sup>714</sup> plaide en faveur d'une lecture restrictive de l'article 1832-2 du Code civil de façon à réduire son champ d'application. Selon elle, cet article « ne doit pas s'appliquer lorsque l'époux exerce, par le biais de la société, une profession séparée ». L'article 1421, alinéa deux, du Code civil ferait obstacle à l'application de l'article 1832-2 du Code civil. Une telle interprétation de ce dernier apparaît favorable à la société et à l'époux associé, même si on peut douter que les praticiens l'adoptent, préférant la sécurité.

**169.** Pour sanctionner le non-respect de l'obligation d'information, l'article 1832-2 du Code civil renvoie à l'article 1427 du même code, qui permet à l'époux dont le conjoint a outrepassé ses pouvoirs sur les biens communs d'en demander l'annulation. Cette sanction appelle plusieurs remarques. Au premier abord, elle semble étonnante, car une obligation d'information n'est généralement pas sanctionnée par la nullité. Cependant, il apparaît rapidement que le législateur impose que le conjoint du futur potentiel associé soit informé afin de lui permettre de revendiquer la qualité d'associé<sup>715</sup>. L'information permet ici au conjoint d'exercer un pouvoir. Les Professeurs Jacques Flour et Gérard Champenois qualifient cette obligation d'information de « diminutif de la cogestion »<sup>716</sup>. L'article 1832-2 n'oblige en aucun cas l'époux apporteur ou acquéreur à recueillir le consentement de son conjoint au titre de l'utilisation de biens communs<sup>717</sup>. En revanche, il lui impose d'informer

---

<sup>713</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 11 juin 1996, *Bull. civ.* 1996, I, n° 251, précit.

<sup>714</sup> E. NAUDIN, « Renforcer l'autonomie professionnelle des époux », *JCP N* 2019, 1285, spéc. n° 6.

<sup>715</sup> J. FLOUR et G. CHAMPENOIS, *Les régimes matrimoniaux, op. cit.*, n° 372.

<sup>716</sup> *Ibid.*

<sup>717</sup> En dehors bien sûr de l'apport de biens visés à l'art. 1424 C. civ.

son conjoint de l'utilisation de biens communs pour un apport ou une acquisition, afin qu'il puisse choisir de devenir associé. La possibilité de revendiquer cette qualité découle directement de l'utilisation des biens communs, ce qui explique que le non-accomplissement de l'obligation d'information soit assimilé à un dépassement de pouvoir. Le dispositif mis en place par l'article 1832-2 du Code civil est tout à fait unique. Les Professeurs Flour et Champenois écrivent que cet article « prévoit une information obligatoire entre époux, afin de permettre un partage des pouvoirs de gestion, qui s'exercent au sein de la même société »<sup>718</sup>. Lorsque l'un des époux décide de se lancer dans l'entrepreneuriat, la loi l'oblige à prévenir son conjoint des dangers. Ce dernier est étroitement associé aux risques ainsi qu'aux succès. Il peut même envisager de vivre l'aventure au plus près, en devenant associé dans la même société que son époux. Ensemble face à la péripétie entrepreneuriale, ensemble face au risque, les conjoints font encore face ensemble lorsque la survie de l'entreprise individuelle ou de la société est mise en danger.

## **B - L'audition du conjoint lors de la mauvaise santé de l'entreprise**

**170.** La sauvegarde, le redressement et la liquidation comprennent chacun une section intitulée « des droits du conjoint » ou « des droits du conjoint du débiteur » dans la partie réglementaire du Code de commerce. À l'intérieur de chacune des sections se trouve un unique article<sup>719</sup> qui exige en son premier alinéa que le conjoint soit entendu ou dûment convoqué avant toute décision autorisant ou ordonnant la vente des biens communs. Le second alinéa impose la même procédure pour autoriser la vente de biens indivis lorsque, au cours de la procédure, la dissolution de la communauté est devenue opposable aux tiers. Ces articles ne concernent que l'entrepreneur personne physique et non la personne morale qui ne peut avoir de conjoint. Il est intéressant de se pencher sur le domaine exact de ces dispositions ainsi que sur leur finalité, qui peut apparaître plus complexe qu'on ne le croit au premier abord.

---

<sup>718</sup> J. FLOUR et G. CHAMPENOIS, *Les régimes matrimoniaux*, *op. cit.*, n° 372.

<sup>719</sup> Art. R. 624-12 C. com. concernant la sauvegarde ; R. 631-30 C. com. concernant le redressement ; R. 641-30 C. com. concernant la liquidation.

Une interprétation *a contrario* de ces dispositions amène à penser que le conjoint n'a pas à être entendu ni convoqué pour la vente des biens communs en l'absence de décision du juge-commissaire. Cette hypothèse concerne la sauvegarde et le redressement judiciaires, dans lesquels le débiteur n'est pas dessaisi de ses droits. Il « continue à exercer sur son patrimoine les actes de disposition et d'administration [...] qui ne sont pas compris dans la mission de l'administrateur »<sup>720</sup>. En revanche, les actes de disposition étrangers à la gestion courante de l'entreprise constituent une exception à la liberté de gestion du débiteur. Sont concernées essentiellement les « ventes de nature exceptionnelle portant sur des actifs immobilisés et ne rentrant pas dans l'objet de l'entreprise »<sup>721</sup>. Ces actes doivent être autorisés par le juge<sup>722</sup>. Le conjoint doit alors être entendu ou convoqué. Dans le cadre de la gestion courante de l'entreprise, le débiteur peut donc librement aliéner des biens communs sans autorisation du juge. Dans ce cas, les dispositions précitées relatives au conjoint ne sont pas applicables.

En liquidation judiciaire, une autorisation ou un ordre du juge-commissaire pour aliéner des biens est nécessaire. Ici encore, le conjoint doit être entendu ou convoqué lorsque des biens communs sont vendus. D'ailleurs des dispositions relatives à la cession des actifs rappellent que le juge-commissaire ne peut statuer sur la vente des biens communs qu'après avoir entendu ou dûment appelé le débiteur et son conjoint<sup>723</sup>. On peut se demander si ces règles sont applicables lors de la liquidation judiciaire simplifiée. Suivant cette procédure, le juge n'a pas à autoriser la cession des biens ; il intervient seulement pour ordonner la liquidation judiciaire simplifiée, puis c'est le liquidateur qui procède à la vente des biens<sup>724</sup>. Les règles de la liquidation judiciaire sont applicables à la liquidation simplifiée sous réserve de dispositions propres<sup>725</sup>. Si aucune disposition particulière n'écarte l'application des dispositions relatives au conjoint, il n'est pourtant pas possible de déduire celle-ci avec

---

<sup>720</sup> Art. L. 622-3, al. 1<sup>er</sup>, C. com. concernant la sauvegarde et applicable au redressement judiciaire par le renvoi opéré par l'art. L. 631-14, al. 1<sup>er</sup>, C. com.

<sup>721</sup> M.-P. DUMONT-LEFRAND, J.-Cl. Com., *Sauvegarde et redressement judiciaire*, Fasc. 2325, *Situation du débiteur*, n° 72.

<sup>722</sup> Art. L. 622-7 II C. com. concernant la sauvegarde et applicable au redressement judiciaire par le renvoi opéré par l'art. L. 631-14, al. 1<sup>er</sup>, C. com.

<sup>723</sup> Art. R. 642-36-1 C. com. concernant la vente des immeubles et R. 642-37-2 C. com. concernant la vente des autres biens.

<sup>724</sup> Art. L. 644-2 C. com.

<sup>725</sup> Art. L. 644-1 C. com.

certitude d'une interprétation littérale stricte de l'article R. 641-30 du Code de commerce, dans la mesure où celui-ci ne vise qu'une « décision » autorisant ou ordonnant la vente des biens communs. Ne serait-il pas conforme à l'esprit de cet article de l'appliquer, non pas à la vente de chacun des biens par le liquidateur, mais en amont lors de la décision prise par le juge d'ouvrir une procédure de liquidation simplifiée ? L'argument serait de dire que la décision vaut autorisation ou ordre de vendre des biens dépendant de la communauté.

En dehors de toute procédure collective, l'époux entrepreneur qui exerce une profession séparée a seul le pouvoir d'accomplir les actes de disposition nécessaires à l'exercice de celle-ci<sup>726</sup>. La gestion concurrente est écartée. Il n'est nécessaire ni de recueillir l'accord du conjoint ni de l'informer. En procédure collective, les actes de gestion de l'entreprise non visés à l'article 1424 du Code civil sont les actes couverts par la gestion exclusive en dehors de toute procédure. En procédure collective, la gestion reste exclusive, seul le détenteur du pouvoir pouvant varier. En sauvegarde et en redressement, lorsque l'administrateur a une mission de surveillance ou d'assistance, ce pouvoir de gestion exclusive est exercé par l'époux. En redressement, lorsque l'administrateur est chargé d'une mission d'administration et en liquidation judiciaire, le pouvoir de gestion exclusive revient à l'administrateur ou au liquidateur. On observe donc que dans tous les cas, l'accord du conjoint n'est jamais requis concernant les actes de disposition compris dans la gestion de l'entreprise. En revanche, l'obligation de l'entendre ou de le convoquer avant toute décision ordonnant ou autorisant la vente des biens communs confère au conjoint lors de la procédure collective une information dont il ne bénéficie pas en temps normal. Il est possible de penser que la gravité de la situation de l'entreprise justifie des égards particuliers à son égard.

**171.** Quel est le rôle joué par ces mêmes dispositions lorsque les aliénations portent sur des biens communs visés à l'article 1424 du Code civil ? Pour aliéner des immeubles, des fonds de commerce, des exploitations, des droits sociaux non négociables et des meubles corporels dont l'aliénation est soumise à publicité, il faut recueillir le consentement du conjoint. Cette exigence est-elle transposable aux procédures collectives ? Certains auteurs considèrent que les dispositions imposant l'audition du conjoint excluent d'office la cogestion<sup>727</sup>. De notre point de vue, l'audition du conjoint ne constitue qu'un minima, qui

---

<sup>726</sup> Art. 1421, al. 2, C. civ.

<sup>727</sup> A.-F. ZATTARA-GROS, J.-Cl. Not. Form., *Proc. co.*, Fasc. 20, *Pratique notariale*, n° 47.

ne s'oppose pas à ce que le consentement du conjoint puisse être par ailleurs recueilli. En outre, il convient de prendre en compte la diversité des règles de gestion régnant dans les trois procédures. Aussi, un auteur propose de distinguer selon la nature forcée ou non de l'aliénation<sup>728</sup>. Lorsque la cession est volontaire, le consentement du conjoint doit être recueilli : « le droit commun de la gestion de la communauté retrouve alors tout son empire »<sup>729</sup>. À l'inverse, en présence d'une cession forcée, il n'est pas nécessaire d'obtenir le consentement du conjoint. Le même raisonnement est employé à propos de la vente du logement familial dans le cadre des procédures collectives<sup>730</sup>. On remarque que l'audition du conjoint vient parfois en appoint, en plus du consentement qu'il doit donner. Dans cette hypothèse, elle semble superflue, toutefois elle peut constituer une sécurité supplémentaire pour le conjoint dans une période difficile. Son audition ou sa convocation devant le juge-commissaire lui font prendre conscience de la gravité de la situation et de l'importance de l'acte auquel il consent. En revanche, l'obligation d'entendre ou de convoquer le conjoint joue un autre rôle lorsqu'il n'a aucun consentement à donner. Ces obligations compensent ici la perte du pouvoir de cogestion du conjoint.

**172.** Pour avoir une vision d'ensemble, il reste à voir le rôle de ces obligations lorsque sont vendus des biens n'étant pas utilisés pour l'entreprise, ni visés à l'article 1424 du Code civil. Les époux exercent sur ces biens des pouvoirs de gestion concurrente<sup>731</sup>. Les pouvoirs des époux subissent des modifications en procédure collective. Nous avons vu que le débiteur doit obtenir l'autorisation du juge pour céder un bien lorsque cette cession n'entre pas dans la gestion courante de l'entreprise. Nous pouvons nous demander si cette autorisation doit être requise pour des biens non utilisés par l'entreprise. L'article L. 622-1 du Code de commerce dispose que « l'administration de l'entreprise est assurée par son dirigeant »<sup>732</sup>. La formulation pourrait laisser entendre qu'inversement, les biens personnels restent en dehors de la procédure collective et, par conséquent, sont soumis à la gestion concurrente.

---

<sup>728</sup> L. ANTONINI-COCHIN, « Pour le meilleur et pour le pire... » ou les droits du conjoint du débiteur soumis à une procédure collective », *op. cit.*, n° 10 et 11. Sur l'aliénation volontaire ou forcée en procédure collective, V. *supra* n° 117.

<sup>729</sup> *Id.*, n° 12.

<sup>730</sup> V. *infra* § n° 117.

<sup>731</sup> Art. 1421, al. 1<sup>er</sup>, C. civ.

<sup>732</sup> Art. relatif à la sauvegarde.

Cependant, les dispositions de l'article L. 622-3, alinéa premier<sup>733</sup>, prévoient que « le débiteur continue à exercer sur son patrimoine les actes de disposition et d'administration » et adoptent donc la conception d'une gestion globale du patrimoine. En outre, la théorie de l'unicité du patrimoine s'oppose à ce que l'on instaure une gestion différente entre les biens personnels et les biens professionnels en l'absence de consécration du patrimoine d'affectation<sup>734</sup>. Il faut en conclure que pour céder les biens personnels, l'époux entrepreneur, l'administrateur ou le liquidateur, selon la procédure collective, doit obtenir préalablement l'autorisation du juge<sup>735</sup>. Peu importe alors qui est à l'origine de la vente du bien commun : dans tous les cas, le conjoint est privé de son pouvoir de gestion concurrente. Évidemment, il n'a pas non plus à donner son accord pour la vente des biens communs, car on n'est pas dans le domaine de la cogestion, et le droit des procédures collectives ne l'impose pas. En dehors de toute procédure, le conjoint détient le pouvoir de gestion concurrente sur ces biens, et n'a logiquement pas à recevoir d'information lorsque son conjoint décide d'en vendre un. Les dispositions exigeant que le conjoint soit entendu ou convoqué avant que le juge autorise ou ordonne toute vente de bien commun apparaissent ici comme un substitut à la perte du pouvoir concurrent du conjoint. On retrouve exactement le même rôle qu'en présence des actes visés à l'article 1424 du Code civil lorsque la cogestion est évincée. La perte de pouvoir de l'époux en ces périodes troublées de procédures collectives justifie une compensation.

**173.** Il convient de s'intéresser à la sanction posée lorsque le conjoint n'a pas été entendu ni convoqué préalablement à la vente des biens communs<sup>736</sup>. En vertu du principe du contradictoire<sup>737</sup>, le débiteur doit être entendu ou appelé avant que le juge-commissaire se prononce sur la vente des biens. La jurisprudence a décidé que le juge qui statue sans respecter cette obligation commet un excès de pouvoir ouvrant le recours en nullité contre

---

<sup>733</sup> Art. applicable à la sauvegarde et au redressement par renvoi de l'art. L. 631-14, al. 1<sup>er</sup>, C. com.

<sup>734</sup> V. M.-P. DUMONT-LEFRAND, J.-Cl. Com., *Sauvegarde et redressement judiciaire*, fasc. précit., n° 43.

<sup>735</sup> *Id.*, n° 72.

<sup>736</sup> V. P.-M. LE CORRE, J.-Cl. Com., *Liquidation judiciaire*, Fasc. 2706, *Réalisation de l'actif – Considérations communes aux réalisations d'actifs en liquidation judiciaire*, n° 22.

<sup>737</sup> Art. 14 CPC.

l'ordonnance ordonnant la vente<sup>738</sup>. Cette sanction est-elle également applicable lorsque le conjoint n'est pas entendu ni convoqué ? En raisonnant par analogie, il faudrait l'admettre<sup>739</sup>.

---

<sup>738</sup> Cass. com., 16 juin 2009, *Bull.* 2009, IV, n° 82 : *JCP E* 2010, chron. 1011, n° 3, obs. Ph. PETEL ; *Act. proc. coll.* 2009, comm. 209, obs. J. VALLANSAN et P. CAGNOLI ; *Gaz. Pal. Proc. coll.* 2009, n° 3, p. 19, obs. N. FRICERO ; *D.* 2009, p. 1756, note A. LIENHARD ; *RTD civ.* 2009, p. 576, n° 2, obs. R. PERROT. – Cass. com., 8 janv. 2013, *Bull.* 2013, IV, n° 2 : *BRDA* 3/13, n° 9, p. 5 ; *D.* 2013, p. 173, note A. LIENHARD.

<sup>739</sup> En ce sens, V. L. ANTONINI-COCHIN, « “Pour le meilleur et pour le pire...” ou les droits du conjoint du débiteur soumis à une procédure collective », *op. cit.*, n° 11.

Tableau récapitulatif des cas d'audition ou de convocation du conjoint ainsi que les hypothèses dans lesquelles l'accord du conjoint est requis.

	Actes de gestion de l'entreprise	Actes visés à l'art. 1424 C. civ.	Actes sur les biens personnels <sup>740</sup>
Sauvegarde judiciaire	- Pas d'audition pour les actes de gestion courante (car absence de décision du juge) - Audition pour les autres actes (car décision du juge) Accord non requis	Audition  Accord (car aliénation volontaire)	Audition  Accord non requis Pas de pouvoir concurrent
Redressement judiciaire	- Pas d'audition pour les actes de gestion courante (car absence de décision du juge) - Audition pour les autres actes (car décision du juge) Accord non requis	Audition  - Accord quand aliénation volontaire - Accord non requis quand aliénation forcée	Audition  Accord non requis Pas de pouvoir concurrent
Liquidation judiciaire	Audition  Accord non requis	Audition  Accord non requis (car aliénation forcée)	Audition Accord non requis Pas de pouvoir concurrent
Hors procédure collective	Pas d'information  Accord non requis (car gestion exclusive)	Accord	Pas d'information Accord non requis Mais pouvoir concurrent

Le conjoint est seulement entendu à certaines étapes importantes de la procédure collective, lorsque des biens communs sont en jeu. Une certaine frustration résulte sûrement de cette situation, dont le conjoint apparaît exclusivement spectateur. Dans d'autres circonstances, au contraire, il tient le rôle d'acteur et l'époux entrepreneur s'avère dépendant des opinions qu'il exprime.

## §2 - Le recours au double consentement des époux

**174.** De futurs époux qui souhaiteraient être très étroitement associés à la gestion de l'entreprise commune pourraient adopter par contrat de mariage le régime de la communauté

<sup>740</sup> Biens personnels par opposition aux biens professionnels.

conventionnelle et introduire une clause d'administration conjointe de la communauté<sup>741</sup>. Cette solution est peu recommandable du fait de sa lourdeur. Le législateur a eu néanmoins conscience de la nécessité de soustraire certains actes et/ou certains biens à la volonté d'un seul époux. La plupart des actes et des biens visés concernent l'entreprise. Celle-ci représentant une source de revenus non négligeable pour les époux, il est apparu indispensable de la protéger. L'importance de certains actes et de certains biens a entraîné le législateur à limiter les pouvoirs de l'époux entrepreneur marié sous le régime de la communauté réduite aux acquêts (A). La participation du conjoint à l'exploitation a conduit le législateur à limiter davantage les prérogatives de l'époux entrepreneur, parfois quel que soit son régime matrimonial<sup>742</sup> (B).

### **A - Le recours à la cogestion justifié par l'importance de certains actes et de certains biens**

**175.** L'article 1421 du Code civil pose en son premier alinéa le principe de la gestion concurrente des époux sur les biens communs, et en son deuxième alinéa, le principe de la gestion exclusive concernant les actes nécessaires à l'exercice de la profession séparée. Cependant, le troisième alinéa de cet article mentionne que les dispositions des alinéas précédents valent sous réserve des articles 1422 à 1425 du Code. Ces articles apparaissent clairement comme des exceptions à la gestion concurrente ainsi qu'à la gestion exclusive. Le législateur a cru bon de soumettre à la cogestion certains actes effectués sur certains biens communs en particulier (I). Il a jugé d'autres actes plus dangereux et les a soumis à cogestion à la seule condition qu'ils portent sur des biens communs, indépendamment de la valeur ou de l'importance de ceux-ci (II).

---

<sup>741</sup> V. *supra* § n° 95.

<sup>742</sup> D'où le terme de « double consentement » employé dans le titre *B - Le recours au double consentement des époux justifié par la participation du conjoint à l'exploitation* ; le terme de « cogestion » étant dédié aux régimes communautaires.

## **I - La cogestion réservée à certains actes sur des biens particuliers**

**176.** L'article 1424 du Code civil a un domaine beaucoup plus large que celui de l'article 1425, tant par rapport aux actes que par rapport aux biens visés par la cogestion. Le premier article concerne l'aliénation et la constitution de droits réels, alors que le second ne concerne que le bail. De plus, l'article 1424 soumet à cogestion des actes effectués sur des biens très variés : des biens immobiliers, des biens meubles corporels et incorporels (a), tandis que l'article 1425 ne vise que des immeubles et un bien meuble incorporel (b). Nous nous pencherons successivement sur les dispositions contenues dans ces deux articles.

### **a - L'aliénation et la constitution de droits réels sur certains biens**

**177.** Le législateur a souhaité protéger certains biens communs en raison de leur importance. Les actes d'aliénation (1) et de constitution de droits réels (2) effectués sur ces biens sont soumis à cogestion par l'article 1424 du Code civil.

#### **1 - Les actes d'aliénation**

**178.** L'article 1424 du Code civil soumet à cogestion l'aliénation d'immeubles, fonds de commerce, exploitations, droits sociaux non négociables et meubles corporels dont l'aliénation est soumise à publicité, lorsque ces biens dépendent de la communauté. Les immeubles sont concernés quel que soit leur usage d'habitation, professionnel ou mixte. Leur grande valeur justifie cette cogestion. Les fonds de commerce et exploitations y sont également soumis pour la même raison, en plus de constituer « la source des moyens de subsistance de la famille »<sup>743</sup>. Seule la cession du fonds de commerce en son ensemble doit faire l'objet d'une cogestion. L'époux cédant un élément isolé du fonds, même s'agissant du droit au bail, ne devrait obtenir le consentement de son conjoint que dans le cas exceptionnel

---

<sup>743</sup> Fr. TERRE et Ph. SIMLER, *Régimes matrimoniaux et statut patrimonial des couples non mariés*, op. cit., n° 476.

où la cession emporte la perte de la clientèle<sup>744</sup>. Dans ce cas, il y aurait bien cession du fonds lui-même. En suivant le même raisonnement, la cession successive de divers éléments du fonds est soumise à cogestion lorsqu'elle conduit au final à une cession de fonds<sup>745</sup>. S'agissant des exploitations, toutes les activités économiques indépendantes entrent dans le domaine de l'article 1424, qu'elles soient commerciales, industrielles, artisanales ou libérales<sup>746</sup>. Concernant les exploitations agricoles, il convient de distinguer selon que les époux en sont propriétaires ou qu'ils sont seulement fermiers. Dans le premier cas, la cogestion s'applique ; dans le second, non, parce que la cession de l'exploitation entraîne la cession du bail. Or, le bail rural étant incessible, la jurisprudence en a déduit sa nature de bien propre à l'époux exploitant<sup>747</sup>.

Quant aux droits sociaux non négociables, ils sont soumis à cogestion. La Cour de cassation a eu l'occasion de le rappeler en déclarant : « si l'article 1421, alinéa deux, du Code civil autorise l'époux exerçant une profession séparée, à accomplir seul les actes de disposition nécessaires à celle-ci, l'article 1424 du même Code apporte une exception formelle à ce principe, en disposant que les époux ne peuvent, l'un sans l'autre, aliéner des droits sociaux non négociables »<sup>748</sup>. À l'inverse, pour les droits sociaux négociables, le législateur a souhaité laisser à l'époux actionnaire une liberté totale de gestion. Enfin, l'article 1424 du Code civil vise les meubles corporels dont l'aliénation est soumise à publicité. Il s'agit là des navires, bateaux immatriculés et aéronefs. L'immatriculation soumet ces biens à un régime proche de celui des immeubles. En revanche, les véhicules

---

<sup>744</sup> V. *supra* § n° 101. V. également M. MENJUCQ, « Le fonds de commerce dans la communauté entre époux », *op. cit.*, n° 29 ; Fr. TERRE et Ph. SIMLER, *Régimes matrimoniaux et statut patrimonial des couples non mariés*, *op. cit.*, n° 476. La cession du droit au bail est soumise à cogestion lorsque le fonds est exploité par les deux époux et que le bail est nécessaire à l'entreprise, v. *infra* § n° 196.

<sup>745</sup> M. MENJUCQ, « Le fonds de commerce dans la communauté entre époux », *op. cit.*, n° 29 ; Fr. TERRE et Ph. SIMLER, *Régimes matrimoniaux et statut patrimonial des couples non mariés*, *op. cit.*, n° 476. V. *infra* § n° 196 concernant la raison pour laquelle la notion de cession de fonds de commerce doit être interprétée strictement.

<sup>746</sup> Fr. TERRE et Ph. SIMLER, *Régimes matrimoniaux et statut patrimonial des couples non mariés*, *op. cit.*, n° 476. V. Cass. 1<sup>re</sup> civ., 15 mai 1974, *Bull. civ.* 1974, I, n° 148 : *JCP G* 1975, II, 17910, note A. PONSARD ; *D.* 1974, somm. p. 104 ; *Journ. not.* 1975, p. 678, note VIATTE, concernant la cession d'un cabinet dentaire.

<sup>747</sup> Fr. TERRE et Ph. SIMLER, *Régimes matrimoniaux et statut patrimonial des couples non mariés*, *op. cit.* n° 476. V. *supra* § n° 149.

<sup>748</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 28 févr. 1995, *Bull. civ.* 1995, I, n° 104 : *D.* 1995, somm. p. 326, obs. M. GRIMALDI ; *JCP G* 1995, II, 3869, n° 11, obs. Ph. SIMLER ; *Defrénois*, 1995, p. 1489, obs. G. CHAMPENOIS ; *RTD civ.*, 1996, p. 462, obs. B. VAREILLE.

automobiles sont hors du domaine de l'article, car leur immatriculation joue un rôle purement administratif<sup>749</sup>.

**179.** Les actes concernés par l'article 1424 du Code civil sont les aliénations à titre onéreux telles que la vente, l'échange et l'apport en société, qu'il soit effectué en propriété ou en usufruit. S'agissant de l'apport, il faut distinguer selon que la société est immatriculée ou non<sup>750</sup>. Dans le premier cas, la société est dotée de la personnalité juridique et donc d'un patrimoine propre. Le bien apporté passe du patrimoine de l'apporteur à celui de la société. Obtenir le consentement du conjoint est alors indispensable. Dans le second cas, la société n'ayant pas la personnalité juridique, elle n'a pas non plus de patrimoine. Conformément à l'article 1872, alinéa premier, du Code civil, chaque associé reste propriétaire des biens apportés. L'opération ne constituant pas une aliénation, elle échappe à la cogestion<sup>751</sup>.

**180.** L'application de l'article 1424 du Code civil a soulevé des difficultés dans le cadre de l'EIRL<sup>752</sup>. L'entrepreneur bénéficie d'un pouvoir de gestion exclusive sur les biens affectés à l'activité professionnelle, y compris sur les biens communs<sup>753</sup>. À ce titre, peut-il céder à titre onéreux ou apporter en société l'intégralité du patrimoine affecté<sup>754</sup> sans solliciter l'accord de son conjoint ? La cession à titre onéreux et l'apport en société du fonds de commerce commun ou de l'exploitation commune nécessitent l'accord du conjoint, conformément à l'article 1424. Or, ces biens sont toujours transmis lors de la cession ou de l'apport de l'intégralité du patrimoine affecté, car ils figurent nécessairement dans ledit patrimoine. Le même problème se pose concernant la cession ou l'apport isolé de biens communs compris dans le patrimoine affecté à partir du moment où ceux-ci sont visés à l'article 1424.

L'article 1424 est-il applicable à l'époux entrepreneur qui souhaite disposer à titre onéreux de la totalité du patrimoine affecté ou de certains biens<sup>755</sup> qui le composent ? Plus

---

<sup>749</sup> Fr. TERRE et Ph. SIMLER, *Régimes matrimoniaux et statut patrimonial des couples non mariés*, *op. cit.* n° 478.

<sup>750</sup> F. COLLARD et Fr. VINCKEL, J.-Cl. Sociétés Traité, *Capacité des contractants*, fasc. précit., n° 30.

<sup>751</sup> *Ibid.*

<sup>752</sup> Sur l'EIRL, v. *infra* § n° 350 et s.

<sup>753</sup> Sur l'accord du conjoint qui doit être obtenu pour affecter des biens communs au patrimoine professionnel, v. *infra* § n° 188.

<sup>754</sup> Ces hypothèses sont visées à l'article L. 526-17 C. com. qui concerne l'EIRL.

<sup>755</sup> Biens visés à l'art. 1424 du Code civil, bien entendu.

généralement, il convient de se demander si la gestion des biens communs affectés est dérogoratoire des règles des régimes matrimoniaux. Raisonner uniquement par rapport à l'alinéa premier de l'article 1421 du Code civil qui pose le principe de la gestion concurrente des biens communs conduirait à apporter une réponse positive à cette seconde interrogation, toutefois ce serait oublier le rôle fondamental joué par le deuxième alinéa du même article. Pour le Doyen Simler, l'affectation de biens au patrimoine professionnel rejoint simplement cette disposition, qui confère au seul époux exerçant une profession séparée le pouvoir d'accomplir les actes d'administration et de disposition nécessaires à celle-ci<sup>756</sup>. Ainsi, le pouvoir de gestion exclusive découle de l'article 1421 du Code civil. Le fonctionnement de l'EIRL semble donc tout à fait respecter les règles propres à la gestion des biens communs. De plus, les dispositions du Code de commerce relatives à l'EIRL<sup>757</sup> sont muettes quant à savoir si l'accord du conjoint est requis. Par conséquent, il faut considérer qu'en l'absence de règles propres à l'EIRL en dispensant, il y a lieu de se plier aux règles des régimes matrimoniaux. Le troisième alinéa de l'article 1421 du Code civil fait des articles 1422 à 1425 des exceptions à l'alinéa deux. Autrement dit, l'indépendance de l'époux entrepreneur, qui se traduit par la gestion exclusive, cède au profit de la protection du couple contre les actes graves. L'affectation ne modifiant pas les pouvoirs des époux sur les biens dépendant de la communauté, il faut en déduire que pour effectuer ces actes graves, l'entrepreneur a besoin de l'accord de son conjoint<sup>758</sup> conformément à l'article 1424.

Les difficultés d'articulation entre le droit de l'EIRL et celui des régimes matrimoniaux peuvent s'expliquer par le fait que la loi du 15 juin 2010 n'a pas prévu de règles des régimes matrimoniaux propres à l'EIRL. L'ordonnance du 9 décembre 2010<sup>759</sup> ne l'a pas fait non plus, car l'exécutif n'avait pas été habilité à cet effet par le Parlement. Les auteurs de la loi auraient considéré qu'il n'était pas nécessaire d'intervenir<sup>760</sup>. La question de l'applicabilité

---

<sup>756</sup> Ph. SIMLER, « EIRL et communauté de biens entre époux », *JCP G* n° 1-2, 2011, 4.

<sup>757</sup> Plus précisément l'art. L. 526-17 C. com.

<sup>758</sup> V. Ph. SIMLER, « EIRL et communauté de biens entre époux », *op. cit.*, n° 3 ; A. KARM, « Le patrimoine affecté de l'EIRL et le droit des régimes matrimoniaux », *Defrénois* 30 mars 2011, n° 19. Dans l'hypothèse où l'entrepreneur souhaiterait disposer à titre gratuit entre vifs d'un bien commun affecté, l'accord du conjoint serait également requis en vertu de l'art. 1422, alinéa 1<sup>er</sup>, C. civ.

<sup>759</sup> Ordonnance n° 2010-1512 du 9 décembre 2010 portant adaptation du droit des entreprises en difficulté et des procédures de traitement des situations de surendettement à l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée.

<sup>760</sup> Ph. SIMLER, « EIRL et communauté de biens entre époux », *op. cit.*

de l'article 1424 du Code civil dans le cadre de l'EIRL nous fait remarquer que les règles des régimes matrimoniaux propres à l'entreprise sont applicables à cette forme particulière d'exercice du commerce. Pourtant, des difficultés apparaissent du fait de la spécificité de l'EIRL. En permettant de créer un patrimoine professionnel distinct du patrimoine personnel, elle a réalisé une révolution quant au principe d'unicité du patrimoine. Les règles des régimes matrimoniaux propres aux sociétés ne sont pas applicables et on a pu arriver à douter de l'applicabilité des règles des régimes matrimoniaux relatives aux entrepreneurs individuels. Par ailleurs, on observe, d'une part, la diversité des actes assimilés à des aliénations, et d'autre part, la diversité des situations auxquelles la cogestion est applicable en vertu de l'article 1424 du Code civil. La constitution de droits réels étend encore davantage le domaine dudit article.

## 2 - La constitution de droits réels

**181.** La constitution de tout droit réel sur les biens énumérés précédemment<sup>761</sup> tombe sous l'empire de la cogestion, peu importe qu'il s'agisse de droits réels comme l'usufruit, ou de sûretés réelles, comme l'hypothèque, le nantissement ou le gage. Il convient d'étendre la cogestion à la cession ou la suppression de droits réels faisant partie de la communauté et grevant des biens appartenant à des tiers, ainsi qu'aux actes « qui confèrent virtuellement au cocontractant la faculté d'obtenir [l'aliénation ou la constitution de droits réels] »<sup>762</sup>. La promesse de vente<sup>763</sup> fait partie des actes proscrits sans le consentement exprès préalable du conjoint. Par ailleurs, il faut rappeler que si l'article 1424 protège le patrimoine commun des actes volontaires d'un seul époux, il n'empêche en aucun cas la saisie de ce patrimoine par les créanciers<sup>764</sup>.

---

<sup>761</sup> V. *supra* § n° 178.

<sup>762</sup> Fr. TERRE et Ph. SIMLER, *Régimes matrimoniaux et statut patrimonial des couples non mariés*, *op. cit.* n° 480.

<sup>763</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 2 juin 1981, *Bull. civ.* I, n° 187 : *Defrénois* 1981, art. 32750, p. 1320, obs. G. CHAMPENOIS. – Cass. 1<sup>re</sup> civ., 30 avr. 1985, *Bull. civ.* I, n° 135 : *JCP G* 1986, II, 20653, note M. DAGOT.

<sup>764</sup> Fr. TERRE et Ph. SIMLER, *Régimes matrimoniaux et statut patrimonial des couples non mariés*, *op. cit.* n° 480.

On a pu se demander si le conjoint qui consentait seulement à l'acte restait extérieur à l'opération ou s'il devenait coauteur de l'acte. Avant la réforme de 1985, les articles 1422 et 1424 du Code civil prévoyaient que « le mari ne [pouvait] sans le consentement de la femme » effectuer les actes énoncés dans lesdits articles. Le mari agissait à titre principal, l'accord du conjoint ne servant qu'à assurer la validité de l'acte. Par conséquent, le conjoint ne s'engageait pas personnellement. La loi de 1985<sup>765</sup> a changé la donne en réalisant une égalité parfaite entre les époux. Désormais, l'expression employée dans les articles 1422, 1424 et 1425 est « les époux ne peuvent l'un sans l'autre ». Les époux ayant exactement les mêmes pouvoirs sur les biens communs, la majorité des auteurs considère donc que les époux sont coauteurs de l'acte et donc coobligés par les conséquences<sup>766</sup>. En revanche, elle admet que le conjoint pourrait n'intervenir que pour donner son consentement. Il peut être difficile de savoir à quel titre le conjoint a agi. Aussi, le Professeur André Colomer est d'avis qu'il existe une présomption simple en vertu de laquelle les époux sont coauteurs de l'acte, le conjoint pouvant apporter la preuve contraire<sup>767</sup>. En pratique, les actes notariés qualifient habituellement les époux de « covendeurs », ce qui évite toute discussion<sup>768</sup>.

La perception des capitaux provenant des aliénations ou des constitutions de droits réels fait également l'objet de cogestion. Cela signifie qu'après avoir obtenu un premier accord de son conjoint pour l'opération, l'époux qui doit percevoir les capitaux devra obtenir un deuxième accord. Pour certains auteurs, cette disposition est surprenante et peu justifiée<sup>769</sup>. Pour d'autres, elle permet au conjoint de « se ressaisir après un consentement accordé sans

---

<sup>765</sup> Loi n° 85-1372 du 23 décembre 1985 relative à l'égalité des époux dans les régimes matrimoniaux et des parents dans la gestion des biens des enfants mineurs.

<sup>766</sup> G. CORNU, *Les régimes matrimoniaux*, op. cit. n° 66 ; J. FLOUR et G. CHAMPENOIS, *Les régimes matrimoniaux*, op. cit., n° 373 ; A. COLOMER, *Droit civil : régimes matrimoniaux*, op. cit., n° 462, Fr. TERRE et Ph. SIMLER, *Régimes matrimoniaux et statut patrimonial des couples non mariés*, op. cit., n° 469 ; I. DAURIAC, *Droit des régimes matrimoniaux et du PACS*, 5<sup>e</sup> éd. LGDJ, 2017, n° 417. Pour un avis contraire, V. V. BREMOND, J.-Cl. Civil Code, Art. 1421 à 1432, *Communauté légale*, fasc. précit., n° 151 à 155. Concernant les conséquences passives du coengagement, qui sont discutées, v. pour une étude d'ensemble V. BREMOND, précit., n° 157 et 158. V. également en faveur de la solidarité, H. LECUYER, *La théorie générale des obligations dans le droit patrimonial de la famille*, thèse Paris II, 1993, t. 1, p. 406 et s.

<sup>767</sup> A. COLOMER, *Droit civil : régimes matrimoniaux*, op. cit., n° 462. Pour une critique de cette solution, v. V. BREMOND, J.-Cl. Civil Code, Art. 1421 à 1432, *Communauté légale*, fasc. précit., n° 156.

<sup>768</sup> Ph. MALAURIE et L. AYNES, *Droit des régimes matrimoniaux*, 5<sup>e</sup> éd., LGDJ, 2015, n° 424.

<sup>769</sup> V. Fr. TERRE et Ph. SIMLER, *Régimes matrimoniaux et statut patrimonial des couples non mariés*, op. cit. n° 482.

réflexion ou sous la pression »<sup>770</sup>. Lorsque l'époux a effectué des actes visés à l'article 1424 du Code civil sans obtenir préalablement le consentement de son conjoint, ce dernier peut en demander la nullité en vertu de l'article 1427. Cela n'est toutefois plus possible lorsqu'il a ratifié l'acte<sup>771</sup>. Il résulte des dispositions de l'article 1424 du Code civil que « l'autonomie professionnelle cède devant la protection de la communauté », comme l'écrit le Professeur Michel Menjucq<sup>772</sup>. Il est évident que l'obtention du consentement du conjoint tend à alourdir l'exploitation commerciale<sup>773</sup> ; pour autant, les actes d'aliénation des biens visés à cet article ne sont pas fréquents. On peut donc se demander si l'alourdissement de l'exploitation est bien réel ou s'il n'est qu'apparent. Il est certain, car la cogestion concerne aussi des actes de constitution de droits réels courants dans la pratique, tels que le nantissement de fonds de commerce<sup>774</sup>. Nous avons vu que l'aliénation et la constitution de droits réels sur les immeubles sont soumises à cogestion ; cependant la constitution de baux sur ces derniers requiert également, dans certaines hypothèses, l'accord exprès du conjoint.

### **b - La constitution de baux sur certains biens**

**182.** L'article 1425 du Code civil dispose que « les époux ne peuvent, l'un sans l'autre, donner à bail un fonds rural ou un immeuble à usage commercial, industriel ou artisanal dépendant de la communauté ». Les baux ruraux et commerciaux confèrent au preneur un droit au renouvellement. Le législateur a donc assimilé la conclusion de ces baux à des actes de disposition graves<sup>775</sup> nécessitant l'accord des deux époux<sup>776</sup>. Néanmoins, l'exigence de cogestion concernerait aussi des baux ne conférant pas de droit au

---

<sup>770</sup> M. MENJUCQ, « Le fonds de commerce dans la communauté entre époux », *op. cit.*, n° 30.

<sup>771</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 18 mars 1980, *Bull. civ.* 1980, I, n° 92.

<sup>772</sup> M. MENJUCQ, « Le fonds de commerce dans la communauté entre époux », *op. cit.*, n° 28.

<sup>773</sup> *Id.*, n° 27.

<sup>774</sup> *Id.*, n° 28.

<sup>775</sup> PH. MALAURIE et L. AYNES, *Droit des régimes matrimoniaux*, *op. cit.*, n° 421.

<sup>776</sup> Cass. 3<sup>e</sup> civ., 19 mai 1981, *Bull. civ.* III, n° 100 : *JCP G* 1981, IV, p. 277 ; *RTD civ.* 1982, p. 409, obs. R. NERSON. L'arrêt énonce : « Vu l'article 1424 al 2 (anc.), le mari ne peut, sans l'accord de sa femme, donner à bail un immeuble à usage commercial dépendant de la communauté ».

renouvellement<sup>777</sup>, comme les baux de parcelles rurales de petite superficie ou les baux et conventions d'occupation de courte durée<sup>778</sup>. Dans l'hypothèse où les époux sont propriétaires de plusieurs immeubles que l'époux entrepreneur souhaite louer, il faut, à chaque fois, obtenir le consentement du conjoint. On constate, ici encore, un alourdissement de l'exploitation.

L'apport en société effectué en jouissance serait également soumis à l'article 1425 du Code civil. Ainsi, l'apport de la jouissance d'un immeuble commun à usage commercial, industriel ou artisanal ou encore d'un fonds rural commun nécessiterait l'accord du conjoint<sup>779</sup>. En vertu du même article, les autres baux sur les biens communs peuvent être passés par un seul conjoint. Ils sont soumis aux règles applicables aux baux passés par l'usufruitier<sup>780</sup>. Sont concernés les locations-gérançes de fonds de commerce<sup>781</sup> et les baux d'immeubles à usage d'habitation<sup>782</sup>. Les articles 1424 et 1425 du Code civil font prévaloir l'intérêt de la famille sur celui de l'entreprise. Certains actes dangereux sur des biens communs importants nécessitent le consentement de chacun des époux, au détriment de la facilité d'exploitation de l'entreprise. D'autres actes sont jugés encore plus dangereux par le législateur, puisqu'il les soumet à cogestion sans se préoccuper des biens sur lesquels ils portent.

## II - La cogestion réservée à certains actes sans distinction selon les biens concernés

**183.** L'article 1422 du Code civil soumet à cogestion l'affectation de biens communs en garantie de la dette d'autrui (a). L'article 1424 du Code civil, auquel nous nous sommes

---

<sup>777</sup> V. Cass. 3<sup>e</sup> civ., 21 févr. 2001, inédit : *JCP N* 2001, p. 1122, note J. CASEY ; *JCP G* 2001, I, 103, obs. Ph. SIMLER ; *RJPF* juin 2001, p. 26, note Fr. VAUVILLE ; *RD rur.* 2004, chron. 3, n° 3, par H. BOSSE-PLATIERE et R. LE GUIDEC.

<sup>778</sup> Fr. TERRE et Ph. SIMLER, *Régimes matrimoniaux et statut patrimonial des couples non mariés*, op. cit. n° 485.

<sup>779</sup> F. COLLARD et Fr. VINCKEL, J.-Cl. Sociétés Traité, *Capacité des contractants*, fasc. précit., n° 30.

<sup>780</sup> Ces règles sont énoncées à l'art. 595 C. civ. al. 2 et 3 C. civ.

<sup>781</sup> V. Cass. 1<sup>re</sup> civ., 16 mai 2000, inédit : *Dr. famille* 2000, comm. 114, note B. BEIGNIER ; *RJPF* 2000-10/17, obs. F. VAUVILLE.

<sup>782</sup> V. Cass. 3<sup>e</sup> civ., 13 mars 2002, inédit : *RJDA* 6/2002, n° 612 ; *JCP G* 2002, I, 167, n° 8, obs. Ph. SIMLER.

intéressée précédemment, exige principalement le consentement du conjoint pour certains actes sur des biens particuliers ; mais en son deuxième alinéa, il vise plus spécifiquement un acte, sans distinguer selon le bien concerné : il s'agit du transfert d'un bien commun dans un patrimoine fiduciaire (b). Enfin l'affectation d'un bien dépendant de la communauté à l'activité professionnelle d'un EIRL ne fait pas partie des actes que le Code civil soumet à cogestion. Cependant le Code de commerce y a remédié (c). Certaines opérations que nous venons d'énoncer présentent des parentés ; toutefois chacune a parfois plusieurs utilisations et il n'est donc pas possible de les traiter en les regroupant.

### **a - L'affectation d'un bien en garantie de la dette d'autrui**

**184.** L'article 1422 du Code civil impose en son premier alinéa à l'époux qui souhaite disposer à titre gratuit, entre vifs, d'un bien commun, de recueillir le consentement de son conjoint. Il n'y sera pas consacré de développements, car la présente section traite des règles des régimes matrimoniaux spécifiques à l'entreprise, or les dispositions de ce premier alinéa posent une règle générale aux régimes matrimoniaux, bien qu'étant applicable à l'entreprise. L'accord du conjoint est requis, pour disposer à titre gratuit, entre vifs, d'un bien commun, comme pour affecter un bien commun à la garantie de la dette d'un tiers, parce que le premier acte appauvrit à coup sûr la communauté, tandis que le second lui fait courir ce risque. Le second alinéa de l'article 1422 du Code civil a été introduit par l'ordonnance du 23 mars 2006. Lorsque la Cour de cassation a décidé que l'article 1415 du Code civil ne pouvait s'appliquer au « cautionnement réel »<sup>783</sup>, les époux se sont retrouvés sans protection s'agissant de sûretés réelles consenties pour garantir la dette d'un tiers portant sur des biens non visés à l'article 1424 du Code. Le législateur a réagi avec l'ordonnance de 2006 en soumettant toutes les sûretés réelles pour autrui à cogestion<sup>784</sup>. Désormais, l'époux qui souhaite nantir des titres dématérialisés communs en garantie de la dette d'un tiers doit recueillir le consentement de son conjoint<sup>785</sup>.

---

<sup>783</sup> V. *infra* § n° 135.

<sup>784</sup> Sur les hypothèses marginales de l'affectation par un époux d'un bien commun en garantie de son propre engagement de caution ou en garantie de la dette souscrite par son conjoint, v. V. BREMOND, J.-Cl. Civil Code, Art. 1421 à 1432, *Communauté légale*, fasc. précit., n° 129 et 130.

<sup>785</sup> V. V. BREMOND, J.-Cl. Civil Code, Art. 1421 à 1432, *Communauté légale*, fasc. précit., n° 126.

Si le premier alinéa de l'article 1422 du Code civil visait à protéger tout bien commun contre l'acte de disposition à titre gratuit décidé unilatéralement par un époux, les dispositions du deuxième alinéa semblent avoir été créées spécifiquement pour protéger les biens de l'entreprise ou les droits sociaux négociables<sup>786</sup> contre les sûretés réelles consenties par un seul époux. L'article 1422, alinéa deux, a comblé le vide laissé par le domaine limité de l'article 1424. Lorsque l'époux entrepreneur affecte un bien de l'entreprise à la garantie de la dette d'un tiers, il s'expose à voir ce bien saisi au cas où le tiers ne rembourserait pas le créancier. La perte du bien pourrait nuire à l'entreprise. Ici il n'est plus question d'opposer l'intérêt de la famille à celui de l'entreprise. Les deux vont dans le même sens. Le conjoint non-entrepreneur qui veille à l'intérêt de la famille peut alors également être indirectement garant de l'intérêt de l'entreprise.

### **b - Le transfert d'un bien dans un patrimoine fiduciaire**

**185.** Inspirée du *trust* anglo-saxon, la fiducie a été introduite en droit français par la loi du 19 février 2007<sup>787</sup>. Initialement réservée aux seules personnes morales, la fiducie peut désormais être constituée par une personne physique conformément à la loi de modernisation de l'économie du 4 août 2008<sup>788</sup>. Le législateur a donc dû se préoccuper des constituants mariés<sup>789</sup>. L'époux qui souhaite transférer un bien commun dans un patrimoine fiduciaire doit obtenir l'accord exprès de son conjoint en vertu de l'article 1424, alinéa deux, du Code civil. Quant aux personnes pouvant être fiduciaire, leur liste est réduite : il s'agit des établissements de crédit ou assimilé, ou des avocats<sup>790</sup>. L'article 2011 du Code civil définit la fiducie comme « l'opération par laquelle un ou plusieurs constituants transfèrent des biens, des droits ou des sûretés, ou un ensemble de biens, de droits ou de sûretés, présents ou futurs, à un ou plusieurs fiduciaires qui, les tenant séparés de leur patrimoine propre, agissent dans un but déterminé au profit d'un ou plusieurs bénéficiaires ». Seuls les créanciers titulaires de créances nées de la conservation ou de la gestion du patrimoine

---

<sup>786</sup> Les droits sociaux non négociables étant protégés par l'art. 1424 C. civ.

<sup>787</sup> Loi n° 2007-211 du 19 février 2007 instituant la fiducie.

<sup>788</sup> Loi n° 2008-776.

<sup>789</sup> V. BREMOND, J.-Cl. Civil Code, Art. 1421 à 1432, *Communauté légale*, fasc. précit., n° 125.

<sup>790</sup> Art. 2015 C. civ.

fiduciaire peuvent saisir les biens de ce patrimoine. Les créanciers du patrimoine personnel sont privés de cette faculté. La qualité de bénéficiaire du contrat de fiducie revient au constituant ou au fiduciaire<sup>791</sup>. La fiducie peut être utilisée à des fins de gestion du patrimoine du constituant (1) ou au titre de sûreté<sup>792</sup> (2).

## 1 - La fiducie-gestion

**186.** La doctrine a suggéré beaucoup d'utilisations de la fiducie-gestion dans l'entreprise, cependant il est difficile de savoir si la pratique s'en est emparée en raison de la confidentialité des pratiques des entreprises et de l'absence de contentieux porté devant les tribunaux<sup>793</sup>. Nous présenterons brièvement quelques utilisations de la fiducie. Tout d'abord, elle pourrait garantir l'efficacité des pactes d'actionnaires<sup>794</sup>. Les titres peuvent être transférés dans un patrimoine fiduciaire. Le fiduciaire exécute fidèlement les dispositions du pacte et en cas d'exercice de l'option, il transfère les titres au bénéficiaire. Le recours à la fiducie permettrait d'éviter que la promesse de vente ou le pacte de préférence des titres faisant l'objet des pactes ne soit violé<sup>795</sup>. Par ailleurs, les titres faisant partie du patrimoine fiduciaire ne peuvent pas être saisis par les créanciers du constituant<sup>796</sup>.

La fiducie pourrait également être utilisée pour des opérations de portage<sup>797</sup>. Par la convention de portage, le donneur d'ordre transmet la propriété de titres à une autre personne, nommée porteur qui l'accepte, mais s'engage par écrit à céder ces mêmes titres à une date et pour un prix fixés à l'avance à une personne désignée qui peut être le donneur d'ordre lui-même ou un tiers bénéficiaire<sup>798</sup>. Le fiduciaire peut jouer le rôle du porteur. Cela permettrait de ne pas craindre le caractère léonin de la convention et de protéger le donneur d'ordre de la défaillance du porteur. Toutefois, les conventions de portage présentent

---

<sup>791</sup> Art. 2016 C. civ.

<sup>792</sup> Une même opération peut répondre aux deux finalités. Pour des exemples, V. C. WITZ, J.-Cl. Banque - Crédit - Bourse, *Fiducie*, Fasc. 785, *Introduction et constitution*, n° 25.

<sup>793</sup> *Id.*, n° 28.

<sup>794</sup> *Ibid.*

<sup>795</sup> *Id.*, n° 26.

<sup>796</sup> Sur l'utilisation de la fiducie au profit de la famille, v. *infra* § n° 330 et s. et n° 347 et s.

<sup>797</sup> V. F.-X. LUCAS, « Précisions sur la qualification de portage », *JBS* 2007, n° 5, p. 610, obs. ss Cass. com., 23 janv. 2007.

<sup>798</sup> G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, op. cit., p. 770.

l'avantage de la discrétion, alors qu'au contraire, les contrats fiduciaires sont nécessairement enregistrés au service des impôts<sup>799</sup>. En outre, la fiducie pourrait trouver sa place dans les garanties de passif. Pour la détermination du prix des droits sociaux, il est tenu compte des éléments actifs et passifs connus. La clause de garantie de passif protège le cessionnaire de la survenance d'un passif inconnu « dont l'origine remonte à la période antérieure à la cession »<sup>800</sup>. Le cédant s'engage à assumer ce passif inconnu en versant une certaine somme au cessionnaire. Celui-ci court le risque que le cédant soit insolvable au moment où la garantie est mise en jeu et il s'expose également à ce que les créanciers du cédant saisissent les fonds<sup>801</sup>. Aussi, une partie du prix de vente peut être remise à un fiduciaire, qui joue « le rôle d'un tiers objectif et impartial », et il la débloque au profit de l'acheteur dans l'hypothèse où la garantie doit jouer<sup>802</sup>.

Dans ces trois situations d'utilisation de la fiducie, il est nécessaire d'obtenir l'accord du conjoint lorsque les biens transférés dans le patrimoine fiduciaire dépendent de la communauté. Il semble intéressant de voir s'il aurait fallu solliciter l'accord du conjoint pour effectuer les mêmes opérations sans intervention de la fiducie. L'accord requis au titre de celle-ci paraît-il justifié ? Les pactes d'actionnaire et les conventions de portage sont utilisés dans les sociétés par actions. Ces sociétés émettent des droits sociaux négociables. Or, le législateur a donné à l'époux actionnaire une liberté totale de gestion les concernant, même lorsqu'ils dépendent de la communauté. Ainsi, l'époux peut consentir seul une promesse de vente, engagement qui peut être inclus dans un pacte d'actionnaire et qui l'est toujours dans une convention de portage. L'époux peut également consentir seul un pacte de préférence, fréquemment inclus dans un pacte d'actionnaire. Nous avons expliqué de quelle façon la fiducie peut venir renforcer l'efficacité du pacte d'actionnaire et de la convention de portage. Nous nous apercevons que le transfert de titres négociables dans un patrimoine fiduciaire est soumis à l'accord du conjoint, alors que la fiducie vient seulement renforcer l'efficacité d'actes qui ne requièrent pas, en temps normal, la cogestion.

---

<sup>799</sup> C. WITZ, J.-Cl. Banque - Crédit - Bourse, *Fiducie*, fasc. précit., n° 26. L'enregistrement est imposé par l'art. 2019 C. civ.

<sup>800</sup> M. COZIAN, A. VIANDIER et F. DEBOISSY, *Droit des sociétés*, op. cit., n° 1232.

<sup>801</sup> C. WITZ, J.-Cl. Banque - Crédit - Bourse, *Fiducie*, fasc. précit., n° 26.

<sup>802</sup> *Ibid.*

Quant à la garantie de passif, elle peut aussi bien se rencontrer dans les sociétés de personnes que dans les sociétés de capitaux. Pour céder des parts sociales, qui sont par nature non négociables, le consentement du conjoint est exigé<sup>803</sup>. La garantie de passif est incluse dans l'acte de cession. Aussi, le conjoint ne donnera vraisemblablement son accord à la cession que s'il ne s'oppose pas à la garantie. En général les rédacteurs d'actes prennent d'ailleurs le soin de mentionner que le conjoint consent à la cession ainsi qu'à la perception du prix ; mais n'entend pas se porter cocédant<sup>804</sup>, ce qui exclut qu'il engage ses biens propres. Qu'en est-il lorsque la garantie de passif est introduite dans le cadre d'une cession de titres négociables ? Dans ce cas, le cédant n'a à recueillir le consentement de son conjoint ni au titre de la cession ni au titre de la garantie en particulier. En effet, il n'est pas souhaitable de conférer une interprétation extensive à l'article 1415 du Code civil. Celui-ci ne devrait pas s'appliquer à la garantie de passif<sup>805</sup>.

Que les droits sociaux soient ou non négociables, la garantie de passif elle-même peut être consentie par l'époux actionnaire ou associé seul. En revanche, la fiducie rend nécessaire l'accord du conjoint, parce que les deniers issus du prix de cession des titres communs sont également communs. Le contraste peut paraître étonnant dans la mesure où la fiducie, adjointe à la garantie de passif, vient seulement la renforcer en bloquant une partie du prix de vente. De plus, par cette garantie, l'époux engage ses biens propres et les biens communs. Par conséquent, le transfert de deniers communs dans un patrimoine fiduciaire ne présente pas plus de danger qu'une garantie de passif isolée. La conclusion du contrat de fiducie est considérée comme un acte de disposition<sup>806</sup> ; cependant la cogestion semble parfois inadaptée : nous avons examiné plusieurs cas dans lesquels la dangerosité de la fiducie-gestion n'était pas avérée. Le recours à la cogestion est également requis dans le cadre de la fiducie-sûreté.

---

<sup>803</sup> Art. 1424 C. civ.

<sup>804</sup> V. formule proposée par Ch. FELIX, « Cession de parts sociales de sociétés civiles, formules », *JCP N*, 1991, n° 16, 100380.

<sup>805</sup> H. LECUYER, « Garanties de passif et droit patrimonial de la famille », *BJS* 2009, p. 892.

<sup>806</sup> Décret n° 2008-1484 du 22 décembre 2008 relatif aux actes de gestion du patrimoine des personnes placées en curatelle ou en tutelle, et pris en application des articles 452, 496 et 502 du code civil.

## 2 - La fiducie-sûreté

**187.** Le Code civil prévoit que la propriété d'un bien ou d'un droit peut être cédée à titre de garantie d'une obligation en vertu d'un contrat de fiducie<sup>807</sup>. Celle-ci présente l'avantage d'être une sûreté polyvalente « pouvant porter indifféremment sur tout bien, corporel ou incorporel, mobilier ou immobilier, présent ou futur et garantir n'importe quelle créance »<sup>808</sup>. L'ordonnance du 30 janvier 2009 a conféré davantage de visibilité et de sécurité à la fiducie-sûreté en introduisant dans le Code des dispositions concernant la fiducie portant sur des biens mobiliers<sup>809</sup> et immobiliers<sup>810</sup>. Lorsque la garantie n'est pas mise en jeu, le bénéficiaire est le constituant. Si ce dernier est défaillant, le bénéficiaire est le créancier. À défaut de paiement de la dette garantie, le fiduciaire acquiert en principe la libre disposition du bien ou du droit cédé à titre de garantie<sup>811</sup>. Néanmoins, parfois le créancier n'a ni la qualité d'établissement de crédit ou assimilé ni celle d'avocat. Le débiteur peut alors constituer une « fiducie-sûreté avec entiercement »<sup>812</sup> : par cette opération triangulaire, il transfère le bien ou le droit à un fiduciaire qui a la qualité requise. Ce dernier est propriétaire du bien pour le compte du créancier. Dans ce cas, le créancier peut exiger du fiduciaire qu'il lui remette le bien, dont il peut librement disposer, ou, si la convention le prévoit, qu'il vende le bien et lui remette tout ou partie du prix<sup>813</sup>.

La fiducie présente des caractères proches de ceux d'une sûreté réelle. Elle apparaît plus dangereuse en ce que le créancier est déjà propriétaire du bien. De cette façon, il n'a pas besoin de recourir à la vente forcée du bien, à l'attribution judiciaire ou au pacte comissoire<sup>814</sup>. De plus, l'article 1424, alinéa premier, du Code civil soumet à cogestion la constitution de sûretés sur les immeubles, fonds de commerce, exploitations, droits sociaux

---

<sup>807</sup> Art. 2372-1, al. 1<sup>er</sup>, C. civ. concernant les biens mobiliers et les droits, et art. 2488-1, al. 1<sup>er</sup>, concernant les biens immobiliers.

<sup>808</sup> C. WITZ, J.-Cl. Banque - Crédit - Bourse, *Fiducie*, fasc. précit., n° 40.

<sup>809</sup> Art. 2372-1 à 2372-6 C. civ., constituant la section « De la propriété cédée à titre de garantie ».

<sup>810</sup> Art. 2488-1 à 2488-6 C. civ., constituant un chapitre intitulé « De la propriété cédée à titre de garantie ».

<sup>811</sup> Art. 2372-3, al. 1<sup>er</sup>, C. civ. concernant les meubles ; art. 2488-3, al. 1<sup>er</sup>, concernant les immeubles.

<sup>812</sup> C. WITZ, J.-Cl. Banque - Crédit - Bourse, *Fiducie*, fasc. précit., n° 40.

<sup>813</sup> Art. 2372-3, al. 2., C. civ. et art. 2488-3, al. 2. Concernant la détermination de la valeur du bien, v. le troisième alinéa de chaque article.

<sup>814</sup> Sur l'efficacité de la fiducie en procédure collective, v. *infra* § n° 334.

non négociables et meubles corporels dont l'aliénation est soumise à publicité, à partir du moment où tous ces biens dépendent de la communauté. L'article 1422, alinéa deux, impose la cogestion pour affecter un bien commun à la garantie de la dette d'un tiers. Le débiteur peut donc seul constituer une sûreté réelle sur un bien commun non cité à l'article 1424, alinéa premier, afin de garantir sa propre dette, tandis que le transfert d'un bien commun dans un patrimoine fiduciaire est dans tous les cas soumis à cogestion.

De nos remarques sur la fiducie-gestion et sur la fiducie-sûreté naissent quelques réflexions. On peut se demander s'il est opportun de traiter la fiducie plus durement que d'autres actes qui ne requièrent pas le consentement du conjoint. Ne pourrait-on pas soumettre la fiducie à l'accord du conjoint dans deux cas : celui où des biens visés à l'article 1424, alinéa premier, du Code civil sont concernés, d'une part, et celui où la fiducie joue le rôle de sûreté pour garantir la dette d'autrui, d'autre part ? L'idée serait de protéger autant que les articles 1424 et 1422, alinéa deux, mais pas davantage. Une autre piste consiste à prendre en compte la gravité de la fiducie-sûreté, et à suggérer que seules soient soumises à cogestion les fiducies-sûretés, à l'exclusion des fiducies-gestion. Cependant la recherche du but de la fiducie pourra certainement apparaître difficile dans certains cas. On comprend que le législateur n'a pas souhaité opérer de distinction : pour lui, le transfert de propriété du bien, qui passe du « patrimoine commun » dans le patrimoine fiduciaire, est suffisant pour être soumis de manière absolue à cogestion.

Outre l'accord du conjoint, le Code civil impose une autre contrainte importante à la conclusion du contrat de fiducie lorsqu'il opère le transfert d'un bien commun dans un patrimoine fiduciaire. Le contrat doit être établi par acte notarié à peine de nullité<sup>815</sup>. Il présente donc un caractère solennel. La raison d'être de cette lourdeur se conçoit difficilement. La constitution de la très grande majorité des sûretés réelles n'est pas soumise à l'exigence d'un acte notarié. Seule l'hypothèque conventionnelle doit obligatoirement être constituée sous cette forme et encore, celle-ci est imposée dans un but de protection du constituant, le notaire étant débiteur d'un important devoir de conseil. Par conséquent, ne pas être marié ne suffit pas pour échapper à la forme notariée. À notre connaissance, le contrat de fiducie est le seul contrat qui passe de consensuel à solennel du seul fait de la nature propre ou commune du bien sur lequel il porte. Le législateur a peut-être pensé que

---

<sup>815</sup> Art. 2012, al. 2, C. civ.

l'époux qui choisirait la fiducie serait sûrement bien informé. Le recours au notaire serait alors nécessaire afin d'éclairer le consentement du conjoint qui pourrait mal comprendre le fonctionnement de la fiducie et les dangers présentés par ses multiples visages. La fiducie, en évoquant la notion de patrimoine d'affectation, a ouvert la porte à l'EIRL.

### **c - L'affectation d'un bien dans le patrimoine professionnel d'un EIRL**

**188.** Les biens, droits, obligations ou sûretés qui sont nécessaires à l'exercice de l'activité professionnelle de l'entrepreneur figurent obligatoirement dans le patrimoine affecté. Ce dernier peut également comprendre les mêmes biens, lorsqu'ils sont utilisés pour l'exercice de l'activité professionnelle<sup>816</sup>. Toutefois, l'absence d'éléments à affecter ne constitue pas un obstacle pour que l'EIRL débute son activité<sup>817</sup>. Ce dernier présente comme principal avantage de limiter au seul patrimoine affecté le gage des créanciers professionnels. Le patrimoine personnel de l'entrepreneur reste à l'abri des poursuites<sup>818</sup>. L'article L. 526-11 du Code de commerce impose à l'entrepreneur souhaitant affecter des biens communs à son activité professionnelle d'obtenir l'accord de son conjoint. De plus, un modèle type d'accord est disponible au centre de formalités des entreprises ou au greffe du tribunal de commerce<sup>819</sup>. On observe que l'affectation de n'importe quel bien commun nécessite l'accord exprès du conjoint de l'entrepreneur. L'article L. 526-11 ne s'est pas borné à imposer la cogestion pour les biens visés à l'article 1424 du Code civil<sup>820</sup>.

On peut s'interroger sur la justification de cette cogestion. La gravité de l'acte d'affectation n'en serait pas à l'origine<sup>821</sup>. Cet acte peut s'analyser comme un acte d'administration, car le bien demeure dans le patrimoine des époux. À l'inverse, le transfert d'un bien dans un patrimoine fiduciaire ou l'apport en société réalisent un transfert à un

---

<sup>816</sup> Art. L. 526-6, al. 2, C. com.

<sup>817</sup> Art. L. 526-8 I, al. 2, C. com.

<sup>818</sup> V. *infra* § n° 350 et s.

<sup>819</sup> Art. R. 526-7 C. com.

<sup>820</sup> Ph. SIMLER, « EIRL et communauté de biens entre époux », *op. cit.*, n° 1.

<sup>821</sup> A. KARM, « Le patrimoine affecté de l'EIRL et le droit des régimes matrimoniaux », *op. cit.*, n° 10.

patrimoine tiers et constituent des actes de disposition<sup>822</sup>. Or, sous le régime légal, la cogestion est imposée pour les actes de disposition, mais pas pour les actes d'administration en principe. La cogestion se justifierait plutôt par l'atteinte au crédit du couple<sup>823</sup>. En effet, les créanciers personnels sont dans l'impossibilité d'exercer des poursuites sur les biens communs entrés dans le patrimoine d'affectation<sup>824</sup>. Ces créanciers pouvant seulement saisir les biens du patrimoine personnel, le crédit des époux se trouve fortement réduit. En outre, le Professeur Anne Karm considère que la mise à disposition du bien au service de l'activité professionnelle de l'entrepreneur est assimilable à un transfert de jouissance au profit de cet entrepreneur. Elle effectue un parallèle intéressant avec la situation de la société en participation qui n'a pas la personnalité morale. Aussi, chaque associé met à disposition de cette société des biens dont il reste propriétaire<sup>825</sup>. Cependant, cette conception ne fait pas l'unanimité, de nombreux auteurs pensant au contraire qu'il n'existe aucun transfert de jouissance des biens au profit de l'entrepreneur<sup>826</sup>. La doctrine s'accorde en revanche sur le fait que l'affectation des biens n'en modifie pas la nature : ceux qui sont communs le demeurent<sup>827</sup>.

**189.** Enfin, la sanction pour le cas où l'entrepreneur n'obtiendrait pas l'accord de son conjoint pour l'affectation est incertaine. L'article L. 526-8 du Code de commerce prévoyait dans sa rédaction antérieure à la loi du 22 mai 2019 dite « loi Pacte »<sup>828</sup> que les organismes chargés de la tenue des registres n'acceptaient le dépôt de la déclaration d'affectation qu'après avoir vérifié qu'elle comportait notamment les documents attestant que le conjoint donnait son accord exprès pour l'affectation des biens communs. Ces dispositions laissaient

---

<sup>822</sup> V. S. PIEDELIEVRE, « L'entreprise individuelle à responsabilité limitée », *Defrénois* 2010, art. 39134, n° 11.

<sup>823</sup> Ph. SIMLER, « EIRL et communauté de biens entre époux », *op. cit.*, n° 1 ; A. KARM, « Le patrimoine affecté de l'EIRL et le droit des régimes matrimoniaux », *op. cit.*, n° 10.

<sup>824</sup> V. A. KARM, *Ibid.*

<sup>825</sup> *Ibid.*

<sup>826</sup> V. notamment Ph. SIMLER, « EIRL et communauté de biens entre époux », *op. cit.*, n° 2 et L. THOMAT-RAYNAUD, « L'entrepreneur individuel à responsabilité limitée : naissance d'une nouvelle catégorie de personne physique ? », *Dr. famille* 2011, étude 15, note 59.

<sup>827</sup> Ph. SIMLER, « EIRL et communauté de biens entre époux », *op. cit.*, n° 2 ; A. KARM, « Le patrimoine affecté de l'EIRL et le droit des régimes matrimoniaux », *op. cit.*, n° 10 ; L. THOMAT-RAYNAUD, « L'entrepreneur individuel à responsabilité limitée : naissance d'une nouvelle catégorie de personne physique ? », *op. cit.*, n° 19.

<sup>828</sup> Loi n° 2019-486 du 22 mai 2019 relative à la croissance et à la transformation des entreprises.

donc à penser que la sanction était l'irrecevabilité de la déclaration d'affectation. Cependant, l'article L. 526-11 dispose que « le non-respect des règles [...] entraîne l'inopposabilité de l'affectation »<sup>829</sup>. Le Professeur Anne Karm<sup>830</sup> estimait que l'irrecevabilité devait sanctionner le non-respect des règles lors de la déclaration initiale d'affectation ; l'inopposabilité s'appliquait à la déclaration complémentaire d'affectation. La « loi Pacte » n'a pas clarifié la sanction. Elle a fait disparaître de l'article L. 526-8 cette exigence de vérification de l'accord du conjoint. Cela ferait pencher en faveur de la sanction de l'inopposabilité, dont la mention figurant dans l'article L. 526-11 reste inchangée. Pourtant, ce même article établit que « l'entrepreneur individuel justifie de l'accord exprès de son conjoint ». Auprès de qui cet accord doit-il être justifié, si ce n'est auprès des organismes chargés de la tenue des registres ? Par conséquent, ne serait-il pas logique que ces organismes refusent de recevoir la déclaration d'affectation en l'absence du document ? Dans ce cas, la sanction serait l'irrecevabilité. On observe une confusion si ce n'est une contradiction au sein même des dispositions de l'article L. 526-11 du Code de commerce. Quand bien même la sanction serait dans tous les cas l'inopposabilité, il resterait à déterminer son effet : seulement à l'égard du conjoint ou *erga omnes*<sup>831</sup>.

Les articles 1424 et 1425 du Code civil protègent l'entreprise en soumettant un certain nombre d'actes importants à cogestion. Pour autant, des actes graves restent soumis à la gestion exclusive lorsqu'un époux exploite seul. Par exemple, la cession du droit au bail commercial peut en principe être effectuée par l'époux exploitant sans qu'il ait besoin d'obtenir l'accord de son conjoint. Cette situation n'a plus semblé acceptable pour le législateur à partir du moment où le conjoint participe à l'entreprise.

---

<sup>829</sup> Concernant le fait de savoir si la sanction est applicable en cas de non-respect de l'obligation d'information seule, v. *supra* § n° 165.

<sup>830</sup> A. KARM, « Le patrimoine affecté de l'EIRL et le droit des régimes matrimoniaux », *op. cit.*, n° 9.

<sup>831</sup> Sur cette question, v. V. LEGRAND, « EIRL : réforme de simplification ou disparition ? », *LPA* 2014, n° 86, p. 6.

## **B - Le recours au double consentement des époux justifié par la participation du conjoint à l'exploitation**

**190.** Le législateur a entendu confier davantage de pouvoir à l'époux qui participe à l'exploitation. Le conjoint de l'agriculteur bénéficie d'un pouvoir de blocage pour certains actes (I), tout comme le conjoint de l'artisan et du commerçant (II).

### **I - Le consentement du conjoint de l'agriculteur**

**191.** L'article L. 411-68 du Code rural requiert le consentement du conjoint participant à l'exploitation pour effectuer certains actes sur le bail rural. Nous nous pencherons sur le domaine de cet article (a), avant de nous intéresser à ses fondements (b), puis à la sanction qu'il pose (c).

#### **a - Le domaine de l'article L. 411-68 du Code rural**

**192.** La loi d'orientation agricole du 4 juillet 1980<sup>832</sup> est la première à avoir soumis au double consentement des époux certains actes en raison de la participation du conjoint à l'exploitation. L'article L. 411-68 du Code rural issu de cette loi prévoit que « lorsque les époux participent ensemble et de façon habituelle à une exploitation agricole, l'époux titulaire du bail sur cette exploitation ne peut, sans le consentement exprès de son conjoint, accepter la résiliation, céder le bail ou s'obliger à ne pas en demander le renouvellement ». La mention de « l'époux titulaire du bail » amène à exclure l'application de cette disposition dans l'exploitation agricole exploitée sous la forme sociale. La condition de participation est remplie lorsque les époux exploitent ensemble<sup>833</sup> ou lorsque le conjoint « ne fait que collaborer » à l'exploitation<sup>834</sup>. La participation doit être habituelle : il revient au conjoint qui demande la nullité de le prouver<sup>835</sup>. De plus, cette participation devrait être appréciée

---

<sup>832</sup> Loi n° 80-502.

<sup>833</sup> Art. L. 321-1, al. 1<sup>er</sup>, C. rur.

<sup>834</sup> Art. L. 321-1, al. 2, C. rur.

<sup>835</sup> A. JALLAIS, J.-Cl. Not. Form., V° Exploitation agricole, *Conjoint d'exploitant agricole*, fasc. précit., n° 120.

uniquement sur les terres louées et non sur l'ensemble de l'exploitation<sup>836</sup>. Le conjoint qui participe régulièrement à l'exploitation devrait avoir opté pour l'un des statuts mentionnés à l'article L. 321-5 du Code rural<sup>837</sup>. Concernant les baux, comme l'explique le Professeur Alain Jallais, l'article L. 411-68 du Code rural évoque le bail au singulier, alors que les grandes exploitations reposent sur plusieurs baux<sup>838</sup>. Aussi la doctrine est-elle favorable à une interprétation extensive de l'article<sup>839</sup>.

S'agissant des actes requérant le consentement du conjoint, ce sont ceux par lesquels le preneur met volontairement fin au bail<sup>840</sup>. Ainsi, lorsque ledit preneur accepte une résiliation amiable anticipée du bail rural, il doit obtenir le consentement de son conjoint<sup>841</sup>. En outre, le bail rural étant en principe incessible, sa cession n'intervient que dans deux situations<sup>842</sup>. Dans la première, le preneur cède son bail à un descendant<sup>843</sup>. Si celui-ci est issu d'un premier mariage, le conjoint refusera dans certains cas de donner son accord<sup>844</sup>. Le preneur pourra alors recourir à l'article 217 du Code civil pour se faire autoriser judiciairement à passer l'acte<sup>845</sup>. La seconde situation concerne l'apport du droit au bail à une société<sup>846</sup>. Celle-ci devient titulaire du bail. L'apporteur cesse d'être le preneur. En revanche, la mise à disposition du bail sans changement de son titulaire n'entre pas dans les actes devant obtenir le consentement du conjoint<sup>847</sup>. En outre, en cas de participation du conjoint à l'exploitation,

---

<sup>836</sup> V. *Ibid.*

<sup>837</sup> V. *infra* § n° 432.

<sup>838</sup> A. JALLAIS, J.-Cl. Not. Form., V° Exploitation agricole, *Conjoint d'exploitant agricole*, fasc. précit., n° 121.

<sup>839</sup> V. notamment J. FLOUR et G. CHAMPENOIS, *Les régimes matrimoniaux, op. cit.*, n° 97.

<sup>840</sup> A. JALLAIS, J.-Cl. Not. Form., V° Exploitation agricole, *Conjoint d'exploitant agricole*, fasc. précit., n° 122.

<sup>841</sup> *Id.*, n° 123. En faveur d'une application large de l'article et de son application à l'acquiescement à une résiliation judiciaire, V. A. LASSAUBATJEU-ANDRE, « Le statut des époux exploitants agricoles », *Deffrénois* 1981, art. 32624, p. 561 ; G. CORNU, *Les régimes matrimoniaux, op. cit.*, p. 141, n° 21.

<sup>842</sup> A. JALLAIS, J.-Cl. Not. Form., V° Exploitation agricole, *Conjoint d'exploitant agricole*, fasc. précit., n° 124.

<sup>843</sup> Art. L. 411-35, al. 1<sup>er</sup>, C. rur.

<sup>844</sup> A. JALLAIS, J.-Cl. Not. Form., V° Exploitation agricole, *Conjoint d'exploitant agricole*, fasc. précit., n° 124.

<sup>845</sup> V. *infra* § n° 242.

<sup>846</sup> Art. L. 411-38 C. rur.

<sup>847</sup> A. JALLAIS, J.-Cl. Not. Form., V° Exploitation agricole, *Conjoint d'exploitant agricole*, fasc. précit., n° 124.

l'époux titulaire du bail ne peut seul accepter sa résiliation, le céder ou s'obliger à ne pas en demander le renouvellement. Cela signifie-t-il que le conjoint devient cotitulaire du bail ? La Cour de cassation l'a fermement refusé<sup>848</sup>.

**193.** Par ailleurs, les dispositions de l'article L. 411-68 du Code rural sont impératives, toute stipulation contraire étant réputée non écrite. Applicables à tous les époux quel que soit leur régime matrimonial, elles ne font pas partie du régime primaire en tant que tel, car elles sont propres à une catégorie professionnelle, ici celle des exploitants agricoles. D'autres règles que nous évoquerons plus loin présentent les mêmes caractéristiques, mais concernent également d'autres catégories professionnelles<sup>849</sup>. Le Doyen Cornu les qualifie donc très justement de « développements sectoriels du régime primaire »<sup>850</sup>. De surcroît, la tendance générale au rapprochement du statut des partenaires de PACS de celui des époux s'observe en droit rural. La loi du 5 janvier 2006<sup>851</sup> a assimilé le partenaire au conjoint dans les dispositions relatives aux baux ruraux. Pourtant, l'article L. 411-68 a échappé à cette unification et continue à ne régir que les époux<sup>852</sup>. On peut penser qu'il s'agit, de la part du législateur, d'un oubli qui mériterait d'être corrigé par souci de cohérence.

### **b - L'esprit de l'article L. 411-68 du Code rural**

**194.** Le bail est propre à l'époux qui est le seul preneur<sup>853</sup> et pourtant, l'article L. 411-68 lui impose de recueillir le consentement de son conjoint. On assiste à une restriction des pouvoirs de l'époux sur un bien propre, ce qui n'était pas le cas avec les articles 1424 et 1425 du Code civil, ceux-ci ne concernant que les biens communs. L'article L. 411-68 constitue donc une dérogation au principe de la gestion exclusive des propres. On retrouve une analogie avec l'article 215, alinéa trois, du Code civil qui empêche l'époux de disposer

---

<sup>848</sup> Cass. 3<sup>e</sup> civ., 12 juill. 1989, *Bull. civ.* III, n° 165 p. 90 : *RD rur.* 1989, p. 468 ; *JCP N* 1990, II, p. 74, n° 2, obs. J.-P. MOREAU.

<sup>849</sup> V. *infra* le mandat confié au conjoint qui participe à l'entreprise, § n° 445 et s.

<sup>850</sup> G. CORNU, *Les régimes matrimoniaux*, op. cit., n° 20.

<sup>851</sup> Loi n° 2006-11 d'orientation agricole.

<sup>852</sup> V. R. LE GUIDEC, « Couples et exploitation agricole. – Par la loi d'orientation, le droit rural accueille la modernité », *D. rural*, n° 344, 2006, étude 21, n° 14.

<sup>853</sup> V. *supra* § n° 149.

seul des droits assurant le logement de la famille<sup>854</sup>. On peut s'interroger sur l'esprit qui anime les dispositions de l'article L. 411-68. L'exploitation agricole, comme le logement de la famille, sont des biens « essentiels pour la sécurité matérielle de la famille »<sup>855</sup>. Il est tout aussi nécessaire que la famille conserve un toit que des revenus ; et lorsque les deux époux travaillent dans la même exploitation agricole, ils sont financièrement très dépendants de celle-ci. Le consentement du conjoint est-il donc requis seulement en raison de cette dépendance économique ? L'idée est ici que la participation des époux à l'exploitation les rend tous deux dépendants d'elle financièrement, et par conséquent le sort de cette exploitation nécessite d'être soustrait à la volonté du seul époux preneur.

Le conjoint qui participe à l'exploitation peut en être dépendant. On remarque que cette dépendance ne provient pas toujours des revenus que le conjoint tire directement de l'exploitation. En effet, l'exploitation peut ne constituer qu'une source de revenus indirecte dans l'hypothèse où le conjoint a opté pour le statut de conjoint collaborateur et n'est alors pas rémunéré<sup>856</sup>. Les revenus tirés de l'exploitation par le conjoint vont à l'époux preneur ; mais on peut penser que le conjoint en bénéficiera indirectement. En fin de compte, les deux époux jouiront de ces revenus. Cependant, la dépendance financière du conjoint ne permet pas de justifier à elle seule l'exigence de son consentement. Parfois, la dépendance, qu'elle soit liée aux revenus tirés directement de l'exploitation ou d'un bénéfice indirect par l'intermédiaire de l'époux preneur, est faible. C'est notamment le cas dans lequel le conjoint a une autre source de revenus, telle que l'exercice d'une activité salariée extérieure à l'exploitation.

On pourrait alors émettre l'hypothèse que c'est la dépendance financière du ménage et non plus d'un seul époux, qui justifie le double consentement ; toutefois dans ce cas, pourquoi poser comme condition d'application de l'article la participation du conjoint à l'exploitation ? Lorsque le conjoint ne participe pas à l'exploitation et n'exerce aucune autre activité professionnelle, le ménage en son ensemble est tout à fait dépendant de l'exploitation, et pourtant le conjoint n'a aucun consentement à donner quant aux décisions relatives au bail. Il faut en déduire que si la participation du conjoint engendre souvent une

---

<sup>854</sup> A. JALLAIS, J.-Cl. Not. Form., V° Exploitation agricole, *Conjoint d'exploitant agricole*, fasc. précit., n° 119 ; J. FLOUR et G. CHAMPENOIS, *Les régimes matrimoniaux*, op. cit., n° 96.

<sup>855</sup> J. FLOUR et G. CHAMPENOIS, *Les régimes matrimoniaux*, op. cit., n° 96.

<sup>856</sup> V. *infra* § n° 442.

dépendance économique à l'exploitation, ce n'est pas la seule justification. Le droit de regard sur l'avenir de l'exploitation conféré au conjoint semble surtout lié à sa participation en ce qu'elle constitue un investissement. Si le conjoint a consacré son temps et son énergie à l'exploitation, il n'est pas acceptable que l'exploitation cesse du fait de l'époux preneur sans que ce conjoint ait son mot à dire. La participation justifie certains égards.

### **c - La sanction de l'article L. 411-68 du Code rural**

**195.** En vertu de l'article L. 411-68 du Code rural, le conjoint qui n'aurait pas donné son consentement à l'acte peut en demander l'annulation. L'action en nullité lui est ouverte dans l'année à compter du jour où il a eu connaissance de l'acte. On peut s'interroger sur les raisons pour lesquelles le délai est plus court que celui de deux ans posé par l'article 1427 du Code civil concernant les actes soumis à cogestion par l'article 1424 du même code. On pourrait penser que cela est dû au fait que dans le domaine de l'article L. 411-68, le conjoint participe nécessairement à l'exploitation. Il serait ainsi à même de réagir plus rapidement qu'un conjoint ne participant pas forcément à l'exploitation dans le cadre de l'article 1424 du Code civil. Cependant cette justification semble erronée, car l'article L. 121-5 du Code de commerce, qui requiert le consentement du conjoint du commerçant ou de l'artisan pour certains actes en cas de participation à l'exploitation, pose également un délai de deux ans pour agir en nullité. Le délai de l'action posé par l'article L. 411-68 semble ainsi revêtir une singularité plutôt défavorable au conjoint de l'agriculteur, en comparaison des autres cas dans lesquels le délai est plus long.

Néanmoins, on s'aperçoit que l'article 215, alinéa trois, du Code civil qui protège le logement de la famille pose le même délai : un an à compter du jour où le conjoint a connaissance de l'acte<sup>857</sup>. Le délai posé par l'article L. 411-68 apparaît moins isolé. De plus, il convient également de s'intéresser au délai dans lequel l'action est encadrée : celle exercée sur le fondement de l'article 215 ne peut jamais être intentée plus d'un an après que le régime matrimonial s'est dissous et cette même limite, mais de deux ans, est également adoptée par les articles 1424 du Code civil et L. 121-5 du Code de commerce. Or, de son côté, l'article

---

<sup>857</sup> A. JALLAIS, J.-Cl. Not. Form., V° Exploitation agricole, *Conjoint d'exploitant agricole*, fasc. précit., n° 131.

L. 411-68 ne pose aucune limite après la dissolution de la communauté<sup>858</sup>. Le délai relativement court de cet article, un an à compter de la connaissance de l'acte, semble contrebalancé par l'absence de délai encadrant le point de départ de l'action. Cette absence de délai serait cependant relative eu égard à l'article 2232 du Code civil qui prévoit que le report du point de départ de la prescription ne peut avoir pour effet de porter le délai de celle-ci au-delà de vingt ans à compter du jour de la naissance du droit. Le conjoint de l'agriculteur paraît donc bénéficier d'une protection efficace contre les actes importants qui seraient effectués sur le bail rural par l'autre époux seul. De façon similaire, certains actes requièrent également le consentement du conjoint du commerçant et de l'artisan.

## II - Le consentement du conjoint du commerçant et de l'artisan

**196.** Conformément à l'article L. 121-5 du Code de commerce, l'artisan et le commerçant ne peuvent, sans le consentement de leur conjoint, lorsque celui-ci participe à leur activité professionnelle en qualité de conjoint travaillant dans l'entreprise, aliéner ou grever de droits réels les éléments du fonds de commerce ou de l'entreprise artisanale dépendant de la communauté, qui, par leur importance ou par leur nature, sont nécessaires à l'exploitation de l'entreprise, ni donner à bail ce fonds de commerce ou cette entreprise artisanale. Pour percevoir les capitaux provenant de ces opérations, le consentement du conjoint est également requis. L'article L. 121-5 du Code de commerce, comme l'article L. 411-68, n'est applicable que dans l'entreprise individuelle. Le conjoint est reconnu comme travaillant dans l'entreprise, lorsqu'il a opté pour le statut de conjoint collaborateur, celui de conjoint salarié ou de conjoint associé<sup>859</sup>. Le choix de l'un de ces statuts est obligatoire pour le conjoint lorsqu'il exerce de manière régulière une activité professionnelle dans l'entreprise commerciale, artisanale ou libérale de son époux<sup>860</sup>.

L'article L. 121-5 dans sa rédaction initiale est issu de la loi du 10 juillet 1982 relative aux conjoints d'artisans et de commerçants travaillant dans l'entreprise familiale<sup>861</sup>. L'article 1424 du Code civil, quant à lui, a été introduit dans le Code civil par la loi du 13 juillet 1965

---

<sup>858</sup> J. FLOUR et G. CHAMPENOIS, *Les régimes matrimoniaux*, *op. cit.*, n° 98.

<sup>859</sup> V. *infra* § n° 432.

<sup>860</sup> Art. L. 121-4 I C. com.

<sup>861</sup> Loi n° 82-596.

portant réforme des régimes matrimoniaux. Initialement, il restreignait uniquement les pouvoirs du mari sur certains biens de la communauté, puis il a été bilatéralisé en 1985. Comme l'article 1424, l'article L. 121-5 est applicable à tous les époux mariés sous le régime de la communauté ou sous le régime de la séparation de biens avec société d'acquêts ; mais contrairement à l'article 1424, il pose une condition de participation du conjoint à l'entreprise. L'article L. 121-5 du Code de commerce a un champ d'application plus restreint que celui de l'article 1424 en ce que ce dernier vise également les immeubles, les droits sociaux non négociables et les meubles corporels dont l'aliénation est soumise à publicité. Concernant les autres biens, le domaine des deux articles mérite d'être examiné attentivement. L'article 1424 impose la cogestion pour aliéner ou grever de droits réels « le fonds de commerce et les exploitations », alors que l'article L. 121-5 la rend nécessaire pour effectuer les mêmes actes sur « les éléments du fonds de commerce ou de l'entreprise artisanale ». Le domaine de l'article 1424 ne doit pas recouvrir celui de l'article L. 121-5 en rendant ce dernier par là même inutile et en donnant les mêmes pouvoirs à l'époux participant à l'entreprise qu'à celui qui n'y participe pas. Par conséquent, il convient d'interpréter de manière stricte la notion de fonds de commerce et celle d'éléments du fonds de commerce doit à l'inverse être interprétée largement<sup>862</sup>.

Le bail commercial étant bien sûr considéré comme un élément du fonds, en vertu de l'article L. 121-5 du Code de commerce, sa cession requiert le consentement des deux époux, à moins que le bail ne soit pas nécessaire à l'exploitation de l'entreprise<sup>863</sup>. L'article L. 121-5 empêche également de donner à bail le fonds de commerce et l'entreprise artisanale sans l'accord du conjoint. Pour ces actes-là, cet article a un domaine véritablement distinct de ceux des articles 1424 et 1425 du Code civil. De plus, l'article L. 121-5 se distingue également de ces deux derniers articles par son domaine quant aux personnes. Les dispositions relatives aux statuts du conjoint du chef d'entreprise travaillant dans celle-ci sont applicables au partenaire de PACS<sup>864</sup>. Il se voit donc appliquer l'article L. 121-5 du Code de commerce. Si l'article L. 411-68 du Code rural « mérite le label de disposition du

---

<sup>862</sup> Fr. TERRE et Ph. SIMLER, *Régimes matrimoniaux et statut patrimonial des couples non mariés*, *op. cit.* n° 476.

<sup>863</sup> Ph. MALAURIE et L. AYNES, *Droit des régimes matrimoniaux*, *op. cit.*, n° 421.

<sup>864</sup> En vertu de l'article L. 121-8 du Code de commerce, créé par la loi n° 2008-776 du 5 août 2008.

régime primaire »<sup>865</sup>, tel n'est pas le cas de l'article L. 121-5, qui ne s'applique qu'aux époux mariés sous le régime de la communauté<sup>866</sup>.

Lorsque le conjoint n'a pas donné son consentement exprès à l'acte, la sanction est la nullité relative. L'article L. 121-5 prévoit que l'action en nullité est ouverte au conjoint pendant deux années à compter du jour où il a eu connaissance de l'acte, sans pouvoir jamais être intentée plus de deux ans après la dissolution de la communauté. La sanction et le délai d'action sont identiques à ceux posés à l'article 1427 du Code civil, qui est applicable en cas de non-respect de l'article 1424.

Ainsi, l'investissement du conjoint dans l'entreprise lui donne droit à une certaine considération professionnelle de la part de l'époux chef d'entreprise. Au-delà de cet aspect, au travers des articles L. 411-68 du Code rural et L. 121-5 du Code de commerce, le législateur semble avoir voulu faire confiance au jugement du conjoint. En participant à l'exploitation, ce dernier acquiert des connaissances et de l'expérience. On peut penser qu'il se forge une opinion relativement fidèle de l'entreprise. Son jugement quant aux actes susceptibles de compromettre la stabilité de l'exploitation conjugale peut donc être tout à fait fiable et il mérite d'être valorisé par un droit d'opposition à ces actes. L'époux entrepreneur qui souhaite effectuer un acte pour lequel le consentement de son conjoint est requis au titre des articles 1422, 1424, 1425, L. 411-68 du Code rural et L. 121-5 du Code de commerce n'est pas laissé à la merci d'un éventuel refus injustifié de ce conjoint. Si le refus de celui-ci n'était pas justifié par l'intérêt de la famille, l'époux entrepreneur pourrait obtenir du juge l'autorisation de passer l'acte sur le fondement de l'article 217 du Code civil<sup>867</sup>. Si le consentement du conjoint doit être recueilli, l'abus dans le refus doit pouvoir être surmonté.

---

<sup>865</sup> A. KARM, *L'entreprise conjugale*, précit., n° 131.

<sup>866</sup> *Ibid.* Sur la différence de technique employée par les art. L. 411-68 C. rur. et L. 121-5 C. com., v. également cette référence.

<sup>867</sup> V. *infra* § n° 233 et s.

## Conclusion du chapitre 1

**197.** Pour accorder de l'indépendance au chef d'entreprise, on peut envisager de qualifier le bien de propre par nature ou de le qualifier de bien commun en accordant au conjoint une gestion exclusive. La différence est relative au contenu de la communauté. On observe une grande diversité au sein des biens propres par nature. De plus, des règles des régimes matrimoniaux sont spécifiques à l'entreprise, mais indépendantes du secteur d'activité de celle-ci. D'autres règles, au contraire, propres à certains secteurs, présentent de nombreuses similarités. Enfin, certaines règles ne s'appliquent qu'à un seul secteur en raison des spécificités qu'il présente. En outre, les règles qui vont dans le sens de l'indépendance de l'époux entrepreneur prennent soin à ne pas négliger les intérêts du conjoint et, plus largement, de la communauté.

De la même façon, les règles qui restreignent l'indépendance de cet époux veillent à ne pas nuire gravement aux intérêts de ce dernier, ni à l'intérêt de l'entreprise. De surcroît, certaines de ces règles qui brident l'indépendance paraissent tout à fait justifiées lorsque le conjoint participe à l'exploitation. On remarque également qu'elles ont différentes intensités, selon qu'elles exigent simplement une information, une audition ou encore le consentement du conjoint. Cela permet de les adapter au mieux à l'opération en cause. La création de règles des régimes matrimoniaux propres à l'entreprise ne parvient pourtant pas à écarter toutes les difficultés. Ces règles doivent s'articuler avec les règles générales des régimes matrimoniaux qui sont également applicables à l'entreprise. Parfois, les mécanismes mis en place par le droit de l'entreprise semblent si particuliers qu'on en arrive à se demander si les règles des régimes matrimoniaux propres à l'entreprise leur sont applicables. Nous pensons notamment à l'EIRL.

S'agissant de la comparaison des règles applicables à l'entrepreneur individuel et à l'associé, nous avons pu observer que l'indépendance est assurée dans les deux structures par la qualification de bien propre. Cependant des techniques de qualification différentes, aboutissant à des biens entièrement propres ou à des biens avec titre et finance dissociés, sont mises en œuvre dans l'entreprise individuelle et dans la société. Au sein des règles de gestion qui constituent des exceptions à l'indépendance, l'information au début de l'activité entrepreneuriale se décline de plusieurs façons, mais se retrouve quelle que soit la structure

de l'entreprise. On constate que les biens de l'entreprise individuelle font l'objet de plus de dispositions pour encadrer leur gestion que les parts sociales. Cela s'explique par la diversité des biens faisant partie de l'entreprise individuelle, biens qui sont gérés directement par le ou les époux. Dans le cadre social, la gestion des biens de la société revient exclusivement à cette dernière du fait de l'écran de la personnalité morale. Sur un plan purement juridique, le ou les époux gèrent seulement les droits sociaux. L'entreprise n'est pas seulement à l'origine de règles des régimes matrimoniaux spécifiques, concernant notamment l'indépendance des époux. Elle va plus loin en causant des modifications dans le fonctionnement classique des régimes matrimoniaux.

## Chapitre 2 - L'entreprise à l'origine de modifications dans le fonctionnement classique des régimes matrimoniaux

**198.** Une doctrine ancienne considérait la communauté comme une société, certains auteurs évoquant même une « société conjugale »<sup>868</sup>. Le mot « société » est d'ailleurs toujours employé aujourd'hui pour désigner la société d'acquêts, qui est la stipulation par laquelle les époux mariés sous le régime de la séparation décident de soumettre un certain nombre de biens appartenant aux époux aux règles de la communauté<sup>869</sup>. Il est cependant difficile de comprendre la ressemblance entre la société et la communauté. Cette doctrine qui assimilait la communauté à une société s'expliquait par le fait qu'à l'époque, on ignorait s'il fallait voir la communauté comme dotée ou non de la personnalité morale. Or, les auteurs<sup>870</sup> s'accordent à présent pour dire que ce n'est pas le cas.

Société et communauté constituent « deux formes juridiques d'appropriation collective »<sup>871</sup> ; mais seule la première possède la personnalité morale. Celle-ci entraîne un fonctionnement social qui a ses règles propres et qui ne manque pas de perturber le fonctionnement habituel de la communauté (section 1). Le droit des sociétés n'a cependant pas le monopole des bouleversements causés par l'entreprise sur les régimes matrimoniaux. Le droit des affaires, entendu plus largement que le droit des sociétés, comprend des règles complexes. Certaines forment des sous-ensembles, comme le droit des procédures collectives, qui présente une grande cohérence. En l'absence de l'écran de la personnalité morale, les modifications dans le fonctionnement classique des régimes matrimoniaux sont effectuées directement par les règles relatives à l'entreprise (section 2).

---

<sup>868</sup> J. MONNET, J.-Cl. Civil Code, Art. 1400 à 1403, *Communauté légale*, fasc. précit., n° 49.

<sup>869</sup> *Ibid.*

<sup>870</sup> V. notamment B. VAREILLE, Rép. civ. Dalloz, *Communauté légale : liquidation et partage*, n° 641 ; J.-J. DAIGRE, Rép. Com., *Entreprise en difficulté : personnes morales et dirigeants*, n° 41. Cependant certains sont plus nuancés, V. J.-C. PAGNUCCO et G. WICKER, Rép. civ. Dalloz, *Personne morale*, n° 46.

<sup>871</sup> Expression utilisée initialement pour désigner la société et l'indivision, expression de J.-B. DONNIER, « L'associé indivis », *Dr. sociétés* n° 3, Mars 2016, dossier 6, n° 1, V. *supra* § n° 102.

## Section 1 - Les modifications résultant du fonctionnement social

**199.** Le fonctionnement de la société induit des modifications dans le fonctionnement habituel des régimes matrimoniaux. Nous verrons que cela a pendant longtemps justifié que les sociétés entre époux aient été interdites (§1). Les modifications portent sur les pouvoirs et sur la composition des patrimoines des époux (§2).

### §1 - Les modifications à l'origine de l'interdiction passée des sociétés entre époux

**200.** Le parallèle avec les ventes entre époux, également prohibées parce qu'elles modifiaient le fonctionnement classique des régimes matrimoniaux, s'avère tout à fait intéressant. Le principe de l'immutabilité du régime matrimonial qui régnait avant la loi du 23 juin 2006<sup>872</sup> fondait en partie l'interdiction de la vente entre époux. Le législateur craignait que celle-ci n'entraîne des modifications dans la composition des masses de biens<sup>873</sup>. Les donations dissimulées sous l'apparence de ventes étaient aussi redoutées, en ce qu'elles auraient ainsi pu devenir irrévocables et par conséquent nuire aux créanciers et aux héritiers<sup>874</sup>. Sur le plan patrimonial, ledit principe d'immutabilité et la crainte des donations dissimulées étaient également à l'origine de l'interdiction des sociétés entre époux. Les modifications apportées par la société sur le plan du passif venaient s'ajouter aux fondements de l'interdiction<sup>875</sup>. Sur le plan extrapatrimonial, il était reproché à la société entre époux de remettre en cause la hiérarchie conjugale, car des pouvoirs égalitaires pouvaient être octroyés aux époux<sup>876</sup>. Aussi le législateur avait-il pris le parti en 1804 de condamner fermement la vente entre époux aux termes de l'article 1595 du Code civil. Le juge, quant à lui, ne tolérait pas les sociétés entre époux autres que sous la forme anonyme, peu importe que les époux soient ou non les seuls associés<sup>877</sup>.

---

<sup>872</sup> Loi n° 2006-728 du 23 juin 2006 portant réforme des successions et des libéralités.

<sup>873</sup> G. YILDIRIM, Rép. civ. Dalloz, *Séparation de biens*, n° 310.

<sup>874</sup> *Ibid.*

<sup>875</sup> J. REVEL, « Droit des sociétés et régime matrimonial : préséance et discrétion », *D.* 1993 p. 33, n° 2.

<sup>876</sup> *Ibid.*

<sup>877</sup> V. G. YILDIRIM, Rép. civ. Dalloz *précit.*, n° 315.

L'évolution a été amorcée par l'ordonnance du 19 décembre 1958<sup>878</sup>, qui a autorisé les époux à être associés de la même société, à condition toutefois qu'ils ne soient pas responsables indéfiniment et solidairement des dettes sociales. Ce faisant, la société entre époux a été autorisée à contrevenir à l'ordre public matrimonial. La loi du 10 juillet 1982<sup>879</sup> a ensuite modifié l'alinéa premier de l'article 1832-1 du Code civil afin d'autoriser expressément les époux à n'employer que des biens communs pour les apports ou pour l'acquisition des parts sociales. La loi du 23 décembre 1985<sup>880</sup>, en consacrant l'égalité parfaite entre les époux, a écarté l'argument selon lequel la société remettait en cause la hiérarchie des pouvoirs et elle a supprimé la restriction relative aux sociétés à responsabilité indéfinie et solidaire. Enfin, la nullité des donations déguisées a disparu du Code civil<sup>881</sup>. Ainsi, les dispositions<sup>882</sup> toujours en vigueur incitant aux époux de faire établir les statuts par acte authentique afin d'éviter que les avantages et libéralités résultant du contrat de société puissent être remis en cause en tant que donations déguisées s'avèrent sans objet et il conviendrait de les abroger.

La société constituée entre deux époux seuls ou avec d'autres associés donne lieu à l'application d'un grand nombre de règles qui modifient le fonctionnement habituel des régimes matrimoniaux. En comparaison, la vente entre époux apparaît comme une opération beaucoup plus simple et perturbant moins ces régimes. Dès lors, il semblait naturel que le législateur l'autorise. Cela n'a été fait qu'implicitement, la loi du 23 décembre 1985 a en effet supprimé l'article 1595 du Code civil prohibant la vente entre époux. Comme la jurisprudence a longtemps condamné les sociétés entre époux, une franche consécration était nécessaire, tandis que la suppression de l'interdiction concernant la vente entre époux suffisait à autoriser celle-ci. On a pu souligner que cette suppression rendait licites les cessions de parts ou d'actions entre les époux, et qu'une société entre époux ne risquait plus,

---

<sup>878</sup> Ordonnance publiée au Journal officiel du 20 Décembre 1958.

<sup>879</sup> Loi n° 82-596 du 10 juillet 1982 relative aux conjoints d'artisans et de commerçants travaillant dans l'entreprise familiale.

<sup>880</sup> Loi n° 85-1372 du 23 décembre 1985 relative à l'égalité des époux dans les régimes matrimoniaux et des parents dans la gestion des biens des enfants mineurs.

<sup>881</sup> La loi n° 2004-439 du 26 mai 2004 relative au divorce a supprimé le deuxième alinéa de l'art. 1099 C. civ.

<sup>882</sup> Art. 1832-1, al. 2, C. civ.

par conséquent, d'être annulée pour avoir dissimulé une telle vente<sup>883</sup>. Par ailleurs, pendant longtemps, ni les époux ni les concubins n'ont pu être les seuls associés d'un GAEC. Ce groupement a été conçu comme un outil de maintien de l'exploitation familiale. En tant que société civile, il est soumis aux dispositions du Code civil, des règles spéciales lui étant en sus applicables<sup>884</sup>. La loi de modernisation de l'agriculture du 27 juillet 2010<sup>885</sup> a tardivement abrogé cette restriction concernant les époux et les concubins et elle en a profité pour autoriser les groupements agricoles entre partenaires de PACS, prenant ainsi en considération les évolutions sociales. Le législateur a ainsi largement admis que les rapports patrimoniaux entre les époux soient modifiés par le fonctionnement de la société.

## **§2 - Les modifications des pouvoirs et de la composition des patrimoines**

**201.** Les modifications engendrées par la société dans le fonctionnement classique des régimes matrimoniaux sont de deux ordres : certaines touchent aux pouvoirs des époux (A), d'autres à l'actif et au passif (B).

### **A - Les modifications des pouvoirs**

**202.** L'écran de la personnalité morale associé aux pouvoirs octroyés au gérant accorde à l'époux gérant des pouvoirs dérogatoires au droit commun<sup>886</sup>. Le gérant est nommé suivant les règles du droit des sociétés. Dans la SARL par exemple, lors de la constitution de la société, le gérant est nommé par les associés soit dans les statuts, soit dans un acte séparé. En cours de vie sociale, il est désigné à la majorité absolue des parts sociales<sup>887</sup>. Le conjoint, s'il est associé, participe à la désignation du gérant suivant ces règles. Les pouvoirs du gérant sont également déterminés par le droit des sociétés. S'agissant de ses pouvoirs dans les rapports entre associés, le Code de commerce renvoie aux statuts, et dans le silence

---

<sup>883</sup> D. GIBIRILA, J.-Cl Civil Code, Art. 1832 à 1844-17, Société, Fasc. 10, Dispositions générales – Constitution de la société : contrat de société, n° 60.

<sup>884</sup> Art. L. 323-1 à L. 323-16 et art. R. 323-1 à R. 323-51 C. rur.

<sup>885</sup> Loi n° 2010-874 de modernisation de l'agriculture du 27 juillet 2010 modifiant l'art. L. 323-2 C. rur.

<sup>886</sup> J. REVEL, « Droit des sociétés et régime matrimonial : préséance et discrétion », *op. cit.*, n° 13.

<sup>887</sup> L'art. L. 223-18, al. 2, C. com. renvoie à l'art. L. 223-29 C. com.

de ceux-ci, il prévoit *in fine* que le gérant peut faire tous les actes de gestion dans l'intérêt de la société<sup>888</sup>. Dans les rapports avec les tiers, « le gérant est investi des pouvoirs les plus étendus pour agir en toute circonstance au nom de la société »<sup>889</sup> et « la société est engagée même par les actes du gérant qui ne relèvent pas de l'objet social »<sup>890</sup>. En vertu de ses pouvoirs de gérant, l'époux peut accomplir certains actes qu'il n'aurait pas eu le pouvoir d'effectuer s'il n'avait pas eu cette qualité. Par exemple, il est en mesure de vendre certains biens au nom et pour le compte de la société, et notamment des biens visés à l'article 1424 du Code civil, sans avoir à obtenir l'accord de son conjoint<sup>891</sup>. Néanmoins, le consentement de ce dernier est bien sûr requis en amont pour apporter des biens communs à la société et les faire ainsi sortir du patrimoine des époux.

De plus, les perturbations induites par la société ne vont pas uniquement dans le sens de l'époux gérant ou associé. Elles bénéficient parfois à son conjoint. Lorsque celui-ci use de la faculté de revendiquer la qualité d'associé en vertu de l'article 1832-2 du Code civil<sup>892</sup>, il peut s'ensuivre une modification de la répartition des pouvoirs entre les époux. Le Professeur Anne Karm pointe en particulier le cas où le conjoint n'a pas de pouvoir de gestion sur les biens apportés par l'autre époux<sup>893</sup>. Lorsque les deux époux entrent dans la même société, il est prévisible qu'ils fassent chacun l'apport de biens communs. L'époux exploitant apporterait certainement un bien nécessaire à l'activité relevant de sa gestion exclusive<sup>894</sup> et son conjoint un bien commun « ordinaire ». Déterminée en fonction de la valeur des biens apportés, la répartition des parts sociales pourrait être inégalitaire aux dépens du conjoint<sup>895</sup>.

L'article 1832-2 du Code civil peut alors être utilisé comme correctif afin que ce dernier devienne associé à hauteur de la moitié des parts sociales représentant l'apport de biens communs professionnels. Le conjoint obtient de cette façon la gestion, certes indirecte, de

---

<sup>888</sup> L'art. L. 223-18, al. 4, renvoie à l'art. L. 221-4 C. com. relatif à la SNC.

<sup>889</sup> Art. L. 223-18, al. 5, C. com.

<sup>890</sup> Art. L. 223-18, al. 5, C. com.

<sup>891</sup> S'agissant de la vente du logement de la famille par la société, V. *supra* § n° 121.

<sup>892</sup> V. *supra* § n° 166.

<sup>893</sup> A. KARM, *L'entreprise conjugale*, op. cit., n° 274.

<sup>894</sup> Cela ne vaut que pour les biens non visés à l'article 1424 C. civ. et en dehors des cas de coexploitation conjugale, sinon il faudrait revenir à la cogestion.

<sup>895</sup> Art. 1843-2, al. 1<sup>er</sup>, C. civ. : « Les droits de chaque associé dans le capital social sont proportionnels à ses apports lors de la constitution de la société ou au cours de l'existence de celle-ci ».

biens professionnels qu'il n'avait pas jusque-là. Avant la réforme du 23 juin 2006<sup>896</sup> lorsque le principe était l'immutabilité du régime matrimonial, l'article 1832-2 permettait au conjoint de réaliser une « mutabilité non solennelle de son régime matrimonial », comme l'a observé le Professeur Karm<sup>897</sup>. Désormais, la mutabilité du régime apparaît comme un point beaucoup moins sensible, dans la mesure où l'on est passé en 2006 à un principe de mutabilité contrôlée ; toutefois on ne peut que constater que la modification de la répartition des pouvoirs, elle, est toujours là. La société, dotée de sa propre personnalité morale et de ses propres règles de fonctionnement, elle influe par voie de conséquence sur l'actif et le passif.

## **B - Les modifications de la répartition de l'actif et du passif**

**203.** Le fonctionnement social provoque également des modifications dans la répartition de l'actif. Nous avons vu précédemment que les bénéfices distribués sont le plus souvent communs, peu importe la nature commune ou propre des droits sociaux dont ils proviennent<sup>898</sup>. Aussi, des mises en réserve systématiques de bénéfices peuvent priver la communauté de revenus<sup>899</sup>. Outre l'abus de majorité issu du droit des sociétés dans le cas où le conjoint serait associé dans la même société, ce dernier pourrait se défendre en utilisant les outils du droit des régimes matrimoniaux<sup>900</sup>. La société peut également modifier la répartition du passif. Dans les SNC, les associés sont tenus indéfiniment et solidairement. Cela confère aux créanciers un droit de poursuite sur la totalité des biens des époux, biens propres et biens communs, alors que l'engagement solidaire demeure exceptionnel dans le droit des régimes matrimoniaux, « dans un souci à la fois de protection du crédit de chacun [des époux] et de protection de certains biens sur lesquels chacun a des pouvoirs exclusifs »<sup>901</sup>. On remarque ainsi que le droit des régimes matrimoniaux s'efforce de

---

<sup>896</sup> Loi du 23 juin 2006 *précit.*

<sup>897</sup> A. KARM, *L'entreprise conjugale*, *op. cit.*, n° 274.

<sup>898</sup> V. *supra* § n° 64.

<sup>899</sup> J. REVEL, « Droit des sociétés et régime matrimonial : préséance et discrétion », *op. cit.*, n° 13.

<sup>900</sup> V. *supra* § n° 230 et s.

<sup>901</sup> J. REVEL, « Droit des sociétés et régime matrimonial : préséance et discrétion », *op. cit.*, n° 13.

protéger les époux ; cependant il doit céder du terrain au droit des sociétés lorsque les époux décident de s'y soumettre et acceptent les risques en connaissance de cause.

Par ailleurs, comme dit précédemment, le droit de l'entreprise ne favorise pas toujours les intérêts du conjoint non-entrepreneur : celui-ci perd certains pouvoirs par rapport à la gestion habituelle des biens et il peut être privé de certains revenus, qui lui reviendraient en temps normal. Néanmoins, le droit de l'entreprise est parfois avantageux pour le conjoint, notamment lorsqu'il lui offre la possibilité de se lancer lui aussi dans l'aventure que constitue l'entreprise. Les perturbations induites par le droit des sociétés dans les régimes matrimoniaux ne signifient donc pas pour autant une atteinte aux intérêts des époux, et plus particulièrement à ceux du conjoint non-entrepreneur. Des modifications sont apportées par des règles relatives à l'entreprise, mais non spécifiques à la société, et donc qui ne mettent pas en jeu la personnalité morale.

## **Section 2 - Les modifications résultant de règles relatives à l'entreprise**

**204.** La mauvaise santé de l'entreprise (§1) ou la dégradation des relations entre les époux (§2) justifie l'intervention de règles relatives à l'entreprise qui modifient le fonctionnement habituel des régimes matrimoniaux.

### **§1 - Les modifications dans le cadre des procédures collectives**

**205.** Sous l'empire de la loi de 1965, le mari, seigneur et maître de la communauté, administrait seul les biens communs et était le seul à pouvoir les engager. En 1985, le législateur a confié à l'épouse des pouvoirs de gestion sur les biens communs identiques à ceux du mari. En vertu du parallélisme entre la gestion des biens et leur engagement, l'épouse s'est également vue s'est vu confier le pouvoir d'engager la communauté. Ces nouveaux droits n'ont pas que des avantages dans l'hypothèse où la situation financière des époux se détériore du fait du mari. Désormais l'épouse doit « répondre beaucoup plus largement des dettes de [celui-ci] si d'aventure [il] venait à subir une procédure

collective »<sup>902</sup>. Celle-ci modifie tant les règles de gestion des biens (A) que les règles de poursuite (B).

## **A - Les modifications dans la gestion des biens communs par le conjoint *in bonis***

**206.** Celui des deux époux qui n'est pas soumis à une procédure collective assiste à une modification indiscutable de ses pouvoirs sur les biens communs (I). En revanche, il existe une incertitude : on se demande si ces pouvoirs sont modifiés ou non dans l'hypothèse où ce conjoint est, lui aussi, chef d'une entreprise distincte de celle de son époux soumis à la procédure (II).

### **I - La modification certaine des pouvoirs du conjoint *in bonis***

**207.** Pour bien comprendre l'esprit de la règle imposant d'entendre ou de convoquer le conjoint avant toute décision autorisant la vente de biens communs dans le cadre d'une procédure collective, il a été nécessaire d'évoquer rapidement les règles de gestion des biens communs dans le cadre des procédures collectives<sup>903</sup>. Il convient de se concentrer à présent sur les pouvoirs du conjoint *in bonis* dans le cadre d'une procédure collective ouverte à l'encontre de son époux chef d'entreprise. Il a été expliqué que les règles des procédures collectives viennent perturber la gestion habituelle des biens communs, qui sont appréhendés par la procédure collective<sup>904</sup>. En redressement, lorsque l'administrateur a une mission d'administration, et en liquidation judiciaire de plein droit, le chef d'entreprise est dessaisi de ses pouvoirs de gestion<sup>905</sup>. En vertu de l'article 1421, alinéa deux, du Code civil, les biens utilisés par l'entreprise sont soumis à la gestion exclusive, ce pouvoir étant exercé soit par l'époux chef d'entreprise en temps normal, soit par l'administrateur<sup>906</sup> ou le liquidateur en

---

<sup>902</sup> A. LECOURT, « La délicate articulation du droit des procédures collectives et du droit de la famille », *RTD com.* 2004. 1.

<sup>903</sup> V. *supra* § n° 170 et s.

<sup>904</sup> *Ibid.*

<sup>905</sup> Art. L. 621-22 et L. 641-9 I C. com. concernant respectivement le redressement et la liquidation.

<sup>906</sup> Lorsqu'il est chargé d'une mission d'administration.

procédure de redressement ou de liquidation. Le conjoint ne doit donc pas intervenir dans la gestion des biens utilisés par l'entreprise<sup>907</sup>.

Qu'en est-il, en revanche, des pouvoirs du conjoint *in bonis* s'agissant des biens qui ne sont pas utilisés par l'entreprise ? En dehors de toute procédure, il détient en principe sur ces biens un pouvoir de gestion concurrente<sup>908</sup>. La Cour de cassation s'est prononcée sur cette question dans un arrêt du 4 octobre 2005<sup>909</sup>. En l'espèce, l'épouse *in bonis* avait consenti à un tiers un bail précaire sur un immeuble commun. La cour d'appel ayant déclaré le bail inopposable à la liquidation judiciaire, l'épouse et le locataire ont formé un pourvoi en cassation. Ils soutenaient notamment que « le conjoint maître de ses biens d'un débiteur en liquidation judiciaire n'était pas dessaisi de l'administration de ses biens » et que la cour d'appel avait, par conséquent, violé l'article 1421 du Code civil relatif à la gestion concurrente ainsi que l'article L. 622-9 du Code de commerce, à présent L. 641-9 du même code, relatif au dessaisissement du débiteur. Cependant la Cour de cassation a rejeté le pourvoi au motif qu'il résultait « de la combinaison des articles 1413 du Code civil et L. 622-9 du Code de commerce qu'en cas de liquidation [...] d'un débiteur marié sous le régime de la communauté, les biens communs inclus dans l'actif de la procédure collective étaient administrés par le seul liquidateur qui exerçait [...] les droits et actions du débiteur dessaisi concernant son patrimoine ». La Cour en a déduit que les pouvoirs de gestion des biens communs normalement dévolus au conjoint en vertu des articles 1421 et s. du Code civil ne pouvaient plus s'exercer.

Cette solution se fonde sur l'article 1413 du Code civil qui fait des biens communs le gage des créanciers. Cependant, c'est bien le droit des procédures collectives qui pose des règles dérogatoires au fonctionnement classique des régimes matrimoniaux afin de désintéresser les créanciers au moyen de la vente des biens communs. De plus, en évoquant « les pouvoirs de gestion des biens communs *normalement* dévolus au conjoint », la Haute juridiction met en avant le bouleversement induit par l'application des règles des procédures

---

<sup>907</sup> Sauf bien sûr dans le cas d'actes visés à l'article 1424 C. civ. Sur la question de l'applicabilité de l'art. 1424 C. civ. dans le cadre des procédures collectives, v. *supra* § n° 171.

<sup>908</sup> Art. 1421, al. 1<sup>er</sup>, C. civ.

<sup>909</sup> Cass. com., 4 oct. 2005, *Bull.* IV, n° 193 : *JCP G* 2005, IV, 3371 ; *JCP E* 2006, comm. 250, B. BEIGNIER ; *Act. proc. coll.* 2005, comm. 230, obs. C. REGNAUT-MOUTIER.

collectives. La solution posée par cet arrêt a été qualifiée d'« inévitable »<sup>910</sup> par la doctrine au regard de la jurisprudence rendue concernant le droit de poursuite des créanciers du conjoint *in bonis* sur les biens communs. En effet, la Cour de cassation, réunie en assemblée plénière, avait décidé le 23 décembre 1994<sup>911</sup> que le dessaisissement du débiteur interdisait aux créanciers du conjoint *in bonis* d'exercer des poursuites sur les biens communs en dehors des cas où les créanciers du débiteur soumis à la liquidation pouvaient eux-mêmes agir. D'ailleurs, l'expression « biens communs inclus dans l'actif de la procédure » utilisée dans l'arrêt du 4 octobre 2005 amène à se représenter une sorte de bulle dans laquelle seraient isolés les biens communs, les époux et leurs créanciers gravitant autour sans possibilité d'interagir avec ceux-ci. Ainsi, en liquidation et en redressement lorsque le débiteur est dessaisi, le conjoint *in bonis* perd son pouvoir de gestion concurrente par l'effet des règles de la procédure collective. Il convient de s'interroger sur les modifications éventuelles des pouvoirs de l'époux *in bonis* lorsqu'il est lui-même chef d'entreprise.

## II - La modification incertaine des pouvoirs du conjoint *in bonis* chef d'entreprise

**208.** En vertu de l'article 1421, alinéa deux, du Code civil, le conjoint qui exerce une profession séparée détient un pouvoir de gestion exclusive pour gérer les biens communs utilisés par l'entreprise. Cette gestion exclusive est-elle remise en cause dès lors que les biens communs sont inclus dans l'actif de la procédure ? Le droit des régimes matrimoniaux et celui des procédures collectives s'opposent sur ce point. Certains auteurs sont d'avis que l'intégration des biens professionnels dans l'actif de la procédure neutralise le pouvoir de gestion exclusive du conjoint *in bonis*<sup>912</sup>. L'article 1413 du Code civil tend à fonder cette solution. Priver le conjoint de ce pouvoir revient à réduire beaucoup son crédit<sup>913</sup>. Cette conception contribue à démontrer que le droit des affaires modifie le fonctionnement

---

<sup>910</sup> B. BEIGNIER, « Administration des biens communs dans une liquidation judiciaire prononcée à l'encontre d'un des époux », *Dr. famille*, n° 11, 2005, comm. 250, note ss Cass. com., 4 oct. 2005.

<sup>911</sup> Cass. ass. plén., 23 déc. 1994, *Bull. A. P.* n° 7, *précit.*

<sup>912</sup> L. ANTONINI-COCHIN, « “Pour le meilleur et pour le pire...” ou les droits du conjoint du débiteur soumis à une procédure collective », *JCP G* n° 21, 2010, doct. 584, n° 8 ; J. LEPROVAUX, « Statut matrimonial et procédures collectives », *Rev. proc. coll.* n° 6, 2010, dossier 4, n° 10.

<sup>913</sup> L. ANTONINI-COCHIN, « “Pour le meilleur et pour le pire...” ou les droits du conjoint du débiteur soumis à une procédure collective », *op. cit.*, n° 9.

classique des régimes matrimoniaux. Cependant, il est nécessaire d'évoquer une seconde conception, totalement opposée à la première.

Pour le Professeur Hervé Lécuyer, le conjoint *in bonis* conserve le pouvoir de gérer seul les biens communs utilisés par son entreprise, l'administrateur ou le liquidateur n'ayant aucun pouvoir sur lesdits biens<sup>914</sup>. Toutefois, les articles 1424 et 1425 du Code civil, en soumettant à cogestion les actes les plus graves, constitueraient un garde-fou en empêchant le conjoint de nuire aux objectifs de la procédure collective<sup>915</sup>. L'époux débiteur étant dessaisi, l'organe de la procédure devrait donner son accord. Si un doute est permis sur l'applicabilité de ces dispositions aux ventes effectuées dans le cadre de la procédure par l'époux débiteur ou l'organe de celle-ci<sup>916</sup> ; il ne l'est pas dans l'hypothèse où le conjoint *in bonis* conserve la gestion exclusive des biens communs utilisés par son entreprise. Dans ce cas de figure, le droit des procédures collectives est exclu, contrairement à la première conception développée. Le droit des régimes matrimoniaux devrait alors retrouver tout son empire et maintenir un certain équilibre entre les intérêts du conjoint *in bonis*, d'une part, et celui de l'époux débiteur et des créanciers, d'autre part. Ainsi, dans le cadre d'un redressement et d'une liquidation judiciaire, une réduction importante des pouvoirs du débiteur sur ses biens est observée. Lorsque le débiteur est marié, les biens communs sont soumis à la procédure collective et les deux époux voient leurs pouvoirs réduits. Les procédures collectives ont également un impact sur le droit de poursuite des créanciers.

## **B - Les modifications du droit de poursuite des créanciers**

**209.** Les règles posées par les régimes matrimoniaux concernant le droit de poursuite des créanciers ont déjà été examinées et les règles de poursuite dans le cadre des procédures collectives ont également été rapidement présentées. Concilier les intérêts des créanciers de l'époux débiteur, ceux des créanciers du conjoint *in bonis*, la sécurité des affaires ainsi que la sauvegarde économique de l'entreprise constitue une gageure. Les principales difficultés ont trait au conjoint du débiteur. Les salaires du conjoint *in bonis* reçoivent un traitement

---

<sup>914</sup> H. LECUYER, « Droit patrimonial de la famille et entreprises en difficulté : les pouvoirs des époux », *LPA* 24 avr. 2003, p. 25.

<sup>915</sup> *Ibid.*

<sup>916</sup> V. *supra* § n° 171.

différent de celui qui est le leur en temps normal (I). En outre, une disposition permettait de réunir à l'actif de la procédure les biens acquis par le conjoint *in bonis*, ce qui donnait lieu à une modification importante du fonctionnement des régimes matrimoniaux ; mais cette disposition a été censurée (II).

## I - Le traitement des salaires du conjoint *in bonis*

**210.** La Cour de cassation a affirmé solennellement, dans un arrêt du 23 décembre 1994, que les créanciers du conjoint *in bonis* ne pouvaient agir « sur les biens communs en dehors des cas où les créanciers du débiteur soumis à liquidation judiciaire pouvaient eux-mêmes agir »<sup>917</sup>. Cela signifie que les créanciers du conjoint *in bonis* doivent se soumettre à la discipline de la procédure collective. Une question mérite toutefois d'être posée : qu'en est-il du sort des salaires du conjoint *in bonis* ? Sont-ils saisissables par les créanciers de ce dernier ? Certes, il n'est plus permis de douter de la nature de biens communs des salaires depuis l'arrêt *Authier* du 31 mars 1992<sup>918</sup>. Cependant, ils subissent manifestement un traitement qui n'est pas celui de n'importe quel bien commun. À titre d'illustration, ils ne peuvent être saisis que dans des conditions définies par décret lorsqu'ils sont versés à un compte courant ou de dépôt<sup>919</sup>. De plus, les salaires d'un époux ne peuvent pas être saisis par les créanciers du conjoint, à moins que l'obligation n'ait été contractée pour des dépenses ménagères<sup>920</sup>. Dès lors, les salaires de l'époux *in bonis* sont-ils inclus dans l'actif de la procédure collective comme les autres biens communs ? La question a été soumise à la Cour de cassation dans l'arrêt du 16 novembre 2010<sup>921</sup>. Elle a répondu que « les salaires d'un époux marié sous un régime de communauté sont des biens communs frappés par la saisie collective au profit des créanciers de l'époux mis en procédure collective qui ne peuvent être

---

<sup>917</sup> Cass. ass. plén., 23 déc. 1994, *Bull. A. P.* n° 7, précit.

<sup>918</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 31 mars 1992, *Bull. civ.* 1992, I, n° 96, p. 64, précit.

<sup>919</sup> Art. 1414, al. 2, C. civ.

<sup>920</sup> Art. 1414, al. 1<sup>er</sup>, C. civ.

<sup>921</sup> Cass. com., 16 nov. 2010, *Bull.* 2010, IV, n° 176 : *AJ Fam.* 2011, p. 113, P. HILT. ; *Rev. proc. coll.* 2011, comm. 70, note M.-P. DUMONT-LEFRAND.

saisis, pendant la durée de celle-ci, au profit d'un créancier de l'époux, maître de ses biens »<sup>922</sup>.

La spécificité des salaires ne peut aller jusqu'à leur reconnaître un traitement particulier dans le cadre des procédures collectives. Leur régime se trouve aligné sur celui des autres biens communs. Cette solution s'accorde parfaitement avec l'arrêt rendu en 1994, qui avait privilégié la suspension des poursuites et les strictes règles de paiement mises en place par le droit des procédures collectives par rapport à la logique des régimes matrimoniaux et à l'article 1413 du Code civil. De plus, elle présente l'avantage de ne pas avoir à distinguer, conformément à l'article 1414 du Code civil, les revenus de l'époux *in bonis* restés à l'état de gains et salaires et ceux devenus communs<sup>923</sup>. Une formule du Doyen Beignier se trouve parfaitement justifiée : « En réalité, le résultat est que, de fait, c'est le *couple* et non simplement le conjoint qui est l'objet d'une procédure collective »<sup>924</sup>. Ici encore, le droit des procédures collectives apporte des dérogations ô combien importantes au fonctionnement habituel des régimes matrimoniaux. Cependant, certaines modifications engendrées par le droit des procédures collectives n'ont pas perduré en droit positif.

## **II - La réunion à l'actif des biens acquis par le conjoint *in bonis*, une modification avortée**

**211.** Il résulte de l'article 1418 du Code civil que les biens propres d'un époux ne peuvent être poursuivis lorsque la dette est entrée en communauté du chef de son conjoint. Il est donc logique que les biens propres du conjoint *in bonis* restent en dehors de la procédure collective, hors d'atteinte des créanciers professionnels de l'époux débiteur. Sous le régime de la séparation de biens, ces créanciers ne peuvent pas non plus saisir les biens personnels du conjoint *in bonis*<sup>925</sup>. Pourtant, par l'effet de l'ancienne « présomption mucienne », tous les biens acquis pendant le mariage par le conjoint d'un débiteur failli

---

<sup>922</sup> Pour un avis contraire, V. I. DAURIAC, *Droit des régimes matrimoniaux et du PACS*, 5<sup>e</sup> éd., LGDJ, 2017, n° 472.

<sup>923</sup> Pour une critique de cette solution, V. I. DAURIAC, *Droit des régimes matrimoniaux et du PACS*, *précit.*, n° 472.

<sup>924</sup> B. BEIGNIER, « Administration des biens communs dans une liquidation judiciaire prononcée à l'encontre d'un des époux », *op. cit.*

<sup>925</sup> Cela résulte de l'art. 1536, al. 2, C. civ.

pouvaient être réunis à l'actif de la faillite. L'article L. 624-6 du Code de commerce était son successeur. Applicable dans le cadre des procédures collectives, il prévoyait que le mandataire judiciaire ou l'administrateur pouvait demander que les biens acquis par le conjoint du débiteur avec des valeurs fournies par ce dernier soient réunis à l'actif. Cette mesure, destinée à protéger les droits des créanciers, concernait les biens propres du conjoint dans les régimes communautaires et les biens personnels de celui-ci dans les régimes séparatistes<sup>926</sup>. Le législateur autorisait le juge à traiter ces biens respectivement comme des biens communs, des biens propres au débiteur ou des biens qui lui sont personnels. L'article L. 624-6 poserait une présomption d'interposition de personnes<sup>927</sup>. Il permettrait donc de désigner le véritable propriétaire du bien, celui qui a fourni les valeurs permettant de l'acquérir. Cette analyse doit toutefois être revue, car cet article rend seulement possible une réunion des biens acquis à l'actif, sans quelconque effet sur leur propriété<sup>928</sup>. En outre, les dispositions de l'article L. 624-6 n'étaient applicables qu'aux époux. D'aucuns regrettaient qu'elles n'aient pas été étendues aux concubins ainsi qu'aux partenaires de PACS<sup>929</sup>.

Cependant, dans sa décision du 20 janvier 2012<sup>930</sup>, le Conseil constitutionnel a jugé l'article L. 624-6 du Code de commerce inconstitutionnel. Les Sages ont considéré que le législateur n'avait pas encadré les conditions dans lesquelles la réunion à l'actif était possible. Le droit de propriété du conjoint du débiteur subissait donc une atteinte disproportionnée au regard du but poursuivi, qui est la continuation de l'entreprise ou le désintéressement des créanciers. La motivation du Conseil constitutionnel a été critiquée,

---

<sup>926</sup> M.-P. DUMONT-LEFRAND et C. LISANTI, « Feu l'article L. 624-6 du Code de commerce », *Rev. proc. coll.* 2012, étude 8, n° 2.

<sup>927</sup> Pour un avis contraire, v. H. LECUYER, « Le Conseil constitutionnel, protecteur des époux ou fossoyeur des procédures collectives ? L'introuvable équilibre », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Champenois*, Defrénois 2012, p. 507.

<sup>928</sup> V. l'analyse de H. LECUYER, « Le Conseil constitutionnel, protecteur des époux ou fossoyeur des procédures collectives ? L'introuvable équilibre », *op. cit.*, comparant l'art. L. 624-6 C. com. avec l'article 922 C. civ. relatif aux successions, p. 507-508.

<sup>929</sup> F.-X. LUCAS, « Réunion à l'actif du débiteur de biens appartenant à son conjoint *in bonis* », *Rev. Droit banc.* 2006, 111.

<sup>930</sup> Cons. const., 20 janv. 2012, n° 2011-212 QPC : « Le Conseil constitutionnel protecteur des époux ou fossoyeur des procédures collectives ? L'introuvable équilibre », in *Mélanges offerts à Gérard Champenois*, Defrénois, 2012, p. 499, obs. H. LÉCUYER ; *D.* 2012, p. 2199, obs. F.-X. LUCAS ; *RTD com.* 2012, p. 198, obs. A. MARTIN-SERF ; *JCP E* 2012, 1227, n° 6, obs. Ph. PETEL ; *BJE* 2012, p. 120, concl. R. BONHOMME, note S. BECQUE-ICKOWICZ et S. CABRILLAC ; *Gaz. Pal.* 27-28 avr. 2012, p. 41, obs. ANTONINI-COCHIN.

car dans les quelques lignes précédentes, il énonçait que les dispositions de l'article L. 624-6 du Code de commerce avaient « pour effet de désigner comme le véritable propriétaire du bien, non pas celui que les règles du droit civil désignaient comme tel, mais celui qui avait fourni des valeurs permettant l'acquisition ». Il en déduisait que ces dispositions n'entraînaient pas une privation de propriété. Le Professeur Hervé Lécuyer a relevé très justement l'incohérence : « Si l'article L. 624-6 désigne comme le véritable propriétaire du bien le débiteur qui a fourni les valeurs permettant l'acquisition, comment peut-il être porté atteinte au droit de propriété de son conjoint ? »<sup>931</sup>. Évidemment, une atteinte ne peut être portée qu'au droit de propriété d'un propriétaire.

Par ailleurs, il a été reproché au législateur de ne pas avoir encadré les conditions dans lesquelles la réunion à l'actif était possible. Le silence de la loi quant à la possibilité de prouver que la remise des fonds avait une cause légitime, en particulier, était particulièrement pointé du doigt. Néanmoins, le contrôle du Conseil constitutionnel porte sur la constitutionnalité d'une disposition telle qu'elle est interprétée de façon constante par la jurisprudence<sup>932</sup>. Certains commentateurs<sup>933</sup> ont relevé que les Sages avaient omis cet aspect en ne tenant pas compte d'un arrêt de la Cour de cassation rendu le 10 janvier 2006<sup>934</sup>. La Haute juridiction y admettait implicitement que l'époux *in bonis* puisse apporter la preuve que le versement des fonds était légitimement causé<sup>935</sup>. Le rejet du pourvoi se fondait uniquement sur le fait que cet époux n'avait pas réussi à prouver la cause du versement. L'utilité de l'article L. 624-6 du Code de commerce n'était pas contestée<sup>936</sup>, car les conditions de son application s'avéraient beaucoup plus simples que celles issues du droit commun permettant de s'opposer à une fraude, tels que l'action paulienne et l'action en

---

<sup>931</sup> V. H. LECUYER, « Le Conseil constitutionnel protecteur des époux ou fossoyeur des procédures collectives ? L'introuvable équilibre », *op. cit.*, p. 506.

<sup>932</sup> Cons. const., 6 oct. 2010, n° 2010-39 QPC : *Gaz. Pal.*, note H. LECUYER.

<sup>933</sup> H. LECUYER, « Le Conseil constitutionnel protecteur des époux ou fossoyeur des procédures collectives ? L'introuvable équilibre », *op. cit.*, p. 509-510.

<sup>934</sup> Cass. com., 10 janv. 2006, *Bull. IV*, n° 3 : *Rev. Droit banc.* 2006, 111, F.-X. LUCAS ; *JCP N* 2006, 1170, V. BREMOND ; *JCP N* 2006, 1229, M. STORCK.

<sup>935</sup> V. H. LECUYER, « Le Conseil constitutionnel protecteur des époux ou fossoyeur des procédures collectives ? L'introuvable équilibre », *op. cit.*, p. 509-510.

<sup>936</sup> V. M.-P. DUMONT-LEFRAND et C. LISANTI, « Feu l'article L. 624-6 du Code de commerce », *op. cit.*, n° 10 à 12 sur la nécessité de l'action en rapport.

déclaration de simulation<sup>937</sup>. Toutefois, la réunion à l'actif des biens appartenant au conjoint *in bonis* semble d'un autre temps, à contre-courant de la tendance actuelle qui s'efforce de protéger toujours davantage le débiteur lui-même<sup>938</sup>. Les modifications du fonctionnement habituel des régimes matrimoniaux se trouvent non seulement dans les procédures collectives, mais également dans le cadre du divorce.

## §2 - Les modifications dans le cadre du divorce

**212.** Le divorce entraîne la liquidation du régime matrimonial et le partage des biens indivis entre les époux. Cette indivision peut avoir une source conventionnelle : il en est ainsi lorsque des époux mariés sous le régime de la séparation ont acquis des biens ensemble. Elle peut également découler de la loi : tel est le cas lorsque des époux mariés sous un régime de communauté divorcent ; l'indivision post-communautaire succède alors à la communauté. Le partage « consiste dans la composition et l'attribution de lots dont la finalité est de mettre fin à l'indivision en conférant à chacun des copartageants un droit exclusif sur les biens compris dans son lot »<sup>939</sup>. Après avoir déterminé les droits de chacun sur l'actif à partager, il convient de leur attribuer, à hauteur de leurs droits, des biens indivis. L'égalité en valeur doit être respectée<sup>940</sup>. Par conséquent, « si la consistance de la masse partageable ne permet pas de former des lots d'égale valeur, leur inégalité se compense par une soulte »<sup>941</sup>. De plus, il convient « d'éviter de diviser les unités économiques et autres ensembles de biens dont le fractionnement entraînerait la dépréciation »<sup>942</sup>. Si cette règle laisse présager une attribution unitaire de l'entreprise, elle ne garantit pas pour autant à l'époux entrepreneur l'obtention des biens professionnels. Afin d'y remédier, certaines des règles habituelles du partage sont modifiées par des règles spécifiques à l'entreprise (A). L'exploitation d'une entreprise et l'activité d'une société sont susceptibles de faire naître des

---

<sup>937</sup> V. H. LECUYER, « Le Conseil constitutionnel protecteur des époux ou fossoyeur des procédures collectives ? L'introuvable équilibre », *op. cit.*, p. 511.

<sup>938</sup> *Id.*, p. 506, citant la déclaration d'insaisissabilité et l'EIRL.

<sup>939</sup> N. PETRONI-MAUDIERE, « Condition de la nullité d'un partage », *LEFP* 2018, n° 11, note ss Cass. 1<sup>re</sup> civ., 17 oct. 2018.

<sup>940</sup> Art. 826, al. 1<sup>er</sup>, C. civ.

<sup>941</sup> Art. 826, al. 4, C. civ.

<sup>942</sup> Art. 830 C. civ.

dettes. En principe, les ex-époux devraient être tous deux obligés par ces dettes et y contribuer à hauteur de la moitié. Néanmoins, la charge de ces dettes professionnelles peut être modifiée (B).

## A - La modification des règles du partage

**213.** En cas de divorce, la communauté est dissoute et l'indivision entre les époux lui succède. Pour le partage de la communauté et notamment en ce qui concerne le maintien de l'indivision et l'attribution préférentielle, l'article 1476 du Code civil renvoie aux règles successorales. L'article 1542 du Code renvoie à ces mêmes règles pour le partage des biens indivis entre des époux séparés de biens après le divorce. Pour plusieurs raisons, nous n'examinerons pas le sursis au partage, envisagé à l'article 820 du Code civil. La demande de sursis peut être justifiée par l'impossibilité pour l'indivisaire de reprendre l'entreprise avant l'expiration d'un délai de deux ans<sup>943</sup> ; deux observations s'imposent. Premièrement, sur le fond, cette disposition a été conçue, dans l'esprit du législateur, au profit du jeune coïndivisaire, descendant notamment, qui a besoin de temps « pour terminer ses études et parfaire sa formation agricole de manière à pouvoir reprendre l'exploitation »<sup>944</sup>. Rares seront les conjoints d'entrepreneurs à effectuer une formation en vue de reprendre l'entreprise dont l'autre époux est fondateur et cette disposition n'est d'aucune utilité pour l'entrepreneur lui-même. Elle ne s'appliquerait donc au divorce que de façon très occasionnelle.

Deuxièmement, sur la forme, il y a un doute quant à son applicabilité aux indivisions autres que successorales<sup>945</sup>, car l'article 820 du Code civil ne concerne que l'entreprise « dépendant de la succession ». De surcroît, les articles 1476 et 1542 du Code civil ne mentionnent pas le sursis au partage. Par conséquent, nous nous concentrerons sur le maintien judiciaire dans l'indivision et sur l'attribution préférentielle. Du fait du maintien

---

<sup>943</sup> La demande de sursis peut également être justifiée par le risque que la réalisation immédiate du partage porte atteinte à la valeur des biens indivis ; toutefois cette disposition n'étant pas spécifique à l'entreprise, elle ne nous intéresse pas ici.

<sup>944</sup> J.-B. DONNIER, J.-Cl. Civil Code, Art. 816 à 824, *Partage*, Fasc. unique, *Dispositions communes, demandes en partage*, n° 91.

<sup>945</sup> Sur cette question, v. J.-B. DONNIER, J.-Cl. Civil Code, Art. 816 à 824, *Partage*, fasc. précit., n° 88 à 90.

judiciaire dans l'indivision, l'entreprise se trouve à l'origine de modifications dans les règles du droit au partage (I). L'attribution préférentielle offre une illustration des modifications causées par l'entreprise dans les règles de répartitions des biens (II).

## **I - La modification des règles du droit au partage : le maintien judiciaire dans l'indivision**

**214.** Conformément à l'article 815 du Code civil, nul ne peut être contraint à demeurer dans l'indivision. L'indivision est donc une situation précaire, le partage pouvant toujours être provoqué. Le droit de demander le partage constitue d'ailleurs un droit discrétionnaire<sup>946</sup>. L'article 815 pose deux exceptions dans lesquelles a lieu un sursis à statuer au partage. La première concerne la convention : les coïndivisaires peuvent s'entendre pour demeurer dans l'indivision. La seconde porte sur la faculté du juge à maintenir l'indivision dans certaines circonstances. Elle est développée aux articles 820 et s. du Code civil. Le partage risque de mener à un « dépeçage intempestif de l'entreprise »<sup>947</sup>. Or, celle-ci étant pourvoyeuse d'emplois, il convient de la sauvegarder. Nous traiterons du domaine du maintien dans l'indivision (a), puis de l'issue de la demande (b).

### **a - Le domaine du maintien dans l'indivision**

**215.** En vertu de l'article 821 du Code civil, le maintien dans l'indivision peut porter sur toute entreprise agricole, commerciale, industrielle, artisanale ou libérale. Conçu pour les indivisions successorales susceptibles de comprendre le conjoint survivant et les descendants, cet article nécessite de petites adaptations pour s'appliquer à la situation dans laquelle les deux époux, tous deux encore en vie, sont seuls concernés. La demande de maintien dans l'indivision requiert-elle une participation à l'entreprise ? La réponse pourra déterminer la faculté du conjoint non exploitant à peut formuler cette demande. Les articles 821 et 822 du Code civil combinés prévoient que l'indivision de toute entreprise, dont l'exploitation était assurée par le défunt ou par son conjoint, peut être maintenue à la

---

<sup>946</sup> V. notamment Cass. 1<sup>re</sup> civ., 29 juin 2011, *Bull.* I, n° 32 : *BJE* 2011, n° 5 obs. P. RUBELLIN.

<sup>947</sup> M. GRIMALDI (dir.), *Droit patrimonial de la famille 2018-2019*, 6<sup>e</sup> éd., Dalloz, coll. Dalloz Action, 2017, n° 251.32.

demande du conjoint survivant, de tout héritier ou du représentant légal des mineurs si le défunt laisse un ou plusieurs descendants mineurs, d'une part, ou par le conjoint à défaut de descendants mineurs, d'autre part. Une condition posée est que l'exploitation ait été assurée par le défunt ou par son conjoint. Toutefois, il ne faudrait voir ici aucune condition personnelle d'exploitation de la part du demandeur, contrairement à l'attribution préférentielle, car le maintien dans l'indivision peut être demandé par une personne qui n'a jamais participé à l'entreprise. Par exemple, en présence d'une exploitation assurée par le défunt et de descendants mineurs, le conjoint survivant, tout héritier et le représentant légal des mineurs pourraient formuler la demande. Si ce raisonnement est transposé à l'indivision dans le cadre d'un divorce, la seule condition semble donc être que l'exploitation ait été assurée par l'un des deux époux, et non par un tiers ; mais il n'y aurait aucune condition de participation attachée à l'un des époux spécifiquement. En revanche, le conjoint ne peut pas demander le maintien de l'indivision s'il a seulement des droits en usufruit<sup>948</sup>.

Le décret-loi du 17 juin 1938 a prévu le maintien de l'indivision seulement pour l'entreprise agricole ; toutefois la nécessité d'assurer la stabilité familiale ne se limitait pas au seul secteur agricole. Aussi la loi du 23 juin 2006<sup>949</sup> a-t-elle étendu la mesure aux entreprises de tous les secteurs. L'article 815-1 du Code civil prévoyait, antérieurement à la réforme de 2006, que l'exploitation agricole devait constituer une unité économique. Cette exigence a été supprimée à l'initiative du Sénat, qui a considéré cette condition comme non pertinente, « toute entreprise constituant de fait une unité économique »<sup>950</sup>, selon lui. Cette suppression a été regrettée par le Professeur Jean-Baptiste Donnier, qui n'exclut pas que l'entreprise puisse être constituée de plusieurs « unités économiques » distinctes<sup>951</sup>. Or, il rappelle que le bien ou l'ensemble de biens formant une entité économique homogène risque de perdre de la valeur du fait du partage et que cela justifie le maintien dans l'indivision<sup>952</sup>.

---

<sup>948</sup> V. Cass. 1<sup>re</sup> civ., 14 mars 1984, *Bull. civ.* n° 99 : *D.* 1984. 385, *Defrénois*, 1984, p. 783, note A. BRETON ; *JCP N* 1985, II, 29, note Ph. REMY.

<sup>949</sup> Loi n° 2006-728 du 23 juin 2006 portant réforme des successions et des libéralités.

<sup>950</sup> H. DE RICHEMONT, Travaux préparatoires de la loi du 23 juin 2006 portant réforme des successions et des libéralités, rapport du Sénat n° 343, fait au nom au nom de la Commission des lois constitutionnelles, de la législation, du suffrage universel, du règlement et d'administration générale, t. 2, p. 51.

<sup>951</sup> J.-B. DONNIER, J.-Cl. Civil Code, Art. 816 à 824, *Partage*, fasc. précit., n° 56.

<sup>952</sup> *Ibid.*

Un bien ou un ensemble de biens ne formant pas une telle entité économique ne courrait pas le risque d'une perte de valeur.

L'article 815-1 du Code civil exigeait également dans son ancienne rédaction que la mise en valeur de l'exploitation agricole ait été assurée par le défunt ou par son conjoint. L'« exploitation de l'entreprise » a été substituée à la « mise en valeur ». Cette modification a été critiquée par le Professeur Donnier en ce que « L'exploitation est une notion purement économique, tandis que la mise en valeur faisait apparaître le fondement juridique du maintien dans l'indivision »<sup>953</sup>. Il en déduit que le souci premier du législateur est devenu la poursuite de l'exploitation économique de l'entreprise, l'indivision se trouvant « instrumentalisée à des fins purement économiques »<sup>954</sup>. Il est cependant pertinent de se demander si la « mise en valeur » n'a pas simplement été abandonnée au profit d'un vocabulaire plus moderne et plus adapté aux entreprises de tous secteurs.

Le maintien dans l'indivision peut également porter sur les droits sociaux depuis 2006<sup>955</sup>. Il est apparu qu'il n'y a pas de raison de traiter l'entreprise en nom propre différemment de l'entreprise exploitée sous la forme sociale<sup>956</sup>. Les parts sociales de groupements agricoles d'exploitation peuvent faire l'objet du maintien dans l'indivision<sup>957</sup>. Le maintien dans l'indivision peut, en outre, être ordonné concernant la propriété du local à usage professionnel qui était effectivement utilisé à cet usage par l'époux entrepreneur ou son conjoint<sup>958</sup>. En revanche, la mesure ne peut pas porter sur un droit au bail dont jouissait le locataire, alors que ce droit peut faire l'objet d'une attribution préférentielle<sup>959</sup>. Certains auteurs<sup>960</sup> le regrettent donc, avec raison. De plus, le maintien de l'indivision peut concerner les objets mobiliers servant à l'exercice de la profession<sup>961</sup>. L'essentiel ayant été vu concernant le domaine de la demande de maintien de l'indivision, il convient à présent de se pencher sur l'issue de ladite demande.

---

<sup>953</sup> *Id.*, n° 57.

<sup>954</sup> *Ibid.*

<sup>955</sup> Art. 821, al. 2, C. civ.

<sup>956</sup> V. en ce sens J.-B. DONNIER, J.-Cl. Civil Code, Art. 816 à 824, *Partage*, fasc. précit., n° 55.

<sup>957</sup> Art. L. 323-6 C. rur.

<sup>958</sup> Art. 821-1 C. civ.

<sup>959</sup> Art. 831-2 2° C. civ.

<sup>960</sup> J.-B. DONNIER, J.-Cl. Civil Code, Art. 816 à 824, *Partage*, fasc. précit., n° 61.

<sup>961</sup> Art. 831-2 2° C. civ.

## **b - L'issue de la demande de maintien de l'indivision**

**216.** Le maintien de l'indivision est une faculté pour le juge. Ce dernier statue en fonction des intérêts en présence<sup>962</sup>, c'est-à-dire ceux des deux époux, ainsi qu'au regard des moyens d'existence que la famille peut tirer des biens indivis<sup>963</sup>. Le maintien dans l'indivision peut être prescrit pour une durée de cinq ans<sup>964</sup>. L'article 823 du Code civil envisage deux hypothèses de renouvellement ; néanmoins elles ne concernent que les indivisions successorales. Il semble donc qu'il n'existe aucune possibilité de renouvellement pour le cas envisagé ici. Une période de cinq ans peut sembler suffisante pour l'époux qui voudrait s'organiser en vue de reprendre l'entreprise et il ne paraît pas souhaitable de prolonger trop longtemps une indivision entre des époux divorcés. Le maintien dans l'indivision en matière successorale, qui peut présenter un caractère viager pour le conjoint survivant<sup>965</sup>, répond à la préoccupation première de protéger la famille, menacée par la perte de revenus qui résulterait de la disparition de l'entreprise<sup>966</sup>. Quant au maintien dans l'indivision en matière de divorce, de par son caractère provisoire, il semble plutôt tendre vers la poursuite de l'entreprise. Le tribunal peut fixer les conditions dans lesquelles l'indivision est maintenue<sup>967</sup> et notamment le montant de l'indemnité due par l'indivisaire qui jouit privativement du bien indivis<sup>968</sup>.

D'un point de vue personnel, l'ex-époux entrepreneur a certainement envie que l'indivision prenne fin et que chacun reprenne sa vie de son côté. Pour autant, d'un point de vue professionnel, le maintien dans l'indivision peut lui être bénéfique dans la mesure où il constitue une « mesure préparatoire de l'attribution préférentielle »<sup>969</sup> et le délai accordé

---

<sup>962</sup> Art. 821, al. 3, C. civ.

<sup>963</sup> Sur cette appréciation, V. J.-B. DONNIER, J.-Cl. Civil Code, Art. 816 à 824, *Partage*, fasc. précit., n° 70.

<sup>964</sup> Art. 823 C. civ.

<sup>965</sup> Art. 823 C. civ.

<sup>966</sup> V. en ce sens S. GAUDEMET, Y. LEQUETTE et Fr. TERRE, *Les successions, les libéralités*, Précis Dalloz, 4<sup>e</sup> éd., 2014, n° 1018.

<sup>967</sup> Art. 821, al. 1<sup>er</sup>, et 821-1 C. civ.

<sup>968</sup> Sur le fondement de l'art. 815-9, al. 2, C. civ.

<sup>969</sup> S. GAUDEMET, Y. LEQUETTE et Fr. TERRE, *Les successions, les libéralités*, op. cit., n° 1019.

avant le partage pourrait, par exemple, lui permettre de préparer son plan de financement au cas où il devrait payer une soulte comptant dans le cadre de l'attribution préférentielle.

## II - La modification de la répartition des biens : l'attribution préférentielle

**217.** Chaque époux peut demander à recevoir des biens précis dans son lot à condition que l'autre époux soit d'accord. En cas de désaccord, un partage judiciaire s'avère nécessaire. Dans ce cas, la répartition des lots s'effectue par tirage au sort<sup>970</sup>. Il est de jurisprudence constante qu'« à défaut d'entente entre les héritiers, les lots faits en vue d'un partage doivent obligatoirement être tirés au sort, et qu'en dehors des cas limitativement énumérés par la loi, il ne peut être procédé au moyen d'attributions »<sup>971</sup>. Au travers de l'affirmation du tirage au sort obligatoire, on retrouve le principe de l'égalité en valeur dans le partage. L'attribution préférentielle apparaît comme une exception, car il est tenu compte de « la destination de certains biens et des qualités personnelles des copartageants »<sup>972</sup>. En vertu de l'article 831 du Code civil, l'époux qui participe ou a participé effectivement à l'exploitation « de toute entreprise, ou partie d'entreprise agricole, commerciale, industrielle, artisanale ou libérale ou quote-part indivise d'une telle entreprise » peut en demander l'attribution préférentielle. Comme pour le maintien de l'indivision, la demande d'attribution préférentielle peut également porter sur des droits sociaux. Les dispositions légales ou les clauses statutaires relatives à l'agrément trouvent alors à s'appliquer.

De plus, l'époux exploitant peut demander l'attribution préférentielle de la propriété ou du droit au bail<sup>973</sup> du local à usage professionnel servant effectivement à l'exercice de sa

---

<sup>970</sup> Art. 826, al. 3, C. civ.

<sup>971</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 28 déc. 1962, *Bull. civ. I*, n° 571. – Cass. 1<sup>re</sup> civ., 22 juill. 1985, *Bull. civ. I*, n° 235 : *D.* 1986. 261, note A.B. ; *RTD civ.* 1986. 615, obs. J. PATARIN. – Cass. 1<sup>re</sup> civ., 14 mai 1992, *Bull. civ. I*, n° 141 : *D.* 1993. 226, obs. M. GRIMALDI. – Cass. 1<sup>re</sup> civ., 18 juill. 1995, *Bull. civ. I*, n° 329 : *D.* 1995. 208 ; *JCP N* 1996. II. 935, note J. PIEDELIÈVRE-DELGADO. – Cass. 1<sup>re</sup> civ., 13 janv. 2016, *Bull. 2016, I*, n°8 : *JCP N* 2016, n° 4, act. 208 ; *Dr. famille* 2016, comm. 62, M. NICOD ; *D. actu*, 26 janv. 2016, obs. R. MESA.

<sup>972</sup> Cl. BRENNER et Ph. MALAURIE, *Droit des successions et des libéralités*, 9<sup>e</sup> éd., LGDJ, 2020, n° 719.

<sup>973</sup> Des jurisprudences anciennes peuvent faire douter de cette solution, la Cour de cassation ayant jugé que l'attribution du bail rural était impossible en cas de dissolution d'une communauté par divorce, v. Cass. 3<sup>e</sup> civ., 6 mai 1970, *Bull. civ. III*, n° 316 : *JCP G* 1970, II, 16505 ; Cass. 1<sup>re</sup> civ., 23 nov. 1977, *Bull. civ. I*, n° 439 : *JCP N* 1978, prat. 6898. Ces arrêts ont fait l'objet de critiques doctrinales

profession et des objets mobiliers à usage professionnel garnissant ce local<sup>974</sup>. Lorsqu'un bien rural est cultivé par un époux à titre de fermier ou de métayer et que le bail continue au profit de cet époux ou qu'un nouveau bail lui est consenti, il peut demander l'attribution préférentielle de l'ensemble des éléments mobiliers nécessaires à l'exploitation de ce bien<sup>975</sup>. Les associés de groupements fonciers agricoles et de groupements fonciers ruraux peuvent également demander le bénéfice de l'attribution préférentielle à la condition d'une participation actuelle ou passée à l'exploitation<sup>976</sup>, tout comme les associés de groupements agricoles d'exploitation<sup>977</sup>. L'attribution préférentielle suppose « un attachement personnel »<sup>978</sup> au bien qui est réclamé et cet attachement se manifeste au travers de l'exigence de participation à l'exploitation. Les Professeurs Claude Brenner et Philippe Malaurie ont écrit que l'attribution préférentielle « modifie le fonctionnement normal du partage en créant une cause de préférence au profit de certains copartageants »<sup>979</sup>. Cette préférence est justifiée par les compétences et l'expérience du copartageant au sein de l'entreprise.

En présence d'indivisions post-communautaires ou d'indivisions entre époux séparés de biens<sup>980</sup>, l'attribution préférentielle n'est jamais de droit<sup>981</sup>. Lorsque les époux ne trouvent pas d'accord quant à l'attribution des biens, le juge se prononce en fonction des intérêts en présence<sup>982</sup>. Si les deux époux demandent l'attribution préférentielle, ce qui peut se produire s'ils sont coexploitants ou si le conjoint participe à l'exploitation, le juge « tient compte de

---

v. notamment J. VIATTE, « Le sort du bail rural consenti à des époux », *Rev. Loyers* 1979, p. 341. Il n'est donc pas certain que la Cour de cassation statue dans le même sens aujourd'hui.

<sup>974</sup> Art. 831-2 2° C. civ.

<sup>975</sup> Art. 831-2 3° C. civ.

<sup>976</sup> Art. L. 322-14 C. rur.

<sup>977</sup> Art. L. 323-6 C. rur.

<sup>978</sup> Cl. BRENNER et Ph. MALAURIE, *Droit des successions et des libéralités*, op. cit., n° 723.

<sup>979</sup> *Id.*, n° 931.

<sup>980</sup> La Cour de cassation a décidé que l'attribution préférentielle est applicable au partage d'une indivision entre époux, même pendant le mariage, Cass. 1<sup>re</sup> civ., 9 oct. 1990, *Bull. civ. I*, n° 209 : *Defrénois* 1991, p. 808, n° 35076, note X. SAVATIER ; *JCP G* 1991, II, 21641, note P. SIMLER ; *JCP N* 1991, II, p. 43, note P. SALVAGE ; *RTD civ.* 1991, p. 380, obs. J. PATARIN.

<sup>981</sup> Art. 1476, al. 2, C. civ. concernant les communautés dissoutes par divorce ; art. 1542, al. 2, C. civ. concernant les indivisions entre époux séparés de biens.

<sup>982</sup> Art. 832-3, al. 2, C. civ.

l'aptitude des différents postulants à gérer les biens en cause et à s'y maintenir »<sup>983</sup>. En cas de demande d'attribution préférentielle de l'entreprise, la durée de la participation personnelle à l'activité est déterminante. En présence d'une demande de maintien dans l'indivision et une demande d'attribution préférentielle, le juge est libre d'ordonner l'un ou l'autre ou de rejeter les deux demandes<sup>984</sup>. Les biens qui font l'objet de l'attribution sont estimés à leur valeur à la date de la jouissance divise telle qu'elle est fixée par l'acte de partage<sup>985</sup>. En présence d'une attribution préférentielle de droit, l'attributaire peut exiger de ses copartageants des délais pour le paiement ; cependant nous avons vu qu'elle n'est jamais de droit en matière de divorce. Dans ce cas, le Code civil rappelle bien que le juge peut toujours décider que la totalité de la soulte sera payable comptant<sup>986</sup>. Le bénéficiaire de l'attribution devient propriétaire exclusif du bien attribué au jour du partage définitif<sup>987</sup>. Une protection a été mise en place au cas où la valeur du bien aurait beaucoup augmenté entre l'attribution préférentielle et le partage définitif : jusqu'au jour du partage, l'époux peut renoncer à l'attribution lorsque la valeur du bien, déterminée au jour de cette attribution, a augmenté de plus du quart au jour du partage, indépendamment de son fait personnel<sup>988</sup>.

Initialement conçue pour les indivisions successorales afin d'accorder à la famille de l'attributaire une stabilité professionnelle, l'attribution préférentielle vise de plus en plus à « maintenir l'unité économique et surtout la survie de l'entreprise »<sup>989</sup>. Son extension aux époux divorcés le montre bien. Il a été écrit à propos de l'attribution préférentielle en matière successorale qu'elle constituait une « machine à brouiller les familles »<sup>990</sup>. Mais dans le contexte du divorce, la mésentente a déjà occasionné des dégâts. L'exploitant ne devrait alors pas hésiter à se prévaloir de l'attribution préférentielle. En revanche, il doit garder à l'esprit qu'étant attributaire du patrimoine professionnel, il peut être amené à supporter la

---

<sup>983</sup> Art. 832-3, al. 3, C. civ.

<sup>984</sup> J.-B. DONNIER, J.-Cl. Civil Code, Art. 816 à 824, *Partage*, fasc. précit., n° 60.

<sup>985</sup> L'art. 832-4 renvoie à l'art. 829 C. civ.

<sup>986</sup> Art. 1476, al. 2, C. civ. concernant les communautés dissoutes par divorce ; art. 1542, al. 2, C. civ. concernant les indivisions entre époux séparés de biens.

<sup>987</sup> Art. 834, al. 1<sup>er</sup>, C. civ.

<sup>988</sup> Art. 834, al. 2, C. civ.

<sup>989</sup> Cl. BRENNER et Ph. MALAURIE, *Droit des successions et des libéralités*, op. cit., n° 723.

<sup>990</sup> *Id.*, n° 930.

charge exclusive des dettes nées dans le cadre de la gestion de l'entreprise. Dans ce cas, la charge des dettes se trouve modifiée par rapport à ce qu'elle est habituellement.

## **B - Les modifications de la charge des dettes professionnelles**

**218.** Aux termes de l'article 1387-1 du Code civil, « Lorsque le divorce est prononcé, si des dettes ou sûretés ont été consenties par les époux, solidairement ou séparément, dans le cadre de la gestion d'une entreprise, le tribunal judiciaire peut décider d'en faire supporter la charge exclusive au conjoint qui conserve le patrimoine professionnel ou, à défaut, la qualification professionnelle ayant servi de fondement à l'entreprise »<sup>991</sup>. Cet article est issu de la loi du 2 août 2005 en faveur des petites et moyennes entreprises<sup>992</sup>. Il a pour objet la défense des intérêts de l'ex-conjoint lorsque celui-ci reste partiellement ou totalement tenu de supporter les dettes liées à l'entreprise après le divorce, alors que l'ex-époux entrepreneur conserve celle-ci. L'utilisation du verbe « consentir » indique que l'article 1387-1 concerne uniquement les dettes et sûretés dont la source est conventionnelle. Certains auteurs<sup>993</sup> ont proposé d'étendre la protection à l'ensemble des dettes et sûretés. De plus, ledit article est applicable à tous les époux, quel que soit leur régime matrimonial. En raison du terme « entreprise » employé sans plus de précision, il faudrait considérer la disposition comme applicable à l'entreprise exploitée sous la forme individuelle ou sous la forme sociale.

La doctrine se montre divisée sur l'interprétation des dispositions de l'article 1387-1. Selon une première interprétation<sup>994</sup>, elles permettent au juge de modifier l'obligation à la dette en la faisant peser sur le seul époux entrepreneur et en libérant ainsi le conjoint. Les rapports entre les créanciers et les ex-époux sont alors modifiés. Selon une seconde

---

<sup>991</sup> Pour un arrêt revenant sur les conditions d'application du texte, v. Cass. com., 5 sept. 2018, Bull. à paraître, n° 17-23.120 : *AJ fam.* 2018, 610, obs. S. THOURET ; *BJS* 2018, n° 12, p. 682, obs. E. NAUDIN ; *D.* 2018, 2292, note B. LOTTI ; *Gaz. Pal.* 2019, n° 1, p. 56, obs. S. FATHI ; *LPA* 2018, n° 216, p. 11, obs. V. LEGRAND ; *RTD civ.* 2018, p. 959, obs. M. NICOD.

<sup>992</sup> Loi n° 2005-882 du 2 août 2005, art. 13. Pour des remarques d'ordre général sur cet article, v. H. LECUYER, « Commentaire de la loi en faveur des PME : aspects de droit commun des sociétés », *Dr. sociétés* nov. 2005, étude 12, n° 30 à 35.

<sup>993</sup> H. LECUYER, « Commentaire de la loi en faveur des PME : aspects de droit commun des sociétés », *op. cit.*, n° 33.

<sup>994</sup> En faveur de cette interprétation, v. notamment P. CROCQ, « Les bons sentiments ne font pas les bons textes (à propos du nouvel article 1387-1 du Code civil) », *D.* 2005, p. 2025 ; S. PIEDELIEVRE, « Le nouvel article 1387-1 du Code civil (ou de l'utilisation d'un pavé par un ours) », *D.* 2005, p. 2138.

interprétation<sup>995</sup>, l'article 1387-1 n'agit que sur la contribution à la dette. Il autorise à décharger le conjoint du poids du passif, mais seulement dans les rapports entre ex-époux. L'emplacement de ces dispositions dans le Code civil ne permet pas de se prononcer en faveur de l'une des deux interprétations<sup>996</sup>. En revanche, la règle de l'interprétation stricte des exceptions a plaidé en faveur de l'interprétation contributoire, car elle apparaît comme la moins dérogatoire aux droits des régimes matrimoniaux et du divorce. Les juridictions du fond tranchent au profit cette interprétation<sup>997</sup>. Nous analyserons les modifications effectuées par l'article 1387-1 du Code civil sur le droit des régimes matrimoniaux et sur le droit du divorce, selon l'interprétation qui est faite de cet article. On peut se demander s'il donne au juge la possibilité de modifier l'obligation à la dette (I). On verra que la seconde interprétation est préférée : le juge pourrait seulement modifier la contribution à la dette (II).

## I - Le pouvoir du juge de modifier l'obligation à la dette ?

**219.** Si cette interprétation de l'article 1387-1 du Code civil devait être retenue, elle permettrait au juge d'intervenir dans les rapports entre les époux et les créanciers, s'agissant tant des dettes (a) que des sûretés (b) consenties par les époux.

### a - Les dettes

**220.** Trois hypothèses doivent être distinguées. Nous examinerons à chaque fois la situation ordinaire, puis l'effet de l'article 1387-1 du Code civil. Tout d'abord, lorsque la dette a été souscrite par l'époux entrepreneur<sup>998</sup>, il peut être poursuivi sur ses biens

---

<sup>995</sup> En faveur de cette interprétation, v. notamment J.-P. CHAZAL et S. FERRE-ANDRE, « L'incroyable destin de l'article 1387-1 du Code civil », *D.* 2006, p. 316 ; F. VAUVILLE, « L'institutrice et l'artisan (à propos du nouvel article 1387-1 du Code civil) », *RJPF* nov. 2005, p. 14.

<sup>996</sup> V. H. LECUYER, « Commentaire de la loi en faveur des PME : aspects de droit commun des sociétés », *op. cit.*, n° 30.

<sup>997</sup> TGI Évreux, 17 nov. 2006 : *LPA* 15-16 août 2007, p. 10, V. ÉDEL ; *Deffrénois* 2008, art. 38719, p. 316, G. CHAMPENOIS. – CA Bourges, 24 janv. 2008, n° 07/00638 : *RJPF* 2009-6/25, obs. J. CASEY. – CA Reims, 10 mars 2008, n° 189, *JurisData* n° 2008-001244. – CA Bordeaux, 24 févr. 2009, n° 08/04449. – CA Amiens, 25 août 2009, n° 08/02102. – CA Nîmes, 18 nov. 2010, n° 09/00838. – CA Versailles, 5 mai 2011, n° 10/04467 et n° 10/04467. – CA Aix-en-Provence, 2 août 2011, n° 10/11007. – CA Colmar, 13 févr. 2013, n° 11/06108.

<sup>998</sup> La formulation de l'art. 1387-1 C. civ., mentionnant les dettes ou sûretés consenties « par les époux » peut faire douter qu'il soit applicable aux dettes souscrites par un seul époux. Il convient cependant de

personnels pour la totalité du montant de celle-ci, aux termes de l'article 1482 du Code civil. Son conjoint peut également être poursuivi sur ses biens personnels à hauteur de la moitié de la dette, conformément à l'article 1483 du même code. De plus, les créanciers peuvent agir sur les biens indivis qui se sont substitués aux biens communs qu'ils pouvaient saisir avant la dissolution de la communauté<sup>999</sup>. L'intervention de l'article 1387-1 du Code civil permet de décharger le conjoint de l'époux entrepreneur s'agissant de ses biens personnels, les biens indivis restant engagés<sup>1000</sup>. L'époux entrepreneur étant déjà tenu sur ses biens personnels et sur les biens indivis avant le prononcé de la mesure, il ne voit pas son obligation à la dette augmentée. Le Professeur Vincent Brémond remarque donc que dans cette hypothèse, l'article 1387-1 ne réalise pas « un réel transfert de la charge de la dette »<sup>1001</sup>. Cependant, le créancier voit l'assiette de son gage réduite.

Lorsque la dette a été souscrite par les deux époux, les biens personnels de chacun d'eux ainsi que les biens indivis font partie du gage du créancier. Pour les époux, le résultat de l'article 1387-1 est sensiblement le même que dans l'hypothèse précédente. Les biens personnels du conjoint de l'époux entrepreneur sortent du droit de poursuite du créancier, tandis que les biens indivis et les biens personnels de l'entrepreneur continuent à répondre de la dette<sup>1002</sup>. Toutefois, l'atteinte aux intérêts du créancier est beaucoup plus palpable dans la présente hypothèse que dans la précédente, parce que le conjoint de l'époux entrepreneur s'était personnellement engagé. Les prévisions du créancier et le caractère obligatoire de l'engagement se trouvent balayés au profit de l'intérêt de l'ex-conjoint.

Lorsque la dette a été souscrite uniquement par celui-ci, les créanciers peuvent ordinairement poursuivre ses biens personnels, les biens indivis et les biens personnels de l'époux entrepreneur à hauteur de la moitié de la dette. L'article 1387-1 a pour effet de décharger l'ex-conjoint s'agissant de ses biens personnels et corrélativement d'augmenter l'obligation à la dette de l'entrepreneur qui se retrouve tenu de la totalité de la dette<sup>1003</sup>. Les

---

l'admettre, v. Ph. SIMLER, J-Cl. Civil Code, Art. 1387-1, art. 1387-1, *Divorce*, fasc. unique, *Sort des dettes professionnelles des époux*, n° 38.

<sup>999</sup> Art. 815-17 C. civ.

<sup>1000</sup> Ph. SIMLER, J-Cl. Civil Code, art. 1387-1, *Divorce*, fasc. *précit.*, n° 14.

<sup>1001</sup> *Ibid.*

<sup>1002</sup> *Id.*, n° 47.

<sup>1003</sup> *Id.*, n° 42.

biens indivis continuent à faire partie du gage du créancier sans changement. On assiste à une « cession judiciaire de dette »<sup>1004</sup>. Dans cette hypothèse, l'article 1387-1 se heurte à deux principes du droit des obligations. Tout d'abord, la force obligatoire de l'engagement s'oppose à ce que l'ex-conjoint soit partiellement délié de son engagement, comme précédemment évoqué. Surtout, une manifestation de volonté doit être à l'origine d'un engagement contractuel. Il est admis, pour les besoins du crédit du ménage et d'indépendance des époux, qu'un époux puisse avoir engagé, par son acte, en plus de ses biens personnels, les biens indivis et les biens personnels de l'autre époux à hauteur de la moitié de la dette. Pour autant, il semble difficile d'admettre que l'engagement de l'ex-conjoint de l'entrepreneur soit partiellement effacé et que l'époux entrepreneur, initialement engagé indirectement par l'acte de son conjoint, d'une part, et seulement partiellement, d'autre part, finisse seul tenu, à la fois personnellement et intégralement. L'interprétation de l'article 1387-1 dans le sens de l'obligation à la dette conduit à un traitement des dettes qui semble contraire aux règles relatives au passif matrimonial. On peut dès lors se demander si cette interprétation s'adapte mieux aux sûretés.

## **b - Les sûretés**

**221.** L'article 1387-1 du Code civil mentionne les « sûretés consenties par les époux » sans effectuer de distinction entre les sûretés personnelles et les sûretés réelles. Si les premières entrent dans le champ d'application de l'article, ce n'est assurément pas le cas des secondes. La sûreté réelle confère au créancier des droits sur un bien qui appartient au constituant de la sûreté, l'un des époux. Les époux sont tenus en qualité de détenteurs d'un bien, et non en qualité de débiteurs<sup>1005</sup>. Aussi, on ne peut imaginer un transfert de la sûreté réelle d'un époux à l'autre. Il faut en déduire que l'article 1387-1 concerne uniquement les sûretés personnelles, et parmi elles, le cautionnement. Lorsque l'ex-conjoint de l'entrepreneur s'est porté caution de la dette contractée par ce dernier pour les besoins de son entreprise, l'article 1387-1 du Code civil conduit à décharger le conjoint. Pour autant, l'ex-époux entrepreneur ne voit pas son obligation à la dette augmenter, car il est déjà

---

<sup>1004</sup> *Ibid.*

<sup>1005</sup> Ph. SIMLER, J.-Cl. Civil Code, art. 1387-1, *Divorce*, fasc. *précit.*, n° 15.

débiteur principal et ne peut évidemment pas devenir caution en même temps. Le résultat auquel on parvient se rapproche de celui obtenu par application du même article en présence d'une dette souscrite par l'époux entrepreneur ou d'une dette souscrite par les deux époux. Dans ces deux dernières hypothèses, l'assiette du gage du créancier se trouvait réduite, alors que dans le présent cas, la garantie serait supprimée. Il a été reproché à ce texte de réaliser une « expropriation qui a pour caractéristique d'être à la fois soumise au seul bon vouloir du juge, d'utilité privée et sans indemnité ! »<sup>1006</sup>.

Par ailleurs, un auteur a observé que la jurisprudence s'est toujours opposée à ce qu'un changement dans les relations entre la caution et le débiteur puisse être invoqué afin de mettre fin au contrat de cautionnement<sup>1007</sup>. Ainsi, le divorce ne constitue pas un terme extinctif<sup>1008</sup>. De plus, la cause du cautionnement ne peut être recherchée dans les relations entre le débiteur et la caution, de sorte qu'un changement dans ces relations ne peut faire disparaître le cautionnement<sup>1009</sup>. L'article 1387-1, interprété dans le sens de la modification par le juge de l'obligation à la dette, viendrait changer la donne en permettant à l'ex-conjoint de l'entrepreneur de se délier du cautionnement<sup>1010</sup>. Une telle solution en fragiliserait gravement le régime. Par conséquent, les créanciers renonceraient à demander au conjoint de se porter garant et refuseraient d'accorder un crédit à l'entrepreneur<sup>1011</sup>. De plus, une autre hypothèse interpelle : celle selon laquelle le conjoint de l'entrepreneur se serait seul porté caution de la dette d'un tiers. Supposons que l'époux entrepreneur ait obtenu de son conjoint qu'il se porte caution de la dette d'un partenaire commercial important de l'entreprise, cette sûreté est-elle consentie dans le cadre de la gestion de l'entreprise, comme l'exige l'article 1387-1 du Code civil ? La question du choix de l'interprétation de cette formule s'est posée

---

<sup>1006</sup> P. CROCO, « Les bons sentiments ne font pas les bons textes (à propos du nouvel article 1387-1 du Code civil) », *op. cit.*

<sup>1007</sup> Ph. SIMLER, J-Cl. Civil Code, art. 1387-1, *Divorce*, fasc. *précit.*, n° 13. – V. également S. PIEDELIEVRE, « Le nouvel article 1387-1 du Code civil (ou de l'utilisation d'un pavé par un ours) », *op. cit.*

<sup>1008</sup> Cass. com., 24 juin 1969 : *JCP G* 1970, II, 16221, J. PRIEUR. – Cass. com., 19 janv. 1981, *Bull. civ.* 1981, IV, n° 32.

<sup>1009</sup> Cass. com., 8 nov. 1972, *Lempereur* : *D.* 1973, p. 753, Ph. MALAURIE ; *Gaz. Pal.* 1973, 1, p. 143, D. MARTIN ; *RTD civ.* 1973, p. 294, J. HOUIN.

<sup>1010</sup> V. Ph. SIMLER, J-Cl. Civil Code, art. 1387-1, *Divorce*, fasc. *précit.*, n° 13.

<sup>1011</sup> *Ibid.*

dès l'entrée en vigueur de la loi de 2005<sup>1012</sup>. Le terme de « gestion » étant très large, le Professeur Stéphane Piedelièvre invite à considérer que tous les engagements « liés à l'activité professionnelle de l'entrepreneur » entrent dans le domaine d'application de l'article<sup>1013</sup>. Celui-ci serait donc applicable au cas envisagé ici. Le conjoint qui a seul consenti un cautionnement engage uniquement ses biens propres en vertu de l'article 1415 du Code civil. Le créancier pourrait vraisemblablement l'accepter si ces derniers représentent une valeur suffisante.

La combinaison de cet article avec l'article 1387-1 soulèverait une difficulté importante. Faudrait-il transférer le cautionnement à l'époux entrepreneur pour décharger corrélativement le conjoint débiteur ?<sup>1014</sup> L'époux entrepreneur serait tenu sur ses biens personnels, les biens communs devenus indivis étant exclus<sup>1015</sup>. Comme l'a remarqué le Professeur Vincent Brémond, « Le créancier se verrait ainsi imposer un changement de débiteur »<sup>1016</sup>, mais il existe de plus graves conséquences. On assisterait à une « cession judiciaire de cautionnement » sur le modèle de la « cession judiciaire de dette »<sup>1017</sup> qui se produit lorsque le conjoint seul a contracté la dette. Or, les règles propres au cautionnement s'opposent fermement à cette solution, notamment les dispositions de l'article 2292 du Code civil : « Le cautionnement ne se présume point ». Cet article a d'ailleurs été invoqué lorsqu'il a été question de déterminer le sort du dirigeant de société qui avait conclu au nom de celle-ci un cautionnement irrégulier. L'autorisation du conseil d'administration pour consentir des cautionnements n'ayant pas été renouvelée, le cautionnement n'était pas valable. Bien que la faute du dirigeant soit caractérisée, celle-ci n'était pas séparable de ses fonctions et ne pouvait donc engager sa responsabilité personnelle<sup>1018</sup>. Il aurait été tentant de voir un garant personnel en la personne du signataire<sup>1019</sup>. Pourtant, la doctrine refuse de l'admettre sur le

---

<sup>1012</sup> H. LECUYER, « Commentaire de la loi en faveur des PME : aspects de droit commun des sociétés », *op. cit.*, n° 33.

<sup>1013</sup> S. PIEDELIEVRE, « Le nouvel article 1387-1 du Code civil (ou de l'utilisation d'un pavé par un ours) », *op. cit.*

<sup>1014</sup> En ce sens, V. V. BREMOND, J-Cl. Civil Code, art. 1387-1, *Divorce*, fasc. unique, Sort des dettes professionnelles des époux, n° 43.

<sup>1015</sup> V. BREMOND, J-Cl. Civil Code, art. 1387-1, *Divorce*, fasc. *précit.*, n° 43.

<sup>1016</sup> *Ibid.*

<sup>1017</sup> Expression de V. BREMOND, J-Cl. Civil Code, art. 1387-1, *Divorce*, fasc. *précit.*, n° 12.

<sup>1018</sup> Cass. com., 20 oct. 1998, *Bull. IV*, n° 254 : *JCP E* 1998, p. 2025, note A. COURET.

<sup>1019</sup> A. COURET, *JCP E* 1998, p. 2025, n° 1, note ss Cass. com., 20 oct. 1998.

fondement de l'article 2292<sup>1020</sup>. Le dirigeant avait commis une faute, ce qui ne semble pas être le cas de l'époux entrepreneur qui divorce. Cependant, l'article 1387-1 du Code civil semble mettre à sa charge une obligation très lourde. L'extinction pure et simple du cautionnement devrait-elle être préférée ? Une telle atteinte aux droits du créancier paraît inacceptable. En outre, la lettre de l'article, « faire supporter la charge exclusive au conjoint qui conserve le patrimoine professionnel » milite contre cette solution.

En créant l'article 1387-1 du Code civil, le législateur avait certainement comme préoccupation principale de protéger l'ex-conjoint qui avait consenti un cautionnement des dettes professionnelles de l'époux entrepreneur ; mais la rédaction brouillonne de l'article pourrait conduire à des résultats extrêmes. Heureusement, l'article 1387-1 laisse au juge un pouvoir d'appréciation en précisant que « le tribunal judiciaire peut décider de faire supporter la charge exclusive au conjoint qui conserve le patrimoine professionnel »<sup>1021</sup>. Force est de constater que l'interprétation de l'article 1387-1 dans le sens de l'obligation à la dette met à mal les principes du droit des obligations et du droit des sûretés. Elle emporte également pour les créanciers de nombreux inconvénients, qui risquent de se retourner contre les époux. De surcroît, les dispositions de cet article ne semblent pas permettre d'atteindre un équilibre satisfaisant entre les intérêts de chacun des époux. Cela amène à se demander s'il ne vaut pas mieux interpréter ledit article dans le sens de la modification de la contribution à la dette.

## II - Le pouvoir du juge de modifier la contribution à la dette

**222.** Comme dans les développements précédents, on envisagera d'abord les dettes (a), puis les sûretés (b).

### a - Les dettes

**223.** Avant l'entrée en vigueur de l'article 1387-1, le juge du divorce ne pouvait intervenir pour transférer la charge définitive de la dette sur l'un ou l'autre ex-époux. L'article 274 du Code civil envisage les différentes formes que peut prendre la prestation

---

<sup>1020</sup> *Ibid.*

<sup>1021</sup> V. V. BRÉMOND, J.-Cl. Civil Code, art. 1387-1, *Divorce*, fasc. *précit.*, n° 10.

compensatoire et le juge décide des modalités de son exécution. Cet article ne lui confère pas le pouvoir d'attribuer la dette à l'un des deux ex-époux<sup>1022</sup>. Le juge chargé de la liquidation du régime matrimonial n'en avait pas plus le pouvoir. En revanche, l'article 1490 du Code civil autorisait les époux à stipuler dans le partage une clause obligeant l'un des deux à supporter davantage de passif que ce qui lui incombait, voire même à s'acquitter de la totalité<sup>1023</sup>. Il leur appartenait donc de se mettre d'accord pour transférer à la charge de l'ex-époux entrepreneur les dettes nées de la gestion de l'entreprise, qui incombait à la communauté. Ce que le juge ne pouvait décider de façon autoritaire, les époux pouvaient en convenir. Le Professeur Vincent Brémond souligne que « le souci de rééquilibrer les lots de chaque ex-époux, la volonté de simplifier, en les supprimant, des recours en contribution, ou encore, et précisément, le souci d'associer l'attribution de certains biens avec celle de certaines dettes qui y sont relatives »<sup>1024</sup> sont à l'origine de la création de cet article. En autorisant le juge à effectuer une répartition du passif dans les rapports entre époux, l'article 1387-1 s'est avéré novateur<sup>1025</sup> sans pour autant bouleverser de façon importante les principes relatifs au passif matrimonial. Le législateur s'est contenté de confier au juge un pouvoir que les époux détenaient déjà en vertu de l'article 1490 du Code. De plus, l'interprétation contributoire des dispositions de l'article 1387-1 serait plus aisée à appliquer dans la mesure où il s'agirait simplement d'« accorder un recours à l'ex-conjoint *solvens* » ou de « refuser ce recours à l'ex-époux entrepreneur *solvens* »<sup>1026</sup>. Les sûretés, en particulier, s'accommodent très bien de cette interprétation.

## b - Les sûretés

**224.** Il a été vu précédemment que les dispositions de l'article 1387-1 du Code civil, interprétées dans le sens de l'obligation à la dette, ne pouvaient s'appliquer aux sûretés réelles. En revanche, l'interprétation contributoire de cet article s'accorde parfaitement avec ces dernières. Lorsqu'un créancier a saisi un bien commun grevé d'une sûreté réelle, l'ex-

---

<sup>1022</sup> *Id.*, n° 50.

<sup>1023</sup> *Id.*, n° 50 et 51.

<sup>1024</sup> *Id.*, n° 50.

<sup>1025</sup> *Id.*, n° 49.

<sup>1026</sup> *Id.*, n° 52.

conjoint pourrait exercer un recours contre l'ex-époux entrepreneur afin que celui-ci dédommage la communauté de la perte financière subie<sup>1027</sup>. Par ailleurs, s'agissant du cautionnement, des difficultés survenaient en présence d'un cautionnement souscrit par le conjoint de l'entrepreneur en garantie des dettes de ce dernier et on en arrivait à supprimer purement et simplement la garantie. L'interprétation contributoire est plus facilement applicable : il suffit que l'ex-époux caution *solvens* exerce un recours pour la totalité contre son ex-conjoint entrepreneur<sup>1028</sup>.

La lecture des travaux parlementaires confirme que doit être préférée l'interprétation de l'article 1387-1 dans le sens de la modification de la contribution à la dette. Dans sa version initiale, cet article prévoyait que le juge pouvait décider de faire supporter la charge exclusive des dettes ou sûretés consenties par les deux époux dans le cadre de la gestion de l'entreprise au conjoint qui conservait le patrimoine professionnel. Il ajoutait cependant que le juge « veille en ce cas à préserver l'intérêt des tiers qu'il informe ». Cette dernière disposition amenait à penser que l'obligation à la dette était concernée. Le gouvernement a fait voter un amendement<sup>1029</sup> de suppression de cette disposition au motif que le juge n'a « pas vocation à régler ou à modifier les relations contractuelles entre les anciens époux et les tiers », et « faire assumer [au juge] cette responsabilité d'information serait source d'ambiguïté et pourrait faire croire que les droits des tiers sont affectés, ce qui ne saurait être le cas »<sup>1030</sup>. Le gouvernement et les parlementaires se sont donc bien accordés sur la seule modification de la contribution à la dette. En outre, dans l'arrêt du 5 septembre 2018, la Cour de cassation a semblé se positionner implicitement en faveur de la contribution<sup>1031</sup>.

Sur le plan des rapports avec les différentes branches du droit privé, l'interprétation contributoire l'emporte largement sur celle de l'obligation à la dette. Cette première interprétation apparaît beaucoup plus conforme aux principes issus du droit des obligations, du droit des sûretés et du droit des régimes matrimoniaux. Concernant les intérêts en présence, l'interprétation contributoire semble concilier de façon satisfaisante les intérêts de

---

<sup>1027</sup> *Ibid.*

<sup>1028</sup> *Ibid.*

<sup>1029</sup> Amendement n° 1.

<sup>1030</sup> JO débats, AN, Session 2004-2005, séance du 13 juillet 2005, p. 4682.

<sup>1031</sup> Cass. com., 5 sept. 2018, Bull. à paraître, n° 17-23.120, précit. Sur ce point, V. E. NAUDIN, « Application de l'article 1387-1 du Code civil : premier arrêt de la Cour de cassation », *BJS* 2018, n° 12, p. 682, spéc. n° 8.

chacun des époux, sans mettre en péril ceux des créanciers. Cependant, certains auteurs ont mis en évidence le risque de déséquilibre patrimonial qui pourrait s'instaurer entre les époux dans l'hypothèse où la saisine du tribunal aurait lieu après le prononcé du divorce<sup>1032</sup>. Pour fixer le montant de la prestation compensatoire, le juge doit prendre en considération de nombreux critères<sup>1033</sup>. Il recherche un équilibre entre les intérêts des deux époux. Le changement effectué dans la répartition de la charge définitive du passif postérieurement à l'attribution de la prestation compensatoire pourrait remettre en cause cet équilibre<sup>1034</sup>. Toutefois, il convient de nuancer cette affirmation pour deux raisons : premièrement, l'art. 1387-1 confère au juge un pouvoir d'appréciation dans le transfert de la charge des dettes ; il n'est pas tenu d'y procéder ; deuxièmement, la prestation compensatoire est révisable ou supprimable en cas de changement important dans les ressources ou les besoins de l'un ou l'autre ex-époux en vertu de l'article 276-3 C. civ. La disparition de la charge de la dette, sa diminution ou son aggravation pourraient être à l'origine d'un tel changement.

En outre, le fait que le seul passif correspondant à la gestion de l'entreprise soit concerné a été vu comme une source d'inégalité entre les époux dont l'un est entrepreneur et les autres époux. Aussi, il a été proposé d'étendre la règle à toutes les dettes professionnelles<sup>1035</sup>. Que l'article 1387-1 du Code civil soit interprété comme intervenant sur l'obligation ou sur la contribution à la dette, il invite à réfléchir au principe de la force obligatoire de l'engagement. Si le cocontractant peut se délier de son engagement dans les relations avec le créancier, ce principe est balayé. Mais n'affaiblit-on pas également la force de l'engagement lorsque le cocontractant peut se délier des effets de l'engagement, en échappant à la contribution à la dette ? Supporter définitivement les conséquences financières de l'engagement pourrait faire partie intégrante de ce dernier.

Par ailleurs, l'article 1387-1 amène également à s'interroger sur le rôle que doivent jouer les effets du mariage et le divorce. Le devoir de secours<sup>1036</sup>, inhérent au mariage, se traduit après le mariage par la prestation compensatoire. Elle a pour finalité de permettre à l'époux

---

<sup>1032</sup> J. REVEL, *Les régimes matrimoniaux*, 10<sup>e</sup> éd., Dalloz, coll. Cours Dalloz, 2020, n° 474 ; *Id.*, n° 53.

<sup>1033</sup> Ces critères sont énoncés à l'art. 271 C. civ.

<sup>1034</sup> J. REVEL, *Les régimes matrimoniaux*, op. cit., n° 474.

<sup>1035</sup> V. LARRIBAU-TERNEYRE, « Le créancier se trouva fort dépourvu quand le divorce fut venu (ou le nouvel article 1387-1 du Code civil) », *Dr. famille* 2005, étude 21, n° 12.

<sup>1036</sup> Art. 212 C. civ.

demandeur de conserver un niveau de vie aussi proche que possible de celui qu'il aurait eu si la vie commune avait persisté. Le législateur cherche par là même à gommer les effets du divorce. L'époux demandeur doit mener sa vie de divorcé avec le même train de vie que s'il était encore marié, eu égard aux facultés de l'autre époux. En forçant le trait, on pourrait dire qu'avec la prestation compensatoire, le législateur fait comme si les époux étaient toujours mariés. À l'inverse, dans l'article 1387-1, il fait comme si les époux avaient toujours été des étrangers et il tend à remettre les ex-conjoints dans la situation qui serait la leur s'ils n'avaient jamais été mariés. Chacun supporte les dettes issues d'engagements qui ont été contractés dans son intérêt individuel. La situation financière du conjoint de l'entrepreneur n'est même pas prise en compte pour décider de l'application de l'article 1387-1. Celui-ci s'avère profondément individualiste, car si l'entreprise est certainement attribuée à l'époux entrepreneur, le conjoint aura cependant bénéficié des richesses produites par l'entreprise pendant la durée du mariage. Le législateur autorise donc le conjoint à n'avoir été marié que pour le meilleur. Il est difficile d'imaginer l'époux entrepreneur demander à son conjoint de lui rendre l'enrichissement produit par l'entreprise et dont il a profité.

## Conclusion du chapitre 2

**225.** Les modifications introduites par le droit de l'entreprise dans le fonctionnement classique des régimes matrimoniaux sont donc de deux ordres : certaines s'expliquent par l'application de corps de règles spécifiques : le droit des sociétés, le droit des procédures collectives et le droit de l'indivision ; d'autres modifications sont l'œuvre de règles isolées. Le fonctionnement social se trouve parfois à l'origine de modifications. Certaines règles, comme celles de la distribution des bénéfices ou celles de la responsabilité des associés, révèlent la logique propre du droit des sociétés. La structure sociale n'est donc pas en mesure de s'adapter aux époux. Lorsque l'un des deux ou les deux deviennent associés, par leur entrée dans la société, ils acceptent de se plier au fonctionnement social. Ils savent en effet que celui-ci aura des répercussions notamment sur la répartition de l'actif et du passif entre eux. Cependant, les époux n'ont pas toujours à subir les modifications imposées par le fonctionnement social. Il arrive qu'ils en soient maîtres, ou du moins que l'un des deux le

soit, comme on le voit avec l'article 1832-2 du Code civil qui autorise le conjoint de l'associé à revendiquer la qualité d'associé à hauteur de la moitié des droits sociaux non négociables. Cette revendication permet au conjoint de devenir associé et, ce faisant, d'obtenir des pouvoirs qu'il n'aurait pas eus de par le fonctionnement classique des régimes matrimoniaux.

Quant aux textes des procédures collectives, ils connaissent uniquement le débiteur célibataire<sup>1037</sup>. Le silence régnant sur le sort du conjoint débiteur physique, la jurisprudence a dû établir des règles. Le droit des procédures collectives, qui protège les intérêts des créanciers et ceux des époux en leur fournissant du crédit, ne peut, bien entendu, pas être totalement écarté. Le juge arbitre entre les différents intérêts en présence pour choisir la meilleure solution. Néanmoins il faut reconnaître la primauté du droit des procédures collectives face au droit des régimes matrimoniaux. En outre, certaines règles de l'indivision modifient le fonctionnement ordinaire du régime de l'indivision, dans l'intérêt de l'époux entrepreneur, mais surtout dans celui de l'entreprise. Enfin, des règles ponctuelles sont créées par le législateur pour modifier directement le fonctionnement habituel des régimes matrimoniaux. Tel est le cas avec l'article 1387-1 du Code civil. Les dispositions de cet article ne brillent ni par leur clarté, eu égard aux difficultés d'interprétation dont elles ont fait l'objet, ni par leur esprit, qui semble déconnecté de certains principes importants du mariage et du divorce.

Plusieurs règles effectuant des modifications dans le fonctionnement classique des régimes matrimoniaux sont applicables à l'entreprise individuelle et à la société, telles que le maintien dans l'indivision, l'attribution préférentielle et la modification de la charge des dettes professionnelles. Est ainsi obtenue une certaine unité de traitement de l'entrepreneur individuel et de l'associé. Toutefois, des différences dans les règles applicables peuvent encore être relevées : les modifications résultant du fonctionnement social sont, par définition, propres à la société, et les modifications dans le cadre des procédures collectives ne concernent que le débiteur personne physique, donc essentiellement l'entrepreneur individuel.

---

<sup>1037</sup> Sur l'ignorance par le législateur du statut matrimonial du débiteur, v. H. LECUYER, « Droit patrimonial de la famille et entreprises en difficulté : les pouvoirs des époux », *op. cit.*

## Conclusion de la première partie

---

**226.** Les règles générales des régimes matrimoniaux s'appliquent à des situations simples dans le contexte de l'entreprise sans réelle difficulté. Les problèmes surviennent dès que la situation se complique : dans la qualification, cette complication est souvent liée à la nature du bien, dans le droit de poursuite des créanciers, elle a trait au contexte de la procédure collective. Lorsqu'une situation est régie à la fois par les règles des régimes matrimoniaux et celles de l'entreprise, il s'agit de concilier deux corps de règles aux fondements différents. Le Professeur Jean-Baptiste Donnier écrit avec raison : « De manière générale, toute superposition de deux qualités en une même personne soulève des difficultés quant à l'interférence des deux régimes juridiques applicables »<sup>1038</sup>. En effet, la qualité de débiteur commun en biens se heurte à la qualité de débiteur en procédure collective, et celle d'indivisaire ou, plus largement, celle d'époux à celle d'associé. La conciliation amène parfois à privilégier un corps de règle sur l'autre. D'autres fois, des adaptations semblent être faites des deux côtés et il en résulte un équilibre plus satisfaisant.

De plus, l'intérêt de l'entreprise a de multiples visages. Il peut notamment se confondre avec l'intérêt individuel d'un seul époux ou avec celui des créanciers de l'entreprise. Quant aux régimes matrimoniaux, ils protègent tour à tour les intérêts des deux époux ou l'intérêt individuel de l'un d'eux. Par ailleurs, nous avons compris combien le commerce a besoin d'indépendance. Cette dernière est parfois apportée par des règles générales des régimes matrimoniaux. Cependant, ces règles ne suffisent pas ; elles ont été complétées par des règles spécifiques à l'entreprise. Les règles qui établissent l'indépendance de l'époux entrepreneur vont dans le sens de l'intérêt de l'entreprise en ce qu'elles permettent de la rapidité dans la gestion. Pour autant, elles ne bafouent ni les intérêts de la communauté ni ceux de l'autre époux. En outre, les restrictions posées à l'indépendance apparaissent justifiées et proportionnées en protégeant la communauté. Les règles des régimes matrimoniaux spécifiques à l'entreprise qui donnent de l'indépendance à l'époux entrepreneur ou, au contraire, la restreignent ont un bon fonctionnement général.

---

<sup>1038</sup> J.-B. DONNIER, « L'associé indivis », *op. cit.*, n° 2.

Par ailleurs, parmi les règles créées par le législateur pour modifier directement le fonctionnement ordinaire des régimes matrimoniaux, certaines représentent des échecs et/ou sont très critiquées<sup>1039</sup>. C'est la qualité rédactionnelle des textes, qui est en cause, et non l'intention du législateur, qui paraissait louable. Le manque de clarté ou le manque de précision a amené l'abrogation de certaines dispositions pour inconstitutionnalité<sup>1040</sup>, a fait couler trop d'encre du fait de l'incertitude<sup>1041</sup>, ou encore a envenimé des divorces et a joué contre l'intérêt même de la société<sup>1042</sup>. Si le juge réussit assez bien à concilier des dispositions appartenant à des corps de règles différents, le législateur doit se montrer particulièrement vigilant quand il intervient à la frontière des régimes matrimoniaux et du droit de l'entreprise. La rédaction des dispositions doit être sérieusement réfléchie afin de concilier harmonieusement les deux droits.

---

<sup>1039</sup> Art. L. 624-6 C. com., 1387-1 et 1832-2 C. civ.

<sup>1040</sup> Art. L. 624-6 C. com.

<sup>1041</sup> Art. 1387-1 C. civ.

<sup>1042</sup> Art. 1832-2 C. civ.

## DEUXIÈME PARTIE

### PRATIQUES CONCILIANTE

### LE STATUT D'ÉPOUX

### ET LE STATUT D'ENTREPRENEUR

---

**227.** Le droit des régimes matrimoniaux et le droit de l'entreprise ne doivent pas toujours être opposés. Des moyens s'offrent aux époux pour concilier le double statut d'époux et d'entrepreneur. Parfois, l'époux entrepreneur gère mal l'entreprise ; le droit des régimes matrimoniaux offre alors des solutions à son conjoint. Il arrive également que l'époux entrepreneur se retrouve dans l'impossibilité de gérer l'entreprise. Ici encore, le droit des régimes matrimoniaux offre des solutions lorsque la crise est déjà là ; mais il permet également aux époux de s'organiser en amont pour mettre en place des mesures au cas où l'incident se produirait. En outre, le conjoint peut souhaiter aider l'époux entrepreneur ; néanmoins cette décision a des incidences sur le plan patrimonial. Les époux peuvent organiser leurs rapports entre eux et leurs rapports avec les tiers grâce aux mécanismes des régimes matrimoniaux.

De plus, le droit de l'entreprise peut également être d'une grande utilité aux époux. Le terme d'« entreprise » dérive du verbe « entreprendre », apparu au début du XV<sup>e</sup> siècle dans le sens de « prendre entre ses mains ». Puis, vers la fin de ce siècle, il prit le sens de « prendre un risque, relever un défi, oser un objectif ». Or, le droit de l'entreprise offre aux époux des moyens pour se protéger du risque engendré par l'entreprise. Ainsi, les époux peuvent adopter des pratiques issues tant du droit des régimes matrimoniaux que du droit de l'entreprise (**Titre 1**). Les époux peuvent parfois être tentés de faire prévaloir leur intérêt personnel sur celui de l'entreprise. Ainsi, certaines pratiques peuvent nuire à cette dernière et ne permettent pas de concilier les statuts d'époux et d'entrepreneur. Le législateur intervient afin de limiter ces pratiques. Inversement, l'intérêt personnel des époux et l'intérêt de l'entreprise peuvent converger au travers de certaines pratiques : les époux peuvent s'entraider en participant ensemble à l'exploitation, ou encore le conjoint peut poursuivre

l'activité lorsque l'époux entrepreneur s'arrête. Le législateur encourage ces pratiques (**Titre 2**).

## TITRE 1 - PRATIQUES ISSUES DU DROIT DES RÉGIMES MATRIMONIAUX ET DU DROIT DE L'ENTREPRISE

**228.** Une vision simpliste du droit des régimes matrimoniaux et du droit de l'entreprise conduirait à affirmer que le premier vise à défendre le seul intérêt des époux, tandis que le second tend uniquement à défendre l'intérêt de l'entreprise. Ce serait oublier que, souvent, les intérêts de l'entreprise et ceux des époux convergent. Par exemple, une bonne gestion fait prospérer l'entreprise et assure aux époux un niveau de vie satisfaisant. De même, en cas de divorce, il est dans l'intérêt de l'époux entrepreneur de conserver l'entreprise dans son patrimoine afin de continuer à l'exploiter. Si l'entreprise fonctionnait bien avant le divorce, son intérêt est de rester gérée par cet époux.

Le conjoint apparaît comme un élément primordial à prendre en compte dans la gestion de l'entreprise. Il peut aider, gêner, ou encore remplacer. L'époux entrepreneur peut donc souhaiter l'associer à la gestion ou l'en tenir écarté. Les régimes matrimoniaux permettent aux époux de choisir les règles qui leur seront le mieux adaptées. Dans certaines situations, le conjoint dispose même de certains moyens pour contrôler la gestion de l'entreprise, parfois dans l'intérêt de celle-ci. Ainsi, le droit des régimes matrimoniaux peut être utilisé au profit de l'entreprise (**Chapitre 1**). Mais celle-ci comporte sa part de risque. Face aux créanciers professionnels, les époux éprouvent souvent le besoin de se protéger. Le droit de l'entreprise fournit lui-même aux époux des techniques leur permettant de mettre à l'abri leurs biens non professionnels. Cela signifie que réciproquement, le droit de l'entreprise peut être utilisé au profit des époux (**Chapitre 2**).



## **Chapitre 1 - L'utilisation du droit des régimes matrimoniaux et du droit de la famille au profit de l'entreprise**

**229.** Nous avons pu observer précédemment que bon nombre de règles générales des régimes matrimoniaux s'appliquent à l'entreprise et certaines règles desdits régimes sont spécifiques à l'entreprise. L'entrepreneur célibataire n'a pas à se soucier de ces règles ; mais dès lors qu'il est marié, les régimes matrimoniaux introduisent des règles de gestion des biens. Peuvent s'ensuivre des difficultés avec le conjoint : des désaccords dans la gestion de l'entreprise, par exemple. De plus, on ne peut jamais exclure que ces difficultés s'aggravent : que deviendra l'entreprise en cas de divorce ? Lequel des époux la conservera ? Sans aller jusque-là, l'époux entrepreneur peut souhaiter avoir un maximum d'indépendance dans la gestion de son entreprise. Le conjoint peut également apparaître comme un précieux collaborateur. L'entrepreneur souhaite parfois l'avoir à ses côtés pour exploiter l'entreprise. Il considère alors qu'il est juste de le faire profiter des richesses de celle-ci. Tous ces enjeux naissent du fait que le mariage réunit deux personnes. Le droit des régimes matrimoniaux met des outils entre les mains des époux afin qu'ils soient en mesure de répondre à ces problématiques. Ce droit met à la disposition des époux des mécanismes légaux sans qu'il y ait besoin d'aucune prévision de leur part. Ces mécanismes, bien que n'étant pas conçus pour l'entreprise, peuvent être mis en jeu dans son intérêt (section 1). En outre, des mécanismes conventionnels permettent aux époux de convenir de ce qu'ils pensent être le mieux pour l'entreprise individuelle ou la société (section 2).

### **Section 1 - L'utilisation de mécanismes légaux**

**230.** Des dispositifs légaux servent à s'assurer que l'intérêt de la famille n'est pas bafoué dans le cadre de la gestion des biens appartenant aux époux. Certains font partie du régime primaire impératif (§1). À ce titre, ils ont vocation à s'appliquer à tous les époux, quel que soit leur régime matrimonial. D'autres mécanismes sont propres à certains régimes, afin de tenir compte de la spécificité de ceux-ci. Nous nous intéresserons en particulier au régime légal (§2).

## **§1 - Le régime primaire impératif**

**231.** Des situations de crises, d'origines diverses, justifient des mesures exorbitantes par rapport au fonctionnement ordinaire du régime matrimonial. L'entreprise individuelle ou la société peut bénéficier de ces mesures. On se trouve dans l'hypothèse où l'un des époux n'assume plus, pour toutes sortes de raisons, le rôle qui devrait être le sien. Suivant les circonstances et en fonction de l'intérêt de la famille, deux voies sont envisageables afin de pallier ce problème : confier davantage de pouvoir à l'époux présent et fiable (A) ou restreindre les pouvoirs de l'époux défaillant (B).

### **A - L'accroissement des pouvoirs de l'époux fiable**

**232.** Parfois, l'un des époux ne peut plus manifester sa volonté. Il arrive également qu'un époux refuse de passer un acte ou de donner son consentement à cet acte, mettant ainsi en danger l'intérêt de la famille. La situation de la société ou de l'entreprise peut être fragilisée par cette paralysie. Dans ces situations, le législateur a conféré au conjoint des pouvoirs supplémentaires afin de permettre aux époux de surmonter la crise. Pour ce faire, il utilise deux techniques : l'autorisation judiciaire (I), qui concerne les biens communs, et l'habilitation judiciaire (II), qui porte aussi bien sur des biens communs que sur des propres.

#### **I - L'autorisation judiciaire**

**233.** Nous présenterons l'article 217 du Code civil (a), avant de dresser une liste des situations de blocage pouvant être résolues par celui-ci (b).

##### **a - Présentation de l'article 217 du Code civil**

**234.** L'article 217 du Code civil permet à un époux de se faire autoriser en justice « à passer seul un acte pour lequel le concours ou le consentement de son conjoint serait nécessaire » dans deux hypothèses : la première est celle où le conjoint est hors d'état de manifester sa volonté ; la seconde, celle où ce refus n'est pas justifié par l'intérêt de la famille. L'empêchement de manifester sa volonté doit être entendu largement comme

« l'impossibilité de faire connaître sa volonté ou d'être doté d'une volonté »<sup>1043</sup>. Le conjoint peut être en état d'exprimer sa volonté, mais non de la faire connaître<sup>1044</sup>. En 1942, pendant la Seconde Guerre mondiale, le législateur a reconnu la nécessité de pallier l'absence des prisonniers de guerre, qui étaient dans ce cas-là, et a pris des dispositions permettant notamment aux conjoints de se faire autoriser judiciairement à passer seuls un acte<sup>1045</sup>. Il arrive également que l'époux ne soit plus en état intellectuel et physique d'avoir une volonté<sup>1046</sup>. L'article 217 permet au conjoint de suppléer l'autre époux. La demande sur le fondement dudit article prime sur les dispositions relatives à l'absence<sup>1047</sup>, celles relatives à l'habilitation familiale<sup>1048</sup>, à la protection judiciaire<sup>1049</sup> et au mandat de protection future<sup>1050</sup>. Par ailleurs, cet article permet à l'un des époux de vaincre la résistance de l'autre lorsque celle-ci n'est pas justifiée par l'intérêt de la famille. Ici, le conjoint, doté d'une volonté, est en mesure de l'exprimer ; cependant elle ne va pas dans le sens espéré par l'époux. Elle constitue un obstacle à un acte qu'il souhaite accomplir. Lorsque la demande d'autorisation tend à passer outre le refus du conjoint, celui-ci doit être cité et s'il se présente, le juge est tenu de l'entendre<sup>1051</sup>.

**235.** Quant au domaine des actes couverts par l'article 217, il s'agit des actes que le conjoint dispose d'un certain pouvoir pour accomplir. Toutefois ils requièrent le concours ou le consentement de l'autre époux. Le concours renvoie à l'hypothèse dans laquelle les époux doivent passer l'acte tous les deux, tandis que le consentement correspond à celle dans laquelle l'un des époux passe l'acte, mais l'autre doit y consentir<sup>1052</sup>. Avant la loi du 23 décembre 1985, sous le régime légal et sous les régimes de communauté conventionnelle, le

---

<sup>1043</sup> A. KARM., J.-Cl. Civil Code, Art. 216 à 226, *Mariage, Fasc. 40, Régime matrimonial primaire – Modifications judiciaires des pouvoirs (art. 217, 220-1 à 220-3)*, n° 30.

<sup>1044</sup> A. KARM., J.-Cl. Civil Code, Art. 216 à 226, *Mariage*, fasc. précit., n° 30.

<sup>1045</sup> Loi du 22 septembre 1942. V. A. KARM., J.-Cl. Civil Code, Art. 216 à 226, *Mariage*, fasc. précit., n° 30.

<sup>1046</sup> A. KARM., J.-Cl. Civil Code, Art. 216 à 226, *Mariage*, fasc. précit., n° 30.

<sup>1047</sup> Art. 121, al. 2, C. civ.

<sup>1048</sup> Art. 494-1 et s. C. civ.

<sup>1049</sup> Art. 428, al. 1<sup>er</sup>, C. civ. Sur ce point, V. A. KARM., J.-Cl. Civil Code, Art. 216 à 226, *Mariage*, fasc. précit., n° 31.

<sup>1050</sup> Art. 483 4° C. civ. V. *infra* § n° 318.

<sup>1051</sup> Art. 1287, al. 2, CPC.

<sup>1052</sup> Fr. TERRE et Ph. SIMLER, *Régimes matrimoniaux et statut patrimonial des couples non mariés*, op. cit., n° 123.

consentement de l'un ou l'autre époux était souvent requis. On distinguait le pouvoir principal d'agir, qui était détenu par l'époux ayant le pouvoir de passer l'acte, et le pouvoir accessoire, qui appartenait à l'époux dont seul le consentement était requis. Néanmoins, l'exigence consistant à obtenir le consentement représentait pleinement l'inégalité entre les époux. La loi de 1985 a donc imposé le concours<sup>1053</sup>. Le Professeur Gérard Champenois considère cependant qu'il y aurait toujours lieu de distinguer entre pouvoir principal et pouvoir accessoire en présence d'un fond libéral dont la valeur serait commune et le titre propre à l'un des époux<sup>1054</sup>. L'époux non professionnel serait seulement amené à donner son consentement lorsqu'il est requis. Il n'aurait pas le pouvoir de passer un acte relatif au fonds libéral et ne pourrait donc pas obtenir judiciairement l'autorisation de conclure cet acte en l'absence de consentement de son conjoint en recourant à l'article 217 du Code civil. Le Professeur Anne Karm souligne cependant que dans certaines hypothèses, le refus de l'époux professionnel libéral de passer un acte pourrait être contraire à l'intérêt de la famille<sup>1055</sup>. Elle évoque le cas d'un époux qui refuserait d'exercer son activité libérale ailleurs que dans un local commun de valeur, alors que celle-ci pourrait être pratiquée dans un autre cadre. Dans ce cas, il faudrait autoriser le recours à l'article 217<sup>1056</sup>.

**236.** Une autre difficulté concerne les actes qui relèvent de la gestion exclusive de l'époux exerçant une profession séparée. Son conjoint peut-il invoquer cet article ? Il n'aurait ici aucun pouvoir pour effectuer l'acte, car l'époux professionnel bénéficie d'un monopole<sup>1057</sup>. Toutefois, cette solution est discutée. La doctrine a développé la théorie de l'exigence virtuelle d'unanimité conjugale<sup>1058</sup> à partir de la gestion exclusive. Celle-ci permet de préserver l'indépendance de l'époux professionnel ; cependant les époux conservent des droits égaux sur les biens communs soumis à cette gestion<sup>1059</sup>. Aussi, l'époux bénéficiaire de la gestion exclusive ne pourrait agir « que dans la mesure où l'acte à

---

<sup>1053</sup> *Ibid.*

<sup>1054</sup> V. G. CHAMPENOIS, obs. sur Cass. 1<sup>re</sup> civ., 2 mai 2001, *Bull. civ.* I, n° 110 : *Defrénois* 2001, art. 37453, p. 1519 s., spécialement p. 1521.

<sup>1055</sup> A. KARM., J.-Cl. Civil Code, Art. 216 à 226, *Mariage*, fasc. précit., n° 15.

<sup>1056</sup> *Ibid.*

<sup>1057</sup> En ce sens, v. G. CORNU, *Les régimes matrimoniaux*, *op. cit.*, n° 71, p. 375 ; A. COLOMER, *Droit civil : régimes matrimoniaux*, *op. cit.*, n° 522.

<sup>1058</sup> A. KARM., J.-Cl. Civil Code, Art. 216 à 226, *Mariage*, fasc. précit., n° 23.

<sup>1059</sup> *Ibid.*

accomplir recueillerait l'assentiment » de son conjoint, « si son concours ou son consentement était requis »<sup>1060</sup>. En poursuivant ce raisonnement, le conjoint pourrait recourir à l'article 217 du Code civil pour pallier l'inertie de l'époux professionnel lorsqu'il en va de l'intérêt commun<sup>1061</sup>. Quant à l'immixtion par le conjoint dans la gestion effectuée par l'époux professionnel, il faudrait considérer qu'elle est justifiée par l'intérêt familial. L'acte passé après avoir été autorisé en justice est opposable à l'époux dont le concours ou le consentement a fait défaut<sup>1062</sup>. Toutefois, contrairement à la représentation, il n'en résulte à sa charge aucune obligation personnelle<sup>1063</sup>.

**237.** Par la loi du 31 décembre 1976<sup>1064</sup>, le législateur a transposé les articles 217 et 219 du Code civil aux indivisaires. Les articles 815-5 et 815-4 du même code reprennent respectivement les dispositions du régime primaire, à la différence près que leur domaine est plus clairement défini<sup>1065</sup>. L'article 815-5 envisage seulement l'hypothèse du refus du conjoint et laisse de côté le cas où ce dernier ne peut manifester sa volonté, situation régie par l'article 815-4 du Code civil. Ces dispositions relatives aux indivisaires sont applicables tant aux concubins, qu'aux partenaires de PACS et aux époux séparés de biens. Ces derniers peuvent recourir au choix à l'article 815-5 ou à l'article 217. Celui-ci permet d'éviter une paralysie dans les divers cas où le concours du conjoint est requis pour effectuer un acte.

### **b - Hypothèses de blocages résolus par l'article 217 du Code civil**

**238.** Les articles 1424 et 1425 du Code civil peuvent être à l'origine de situations de blocage. Le concours du conjoint est requis à chaque fois que l'un des époux souhaite aliéner ou grever de droits réels les immeubles, fonds de commerce et exploitations dépendant de la communauté, les droits sociaux non négociables, les meubles corporels dont l'aliénation est soumise à publicité ; mais aussi transférer un bien de la communauté dans un patrimoine fiduciaire ou encore donner à bail un fonds rural ou un immeuble à usage commercial,

---

<sup>1060</sup> *Ibid.*

<sup>1061</sup> *Ibid.*

<sup>1062</sup> Art. 217, al. 2 C. Civ.

<sup>1063</sup> *Ibid.* Sur ce point, V. A. KARM., J.-Cl. Civil Code, Art. 216 à 226, *Mariage*, fasc. précit., n° 48 à 52.

<sup>1064</sup> Loi n° 76-1286 du 31 décembre 1976 relative à l'organisation de l'indivision.

<sup>1065</sup> Sur la concurrence partielle des art. 217 et 219 C. civ., V. *infra* § n° 242.

industriel ou artisanal dépendant de la communauté. L'article 1424 du Code civil devant être interprété largement, il y a lieu de comprendre l'apport en société dans les actes d'aliénation<sup>1066</sup>. Lorsque le conjoint refuse son concours, le juge, saisi sur le fondement de l'article 217, apprécie le risque en fonction de la société et de la valeur du bien apporté. Par ailleurs, l'article 1424 peut générer une seconde situation de blocage en exigeant le concours du conjoint pour percevoir les capitaux provenant des opérations qu'il vise. On peut envisager que le conjoint ait donné son accord à l'acte de cession du fonds de commerce ; mais qu'il refuse de le renouveler s'agissant de la perception des fonds. Le conjoint exercerait ainsi un « second contrôle [lui] permettant de se ressaisir après un consentement accordé sans réflexion ou sous la pression »<sup>1067</sup>. Il pourrait ainsi empêcher l'époux entrepreneur de réinvestir les fonds dans une autre opération. Saisi, le juge devra déterminer si l'intérêt de la famille va dans le même sens que celui de l'exploitation ou si les deux intérêts divergent<sup>1068</sup>. L'intérêt de la famille est-il de voir les sommes résultant de la cession du fonds réinvesties dans un nouveau fonds, comme le souhaite l'époux entrepreneur ? Ou réside-t-il dans le placement sécurisé de ces sommes, afin qu'elles produisent des revenus pour la famille, suivant le désir du conjoint de l'exploitant<sup>1069</sup> ?

**239.** L'article 217 peut également être invoqué en cas de refus injustifié du conjoint dans le cadre du transfert d'un bien commun dans un patrimoine fiduciaire<sup>1070</sup>. Il en est de même de l'affectation d'un bien commun au patrimoine professionnel de l'EIRL<sup>1071</sup>. Le Professeur Anne Karm met en évidence la situation dans laquelle chacun des époux souhaiterait affecter un même bien commun à l'exercice de son activité professionnelle. Or, un même bien ne peut entrer dans la composition que d'un seul patrimoine affecté<sup>1072</sup>. La paralysie due au refus mutuel de délivrer l'accord exprès requis pour affecter un bien commun<sup>1073</sup> pourrait être vaincue par l'article 217 du Code civil. Le juge devra alors voir

---

<sup>1066</sup> V. *supra* § n° 179.

<sup>1067</sup> M. MENJUCQ, « Le fonds de commerce dans la communauté entre époux », *op. cit.*, n° 30.

<sup>1068</sup> *Ibid.*

<sup>1069</sup> Cette espèce a été soumise au TGI de Grenoble, qui a tranché en faveur de la seconde proposition, jugement du 25 juill. 1989 : *D.* 1989, p. 536, note G. CHAMPENOIS. Concernant cet arrêt, V. également M. MENJUCQ, « Le fonds de commerce dans la communauté entre époux », *op. cit.*, n° 30.

<sup>1070</sup> L'accord du conjoint est requis en vertu de l'art. 1424, al. 2, C. civ, v. *supra* § n° 185 et s.

<sup>1071</sup> V. *supra* § n° 180.

<sup>1072</sup> Art. L 526-11, al. 1<sup>er</sup>, C. com.

<sup>1073</sup> L'accord est requis conformément à l'art. L. 526-11, al. 1<sup>er</sup>, C. com.

quelle affectation va dans l'intérêt de la famille, en faisant une appréciation des projets de chacun des époux<sup>1074</sup>.

**240.** L'article 1415 du même code peut également générer un blocage : sans le consentement de son conjoint, un époux seul ne peut engager que ses biens propres et ses revenus par un emprunt ou un cautionnement. La jurisprudence a étendu la protection à l'aval ainsi qu'à la garantie autonome<sup>1075</sup>. Eu égard à l'importance du crédit dans le monde de l'entreprise, le refus du conjoint de consentir à l'acte peut être très handicapant. Il faudrait alors envisager le recours à l'article 217 du Code civil dans l'hypothèse où « l'emprunt ou le cautionnement projeté sert l'intérêt de la famille, au regard notamment de sa finalité professionnelle »<sup>1076</sup>. L'article 1415 n'étant pas applicable à la sûreté réelle consentie pour garantir la dette d'autrui, l'ordonnance du 23 mars 2006 a créé un second alinéa à l'article 1422 du Code civil, qui soumet à cogestion une telle sûreté lorsqu'elle porte sur un bien commun. L'autorisation judiciaire de l'article 217 pourrait permettre de surmonter le refus du conjoint ou son impossibilité de manifester sa volonté. Dans ce dernier cas, l'époux souhaitant passer l'acte pourrait également recourir à l'article 219 du Code civil.

**241.** En outre, en vertu de l'article L. 121-5 du Code de commerce, le consentement<sup>1077</sup> exprès du conjoint coopérant doit être recueilli pour « aliéner ou grever de droits réels les éléments du fonds de commerce ou de l'entreprise artisanale dépendant de la communauté, qui, par leur importance ou par leur nature, sont nécessaires à l'exploitation de l'entreprise ». Il en est de même pour « donner à bail ce fonds de commerce ou cette entreprise artisanale ». Ici encore, l'époux exploitant ne pourra, sans son conjoint, percevoir les capitaux qui proviennent desdites opérations. L'article 217 permettra à l'époux de surmonter le refus de son conjoint si le juge estime que l'opération projetée est conforme à l'intérêt de la famille. Quant à l'exploitation agricole, elle n'a pas été oubliée, puisque l'article L. 411-68 du Code rural exige, lorsque les époux participent ensemble et de façon habituelle à une exploitation agricole, que l'époux titulaire du bail sur cette exploitation obtienne le consentement exprès de son conjoint pour « accepter la résiliation, céder le bail

---

<sup>1074</sup> A. KARM, « Le patrimoine affecté de l'EIRL et le droit des régimes matrimoniaux », *op. cit.*, n° 9.

<sup>1075</sup> V. *supra* § n° 134 et s.

<sup>1076</sup> A. KARM., J.-Cl. Civil Code, Art. 216 à 226, *Mariage*, fasc. précit., n° 16.

<sup>1077</sup> Il faut ici souligner la mention du « consentement », qui renvoie à l'idée que l'époux exploitant a le pouvoir principal d'agir, tandis que son conjoint serait seulement titulaire d'un pouvoir accessoire, V. *supra* § n° 235.

ou s'obliger à ne pas en demander le renouvellement ». Il est intéressant de constater que de tous les textes cités jusqu'ici, l'article L. 411-68 est le seul à faire mention du recours possible à l'article 217 du Code civil.

## II - L'habilitation judiciaire

**242.** En vertu de l'article 219 du Code civil, l'un des époux peut se faire habilitier par le juge à représenter l'autre « d'une manière générale, ou pour certains actes particuliers, dans l'exercice des pouvoirs résultant du régime matrimonial »<sup>1078</sup>. La condition est que le conjoint représenté se trouve hors d'état de manifester sa volonté<sup>1079</sup>. Ce dispositif est né en même temps que les dispositions de l'article 217 du Code civil et pour la même nécessité : pallier l'absence des prisonniers de guerre pendant la Seconde Guerre mondiale. En revanche, la technique, la représentation, diffère de l'autorisation judiciaire sur laquelle repose l'article 217 du Code civil. De plus, l'article 219 ne permet pas de passer outre le refus d'un époux pour concourir ou consentir à un acte, car la représentation, en ce qu'elle engage l'époux représenté, et non le représentant<sup>1080</sup>, a un effet beaucoup plus important que l'autorisation judiciaire<sup>1081</sup>. Le domaine de l'article 219 du Code civil quant aux circonstances ne recouvre donc que partiellement celui de l'article 217. Par ailleurs, le placement du conjoint sous un régime de protection judiciaire n'exclut pas l'application de l'article 219 du Code civil<sup>1082</sup>.

Concernant les pouvoirs, ledit article prévoit que l'un des époux peut se faire habilitier à représenter l'autre « dans l'exercice des pouvoirs résultant du régime matrimonial ». Cette formulation a pu prêter à confusion : l'époux peut-il se faire habilitier pour effectuer des actes sur les biens propres ou personnels de son conjoint ? Ou l'article 219 n'autorise-t-il l'époux qu'à effectuer des actes sur les biens communs dans l'hypothèse où le concours ou le consentement du conjoint serait requis ? S'agissant des biens propres dans le régime de

---

<sup>1078</sup> Art. 219, al. 1<sup>er</sup>, C. civ.

<sup>1079</sup> Sur cette condition, V. *supra* § n° 234.

<sup>1080</sup> Hormis le cas où la dette est commune.

<sup>1081</sup> V. Fr. TERRE et Ph. SIMLER, *Régimes matrimoniaux et statut patrimonial des couples non mariés*, *op. cit.*, n° 123.

<sup>1082</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 18 févr. 1981, *Bull. civ.* 1981, I, n° 60 : *Defrénois* 1981, art. 32697, p. 964, obs. G. CHAMPENOIS ; *JCP N* 1981, II, p. 155, note Ph. REMY. – Sur la subsidiarité des dispositions relatives à l'absence et de celles relatives à la protection judiciaire, V. *supra* § n° 234.

communauté, l'article 1429 du Code civil conférait à l'époux « le pouvoir d'administrer les propres de l'époux dessaisi ». Il a ainsi dissipé le doute ; cependant celui-ci subsistait concernant les biens personnels sous le régime de la séparation<sup>1083</sup>. Exclure ces biens du domaine de l'article 219 serait revenu à exclure entièrement la séparation de biens du régime primaire impératif, pourtant censé s'appliquer à tous les époux<sup>1084</sup>. La Cour de cassation a décidé logiquement que cet article est applicable quel que soit le régime matrimonial des époux<sup>1085</sup>. Par ailleurs, l'article 219 du Code civil pourrait être invoqué par le conjoint de l'époux professionnel afin d'effectuer sur un bien commun un acte relevant de la gestion exclusive<sup>1086</sup>. En cas d'habilitation générale, on se posera la question de savoir si elle recouvre ou non les actes nécessaires à la profession séparée<sup>1087</sup>.

**243.** S'agissant de l'indivision, l'article 815-4 du Code civil reprend mot pour mot les dispositions de l'article 219 : « Si l'un des indivisaires se trouve hors d'état de manifester sa volonté, un autre peut se faire habiliter en justice à le représenter ». Par conséquent, les deux articles se trouvent en concours concernant des époux séparés de biens<sup>1088</sup>. L'article 219 peut être d'un grand secours pour les époux concernant la gestion de l'entreprise. Si le chef d'entreprise ne peut plus manifester sa volonté, par exemple parce qu'il est atteint d'une longue maladie, le conjoint pourra prendre en main la gestion, même pour une période prolongée, et peu importe que l'entreprise constitue un bien propre à l'époux entrepreneur ou un bien commun<sup>1089</sup>. Dans ce cas, les intérêts de l'entreprise et ceux des époux peuvent converger. Par ailleurs, il est intéressant de relever que le législateur a pris soin de donner un cadre à l'entraide conjugale même en dehors de pouvoir légal, de mandat ou d'habilitation

---

<sup>1083</sup> A. KARM, J.-Cl. Civil Code, Art. 216 à 226, *Mariage, Fasc. 30, Régime matrimonial primaire. – Représentation des époux l'un par l'autre* (C. civ., art. 218 et 219 ; C. rur. pêche marit., art. L. 321-1 à L. 321-3 ; C. com., art. L. 121-6 et L. 121-7), n° 59.

<sup>1084</sup> *Ibid.*

<sup>1085</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 18 févr. 1981, *Bull. civ.* 1981, I, n° 60, *précit.*

<sup>1086</sup> G. CORNU, *Les régimes matrimoniaux, op. cit.*, n° 71, p. 375.

<sup>1087</sup> *Ibid.*

<sup>1088</sup> Cependant, l'art. 815-4 serait seul applicable à l'indivision post-communautaire. De plus, il faudrait privilégier le recours fondé sur l'art. 219 C. civ. dans l'hypothèse de l'absence d'un époux, v. A. KARM, J.-Cl. Civil Code, Art. 216 à 226, *Mariage, Fasc. 30*, n° 55.

<sup>1089</sup> Le mandat de protection future, régi aux art. 477 et s. C. civ. aurait également pu être utile dans cette hypothèse. Il permet au chef d'entreprise de charger une ou plusieurs personnes, par exemple son conjoint, de le représenter pour le cas où il ne pourrait plus pourvoir seul à ses intérêts, notamment patrimoniaux. Le mandat de protection future n'a pas été traité, parce que bien qu'ayant une vocation familiale, il n'est pas réservé aux époux.

judiciaire : le second alinéa de l'article 219 du Code civil renvoie concernant les effets des actes faits par un époux en représentation de l'autre aux règles de la gestion d'affaires<sup>1090</sup>. Si la paralysie causée par l'impossibilité ou le refus du conjoint de concourir à un acte peut être contraire aux intérêts du couple marié et de l'entreprise, l'acte effectué inconsidérément par un seul époux pourrait s'avérer tout aussi nuisible. Pour cette raison, les pouvoirs d'un époux peuvent être réduits dans certaines circonstances.

## **B - La restriction des pouvoirs de l'époux défaillant**

**244.** Lorsque l'un des époux manque gravement à ses devoirs, mettant ainsi en péril les intérêts de la famille, l'article 220-1 du Code civil autorise le juge à prescrire toutes les mesures urgentes que requièrent ces intérêts. Le deuxième alinéa prévoit qu'il peut notamment interdire à l'époux d'effectuer des actes de disposition sur ses propres biens ou sur ceux de la communauté, meubles ou immeubles<sup>1091</sup>. Les exemples de mesures que le juge peut prendre ne constituent que des restrictions des pouvoirs de l'époux, ce qui n'interdit pas pour autant au juge de prescrire des mesures positives. Toutefois, les dispositions de l'article 220-1 du Code civil ne visent qu'à conjurer le péril couru par les intérêts de la famille<sup>1092</sup>. Par exemple, elles ne peuvent pas permettre une immixtion d'un époux dans la gestion d'une SA dont son conjoint était président<sup>1093</sup>.

Concernant la mise en péril des intérêts de la famille, elle a été caractérisée dans une espèce où le mari bénéficiait d'importantes sommes versées par une SCI dont les parts étaient communes. Il avait effectué des retraits de fonds pour un montant important et ne partageait pas ces fonds avec son épouse. Le mari ne présentait aucune garantie de disponibilité de ces fonds et leur destination était ignorée. De son côté, la femme n'avait pas la disposition de biens communs d'une valeur significative. Le juge avait pu ordonner la mise sous séquestre entre les mains d'un notaire des sommes versées ou à verser par la

---

<sup>1090</sup> V. A. KARM, J.-Cl. Civil Code, Art. 216 à 226, *Mariage*, Fasc. 30, n° 77 et s.

<sup>1091</sup> Sur les formalités à effectuer, v. art. 220-2 C. civ.

<sup>1092</sup> Fr. TERRE et Ph. SIMLER, *Régimes matrimoniaux et statut patrimonial des couples non mariés*, op. cit., n° 129.

<sup>1093</sup> TGI Annecy, 13 mai 1966 : *RTD civ.* 1967, p. 379, obs. R. NERSON ; *Gaz. Pal.* 1966, 2, 87.

SCI<sup>1094</sup>. Inversement, la mise en péril n'a pas été retenue en présence d'un époux qui s'acquittait de ses devoirs résultant du mariage et touchait *a priori* des revenus fonciers provenant des biens communs et les dividendes provenant des sociétés dont la communauté possédait des actions. L'épouse n'apportait pas la preuve des intentions préméditées et malveillantes de son mari de céder ces actions en fraude de ses droits et de ceux de la communauté<sup>1095</sup>. L'application de l'article 220-1 du Code civil présente un caractère de sanction pour l'époux fautif et entraîne une restriction des pouvoirs dérogatoire au jeu normal de ceux-ci. Il est donc important qu'elle soit parfaitement justifiée par l'intérêt de la famille.

La finalité de l'article 220-1 du Code civil étant de prévenir un péril imminent, le juge aux affaires familiales statue en référé ou, en cas de besoin, par ordonnance sur requête<sup>1096</sup>. De plus, les mesures peuvent être demandées au cours de l'instance en divorce<sup>1097</sup>. Les mesures sont temporaires : prolongation éventuellement comprise, elles ne peuvent dépasser trois ans<sup>1098</sup>. S'agissant de l'indivision, l'article 815-6 du Code civil permet au président du tribunal judiciaire de prescrire ou d'autoriser toutes les mesures urgentes que requiert l'intérêt commun. Ni la condition du manquement grave ni celle du péril ne figurent. Il est possible de penser que dans un grand nombre d'hypothèses, l'intérêt de la famille et celui de l'entreprise vont encore ici converger. Le conjoint pourra avoir recours à l'article 220-1 afin d'interdire à l'autre époux d'effectuer des actes mettant en péril l'intérêt de la famille et, par là même, celui de l'entreprise. Ainsi, le régime primaire impératif permet d'offrir un socle commun de protection à tous les époux. Ceux mariés sous le régime de la séparation de biens, dont les intérêts patrimoniaux sont les moins entremêlés, peuvent en bénéficier. Des dispositions propres aux époux communs en biens, dont les intérêts sont étroitement imbriqués, affinent cette protection.

---

<sup>1094</sup> CA Bordeaux, 6<sup>e</sup> ch., 10 janv. 2002, n° 00/06336, JurisData n° 2002-171314.

<sup>1095</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 28 févr. 2006, inédit.

<sup>1096</sup> Art. 1290 CPC.

<sup>1097</sup> L'art. 257, al. 3, C. civ. relatif au divorce confère au juge le pouvoir d'ordonner toutes mesures conservatoires, cependant il dispose que les dispositions de l'art. 220-1 C. civ. demeurent applicables.

<sup>1098</sup> Art. 220-1, al. 3, C. civ.

## §2 - Le régime légal

**245.** Certaines dispositions permettent à l'un des époux d'agir pendant une crise afin que l'intérêt de la famille soit préservé. Les pouvoirs de l'époux défaillant sont réduits au profit de son conjoint. De telles mesures interviennent pour l'avenir (A). D'autres dispositions donnent la possibilité à l'un des époux d'engager la responsabilité de son conjoint au titre de certains actes préjudiciables à la communauté ou encore, exceptionnellement, d'obtenir l'inopposabilité de ces actes. L'époux exerce ici un contrôle de la gestion des biens communs *a posteriori* (B). Toutes ces dispositions peuvent bien sûr être utilisées pour pallier la gestion défaillante de l'époux entrepreneur ou pour contrôler cette gestion.

### A - Le contrôle de la gestion pour l'avenir

**246.** Les époux ayant sur les biens communs des pouvoirs concurrents, pour empêcher l'époux défaillant d'agir et confier la gestion des biens communs à son conjoint, il suffit de retirer à l'époux défaillant ses pouvoirs (I). Lorsque le problème réside dans la gestion de biens propres, il convient en revanche de substituer à l'époux propriétaire son conjoint (II).

### I - Le retrait des pouvoirs de l'époux défaillant

**247.** L'article 1426 du Code civil a partiellement le même domaine que l'article 219, puisque le premier peut être invoqué lorsque l'un des époux se trouve hors d'état de manifester sa volonté<sup>1099</sup>. La différence importante réside en ce que l'article 1426 exige que cet état de l'époux soit durable. En présence d'un époux hors d'état de manifester sa volonté de façon seulement temporaire, il faudrait se tourner vers l'article 219<sup>1100</sup>. De plus, les deux articles n'utilisent pas la même technique, l'article 219 donnant lieu à une représentation du conjoint hors d'état de manifester sa volonté, l'article 1426 dotant l'époux substitué d'un

---

<sup>1099</sup> Sur cette notion, « canon législatif », v. *supra* § n° 234.

<sup>1100</sup> G. CORNU, *Les régimes matrimoniaux*, op. cit., p. 364, n° 68.

pouvoir propre<sup>1101</sup>. La seconde hypothèse envisagée par l'article 1426 est celle où la « gestion de la communauté atteste l'incapacité ou la fraude ». L'incapacité peut résulter d'une simple incompetence<sup>1102</sup>. Quant à la notion de fraude, nous nous permettons de renvoyer aux développements antérieurs<sup>1103</sup>. Le deuxième alinéa de l'article 1426 prévoit que le conjoint « a les mêmes pouvoirs qu'aurait eus l'époux qu'il remplace » et il évoque la « substitution » du conjoint<sup>1104</sup>. Plusieurs auteurs<sup>1105</sup> soulignent que cette formulation n'a plus lieu d'être à présent, car les époux ont chacun les mêmes pouvoirs sur les biens communs. L'article 1426 ne produirait donc qu'un retrait de pouvoir à l'égard de l'époux visé par la mesure<sup>1106</sup>. Néanmoins, la substitution aurait toujours lieu lorsque cette dernière intervient dans le domaine de la gestion exclusive, ce qui est le cas notamment pour l'exercice d'une profession séparée<sup>1107</sup>.

Le Professeur Michel Menjuq pointe l'atteinte à la liberté de gestion du fonds de commerce commun : « En cas de co-exploitation, l'époux fraudeur ou incompetent serait privé de ses pouvoirs concurrents, son conjoint exploitant seul le fonds ; en cas de profession séparée, l'exploitant serait remplacé par son époux dans ses pouvoirs exclusifs »<sup>1108</sup>. De surcroît, les mesures de l'article 1426 peuvent être prises sans limitation de durée. L'atteinte à la liberté de gestion du fonds est évidente ; cependant il apparaît tout aussi évident qu'il va dans l'intérêt du fonds de ne pas laisser le conjoint exploitant incompetent seul décideur. De plus, le droit des régimes matrimoniaux prend le soin de ne pas tomber dans l'excès inverse en confiant trop de pouvoirs au conjoint invoquant l'article 1426. Pour effectuer des actes soumis à cogestion<sup>1109</sup>, il devra obtenir du juge une autorisation<sup>1110</sup>. Il est également bon de

---

<sup>1101</sup> *Ibid.* ; Fr. TERRE et Ph. SIMLER, *Régimes matrimoniaux et statut patrimonial des couples non mariés*, *op. cit.*, n° 489.

<sup>1102</sup> Fr. TERRE et Ph. SIMLER, *Régimes matrimoniaux et statut patrimonial des couples non mariés*, *op. cit.*, n° 490.

<sup>1103</sup> V. *supra* § n° 251.

<sup>1104</sup> Sur l'absence de possibilité pour le juge de nommer un administrateur pour gérer les biens communs, v. *supra* § n° 248.

<sup>1105</sup> G. CORNU, *Les régimes matrimoniaux*, *op. cit.*, p. 653, n° 69 ; Fr. TERRE et Ph. SIMLER, *Régimes matrimoniaux et statut patrimonial des couples non mariés*, *op. cit.*, n° 492.

<sup>1106</sup> *Ibid.*

<sup>1107</sup> *Ibid.*

<sup>1108</sup> M. MENJUCQ, « Le fonds de commerce dans la communauté entre époux », *op. cit.*, n° 31.

<sup>1109</sup> Actes visés aux art. 1422 à 1425 C. civ., L. 121-5 C. com., L. 411-68 C. rur.

<sup>1110</sup> Art. 1426, al. 2, C. civ.

rappeler que cet article n'a pas d'incidence sur l'obligation aux dettes<sup>1111</sup>. L'article 1426 présente des points communs avec l'article 1429 du Code civil ; toutefois la technique utilisée n'est pas la même : dans le premier cas, on assiste la plupart du temps à un retrait des pouvoirs de l'époux défaillant, alors que dans le second, on constate une substitution à cet époux.

## II - La substitution à l'époux défaillant autorisée judiciairement

**248.** Si l'article 1428 du Code civil donne à chaque époux une grande liberté dans la gestion de ses biens propres, cette liberté n'est pas sans limites. L'article suivant confère au juge le pouvoir de dessaisir l'époux propriétaire de ses droits d'administration et de jouissance dans certaines situations précises. La première est celle où l'époux se trouve, de manière durable, hors d'état de manifester sa volonté. En cela, le domaine de l'article 1429 est commun avec l'article 1426 du Code civil. La deuxième hypothèse concerne l'époux qui met en péril les intérêts de la famille de deux manières : soit en laissant dépérir ses propres, soit en dissipant ou détournant les revenus qu'il en tire<sup>1112</sup>. Le champ d'application de l'article 1429 s'avère proche de celui de l'article 1426. Même si ce dernier ne vise que l'inaptitude ou la fraude de l'époux, sans poser la condition de la mise en péril des intérêts de la famille, ces comportements sont susceptibles de nuire à la famille<sup>1113</sup>. Les comportements et situations visés à l'article 1429 du Code civil peuvent-ils nuire également à la société ou à l'entreprise individuelle ? Lorsque l'époux entrepreneur est hors d'état de manifester sa volonté, cela menace évidemment l'intérêt de l'entreprise, cet époux n'étant plus à même d'assurer la gestion. De plus, l'époux qui laisserait dépérir l'entreprise nuit, par là même, à celle-ci. Enfin, s'il dissipe ou détourne les revenus qu'il en retire, cela peut également être néfaste pour l'entreprise, dans la mesure où ces sommes auraient pu être réinvesties dedans.

---

<sup>1111</sup> V. G. CORNU, *Les régimes matrimoniaux*, op. cit., p. 366, n° 68 ; Fr. TERRE et Ph. SIMLER, *Régimes matrimoniaux et statut patrimonial des couples non mariés*, op. cit., n° 495.

<sup>1112</sup> De plus, une récompense peut être due à la communauté par le patrimoine propre au titre de fruits que l'époux a négligé de percevoir ou a consommé frauduleusement en vertu de l'art. 1403, al. 2, C. civ.

<sup>1113</sup> En ce sens, V. Fr. TERRE et Ph. SIMLER, *Régimes matrimoniaux et statut patrimonial des couples non mariés*, op. cit., n° 526.

Une différence notable entre les articles 1426 et 1429 du Code civil concerne l'attributaire des pouvoirs : le conjoint est le seul envisagé par l'article 1426, tandis que l'article 1429 laisse la possibilité au juge de nommer un administrateur judiciaire si cela apparaît nécessaire. Cette différence de traitement semble issue d'une vision quelque peu simpliste des aptitudes du conjoint à la gestion des biens. Celui-ci pourrait ne pas être suffisamment compétent pour gérer les biens propres de son époux. En revanche, il n'est pas envisagé que le conjoint puisse manquer de compétence pour gérer les biens communs, alors que ces derniers peuvent être soumis à une gestion exclusive<sup>1114</sup>. Aussi, une distinction effectuée non pas selon la nature des biens, mais selon leur gestion, nous semblerait plus adaptée à la réalité. L'entreprise nécessite des compétences de gestion particulières.

En cas de mise en réserve systématique des bénéfices de la société, le conjoint, s'il est associé, peut recourir à l'abus de majorité pour contester ces décisions. De plus, qu'il ait ou non cette qualité, le conjoint pourrait également, en théorie, utiliser l'article 1429 du Code civil dans cette situation<sup>1115</sup>. Les dispositions de cet article ne permettent-elles pas une immixtion caractérisée dans la gestion de la société ? Un auteur<sup>1116</sup> souligne que la réunion des conditions de mise en œuvre posées par cet article serait délicate. Il faudrait démontrer que l'époux met en péril, par son comportement, les intérêts de la famille. Comme l'assemblée générale ordinaire décide de la distribution des bénéfices ou de leur mise en réserve, cela impliquerait que l'époux propriétaire des droits sociaux soit majoritaire<sup>1117</sup> ou, à défaut, qu'il ait « agi de connivence avec les autres associés »<sup>1118</sup>. Par ailleurs, le même auteur ajoute que « la mise en réserve des bénéfices [...] ne traduit pas nécessairement une volonté de contourner la vocation de la communauté à percevoir les revenus des parts, mais peut répondre aux intérêts de la société »<sup>1119</sup>. Il conviendrait donc de rechercher, comme en matière d'abus de majorité, si la thésaurisation des bénéfices répond à un besoin de la société

---

<sup>1114</sup> V. G. CORNU, *Les régimes matrimoniaux*, op. cit., p. 366, n° 68.

<sup>1115</sup> J. REVEL, « Droit des sociétés et régime matrimonial : préséance et discrétion », *D.* 1993, p. 33, n° 28.

<sup>1116</sup> E. NAUDIN, *Études Joly Sociétés, Capacité et situation conjugale de l'associé*, n° 76.

<sup>1117</sup> J. REVEL, « Droit des sociétés et régime matrimonial : préséance et discrétion », op. cit., n° 28 ; E. NAUDIN, « Capacité et situation conjugale de l'associé », op. cit., n° 76.

<sup>1118</sup> E. NAUDIN, *Études Joly Sociétés, Capacité et situation conjugale de l'associé*, n° 76.

<sup>1119</sup> *Ibid.*

ou si elle est injustifiée<sup>1120</sup>. Enfin, la décision de l'assemblée générale de distribuer les bénéfices réalisés au cours de l'exercice confère aux dividendes leur existence juridique, et par là même, fait d'eux des fruits<sup>1121</sup>. Sans une telle décision, ces bénéfices ne sont pas créés. Dès lors, comment soutenir que la mise en réserve de ces bénéfices constitue un détournement de revenus<sup>1122</sup>?

Par conséquent, plusieurs obstacles, liés au fonctionnement propre de la société, s'opposent à l'application de l'article 1429 du Code civil pour remédier à la mise en réserve de bénéfices de société dont les parts sont propres à l'un des époux. On pourrait ajouter que la mise en réserve ne peut être contraire à l'intérêt social, qui nous intéresse dans ce chapitre. Néanmoins, les dispositions de l'article pourront parfaitement jouer leur rôle dans la société dans d'autres hypothèses, ainsi que dans le cadre d'une entreprise individuelle. Concernant la nature des pouvoirs appartenant au conjoint administrateur<sup>1123</sup>, la doctrine est divisée quant à savoir si ces pouvoirs sont exercés en vertu d'un mandat judiciaire ou d'un pouvoir propre<sup>1124</sup>. Que l'administrateur soit le conjoint ou un tiers, il engage directement l'époux dont il gère les propres<sup>1125</sup>. Nous avons vu à quelles conditions s'exerce le contrôle pour l'avenir de la gestion des biens communs et, dans une moindre mesure, des biens propres. Il convient ensuite de s'intéresser aux recours dont dispose le conjoint lorsque son époux a déjà effectué les actes.

---

<sup>1120</sup> Pour des exemples de thésaurisations injustifiées en matière d'abus de majorité, v. Cass. 3<sup>e</sup> civ., 7 févr. 2012, n° 10-17.812 : *Rev. sociétés* 2012. 623, note A.-L. CHAMPETIER DE RIBES-JUSTEAU. – Cass. com., 17 juin 2008, *Bull.*, IV, n° 125 : *D.* 2008. 1818, obs. A. LIENHARD ; *D.* 2009. 1172, obs. M. LAROCHE ; *Rev. sociétés* 2008. 826, n J.-F. BARBIERI ; *RTD. com.* 2008. 588, obs. M.-H. MONSERIE-BON. – Cass. com., 1<sup>er</sup> juill. 2003, inédit : *Rev. sociétés* 2004. 337, note B. LECOURT ; *Bull. Joly* 2003. 1137, note A. CONSTANTIN.

<sup>1121</sup> V. *supra* § n° 65.

<sup>1122</sup> E. NAUDIN, *Études Joly Sociétés, Capacité et situation conjugale de l'associé*, n° 76.

<sup>1123</sup> Lorsque l'administrateur est un tiers, le mandat ne peut être que judiciaire.

<sup>1124</sup> En faveur d'un mandat judiciaire, v. Fr. TERRE et Ph. SIMLER, *Régimes matrimoniaux et statut patrimonial des couples non mariés*, *op. cit.*, n° 531 ; J. FLOUR et G. CHAMPENOIS, *Les régimes matrimoniaux*, *op. cit.*, n° 402 ; G. MARTY et P. RAYNAUD, *Droit civil, Les régimes matrimoniaux*, *op. cit.*, n° 275. En faveur d'un pouvoir propre, v. A. COLOMER, *Droit civil : régimes matrimoniaux*, *op. cit.*, n° 560.

<sup>1125</sup> G. MARTY et P. RAYNAUD, *Droit civil, Les régimes matrimoniaux*, *op. cit.*, n° 275.

## B - Le contrôle de la gestion pour le passé

**249.** L'article 1421, alinéa premier, du Code civil confère à chacun des époux deux techniques pour contrôler la gestion passée de l'autre époux s'agissant de l'entreprise individuelle ou de la société : la faute (I) et la fraude (II).

### I - La faute dans la gestion

**250.** Sous l'empire de la loi de 1965, l'article 1421 du Code civil disposait dans son ancienne rédaction que « le mari administrait seul la communauté sauf à répondre des fautes qu'il aurait commises dans sa gestion ». La loi du 23 décembre 1985 a bilatéralisé l'article : désormais, chacun des époux a le pouvoir d'administrer et de disposer seul des biens communs. Néanmoins il doit répondre vis-à-vis de son conjoint des fautes éventuelles commises dans sa gestion. La responsabilité de l'époux apparaît comme la contrepartie de son pouvoir de gestion concurrente, pouvoir qui doit être exercé dans l'intérêt commun<sup>1126</sup>. De plus, l'époux est également responsable des actes qu'il accomplit sur les biens communs en vertu de la gestion exclusive<sup>1127</sup>. Les actes relatifs à l'entreprise ou à la société relèveront de la gestion concurrente ou de la gestion exclusive. Concernant les agissements fautifs de l'époux, contrairement à ce que suggère la lettre de l'article, il peut s'agir non seulement d'actes d'administration ou de disposition, c'est-à-dire d'actes juridiques, mais aussi d'actes matériels<sup>1128</sup>. Par ailleurs, tant des omissions que des actions pourraient être reprochées à l'époux<sup>1129</sup>.

La faute visée à l'article 1421 du Code civil ne se conçoit que pour la gestion de biens communs. La Cour de cassation a eu l'occasion de le rappeler dans un arrêt du 19 avril 2005<sup>1130</sup>. En l'espèce, en application de la distinction du titre et de la finance, le mari

---

<sup>1126</sup> Fr. TERRE et Ph. SIMLER, *Régimes matrimoniaux et statut patrimonial des couples non mariés*, *op. cit.*, n° 508.

<sup>1127</sup> V. *supra* § n° 158.

<sup>1128</sup> Fr. TERRE et Ph. SIMLER, *Régimes matrimoniaux et statut patrimonial des couples non mariés*, *op. cit.*, n° 509.

<sup>1129</sup> *Ibid.*

<sup>1130</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 19 avr. 2005, *Bull. civ.* 2005, I, n° 186 : A. TISSERAND-MARTIN, *JCP G* n° 36, 2005, *doctr.* 163 ; *RJPF* nov. 2005, p. 30, *obs.* F. VAUVILLE ; *Rev. Sociétés* 2006, p. 90, *note* D. RANDOUX.

possédait seul la qualité d'associé de l'EURL, la valeur des parts intégrant l'actif communautaire. Un fonds de commerce dépendant de la communauté avait été apporté à la société. Les époux ont divorcé et celle-ci a été mise en liquidation judiciaire. Reprochant à son mari la mauvaise gestion de la société, l'épouse demandait que soit inscrite à l'actif de la communauté la valeur des parts sociales à une date arrêtée à une date antérieure au prononcé du divorce, et certainement antérieure également aux difficultés financières de la société<sup>1131</sup>. La Haute juridiction a décidé que la cour d'appel avait jugé à bon droit que le mari « n'avait pas engagé sa responsabilité envers la communauté en raison de prétendues fautes commises dans la gestion de la société, dès lors que celle-ci ne constituait pas un bien commun ».

Cette solution a été qualifiée de « surprenante à première vue »<sup>1132</sup>. La société elle-même, personne morale, ne peut faire partie ni des biens communs ni des biens propres<sup>1133</sup>. Il semblerait donc que la responsabilité de l'époux ne puisse pas être mise en jeu au titre d'une moins-value imputable à des fautes commises par lui dans la gestion de la société<sup>1134</sup>. Pourtant, lorsqu'un époux exploite en son nom un fonds de commerce dépendant de la communauté, il peut voir sa responsabilité engagée pour des fautes de gestion intervenues au cours de l'indivision post-communautaire et ayant entraîné une dépréciation de la valeur du bien<sup>1135</sup>. Il existerait donc une certaine injustice à ce que l'époux associé ne puisse pas être tenu responsable devant la communauté de la moins-value affectant la société. Il faut cependant rappeler que l'apport du fonds de commerce à une société, en l'espèce à une EURL, est soumis à cogestion au titre de l'article 1424 du Code civil. Par conséquent, il faudrait considérer que le conjoint a consenti à l'apport et, par là même, a accepté le risque de dépréciation du fonds de commerce exploité par la société<sup>1136</sup>. Par ailleurs, s'agissant de parts sociales, le conjoint se voit offrir la possibilité de revendiquer la qualité d'associé.

---

<sup>1131</sup> A. TISSERAND-MARTIN, « Chronique », *JCP G* n° 36, 2005, doct. 163, n° 15.

<sup>1132</sup> *Ibid.*

<sup>1133</sup> D. RANDOUX, « EURL et bien commun », *Rev. Sociétés* 2006, p. 90, note ss Cass. 1<sup>re</sup> civ., 19 avr. 2005, n° 7.

<sup>1134</sup> V. A. TISSERAND-MARTIN, « Chronique », *op. cit.*, n° 15.

<sup>1135</sup> Art. 815-13, al. 2, C. civ. V. A. TISSERAND-MARTIN, « Chronique », *op. cit.*, n° 15.

<sup>1136</sup> A. TISSERAND-MARTIN, « Chronique », *op. cit.*, n° 15.

Celle-ci lui permet de prendre part à la gestion de la société et en particulier de surveiller celle du fonds<sup>1137</sup>.

Si la gestion de la société ne peut pas être critiquée directement sur le fondement de l'article 1421, alinéa premier, du Code civil, est-il possible de le faire indirectement en reprochant à l'époux associé la gestion des parts sociales communes ? Il ne semble pas inutile de rappeler que même si la société et les droits sociaux apparaissent étroitement liés, il convient de distinguer la gestion de chacun. La société est gérée au travers des droits sociaux et en cas de mauvaise gestion, la valeur de ceux-ci en pâtit. Cependant, le sort des droits est indépendant de celui de la société dans la mesure où ils peuvent faire l'objet de certaines opérations sans que la société subisse directement ou immédiatement un impact. Par exemple, la vente des droits sociaux n'influe pas en elle-même sur la gestion sociale. De même, des opérations sur les parts sociales peuvent être soumises au consentement du conjoint au titre de l'article 1424 du Code civil sans que la gestion de la société soit affectée.

En outre, dans le cas d'une EURL, par application de la distinction du titre et de la finance, la gestion de parts communes revient au seul époux possédant la qualité d'associé, et il se trouve que la gestion sociale échoit également à cet époux, en tant qu'associé unique<sup>1138</sup>. Toutefois, dans le cas d'une société pluripersonnelle, il y aurait une dissociation de la gestion sociale et de la gestion des parts dans le sens où l'époux associé devrait partager la gestion sociale avec le ou les autres associés. Quelles fautes peut-on alors reprocher à l'époux associé dans la gestion des parts communes ? Un auteur cite les « fautes susceptibles d'entraîner la perte de la limitation de responsabilité attachée à cette forme sociale »<sup>1139</sup>. Le passif de la communauté serait alors aggravé<sup>1140</sup>. Par conséquent, il faudrait considérer que la responsabilité de l'époux associé peut être engagée sur le fondement de l'article 1421 du Code civil lorsque les fautes commises dans la gestion de la société ont un impact important sur la communauté. Ce sera notamment le cas lorsque la valeur des parts diminue de beaucoup. L'effet causé par la faute de gestion sur la communauté caractérisera le préjudice, indispensable à la recevabilité de l'action sur le fondement de l'article 1421.

---

<sup>1137</sup> *Ibid.*

<sup>1138</sup> À moins que la gérance de l'EURL ne soit assurée par un tiers, ce qui est autorisé par l'art. L. 223-1, al. 2, C. com.

<sup>1139</sup> A. TISSERAND-MARTIN, « Chronique », *op. cit.*, n° 15. Sur la notion de faute de gestion, v. *infra* § n° 358.

<sup>1140</sup> A. TISSERAND-MARTIN, « Chronique », *op. cit.*, n° 15.

Il faut apprécier cette solution par rapport à l'interprétation qui est faite de la faute de gestion en dehors du domaine de l'entreprise. Il a pu être dit que cette faute de l'époux était comparable à celle pouvant être commise par le dirigeant social<sup>1141</sup>. Néanmoins, une simple négligence ou une imprudence, ayant une conséquence minimale, pourrait constituer une faute de gestion susceptible d'engager la responsabilité du dirigeant<sup>1142</sup>. S'agissant de la faute de gestion visée à l'article 1421, alinéa premier, du Code civil, la doctrine considère qu'il faut faire preuve de davantage d'indulgence vis-à-vis de l'époux, au regard du contexte familial de la gestion et de son caractère gratuit, et donc écarter les simples négligences ou les imprudences pour ne retenir que les fautes d'une certaine gravité<sup>1143</sup>. Cette conception de la faute de gestion au sens de l'article 1421 nous semble parfaitement adaptée lorsque la faute intervient dans la gestion de droits sociaux. Elle permet au conjoint de critiquer la gestion sociale seulement lorsque celle-ci a une influence négative sur la communauté, et le tient à distance de la gestion le reste du temps. L'époux associé conserve son indépendance professionnelle.

Par ailleurs, l'époux est réputé agir conformément aux intérêts de la communauté<sup>1144</sup>. Il appartient donc au conjoint qui souhaite engager sa responsabilité de prouver la faute ainsi que le préjudice subi par lui ou par la communauté<sup>1145</sup>. Quant au sort de l'indemnité allouée, elle tomberait en communauté<sup>1146</sup>. Le règlement de l'indemnité ne pourrait intervenir qu'au moment de la liquidation du régime, parce les dommages-intérêts relèvent de la technique

---

<sup>1141</sup> Déclaration du Garde des Sceaux : JOAN 27 juin 1965, p. 2625.

<sup>1142</sup> V. D. GIBIRILA, J.-Cl. Com., *Dirigeants sociaux*, Fasc. 1053, *Responsabilité civile*, n° 21.

<sup>1143</sup> J. FLOUR et G. CHAMPENOIS, *Les régimes matrimoniaux*, *op. cit.*, n° 351 ; A. COLOMER, *Droit civil : régimes matrimoniaux*, *op. cit.*, n° 500 ; Ph. MALAURIE, L. AYNES et N. PETERKA, *Droit des régimes matrimoniaux*, 7<sup>e</sup> éd., LGDJ, coll. Droit civil, 2019, n° 429.

<sup>1144</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 11 juin 1991, *Bull. civ.* 1991, I, n° 190 : *JCP G* 1992, II, 21899, note G. PAISANT ; *JCP N* 1992, II, p. 208, obs. Ph. SIMLER ; *Defrénois* 1992, art. 35408, n° 162, obs. G. CHAMPENOIS.

<sup>1145</sup> Ph. SIMLER, J.-Cl. Civil Code, Art. 1421 à 1432, *Communauté légale*, Fasc. 10, *Administration des biens communs, Répartition légale des pouvoirs*, n° 46.

<sup>1146</sup> En ce sens, v. G. CORNU, *Les régimes matrimoniaux*, *op. cit.*, n° 71, p. 372 ; J. FLOUR et G. CHAMPENOIS, *Les régimes matrimoniaux*, *op. cit.*, n° 352 ; Fr. TERRE et Ph. SIMLER, *Régimes matrimoniaux et statut patrimonial des couples non mariés*, *op. cit.*, n° 511. Pour un avis contraire, v. J. PATARIN et G. MORIN, *La réforme des régimes matrimoniaux*, t. 1, *op. cit.*, n° 204.

des récompenses<sup>1147</sup>. La faute de gestion est sanctionnée plus sévèrement lorsqu'elle intervient dans certaines circonstances.

## II - La fraude dans la gestion

**251.** Lorsqu'un époux commet sciemment une faute de gestion dans la gestion des biens communs avec l'intention de nuire à son conjoint, il se rend coupable de fraude. En cas de complicité du tiers cocontractant, l'inopposabilité de l'acte au conjoint ou la nullité constituerait la sanction<sup>1148</sup>, en plus des éventuels dommages-intérêts pour la réparation du préjudice subi. À titre d'exemple de fraude, on pourrait citer l'époux associé qui occupe en outre les fonctions de dirigeant social et qui limite les revenus de la société dans le dessein de nuire à son conjoint<sup>1149</sup>. Ce comportement apparaît autant préjudiciable à la communauté qu'à la société.

**252.** Les dispositifs que nous avons examinés dans cette section permettent à l'un des époux, pour l'avenir, de modifier les pouvoirs habituels résultant des régimes matrimoniaux et, pour le passé, d'obtenir soit réparation au titre d'actes déjà effectués, soit la remise en cause de ceux-ci. Dans tous les cas, ces dispositifs interviennent pendant une période de crise, qu'elle soit causée par l'état de santé de l'un des époux, son éloignement, son incompétence ou encore par la mésentente conjugale. L'entreprise qui pâtit de cette situation peut bénéficier des dispositifs applicables en vertu de la loi. La possibilité de recourir à de tels dispositifs n'apparaît surprenante ni dans l'entreprise individuelle, s'agissant des biens de l'entreprise ou de l'entreprise elle-même, ni dans la société, s'agissant des droits sociaux, car tous ces biens sont gérés directement par les époux. Plus rarement et restrictivement, certains dispositifs s'appliquent à la gestion même de la société, qui juridiquement pourtant, est indépendante des époux. On observe une cohérence de traitement non seulement entre l'entrepreneur individuel et l'associé, mais également entre les conjoints de ceux-ci. Cette cohérence s'explique par le fait que l'entrepreneur, quel qu'il soit, et son conjoint peuvent

---

<sup>1147</sup> En ce sens, v. J. FLOUR et G. CHAMPENOIS, *Les régimes matrimoniaux, op. cit.*, n° 352 ; A. COLOMER, *Droit civil : régimes matrimoniaux, op. cit.*, n° 503. V. en faveur du règlement possible pendant la durée du régime, v. G. CORNU, *Les régimes matrimoniaux, op. cit.*, p. 349, n° 64.

<sup>1148</sup> Sur la sanction, V. *supra* § n° 137, la question étant liée également à l'art. 1413 C. civ.

<sup>1149</sup> F. COLLARD et Fr. VINCKEL, J.-Cl. Sociétés Traité, *Capacité des contractants*, fasc. *précit.*, n° 52.

utiliser les mécanismes légaux des régimes matrimoniaux dans l'intérêt de l'entreprise. Par ailleurs, les époux ont la possibilité, par des mécanismes conventionnels, d'obtenir plus de maîtrise sur la gestion ou sur l'avenir de l'entreprise individuelle ou de la société. Ces stipulations seront le plus souvent établies en amont, en dehors de toute période de crise.

## Section 2 - L'utilisation de mécanismes conventionnels

**253.** Les régimes matrimoniaux ont des conséquences patrimoniales importantes pour les époux. Lorsque l'un de ceux-ci ou les deux sont investis dans l'entreprise, ils ont besoin, encore plus que d'autres, de prévisibilité. Une grande liberté leur est accordée quant aux régimes matrimoniaux (§1). Un autre mécanisme doit attirer notre attention : le mandat de protection future. Il peut être défini comme le « mandat par lequel une personne en choisit une autre pour la représenter dans le cas où, en raison d'une altération de ses facultés, elle ne pourrait plus pourvoir seule à ses intérêts »<sup>1150</sup>. À quelques exceptions près, toute personne physique majeure ayant la capacité civile peut être mandataire<sup>1151</sup>. Cette mission n'incombe en rien spécifiquement au conjoint. De plus, le mandat de protection future constitue une mesure de protection juridique des majeurs à côté de la sauvegarde de justice, de la curatelle et de la tutelle. Étant un mandat, il semble appartenir au droit civil. Pourtant, plusieurs éléments nous ont convaincus de la nécessité de l'évoquer en tant que mécanisme du droit de la famille. Tout d'abord, une majorité de mandats est établie au profit du conjoint<sup>1152</sup>. Plus largement, il apparaît bien souvent que les conséquences de l'altération des facultés d'une personne sont prises en charge dans le cadre familial. Le Code civil voit d'ailleurs en la protection des majeurs « un devoir des familles et de la collectivité publique »<sup>1153</sup>, la famille étant visée en premier. Nous nous proposons donc d'étudier de

---

<sup>1150</sup> J. MASSIP, « Le mandat de protection future (1<sup>re</sup> partie) », *Gaz. Pal.*, n° 166, 2008, p. 5, n° 1.

<sup>1151</sup> L'art. 480 al. 2 C. civ. renvoi aux art. 445, al. 2 et 3, et 395 4° C. civ. Les personnes à qui l'exercice des charges tutélaires a été interdit ne peuvent pas être mandataires. Les membres des professions médicales et de la pharmacie, ainsi que les auxiliaires médicaux ne peuvent pas non plus être mandataires de leurs patients, pas plus que le fiduciaire à l'égard du constituant.

<sup>1152</sup> H. FABRE, « Application pratique des nouveaux mandats en droit des sociétés, le cas du mandat de protection future », *JCP N*, n° 52, 2009, p. 1359, n° 42.

<sup>1153</sup> Art. 415, al. 4, C. civ.

quelle façon le mandat de protection future peut être utilisé par les époux au profit de l'entreprise (§2).

## **§1 - La grande liberté relative aux régimes matrimoniaux**

**254.** Dans l'intérêt de l'entreprise, les époux peuvent choisir l'un des régimes matrimoniaux réglementés par le Code civil<sup>1154</sup> ou même un régime en dehors de celui-ci. Il arrive que l'un des régimes exposés dans le Code convienne aux époux, à quelques dispositions près. La liberté des conventions matrimoniales les autorise à y apporter certaines modifications. Cela ne vaut que dans l'ordre interne. Nous traiterons donc des aménagements du régime matrimonial souhaitables pour l'entreprise dans l'ordre interne lorsque l'un des époux est entrepreneur (A). Or, dans un contexte de mondialisation, il faut prendre en compte le fait que beaucoup d'individus s'établissent dans un pays autre que celui dont ils ont la nationalité. On estime que plus de deux millions de Français sont établis hors de France, dont à peu près la moitié en Europe<sup>1155</sup>. Le chef d'entreprise peut être amené à s'installer à l'étranger pour des raisons personnelles ou familiales ; mais également pour des raisons professionnelles : son entreprise peut nécessiter qu'il réside à l'étranger pour une durée plus ou moins longue, par exemple dans le but d'ouvrir des établissements en vue de conquérir des marchés étrangers. Il est alors fondamental que le chef d'entreprise sache quelle loi est applicable à son régime matrimonial et ce, dans l'intérêt de l'entreprise. Lorsque la situation comporte un élément d'extranéité, la liberté des époux va encore plus loin qu'en l'absence d'un tel élément en ce qu'ils sont en mesure de choisir la loi applicable à leur régime matrimonial (B).

### **A - Les aménagements du régime matrimonial dans l'ordre interne**

**255.** L'article 1387 du Code civil prévoit que « la loi ne régit l'association conjugale, quant aux biens, qu'à défaut de conventions spéciales que les époux peuvent faire comme

---

<sup>1154</sup> Art. 1393, al. 1<sup>er</sup>, C. civ.

<sup>1155</sup> Union européenne et hors Union européenne confondus. Chiffres au 1<sup>er</sup> janvier 2020, source : <https://www.diplomatie.gouv.fr/fr/services-aux-francais/l-action-consulaire-missions-chiffres-cles/la-communaute-francaise-a-l-etranger-en-chiffres/>, dernière consultation le 22 mai 2020.

ils le jugent à propos, pourvu qu'elles ne soient pas contraires aux bonnes mœurs ni aux dispositions [d'ordre public] ». Quant à l'article 1497 du même code, qui concerne la communauté, il dispose que les époux peuvent, dans leur contrat de mariage, modifier celle-ci par toute espèce de conventions. Il pose toutefois certaines limites : les époux ne peuvent pas déroger aux devoirs ni aux droits résultant pour eux du mariage ni aux règles de l'autorité parentale, de l'administration légale et de la tutelle<sup>1156</sup>. Il est également impossible aux époux de changer l'ordre légal des successions<sup>1157</sup>. Ces limites semblent devoir s'imposer aux modifications effectuées à tous les régimes et pas seulement à la communauté.

De plus, afin de protéger les enfants, les créanciers et les époux eux-mêmes, des règles de forme sont posées : les aménagements apportés aux régimes matrimoniaux proposés dans le Code civil interviennent dans un contrat de mariage. Lorsque les époux souhaitent introduire des aménagements au cours du mariage, par exemple pour des raisons professionnelles, ils doivent se soumettre à la procédure contraignante du changement de régime matrimonial<sup>1158</sup>. Dans les deux cas, un acte notarié doit être rédigé en la présence et avec le consentement des époux<sup>1159</sup>. Nous nous proposons d'effectuer une distinction selon que les modifications prennent effet au cours du régime matrimonial (I) ou à sa dissolution par le divorce (II).

## **I - Les aménagements prenant effet pendant le régime matrimonial**

**256.** Les aménagements objet de l'étude portent sur la propriété de l'entreprise individuelle ou des droits sociaux en présence d'une société. La modification de la qualification d'un bien au cours du mariage est un aménagement considéré comme un changement de régime matrimonial<sup>1160</sup>. Or, dans son ancienne rédaction, l'article 1397 du Code civil ne l'autorisait qu'au terme de deux années de fonctionnement. Cependant le

---

<sup>1156</sup> Art. 1388 C. civ. V. G. CORNU, *Les régimes matrimoniaux, op. cit.*, p. 168, n° 27.

<sup>1157</sup> *Ibid.*

<sup>1158</sup> V. art. 1397 C. civ.

<sup>1159</sup> Art. 1394, al. 1<sup>er</sup>, C. civ.

<sup>1160</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 21 janv. 1992, *Bull.* I, n° 24 : *JCP G* 1992, I, 3614, n° 4, obs. G. WIEDERKEHR, *Defrénois* 1992, art. 35303, p. 844, obs. G. CHAMPENOIS ; *RTD civ.* 1992, p. 812, obs. F. LUCET et B. VAREILLE ; *D.* 1993, somm. comm. p. 218, obs. F. LUCET.

législateur a considéré que cette contrainte pouvait freiner la création et la reprise d'entreprise<sup>1161</sup>. La loi de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice<sup>1162</sup> a donc supprimé ce délai. Sous le régime de la communauté légale, en vertu de l'article 1401 du Code civil, les biens tant acquis à titre onéreux que créés pendant le mariage ont la qualité d'acquêts et entrent ainsi en communauté. Il est cependant possible d'écarter cette règle dans le cadre d'une communauté conventionnelle (a). Inversement, les époux peuvent également déroger à l'article 1405 du même code afin de faire d'un bien propre, pour avoir été acquis avant le mariage ou pendant le mariage par succession, un bien commun. Cet aménagement n'est pas réservé uniquement aux époux mariés sous le régime de la communauté conventionnelle, puisque dans le même esprit, ceux qui sont mariés sous le régime de la séparation de biens peuvent choisir d'inclure des biens personnels dans une société d'acquêts (b).

### **a - La clause d'exclusion des biens professionnels de la communauté sous le régime de la communauté conventionnelle**

**257.** Lorsque l'entreprise constitue un bien commun, l'article 1421, alinéa deux, du Code civil confère à l'époux entrepreneur un pouvoir exclusif d'accomplir les actes nécessaires à celle-ci. Cependant cette indépendance est loin d'être totale, notamment du fait de l'article 1424 du même code, qui soumet de nombreux actes à cogestion<sup>1163</sup>. Il peut sembler tentant pour l'époux à la tête d'une entreprise ou propriétaire de droits sociaux de faire d'elle ou de ceux-ci des biens propres et de bénéficier ainsi d'une gestion exclusive<sup>1164</sup> presque sans limites<sup>1165</sup>. La stipulation de propre ou « clause de réserve de propre » répond à ce besoin, car elle permet d'exclure « de la communauté des biens mobiliers à titre particulier ou à titre universel, acquis à titre onéreux »<sup>1166</sup>. Elle a été souvent utilisée par le

---

<sup>1161</sup> Rép. min. n° 91647, *JOAN Q* 27 sept. 2016, p. 8876 ; *JCP G* 2017, doct. 1330, note G. WIEDERKEHR.

<sup>1162</sup> Plus précisément, art. 8 de la loi n° 2019-222 du 23 mars 2019.

<sup>1163</sup> V. *supra* § n° 175 et s.

<sup>1164</sup> En vertu de l'art. 1428 C. civ.

<sup>1165</sup> V. les limites posées par les art. 219, 220-1 et 1429 C. civ., *supra* § n° 230 et s.

<sup>1166</sup> A. COLOMER, *Droit civil : régimes matrimoniaux, op. cit.*, n° 1075. V. également n° 1076 concernant les clauses relatives aux immeubles.

passé pour pallier l'incertitude s'agissant de la nature des offices et des clientèles civiles<sup>1167</sup>. Les praticiens ne sachant pas s'ils devaient être qualifiés de biens propres ou communs<sup>1168</sup>, il leur apparaissait plus sûr de les soustraire explicitement à la masse des biens communs.

La stipulation de propre constitue une bonne solution pour gagner en indépendance. Les auteurs<sup>1169</sup> s'accordent sur sa validité. Toutefois, il ne faut pas dénaturer la communauté en la vidant complètement de son contenu<sup>1170</sup>, notamment en étendant la stipulation à tous les biens acquis à titre onéreux ou créés pendant le mariage<sup>1171</sup>, ou aux revenus des propres<sup>1172</sup>. Un abus pourrait même résulter de la situation dans laquelle un l'époux entrepreneur réinvestit dans l'entreprise les revenus dégagés par celle-ci<sup>1173</sup>. Conformément à l'article 223 du Code civil, il bénéficie d'une gestion exclusive sur ces revenus, la seule limite posée par ledit article étant la contribution aux charges du mariage. La récompense due à la communauté<sup>1174</sup> dans ce cas-là constituerait un garde-fou ; toutefois elle ne serait due qu'à la dissolution de cette dernière, laissant ainsi la communauté privée de revenus importants pendant sa vie. Une attention particulière est recommandée pour la rédaction de la clause de stipulation de propre : la mention des biens concernés doit être précise et limitative. Il s'agit d'indiquer le fonds d'activité, « agricole, libéral, artisanal ou commercial, mais également les droits et biens nécessaires à l'exercice de l'activité »<sup>1175</sup>. Le sort des immeubles affectés

---

<sup>1167</sup> V. A. LAMBOLEY, J.-Cl. Civil Code, Art. 1387 à 1393, *Contrat de mariage*, fasc. unique, *Liberté des conventions matrimoniales*, n° 77.

<sup>1168</sup> V. *supra* § n° 151.

<sup>1169</sup> A. COLOMER, *Droit civil : régimes matrimoniaux*, *op. cit.*, p. 493, n° 1074 ; A. LAMBOLEY, J.-Cl. Civil Code, Art. 1387 à 1393, *Contrat de mariage*, fasc. *précit.*, n° 52 ; M. MATHIEU, J.-Cl. Liquidations – Partages, V° Communauté entre époux, *Communauté entre époux*, fasc. 220, *Communauté conventionnelle. – Composition des patrimoines. – Clauses particulières*, 72 et s.

<sup>1170</sup> A. COLOMER, *Droit civil : régimes matrimoniaux*, *op. cit.*, p. 493, n° 1074 ; J. FLOUR et G. CHAMPENOIS, *Les régimes matrimoniaux*, *op. cit.*, p. 637, n° 684 note 1. V. également M. MATHIEU, J.-Cl. Liquidations – Partages, V° Communauté entre époux, *Communauté entre époux*, fasc. *précit.*, n° 89 et s.

<sup>1171</sup> M. MATHIEU, J.-Cl. Liquidations – Partages, V° Communauté entre époux, *Communauté entre époux*, fasc. *précit.*, n° 92.

<sup>1172</sup> A. COLOMER, *Droit civil : régimes matrimoniaux*, *op. cit.*, p. 493, n° 1074.

<sup>1173</sup> NOTAIRES DE FRANCE, *Vie professionnelle et famille, place au contrat*, 110<sup>e</sup> Congrès des notaires de France, *op. cit.*, n° 1033.

<sup>1174</sup> Au titre de l'art. 1437 C. civ.

<sup>1175</sup> NOTAIRES DE FRANCE, *Vie professionnelle et famille, place au contrat*, 110<sup>e</sup> Congrès des notaires de France, *op. cit.*, n° 1034.

à l'entreprise requiert une vigilance certaine<sup>1176</sup>, car ils représentent une valeur importante. Le risque serait grand qu'en cas de divorce, le conjoint non-entrepreneur invoque une fraude aux droits de la communauté et tente de remettre en cause la stipulation de propre.

**258.** À ce sujet, peut-on être certain de l'absence d'effet du divorce sur la stipulation de propre ? L'article 265 du Code prévoit que le divorce est sans incidence sur les avantages matrimoniaux prenant effet au cours du mariage. Inversement, les avantages ne prenant effet qu'à la dissolution du régime matrimonial sont révoqués de plein droit par le divorce. Il nous faut d'abord déterminer si la stipulation de propre peut être qualifiée d'avantage matrimonial<sup>1177</sup>. Celui-ci est un « enrichissement résultant, au profit d'un époux et à l'encontre de l'autre, du seul fonctionnement du régime matrimonial adopté »<sup>1178</sup>. Pour savoir s'il existe un avantage matrimonial, il convient de comparer le fonctionnement de ce régime à celui du « régime égalitaire type défini par le législateur »<sup>1179</sup>, la communauté réduite aux acquêts ou la participation aux acquêts avec répartition égalitaire des acquêts nets. Il faudrait donc liquider le régime matrimonial en suivant les règles du régime légal, puis comparer le résultat avec la liquidation du régime en tenant compte de l'éventuel avantage matrimonial. Cette analyse n'est pas partagée par le Professeur Frédéric Lucet<sup>1180</sup>. Il considère que les clauses qui ne procurent au conjoint aucun bénéfice chiffrable ; mais le placent dans une situation avantageuse doivent être considérées comme des avantages matrimoniaux. Ceux-ci ne seraient pas réductibles dans les relations avec les enfants. En revanche, ils pourraient encourir la révocation en cas de divorce<sup>1181</sup>.

Si l'on s'en tient à la conception chiffrable de l'avantage matrimonial, lorsqu'une récompense à la communauté a été convenue en contrepartie de la stipulation de propre, elle peut permettre au profit de la communauté un rééquilibrage qui exclut la qualification

---

<sup>1176</sup> *Ibid.*

<sup>1177</sup> Sur la notion d'avantage matrimonial, V. M. STORCK, J.-Cl. Civil Code, Art. 1527, *Communauté conventionnelle*, Fasc. unique, *Nature juridique des avantages matrimoniaux*, spéc. n° 2 et 3.

<sup>1178</sup> J. CARBONNIER, *Le régime matrimonial ; sa nature juridique sous le rapport des notions de société et d'association*, thèse Bordeaux, Impr. de l'Univ. Y. Cadoret, 1932, p. 665.

<sup>1179</sup> M. STORCK, J.-Cl. Civil Code, Art. 1527, *Communauté conventionnelle*, fasc. précit., n° 1.

<sup>1180</sup> V. F. LUCET, « L'avantage matrimonial, retranchement ou révocation (à propos de l'arrêt de la première chambre civile de la Cour de cassation du 10 juill.1990) », *JCP N* 1992, n° 19, 100806, spéc. n° 9 à 11.

<sup>1181</sup> Le raisonnement se rapportait à l'art. 267 C. civ. dans son ancienne rédaction, qui maintenait ou supprimait les avantages matrimoniaux selon les cas de divorce. Toutefois ce raisonnement semble transposable à l'art. 265 C. civ.

d'avantage matrimonial<sup>1182</sup>. *A contrario*, en l'absence de récompense, le patrimoine propre de l'époux bénéficiaire est augmenté de la valeur de l'entreprise<sup>1183</sup>, ce qui entraîne un tel avantage. Dans l'intérêt de son entreprise, l'époux entrepreneur aurait tout intérêt à ce qu'aucune récompense au profit de la communauté ne soit stipulée. Mais cela va à l'encontre des intérêts de celle-ci, et plus particulièrement, du conjoint. Si l'intention de l'époux chef d'entreprise est principalement de bénéficier de la gestion exclusive, alors la clause de stipulation de propre associée à une récompense constitue la bonne solution. Dans ce cas, la stipulation n'établit pas un avantage matrimonial. Par conséquent, sa remise en cause par le divorce ne se pose pas. Comme la stipulation de propre non assortie d'une récompense constitue un avantage matrimonial, il reste à déterminer si elle prend effet au cours du régime ou pendant sa dissolution. Les biens qui font l'objet de la stipulation sont qualifiés de propres pendant la durée du mariage et leur propriétaire exerce sur eux un pouvoir de gestion exclusive<sup>1184</sup>. La stipulation prenant effet pendant la durée du régime, le divorce ne peut la remettre en cause<sup>1185</sup>. Elle trouvera justement à ce moment-là une partie de son intérêt.

Par ailleurs, les stipulations de propres ne sont pas très fréquentes sous le régime de la communauté, car ce dernier n'apparaît pas comme le plus adapté aux conjoints dont l'un, au moins, est investi dans l'entreprise. Cependant, un avantage non négligeable de la stipulation de propre concerne le passif : lorsqu'elle est à titre universel, l'exclusion des biens professionnels de la communauté entraîne corrélativement l'exclusion du passif correspondant<sup>1186</sup>. En cas de décès et en présence d'autres héritiers, la stipulation de propre portant sur l'entreprise évite à l'époux entrepreneur survivant d'avoir à demander l'attribution préférentielle<sup>1187</sup>. Lorsque le conjoint ne participe pas à l'exploitation de

---

<sup>1182</sup> V. en ce sens Cass. 1<sup>re</sup> civ., 7 juill. 1971, *Bull. civ. I*, n° 230 : *D.* 1972, p. 294, *Defrénois* 1972, art. 30094, p. 549, obs. J.-L. AUBERT.

<sup>1183</sup> NOTAIRES DE FRANCE, *Vie professionnelle et famille, place au contrat*, 110<sup>e</sup> Congrès des notaires de France, *op. cit.*, n° 1035.

<sup>1184</sup> Art. 1428 C. civ.

<sup>1185</sup> P. MURAT, « Les régimes matrimoniaux et les régimes "pacsimoniaux" à l'épreuve de la rupture des couples », *JCP N*, n° 25-26, p. 1206, n° 15. V. également NOTAIRES DE FRANCE, *Vie professionnelle et famille, place au contrat*, 110<sup>e</sup> Congrès des notaires de France, *op. cit.*, n° 1035.

<sup>1186</sup> A. LAMBOLEY, J.-Cl. Civil Code, Art. 1387 à 1393, *Contrat de mariage*, fasc. précit., n° 72 ; v. Fr. TERRE et Ph. SIMLER, *Régimes matrimoniaux et statut patrimonial des couples non mariés*, *op. cit.*, n° 440.

<sup>1187</sup> Cependant les enfants issus seulement du conjoint prédécédé peuvent demander la réduction de l'avantage matrimonial, v. *infra* n° 282.

l'entreprise, l'exclusion des biens professionnels peut être recommandée à l'époux entrepreneur, car elle lui accorde une grande indépendance. En revanche, en cas de participation du conjoint, il faudrait conseiller de le rendre en partie propriétaire des biens professionnels.

## **b - La clause d'inclusion des biens professionnels dans la communauté ou dans une société d'acquêts**

**259.** En incluant des biens professionnels dans la communauté, les époux décident d'aménager le régime de la communauté légale afin de le rendre plus communautaire (1). Quant aux époux mariés sous le régime de la séparation, ils peuvent vouloir tempérer l'individualisme de ce régime en lui ajoutant une société d'acquêts accueillant les biens professionnels (2).

### **1 - L'inclusion des biens professionnels dans la communauté sous le régime de la communauté conventionnelle**

**260.** Lorsque l'entreprise individuelle ou les droits sociaux sont propres à l'un des époux et que le conjoint participe à l'exploitation, il ne bénéficie pas de la plus-value engendrée par son travail<sup>1188</sup>. Une solution afin d'y remédier consiste à apporter les biens professionnels à la communauté. L'article 1497 du Code civil autorise les époux à convenir qu'il y aura entre eux une communauté universelle. Sans aller jusqu'à cette dernière, il est *a fortiori* possible d'apporter seulement un ou plusieurs biens propres à la masse commune. L'apport à communauté de biens présents par contrat de mariage n'entraîne aucun droit à récompense à la dissolution du régime<sup>1189</sup>. L'époux entrepreneur pourrait donc apporter les biens professionnels à la communauté, éventuellement à titre gratuit, dans un esprit de partage des richesses. L'apport de biens propres à la communauté engendre un déséquilibre

---

<sup>1188</sup> NOTAIRES DE FRANCE, *Vie professionnelle et famille, place au contrat*, 110<sup>e</sup> Congrès des notaires de France, *op. cit.*, n° 1036.

<sup>1189</sup> Cass., 1<sup>re</sup> civ., 3 oct. 2019, Bull. à paraître, n° 18-20.430 : *JCP G* 2019, n° 49, 1254 note Fr. SAUVAGE ; *JCP G* 2019, doct. 1202, n° 13, obs. A. TISSERAND-MARTIN ; *JCP N* 2019, n° 42, act. 812 obs. S. BERNARD ; *Gaz. Pal.* 2019, n° 41, p. 60, obs. S. DEVILLE ; *LPA* 2020, n° 60, p. 13, obs. P.-L. NIEL.

entre les apports des époux<sup>1190</sup> et constitue donc un avantage matrimonial. Prenant effet pendant la durée du mariage, il n'est pas révocable en cas de divorce<sup>1191</sup>. Cette conséquence apparaît dangereuse pour l'époux entrepreneur, qui fait généralement preuve de moins de générosité au moment du divorce que pendant le mariage.

Toutefois, l'article 265 du Code civil fournit une solution en son troisième alinéa : le contrat de mariage peut prévoir que les époux pourront toujours reprendre les biens qui ont été apportés à la communauté<sup>1192</sup>. Cette stipulation, dite « clause alsacienne »<sup>1193</sup>, offre une certaine protection à l'époux entrepreneur, ce qui explique qu'elle soit courante. En cas de dissolution du mariage par décès, le bien apporté fait partie de la masse partageable ; en cas, en revanche, de dissolution par le divorce, le bien peut faire l'objet d'une reprise par l'époux apporteur. L'existence de la clause alsacienne dans le contrat de mariage est susceptible d'encourager l'époux entrepreneur à faire entrer en communauté son entreprise, à partir du moment où il a la certitude qu'il pourra la récupérer en cas de divorce : on est plus enclin à donner ce que l'on peut reprendre. En outre, le caractère commun de l'entreprise pourra également encourager le conjoint à donner de son temps et de son énergie pour faire prospérer l'entreprise, dans la mesure où il bénéficiera lui aussi de l'éventuelle plus-value. Par conséquent, on constate qu'une clause de composition de la communauté alliée à une clause de liquidation peut sembler tout à fait adaptée à la situation dans laquelle les époux exploitent en commun le fonds de commerce, le fonds artisanal, agricole ou libéral.

De plus, on peut penser qu'il est dans l'intérêt de l'entreprise que son propriétaire initial la récupère en cas de divorce. S'il a été à l'origine de son développement, il est certainement le plus à même de bien la gérer après le divorce. On utilise ici au mieux les régimes matrimoniaux, tant dans l'intérêt de chacun des époux, que dans celui de l'entreprise. Lorsque les époux sont mariés sous le régime de la séparation de biens avec société d'acquêts, ils peuvent songer à inclure les biens professionnels dans cette société.

---

<sup>1190</sup> M. STORCK, J.-Cl. Civil Code, Art. 1527, *Communauté conventionnelle*, fasc. précit., n° 5.

<sup>1191</sup> Conformément à l'art. 265 C. civ., V. *supra* n° 258.

<sup>1192</sup> Cet alinéa a été introduit par la loi n° 2006-728 du 23 juin 2006 portant réforme des successions et des libéralités, consacrant ainsi la validité de la clause alsacienne. Sur les doutes concernant la validité de cette clause et sa nature avant sa consécration, v. A. LAMBOLEY, J.-Cl. Civil Code, Art. 1387 à 1393, *Contrat de mariage*, fasc. précit., n° 46.

<sup>1193</sup> Le nom de cette clause lui vient son invention par les notaires alsaciens.

## 2 - L'inclusion des biens professionnels dans une société d'acquêts sous le régime de la séparation

**261.** Alors que les biens professionnels étaient personnels, les époux peuvent décider de les inclure dans une société d'acquêts<sup>1194</sup>, les soumettant ainsi aux règles de la communauté. Le cas de figure est celui des époux souhaitant un maximum d'indépendance concernant leurs biens non professionnels, mais désirant un partage de la plus-value dégagée par l'entreprise appartenant à l'un des deux<sup>1195</sup>. Les éléments vus précédemment sur l'apport à la communauté sous le régime du même nom peuvent être repris ici<sup>1196</sup>. L'apport de l'entreprise à une société d'acquêts constitue un avantage matrimonial<sup>1197</sup> non révocable en cas de divorce, en revanche les époux peuvent stipuler une clause de reprise d'apport<sup>1198</sup>. La participation du conjoint à l'entreprise pourrait être une condition de l'inclusion de cette dernière dans la société d'acquêts. Le 110<sup>e</sup> Congrès des notaires (Marseille, 2014) propose comme critère objectif l'immatriculation du conjoint au registre du commerce et des sociétés<sup>1199</sup>.

Par ailleurs, l'indivision dans la séparation de biens est également un moyen pour les époux, au même titre que la société d'acquêts, de devenir ensemble propriétaires de biens. On peut alors s'interroger sur les raisons de privilégier la société d'acquêts. Celle-ci présente un certain nombre d'avantages par rapport à l'indivision. Premièrement, sous la société d'acquêts, l'action en contestation du financement qui pourrait être engagée à la dissolution sous le régime de l'indivision n'a pas lieu d'être, car les biens communs sont liquidés par

---

<sup>1194</sup> Sur l'emploi historique du terme « société » et non « communauté », V. G. CHAMPENOIS et J. COMBRET, « Quelle place pour la société d'acquêts dans les régimes matrimoniaux ? », *Deffrénois* n° 24, 2012, n° 1.

<sup>1195</sup> NOTAIRES DE FRANCE, *Vie professionnelle et famille, place au contrat*, 110<sup>e</sup> Congrès des notaires de France, *op. cit.*, n° 1058.

<sup>1196</sup> V. *supra* § n° 260.

<sup>1197</sup> L'apport d'un bien personnel à une société d'acquêts constitue un avantage matrimonial, v. Cass. 1<sup>re</sup> civ., 29 nov. 2017, inédit : *JCP G* 2018, 554, M. STORCK ; *AJ fam.* 2018, p. 55, obs. N. LEVILLAIN ; *RTD civ.* 2018, p. 201, obs. B. VAREILLE.

<sup>1198</sup> *Ibid.*

<sup>1199</sup> La condition de participation ne saurait être potestative. Sur la prohibition de la potestativité dans la composition de la société d'acquêts, V. G. CHAMPENOIS et J. COMBRET, « Quelle place pour la société d'acquêts dans les régimes matrimoniaux ? », *op. cit.*, n° 24 à 28.

moitié, quelle que soit la part du financement de l'un ou l'autre époux<sup>1200</sup>. Deuxièmement, aucune action en partage ne peut être exercée sous la société d'acquêts<sup>1201</sup>, contrairement à l'indivision, dans laquelle nul n'est contraint de demeurer<sup>1202</sup>. Troisièmement, les avantages matrimoniaux ne sont rendus possibles que sous la société d'acquêts. L'apport de l'entreprise à titre gratuit n'étant pas considéré comme une libéralité, il n'est pas taxable fiscalement. En revanche, sous le régime de la séparation de biens, le transfert de valeurs d'un patrimoine personnel à un autre constitue une libéralité soumise à la fiscalité en vigueur. Tout rééquilibrage des richesses entre les époux s'avère donc compliqué<sup>1203</sup>.

Si la société d'acquêts est préférable, elle nécessite toutefois des précautions rédactionnelles<sup>1204</sup>. Au nombre de celles-ci figure l'aménagement du droit à récompense<sup>1205</sup>. L'entreprise créée ou acquise pendant la durée du mariage faisant partie de la société d'acquêts, elle se trouve soumise aux règles de la communauté légale. Or, pour acquérir ou créer ladite entreprise, des deniers propres seront utilisés, puisque tous les biens excepté l'entreprise ont la qualité de propres. La récompense due à l'époux par la société d'acquêts annulerait l'effet de cette dernière<sup>1206</sup>. Dans le souci du partage des richesses qui habite les époux lorsqu'ils créent la société d'acquêts pour accueillir l'entreprise, il faudrait absolument supprimer, ou du moins limiter, ce droit à récompense.

Enfin, isoler dans une société d'acquêts les biens professionnels semble être une meilleure solution que celle consistant à laisser l'entreprise personnelle, pour inclure dans la société d'acquêts tous les autres biens<sup>1207</sup>. Il faudrait voir ici à la fois une dénaturation de la séparation de biens avec société d'acquêts et un régime de communauté déguisé. Les époux

---

<sup>1200</sup> V. G. CHAMPENOIS et J. COMBRET, « Quelle place pour la société d'acquêts dans les régimes matrimoniaux ? », *op. cit.*, n° 6.

<sup>1201</sup> *Id.*, n° 5.

<sup>1202</sup> Art. 815 C. civ.

<sup>1203</sup> NOTAIRES DE FRANCE, *Vie professionnelle et famille, place au contrat*, 110<sup>e</sup> Congrès des notaires de France, *op. cit.*, n° 1060.

<sup>1204</sup> V. NOTAIRES DE FRANCE, *Vie professionnelle et famille, place au contrat*, 110<sup>e</sup> Congrès des notaires de France, *op. cit.*, n° 1062.

<sup>1205</sup> V. *infra* § n° 274.

<sup>1206</sup> Cependant, l'apport de biens présents propres à la société d'acquêts effectué par contrat de mariage n'ouvre pas droit à récompense, v. arrêt Cass., 1<sup>re</sup> civ., 3 oct. 2019, Bull. à paraître, n° 18-20.430, précit.

<sup>1207</sup> Sur cette solution, V. Ph. SIMLER, « Régime juridique de la société d'acquêts adjointe à une séparation de biens », *Defrénois* n° 7 et 8, 2012, n° 24. V. également NOTAIRES DE FRANCE, *Vie professionnelle et famille, place au contrat*, 110<sup>e</sup> Congrès des notaires de France, *op. cit.*, n° 1063.

pourraient souhaiter une telle organisation, afin de garantir l'indépendance de gestion de l'entrepreneur, tout en assurant un partage de la gestion et des richesses, s'agissant des biens non professionnels. Un régime de communauté accompagné d'une stipulation de propre concernant l'entreprise serait alors plus adapté<sup>1208</sup>. Nous avons pu constater que les aménagements prenant effet au cours du régime gagnent parfois beaucoup à être accompagnés, à titre accessoire, d'aménagements prenant effet à la dissolution du régime. Nous ne les avons évoqués que brièvement, pour les besoins des développements. Il faut à présent approfondir ce point.

## **II - Les aménagements prenant effet à la dissolution du régime matrimonial**

**262.** Certaines clauses permettent aux époux de gagner en prévisibilité concernant la propriété des biens en cas de dissolution du régime par le divorce (a). D'autres aménagements portent sur les règles qui compensent les mouvements de valeurs intervenus entre les patrimoines de chacun des époux ou entre ceux-ci et le patrimoine commun (b).

### **a - Les clauses tenant à la propriété des biens professionnels à la dissolution**

**263.** Nous avons choisi d'étudier dans les développements qui suivent quelques clauses pouvant être stipulées en cas de divorce. Cependant elles trouvent parfois également une utilité en cas de décès. Les clauses relatives à la propriété des biens professionnels sous le régime de la participation n'ont pas un effet direct sur la propriété des biens. Par le jeu normal du régime, l'époux entrepreneur est certain de rester propriétaire du bien à la dissolution, dans le sens où le bien ne pourrait pas être attribué à son conjoint. Ces clauses n'ont un effet que sur le montant de la créance de participation. Aussi, leur place dans les développements concernant la propriété pourrait être discutée. Pourquoi évoquer la propriété des biens, si les clauses ne la modifient pas ? Le montant de la créance de participation peut avoir une influence importante sur la propriété des biens dans la mesure où l'époux

---

<sup>1208</sup> Sur le faible risque de requalification en communauté, V. Ph. SIMLER, « Régime juridique de la société d'acquêts adjointe à une séparation de biens », 2012, n° 24, n° 7.

entrepreneur risque de devoir vendre ses biens professionnels pour payer la créance de participation. Selon nous, il est donc bien question de clauses permettant de prévoir, même indirectement, la propriété des biens (1). Quant à la clause de prélèvement moyennant indemnité sous le régime de la communauté, elle organise sans aucune ambiguïté la propriété des biens professionnels entre les époux (2).

## **1 - Les clauses d'exclusion ou d'inclusion des biens professionnels sous le régime de la participation aux acquêts**

**264.** Nous verrons le fonctionnement des clauses d'exclusion des biens professionnels des acquêts et celui des clauses d'inclusion des mêmes biens dans le patrimoine originaire (i), avant de nous pencher sur les menaces qui pourraient peser sur l'efficacité de ces clauses (ii).

### **i - L'utilisation des clauses d'exclusion ou d'inclusion**

**265.** Pendant la durée du mariage, la participation aux acquêts fonctionne comme si les époux étaient mariés sous le régime de la séparation de biens<sup>1209</sup>, offrant à chacun une grande indépendance, d'une part, et une protection vis-à-vis des créanciers de l'autre époux, d'autre part. À la dissolution du régime, chacun des époux a le droit de participer pour moitié en valeur aux acquêts constatés dans le patrimoine de l'autre<sup>1210</sup>. L'époux défavorisé bénéficie ainsi de l'enrichissement de l'autre conjoint, ce qui rapproche sur ce point ce régime de la communauté. Contrairement à cette dernière, la participation aux acquêts assure l'indépendance des époux et la sécurité vis-à-vis des créanciers sans qu'il y ait besoin de recourir, par exemple, à la clause d'exclusion des biens professionnels. Toutefois, la participation présente un inconvénient en ce que les biens professionnels acquis ou créés pendant le mariage sont inclus dans les acquêts<sup>1211</sup>. La créance de participation étant calculée en tenant compte de ces biens, les biens acquêts non professionnels pourraient ne pas être

---

<sup>1209</sup> Art. 1569 C. civ.

<sup>1210</sup> *Ibid.*

<sup>1211</sup> En vertu de l'art. 1572 C. civ., ces biens font partie du patrimoine final. Comme ils ne sont pas inscrits au patrimoine originaire, ils seront pris en compte lors de la soustraction du patrimoine originaire au patrimoine final.

suffisants pour s'acquitter de ladite créance. Le risque est que l'époux entrepreneur doive vendre son outil de travail afin de la régler. Exclure les biens professionnels de l'assiette sur laquelle la participation porte permet d'éviter cet écueil<sup>1212</sup>.

Une autre solution, qui semble voisine, et rappelle la stipulation de propre sous le régime de la communauté, est d'inclure les biens professionnels dans le patrimoine originaire. Celui-ci comprend les biens appartenant à l'époux au jour du mariage, ceux acquis par succession ou libéralité ainsi que les biens qui, sous le régime légal, forment des propres par nature sans donner droit à récompense<sup>1213</sup>. La clause qui étend le patrimoine originaire aux biens professionnels étant plus précise que la simple clause d'exclusion, elle permettrait de ne laisser aucun doute sur la qualification de ces biens<sup>1214</sup>. Néanmoins, elle n'a pas exactement le même résultat. Cela peut s'expliquer par le fait que les biens du patrimoine originaire et ceux du patrimoine final sont estimés d'après leur valeur au jour de la liquidation du régime. Mais les premiers sont comptés d'après leur état au jour du mariage ou de l'acquisition, alors que les derniers le sont d'après leur état à la dissolution. Lorsque l'entreprise a prospéré pendant le mariage, la différence de valeur constitue autant d'acquêts<sup>1215</sup>, qui servent d'assiette pour le calcul de la créance de participation. Il est donc conseillé de déroger à ces règles d'évaluation en stipulant que les seuls biens professionnels seront évalués d'après leur valeur au jour de la liquidation et d'après leur état à ce même jour<sup>1216</sup>. La clause d'inclusion des biens professionnels dans le patrimoine originaire associée à une clause d'évaluation des biens professionnels pour le calcul de la créance de participation peut conduire à un résultat identique à celui obtenu avec la clause d'exclusion. Les deux techniques protègent le chef d'entreprise contre une créance de participation d'un montant trop élevé pour lui permettre de conserver l'entreprise.

## ii - La remise en cause des clauses d'exclusion ou d'inclusion

---

<sup>1212</sup> Pour un exemple de liquidation, v. Cl. FENARDON, « La participation aux acquêts et la protection des biens professionnels – Des billevesées ? », *JCP N* 2009, n° 30-34, p. 1245, n° 29.

<sup>1213</sup> Art. 1570 C. civ.

<sup>1214</sup> V. Cl. FENARDON, « La participation aux acquêts et la protection des biens professionnels – Des billevesées ? », *op. cit.*, n° 33.

<sup>1215</sup> *Id.*, n° 32.

<sup>1216</sup> *Ibid.*

**266.** La recherche d'un équilibre entre les intérêts des époux pourrait justifier d'écarter ces clauses ( $\alpha$ ). Le divorce conduirait à les révoquer ( $\beta$ ).

### ***$\alpha$ - La remise en cause pour iniquité***

**267.** La clause d'exclusion des biens professionnels et celle d'inclusion de ceux-ci dans le patrimoine originaire comprennent des inconvénients. Plus les biens professionnels se sont étoffés, plus les acquêts nets de l'époux entrepreneur diminuent. Pour peu que le conjoint réalise des acquêts dans une certaine quantité, il peut ainsi se retrouver à lui payer une créance de participation alors qu'il est, en réalité, le moins fortuné<sup>1217</sup>. Le jeu de la clause pourrait être remis en cause sur le fondement de l'article 1579 du Code civil, qui autorise le juge à déroger aux règles d'évaluation du patrimoine originaire et du patrimoine final si l'application de celles-ci devait conduire à un résultat manifestement contraire à l'équité. Les effets de ces clauses peuvent en revanche s'avérer satisfaisants dans le cas où les deux époux ont des biens professionnels<sup>1218</sup>. Au titre de correctif, on peut invoquer la prestation compensatoire : dans le cadre d'un divorce par consentement mutuel, les époux s'accordent pour octroyer celle-ci au conjoint non-entrepreneur et débiteur de la créance de participation<sup>1219</sup>. Une autre solution<sup>1220</sup> consiste à plafonner le montant des acquêts du conjoint non-entrepreneur. De cette façon, on écarte le risque que ce dernier se retrouve, de façon inéquitable, débiteur de la créance de participation et essaie, par conséquent, de remettre en cause les clauses convenues.

### ***$\beta$ - La révocabilité en cas de divorce***

**268.** Les clauses d'exclusion des biens professionnels et les clauses d'inclusion dans le patrimoine originaire sont prévues généralement en cas de dissolution du régime par

---

<sup>1217</sup> V. Cl. FENARDON, « La participation aux acquêts et la protection des biens professionnels – Des billevesées ? », *op. cit.*, n° 35 à 37 ; J.-F. PILLEBOUT, « Les biens professionnels sous le régime de la participation aux acquêts », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Gérard Champenois*, Defrénois, 2012, p. 655, n° 5.

<sup>1218</sup> Cl. FENARDON, « La participation aux acquêts et la protection des biens professionnels – Des billevesées ? », *op. cit.*, n° 37.

<sup>1219</sup> *Id.*, n° 39.

<sup>1220</sup> Sur les détails de la méthode de liquidation, V. Cl. FENARDON, « La participation aux acquêts et la protection des biens professionnels – Des billevesées ? », *op. cit.*, n° 40 ; J.-F. PILLEBOUT, « Les biens professionnels sous le régime de la participation aux acquêts », *op. cit.*, n° 6.

divorce et non par décès. Il convient de se demander si l'efficacité de ces clauses en cas de divorce est vérifiée au regard de l'article 265 du Code civil. Peuvent-elles être qualifiées d'avantages matrimoniaux<sup>1221</sup> ? Le cas échéant, quand prennent-elles effet ? Si le « domaine naturel »<sup>1222</sup> des avantages matrimoniaux est celui des communautés conventionnelles, la reconnaissance de l'existence d'avantages matrimoniaux dans les régimes non communautaires pose en revanche des difficultés. La majorité de la doctrine refuse qu'il puisse y avoir de tels avantages sous le régime de la séparation de biens<sup>1223</sup>, car l'enrichissement qu'un époux peut retirer des biens personnels de son conjoint ne constitue pas un avantage matrimonial<sup>1224</sup>. De plus, la séparation de biens elle-même, comparée au régime légal, ne peut être considérée comme un tel avantage. La participation aux acquêts étant un régime hybride, tenant de la communauté et de la séparation, peut-elle comporter des avantages matrimoniaux ? L'article 1527 du Code civil, qui traite de ces derniers, ne concerne que le régime de la communauté. Pour autant, la définition large donnée à la notion d'avantage matrimonial, gain pécuniaire résultant du fonctionnement du régime matrimonial, pourrait plaider en faveur de la reconnaissance de ces avantages dans la participation<sup>1225</sup>.

S'agissant plus particulièrement des clauses d'exclusion des biens professionnels ou des clauses d'inclusion dans le patrimoine originaire, certains auteurs s'opposent à cette reconnaissance en arguant du fait que ces clauses font pencher le régime de la participation vers la séparation<sup>1226</sup>. Malgré cela, la Cour de cassation a décidé dans un arrêt du 18 décembre 2019<sup>1227</sup> que la clause d'exclusion des biens professionnels constituait un avantage

---

<sup>1221</sup> Sur la notion d'avantage matrimonial, v. *supra* n° 258.

<sup>1222</sup> I. DAURIAC, *Droit des régimes matrimoniaux et du PACS*, 5<sup>e</sup> éd., LGDJ, 2017, n° 623.

<sup>1223</sup> La séparation de biens pure et simple ne peut comprendre des avantages matrimoniaux, cependant il en est autrement concernant la séparation avec société d'acquêts, V. M. STORCK, J.-Cl. Civil Code, Art. 1527, *Communauté conventionnelle*, fasc. précit., n° 7.

<sup>1224</sup> M. STORCK, J.-Cl. Civil Code, Art. 1527, *Communauté conventionnelle*, fasc. précit., n° 7.

<sup>1225</sup> V. Fr. LETELLIER, « La clause d'exclusion des biens professionnels sous le régime de la participation aux acquêts à l'épreuve du divorce – Quelques éléments de réponse à une question angoissante », *JCP N* n° 12, 2008, p. 1150, n° 4.

<sup>1226</sup> *Id.*, n° 8.

<sup>1227</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 18 déc. 2019, Bull. à paraître, n° 18-26.337 : *Défrénois* 2019, n° 48, p. 27, comm. G. CHAMPENOIS ; *Dr. famille* 2020, n° 3, comm. 44, comm. S. TORRICELLI-CHRIFI ; *JCP G* 2020, n° 9, 225, note J.-R. BINET ; *JCP N* 2020, n° 1-2, act. 116, obs. A. KARM.

matrimonial<sup>1228</sup>. Il restait tout de même à déterminer la date à laquelle elles prennent effet. Elles n'ont aucun effet pendant la durée du régime<sup>1229</sup>, contrairement à la stipulation de propre en communauté, qui influe sur la gestion des biens pendant le régime. Elles n'ont d'effet qu'à la dissolution de ce dernier, au moment du calcul de la créance de participation. La Cour en a logiquement déduit que l'avantage matrimonial était révoqué de plein droit par le divorce. Il faut en conclure que ces clauses ne sont d'aucune efficacité en cas de divorce, alors que c'est précisément pour cette raison qu'elles ont été stipulées. Maître François Letellier écrit ainsi : « Nous en arrivons au résultat paradoxal que l'exclusion de biens professionnels jouerait pleinement sous le régime de la communauté et pourrait être sans effet sous le régime de la participation aux acquêts, régime pourtant séparatiste... »<sup>1230</sup>.

De plus, il insiste sur le fait que ces clauses<sup>1231</sup> sont déterminantes dans le choix du régime. À défaut de les voir efficaces, les époux auraient certainement adopté le régime de la séparation de biens<sup>1232</sup>. Des notaires avaient d'ailleurs pris le parti de formuler dans le contrat de mariage le caractère essentiel de ces clauses dans le choix de la participation par l'époux entrepreneur<sup>1233</sup>. Ce raisonnement avait été repris par la cour d'appel de Paris dans un arrêt de 2011<sup>1234</sup> : « Considérer cette clause d'exclusion des biens professionnels comme un avantage matrimonial, qui n'ayant pas déjà produit ses effets serait révoqué de plein droit par le prononcé du divorce, reviendrait à priver d'effet cette disposition qui constitue un

---

<sup>1228</sup> Pour un arrêt qualifiant d'avantage matrimonial une clause d'exclusion des biens professionnels dans le régime de participation, v. CA Paris, 27 avr. 2011, n° 10/08818, JurisData n° 2011-007433 : N. DUCHANGE, *JCP N* n° 41, 2013, p. 1240. Toutefois, le débat portait directement sur le régime de la clause en cas de divorce, et non sur la qualification d'avantage matrimonial.

<sup>1229</sup> V. Cl. FENARDON, « La participation aux acquêts et la protection des biens professionnels – Des billevesées ? », *op. cit.*, n° 48

<sup>1230</sup> Fr. LETELLIER, « La clause d'exclusion des biens professionnels sous le régime de la participation aux acquêts à l'épreuve du divorce – Quelques éléments de réponse à une question angoissante », *op. cit.*, n° 5. Ces propos sont tirés d'un article rédigé avant l'arrêt de 2019 ; mais l'auteur avait anticipé la solution.

<sup>1231</sup> Me Fr. Letellier ne traite que des clauses d'exclusion des biens professionnels, cependant le même raisonnement peut être suivi au sujet des clauses d'inclusion de ces biens dans le patrimoine originaire.

<sup>1232</sup> Fr. LETELLIER, « La clause d'exclusion des biens professionnels sous le régime de la participation aux acquêts à l'épreuve du divorce – Quelques éléments de réponse à une question angoissante », *op. cit.*, n° 9.

<sup>1233</sup> V. pour un exemple de formule N. DUCHANGE, Participation aux acquêts, avantage matrimonial et biens professionnels, *op. cit.*, note de bas de page n° 19.

<sup>1234</sup> CA Paris, 27 avr. 2011, n° 10/08818, JurisData n° 2011-007433 : N. DUCHANGE, *JCP N* n° 41, 2013, p. 1240.

élément essentiel du régime de la participation aux acquêts ». Ne pourrait-on pas prévoir dès la convention matrimoniale que de telles clauses, constitutives d'avantages matrimoniaux révocables de plein droit en cas de divorce, seront maintenues en cas de divorce ? Il convient de renvoyer aux développements ultérieurs concernant cette question<sup>1235</sup> : le maintien de ces avantages matrimoniaux pourrait seulement être décidé au moment du divorce.

Les solutions relatives à l'article 265 du Code civil sont regrettables, car elles amènent à déconseiller aux époux de choisir le régime de la participation aux acquêts. Or, un tel régime s'avère très intéressant lorsque l'un des époux a la qualité d'entrepreneur, parce qu'il permet de protéger le conjoint des créanciers professionnels pendant la durée du mariage, tout en le faisant bénéficiaire de l'enrichissement de l'autre époux à la dissolution. À la différence des clauses d'exclusion ou d'inclusion, la clause de prélèvement moyennant indemnité sous le régime de la communauté n'a d'impact que sur la répartition des biens en nature entre les époux.

## **2 - La clause de prélèvement moyennant indemnité sous le régime de la communauté**

**269.** Si l'utilité de la clause de prélèvement moyennant indemnité semble incontestable (i), l'article 265 du Code civil relatif au sort des avantages matrimoniaux en cas de divorce peut toutefois faire douter de son efficacité (ii).

### **i - L'utilisation de la clause de prélèvement moyennant indemnité**

**270.** En vertu de l'article 1511 du Code civil, les époux peuvent stipuler qu'en cas de divorce, l'un d'eux aura la faculté de prélever certains biens communs, en l'occurrence, pour ce qui nous intéresse ici, des biens professionnels, à charge de verser une indemnité à la communauté au moment de la dissolution. La clause de prélèvement moyennant indemnité est surnommée « clause commerciale », car historiquement, elle portait souvent sur un fonds de commerce. Cette clause a donc été conçue spécifiquement pour les besoins de l'entreprise. Cependant, ces biens sont déjà couverts par l'attribution préférentielle<sup>1236</sup>. Celle-ci peut

---

<sup>1235</sup> V. *infra* § n° 272.

<sup>1236</sup> V. *supra* § n° 217.

porter sur toute entreprise agricole, commerciale, industrielle, artisanale ou libérale, à l'exploitation de laquelle l'époux participe ou a participé effectivement, mais aussi sur la propriété ou le droit au bail du local à usage professionnel, ainsi que sur l'ensemble des éléments mobiliers nécessaires à l'exploitation d'un bien rural. La clause de prélèvement moyennant indemnité l'emporte sur l'attribution préférentielle lorsqu'elles sont toutes les deux en concurrence<sup>1237</sup>.

Quelle utilité trouve la clause de prélèvement moyennant indemnité dans la mesure où l'époux entrepreneur bénéficie de l'attribution préférentielle concernant les biens professionnels ? Lorsque la dissolution de la communauté s'effectue par le divorce, l'attribution préférentielle n'est jamais de droit, c'est-à-dire que le juge dispose d'un pouvoir d'appréciation aux termes duquel il peut choisir d'attribuer ou non le bien à l'époux qui en fait la demande. La clause de prélèvement moyennant indemnité permet d'échapper à cet aléa. Elle offre à l'époux une option : il peut prélever le bien commun en versant une indemnité ou ne pas se prévaloir de la clause ; néanmoins s'il s'en prévaut, on ne pourra pas lui refuser le prélèvement. En cas de décès, l'attribution préférentielle de l'entreprise est de droit<sup>1238</sup> dans les mêmes conditions que celles qui ont été mentionnées pour l'attribution préférentielle facultative. La clause de prélèvement moyennant indemnité conserve cependant des avantages : contrairement à l'attribution préférentielle, le conjoint survivant n'a pas à recourir au juge pour se voir attribuer l'entreprise. De plus, aucune condition de participation n'est imposée quant aux biens<sup>1239</sup>. Que le prélèvement joue en cas de divorce ou de décès, il peut être exercé dans le délai d'un mois<sup>1240</sup>. De plus, fiscalement, il est soumis au droit de partage de 2,5 %.

Par ailleurs, la clause commerciale présente l'intérêt de ne pas déroger à l'égalité en valeur entre les époux. L'époux entrepreneur récupère ses biens professionnels, ce qui va dans son intérêt. Toutefois, en échange, il verse une indemnité du montant de la valeur du bien, ce qui permet de respecter les intérêts de son conjoint<sup>1241</sup>, en cas de divorce, ou des

---

<sup>1237</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 14 févr. 1967 : *D.* 1967, somm. p. 74 ; *Defrénois* 1967, art. 28950, p. 252, note A. BRETON ; *RTD civ.* 1967, p. 666, obs. R. SAVATIER.

<sup>1238</sup> Art. 832 C. civ.

<sup>1239</sup> M. MATHIEU, J.-Cl. Not. Form., V<sup>o</sup> Contrat de mariage, Fasc. 20, *Prélèvement moyennant indemnité, préciput, partage inégal, attribution intégrale*, n<sup>o</sup> 5.

<sup>1240</sup> Art. 1513 C. civ.

<sup>1241</sup> Ph. MALAURIE, L. AYNES et N. PETERKA, *Droit des régimes matrimoniaux*, *op. cit.*, n<sup>o</sup> 765.

autres héritiers, en cas de décès. À défaut de stipulation conventionnelle, l'indemnité est calculée d'après la valeur que les biens communs ont au jour du partage<sup>1242</sup>. La date ainsi que les modalités de l'évaluation et de paiement de l'indemnité appellent un soin particulier dans la rédaction du contrat de mariage. Le Professeur Anne Karm<sup>1243</sup> souligne également l'utilité de la clause de prélèvement moyennant indemnité en cas de divorce lorsque les deux époux revêtent la qualité d'exploitant. Chacun pourrait convenir d'une clause au bénéfice de l'autre. Les « lots » composés présenteraient « une unité fonctionnelle lui permettant de poursuivre l'activité de manière autonome »<sup>1244</sup>. Cette organisation va dans l'intérêt de chacun des époux comme dans l'intérêt de l'entreprise. Il convient à présent de se demander si les fruits de ce souci de prévision seront laissés intacts en cas de divorce.

## ii - La révocabilité de la clause de prélèvement moyennant indemnité en cas de divorce

**271.** Encore une fois se pose la question de la révocabilité de la clause en cas de divorce, situation qui justifie ici sa raison d'être. La clause de prélèvement moyennant indemnité constitue-t-elle un avantage matrimonial<sup>1245</sup> ? Il convient de distinguer entre deux hypothèses. Dans le premier cas, les époux n'ont mis en place aucune modalité d'évaluation susceptible de favoriser l'époux bénéficiaire de la faculté de prélèvement. L'époux paie alors le montant qui correspond exactement à la valeur du bien. Le gain pécuniaire caractérisant l'avantage matrimonial n'existe pas. Il faut donc considérer que le prélèvement ne constitue pas un tel avantage. En revanche, dans le second cas, les époux ont établi des modalités d'évaluation favorisant celui qui bénéficie de la faculté de prélèvement. Le bénéficiaire en vient à régler un montant qui ne correspond pas à la valeur réelle du bien, réalisant de cette façon un gain pécuniaire. La clause peut alors être qualifiée d'avantage matrimonial.

Une illustration a été donnée par la cour d'appel de Paris dans un arrêt de 1982<sup>1246</sup>. La clause d'un contrat de mariage permettait à l'époux de prélever tous les immeubles communs

---

<sup>1242</sup> Art. 1511 C. civ.

<sup>1243</sup> A. KARM, *L'entreprise conjugale*, op. cit., n° 226.

<sup>1244</sup> *Ibid.*

<sup>1245</sup> Sur la notion d'avantage matrimonial et sur l'article 265 C. civ., v. *supra* n° 258.

<sup>1246</sup> CA Paris, 21 avr. 1982 : *JCP G* 1983, 325 ; *JCP N* 1984, II, 200 ; *Journ. not.* 1982, art. 56870, p. 1435, obs. crit. RAISON ; *D.* 1983, p. 227, note Ph. REMY.

d'après leur valeur au jour du prélèvement. La cour a décidé que cette clause constituait un avantage matrimonial, en raison de la possibilité d'existence d'une plus-value entre la date du prélèvement et la date du partage. Or, l'avantage ne prenant effet qu'à la dissolution du régime, conformément à l'article 265 du Code civil, il est révocable de plein droit en cas de divorce. On en arrive au résultat suivant : lorsque les modalités d'évaluation des biens professionnels ne procurent aucun enrichissement à l'époux entrepreneur, la faculté de prélèvement est maintenue au divorce ; lorsque les modalités d'évaluation le font bénéficier d'un enrichissement, la faculté de prélèvement est remise en cause de plein droit par le divorce. Appâté par le gain au moment de la rédaction du contrat de mariage, l'époux entrepreneur pourrait se trouver fort dépourvu en voyant sa faculté de prélèvement disparaître totalement, sans qu'il n'ait plus à se soucier du montant de l'indemnité. Par précaution, il faudrait conseiller aux époux de définir dans le contrat de mariage des modalités d'évaluation ne procurant pas d'enrichissement. Au moment du divorce, à l'heure des négociations, il sera toujours possible de s'accorder sur des modalités différentes.

**272.** Néanmoins, l'époux qui a consenti l'avantage matrimonial révocable peut manifester sa volonté de le maintenir. L'article 265 précise que « Cette volonté est constatée dans la convention signée par les époux et contresignée par les avocats<sup>1247</sup> ou par le juge au moment du prononcé du divorce et rend irrévocable l'avantage [...] maintenu ». L'époux peut évidemment manifester sa volonté de maintenir l'avantage au moment du divorce ; mais peut-il exprimer cette volonté en amont dans la convention matrimoniale ? Un argument tendant à répondre positivement tient à la rédaction de l'article, qui mentionne seulement que la volonté est « constatée » par le juge au moment du prononcé du divorce<sup>1248</sup>. Aussi, nulle précision ne figure quant au moment où cette volonté doit être exprimée. Ce raisonnement a été adopté par une réponse ministérielle<sup>1249</sup> publiée au Journal officiel le 26 mai 2009, considérant que la volonté de maintenir les avantages matrimoniaux pouvait être manifestée dans le contrat de mariage ou dans le changement de régime. Cependant, cette

---

<sup>1247</sup> La mention de la convention signée par les époux et contresignée par les avocats a été ajoutée par la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI<sup>e</sup> siècle, qui a instauré le divorce par consentement mutuel sans intervention du juge, régi aux articles 229-1 et s. C. civ.

<sup>1248</sup> NOTAIRES DE FRANCE, *Vie professionnelle et famille, place au contrat*, 110<sup>e</sup> Congrès des notaires de France, *op. cit.*, n° 1042. V. J. HAUSER et Ph. DELMAS, « Volonté et ordre public dans le nouveau divorce : un divorce entré dans le champ contractuel ? », *Defrénois* 2005, art. 38115, p. 357, n° 8.

<sup>1249</sup> Rép. min. n° 18632, S. HUYGHE, *JOAN Q* 26 mai 2009, p. 5148, *JCP N* 2009, n° 23, act. 428.

solution est loin d'être confirmée par la Cour de cassation. Elle a d'abord jugé en 2012 que l'article 265 du Code civil « fait obstacle à l'insertion, dans une donation de biens présents prenant effet au cours du mariage, d'une clause résolutoire liée au prononcé du divorce »<sup>1250</sup>. Puis, en 2017, elle a décidé que les époux ne peuvent pas conclure une convention comportant des stipulations relatives à la liquidation et au partage du régime matrimonial avant l'assignation ou la requête conjointe en divorce<sup>1251</sup>. Il est donc sérieusement permis de douter que la volonté de maintenir les avantages matrimoniaux puisse être valablement exprimée en amont.

De plus, sous l'empire de la loi de 1975<sup>1252</sup>, le maintien des avantages matrimoniaux dépendait des cas de divorce. Le divorce prononcé aux torts exclusifs d'un époux entraînait la perte du bénéfice desdits avantages. Ceux-ci étaient maintenus en cas de partage des torts ou de divorce par consentement mutuel. La loi du 26 mai 2004<sup>1253</sup>, dans un but de pacification du divorce, a totalement distingué les cas de divorce des conséquences patrimoniales de celui-ci<sup>1254</sup>. Au nombre de ces conséquences figurent la prestation compensatoire et les avantages matrimoniaux, qui nous intéressent ici. D'un critère subjectif de répartition des torts, on est passé à un critère chronologique et donc objectif, tenant compte uniquement de la date de prise d'effet des avantages<sup>1255</sup>. Toutefois, on peut constater que certaines incertitudes subsistent.

Afin d'y remédier, le 106<sup>e</sup> Congrès des notaires de France (Bordeaux, 2010) a proposé de distinguer entre les avantages matrimoniaux prévus pour s'appliquer en cas de dissolution du régime par décès et ceux prévus en cas de divorce<sup>1256</sup>. Les premiers seraient révoqués de

---

<sup>1250</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 14 mars 2012, *Bull.* I, n° 56 : *JCP N* 2012, n° 15, 1182, note Cl. BRENNER ; *JCP N* 2013, n° 21, 1146, note Ch. LESBATS ; *D.* 2012, 1386, obs. J. MARROCHELLA, note A. POSEZ ; *AJ fam.* 2012, 223, obs. S. DAVID ; *RTD Civ.* 2012, p. 357 obs. M. GRIMALDI.

<sup>1251</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 27 sept. 2017, *Bull.* 2017, I, 205 : *JCP N* 2018, n° 21-22, 1194, note Ch. LESBATS ; *D.* 2018. 641, obs. M. DOUCHY ; *AJ fam.* 2017. 592, obs. J. HOUSSIER ; *RTD civ.* 2018. 84, obs. A.-M. LEROYER ; *Dr. fam.* 2017, n° 220, note J.-R. BINET ; *Gaz. Pal.* 2017. 3268, obs. T. DOUVILLE et L. MAUGER-VIELPEAU. – Cass. 1<sup>re</sup> civ., 18 déc. 2019, précit.

<sup>1252</sup> Loi 75-617 1975-07-11 du 12 juillet 1975 portant réforme du divorce.

<sup>1253</sup> Loi n° 2004-439 relative au divorce.

<sup>1254</sup> V. J. HAUSER et Ph. DELMAS, « Volonté et ordre public dans le nouveau divorce : un divorce entré dans le champ contractuel ? », *op. cit.*, n° 5.

<sup>1255</sup> V. I. DAURIAC, *Droit des régimes matrimoniaux et du PACS*, *op. cit.*, n° 626.

<sup>1256</sup> 3<sup>e</sup> commission – 2<sup>e</sup> proposition, NOTAIRES DE FRANCE, *Couple, patrimoine : les défis de la vie à deux*, 106<sup>e</sup> Congrès des notaires de France, Bordeaux, 30 mai - 2 juin 2010, LexisNexis 2010. Sur cette

plein droit, tandis que les seconds seraient maintenus. Si cette distinction apparaît simplificatrice au premier abord, des difficultés tenant à la notion d'avantage matrimonial demeurent<sup>1257</sup>. Ladite distinction permettrait d'être assuré de l'efficacité de la clause de prélèvement moyennant indemnité établissant des modalités d'évaluation du bien favorables à l'époux bénéficiaire. En revanche, elle ne concernerait pas la clause de prélèvement ne procurant aucun enrichissement à l'époux, car celle-ci ne constitue pas un avantage matrimonial. La distinction ne permettant pas d'appréhender globalement ces deux sortes de clauses pourtant proches, elle ne convainc pas totalement.

Ne pourrait-on pas dans l'article 265 du Code civil abandonner la dénomination d'« avantage » pour la remplacer par celle d'« aménagement » ? Le terme a le mérite d'être neutre tout en faisant ressortir l'aspect conventionnel des stipulations. Il permettrait en outre d'englober un plus grand nombre d'hypothèses : à titre illustratif, il n'y aurait plus à se préoccuper du détail des modalités d'évaluation du bien s'agissant des clauses de prélèvement moyennant indemnité. L'article pourrait également réserver la faculté de maintenir tous les aménagements matrimoniaux révocables de plein droit par le divorce, soit au moment de celui-ci, soit dans la convention matrimoniale. L'incertitude régnant autour de la faculté de maintenir les avantages matrimoniaux serait ainsi clairement dissipée. On pourrait objecter qu'il faudra toujours recourir à la notion « d'avantage matrimonial » pour autoriser les enfants non communs à exercer l'action en retranchement au décès de l'époux qui est leur auteur. Il faut l'admettre ; cependant, si la difficulté était maintenue en cas de décès, elle s'estomperait en cas de divorce<sup>1258</sup>. Cette solution consistant à retenir la dénomination d'« aménagements matrimoniaux » et à admettre expressément leur maintien conventionnel pourrait également être utile en matière de récompenses et de créances entre époux.

---

proposition, V. S. GAUDEMET, « Révocation ou maintien de la réversion d'usufruit et des avantages matrimoniaux lors d'un divorce, la mise en ordre proposée par le Congrès des notaires », *RDC* n° 4, 2010.

<sup>1257</sup> *Ibid.*

<sup>1258</sup> Pour un auteur plaçant en faveur d'une suppression de l'art. 265, v. Q. GUIGUET-SCHIELE, « L'avantage matrimonial révocable en participation aux acquêts », *D. actu*, 23 janv. 2020, obs. ss Cass. 1<sup>re</sup> civ., 18 déc. 2019, précit.

## **b - Les clauses aménageant les récompenses et les créances entre époux**

**273.** Les récompenses corrigent « les mouvements de valeurs intervenus [...] entre, d'une part, le patrimoine propre de chaque époux et, d'autre part, leur patrimoine commun »<sup>1259</sup>. Elles concernent le régime légal. Quant aux créances entre époux, elles compensent les mouvements de valeurs intervenus entre les patrimoines propres ou personnels de chacun des époux, selon qu'ils sont mariés sous le régime légal ou sous le régime de la séparation de biens. Il ne sera pas traité ici de la créance de participation, qui se différencie du droit à récompense et du droit aux créances entre époux : elle constitue un moyen de répartir les richesses au sein du couple. Au même titre que le partage de la communauté à hauteur de la moitié, la créance de participation revêt une fonction égalitaire dans la mesure où elle vise à faire participer l'époux le moins favorisé à l'enrichissement dont a bénéficié son conjoint au cours du mariage. Le droit à récompense (1), comme le droit aux créances entre époux (2), peut faire l'objet d'aménagements utiles pour l'entreprise.

### **1 - L'aménagement du droit à récompense sous la communauté**

**274.** La collaboration financière, qui est courante entre les époux, se traduit par un enrichissement du patrimoine propre d'un époux au détriment de la communauté ou inversement<sup>1260</sup>. Le Doyen Cornu évoque « une sorte de crédit matrimonial élémentaire »<sup>1261</sup>. L'article 1433 du Code civil établit les conditions dans lesquelles la communauté doit une récompense à l'époux propriétaire. Quant à l'article 1437 du même code, il énonce un certain nombre de cas dans lesquels l'époux propriétaire est débiteur d'une récompense à l'égard de la communauté. Ces dispositions sont considérées par la doctrine<sup>1262</sup>

---

<sup>1259</sup> I. DAURIAC, *Droit des régimes matrimoniaux et du PACS*, *op. cit.*, n° 539. Sur le fondement des récompenses, v. J. FLOUR et G. CHAMPENOIS, *Les régimes matrimoniaux*, *op. cit.*, n° 549.

<sup>1260</sup> G. CORNU, *Les régimes matrimoniaux*, *op. cit.*, n° 93.

<sup>1261</sup> *Ibid.*

<sup>1262</sup> J. POUDEROUX, « Les clauses aménageant ou supprimant le droit à récompense », *Dr. et patr.*, juin 1996, p. 37, n° 15 ; J. FLOUR et G. CHAMPENOIS, *Les régimes matrimoniaux*, *op. cit.*, n° 550 ; I. DAURIAC, *Droit des régimes matrimoniaux et du PACS*, *op. cit.*, n° 540 ; A. COLOMER, *Droit civil : régimes matrimoniaux*, *op. cit.*, n° 935 ; A. LAMBOLEY, J.-Cl. Civil Code, Art. 1387 à 1393, *Contrat de mariage*, fasc. précit., n° 57.

et la jurisprudence<sup>1263</sup> comme n'étant pas d'ordre public. Par convention matrimoniale, les époux peuvent donc décider de limiter ou d'étendre le champ d'application du droit à récompense ; mais aussi plus radicalement, de le supprimer ou d'en créer un non prévu par ces dispositions. On pourrait envisager de supprimer le droit à récompense. L'entreprise, même si elle est un bien propre, constituera une source de revenus pour le ménage. Les époux pourraient se mettre d'accord pour supprimer le droit à récompense au profit de la communauté s'agissant de l'acquisition, au moyen de deniers communs, de biens nécessaires à l'exercice de la profession<sup>1264</sup>. Il est bien entendu recommandé d'user avec parcimonie de la suppression du droit à récompense, afin de ne pas dénaturer le régime de la communauté.

**275.** Les époux pourraient également créer un droit à récompense. Le fruit de l'industrie personnelle des époux revient en principe à la communauté<sup>1265</sup>. Cependant, la jurisprudence a refusé d'accorder une récompense à la communauté lorsque l'époux avait, par son travail, procuré une plus-value à un bien lui appartenant en propre<sup>1266</sup>. Cette solution apparaît conforme à l'intérêt de l'époux lorsque son entreprise est le bien propre en question. En revanche, elle peut sembler moins opportune dans l'hypothèse où c'est le conjoint qui améliore, par son travail personnel, un bien appartenant en propre à son époux. La

---

<sup>1263</sup> CA Paris 26 févr. 1923 : *Gaz. Pal.* 1923, I, 422. Concernant la modification du mode de calcul, V. Cass. 1<sup>re</sup> civ., 28 juin 1983 : *JCP* 1985, II, 20330, note J.-F. PILLEBOUT ; *D.* 1984, 255, note G. MORIN. – Cass. 1<sup>re</sup> civ., 15 févr. 1973 : *JCP* 1973, 17580, note R. SAVATIER.

<sup>1264</sup> J. POUDEIROUX, « Les clauses aménageant ou supprimant le droit à récompense », *op. cit.*, n° 21.

<sup>1265</sup> En vertu de l'art. 1401 C. civ.

<sup>1266</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 5 avr. 1993, *Bull.* 1993, I, n° 137 : *Defrénois* 1993, art. 35578, p. 800 obs. G. CHAMPENOIS ; *RTD civ.* 1993, p. 638, obs. F. LUCET et B. VAREILLE ; *JCP G* 1994, I, 3733, n° 20, obs. A. TISSERAND. – Cass. 1<sup>re</sup> civ., 18 mai 1994, *Bull. civ.* I, n° 172 : *D.* 1995, somm. p. 43 obs. M. GRIMALDI ; *JCP G* 1995, I, 3821, n° 19, obs. Ph. SIMLER ; *Defrénois* 1995, art. 36040, p. 442, obs. G. CHAMPENOIS ; *RTD civ.* 1994, p. 930, obs. B. VAREILLE. – Cass. 1<sup>re</sup> civ., 28 févr. 2006, *Bull. civ.* I, n° 106 : *JCP G* 2006, I, 193, n° 19, obs. A. TISSERAND ; *RTD civ.* 2006, p. 360, obs. B. VAREILLE ; *AJ Fam.* 2006, p. 208, obs. P. HILT. – Cass. 1<sup>re</sup> civ., 26 oct 2011, *Bull.*, I, n° 187 : *RTD civ.* 2012, p. 140, obs. B. VAREILLE ; *Defrénois* 2012, n° 6, p. 291 ; *RJPF* 2011, n° 12, obs. F. VAUVILLE ; *LPA* 6 févr. 2013, p. 14, note N. MOULIGNER-BAUD, *LPA* 15 mars 2012, n° 54, p. 7, note J.-D. BASCUGNANA ; *Defrénois* 2012, n° 6, p. 291, note G. CHAMPENOIS.

Dans les arrêts de 1994 et de 2006, la Cour de cassation a semblé opérer une distinction selon que l'amélioration du bien propre à l'époux a eu lieu pendant ses heures de loisirs ou pendant ses heures de travail. Pour le Professeur Ph. Simler, la solution serait identique dans les deux cas, v. Ph. SIMLER, « L'industrie personnelle des époux déployée au bénéfice d'un patrimoine propre, une "valeur empruntée" à la communauté ? », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Gérard Champenois*, *Defrénois*, 2012, p. 790.

jurisprudence n'a pas admis que la communauté ait un droit à récompense<sup>1267</sup>. Priver la communauté de l'industrie personnelle de l'époux qui lui revient en principe ne suffit donc pas à générer un droit à récompense. Une récompense ne peut être due qu'en présence de fonds empruntés<sup>1268</sup>. Si l'époux propriétaire du bien avait utilisé des deniers communs pour améliorer son bien propre, la communauté aurait été créancière d'une récompense<sup>1269</sup>. Le Professeur Stéphane Pouderoux a mis en avant cette incohérence en pointant la différence de traitement opérée entre le maçon qui construit une maison sur un terrain propre de son conjoint et celui qui finance les travaux permettant de construire cette même maison<sup>1270</sup>.

La différence de traitement entre le régime légal et les régimes de séparation de biens et de la participation aux acquêts a également été dénoncée<sup>1271</sup>. Sous ce dernier régime, la plus-value conférée à un bien appartenant à un époux par l'industrie déployée par son conjoint est prise en compte au titre de la créance de participation. En effet, le patrimoine originaire de l'époux, qui doit être déduit du patrimoine final, est évalué d'après son état au jour du mariage ou de l'acquisition et d'après sa valeur au jour de la liquidation. On a donc pu écrire que la participation était plus communautaire que la communauté à cet égard<sup>1272</sup>. Sous le régime de la séparation de biens, nous verrons que l'industrie déployée par le conjoint peut donner lieu à une créance entre époux<sup>1273</sup>. La solution consistant à refuser de prendre en considération l'industrie personnelle déployée par le conjoint doit, bien sûr, être transposée à l'hypothèse dans laquelle le conjoint participe activement à l'entreprise appartenant en

---

<sup>1267</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 30 juin 1992, inédit : *JCP G* 1993, I, 3656, n° 11 obs. A. TISSERAND ; *RTD civ.* 1993, p. 410, obs. F. LUCET et B. VAREILLE. – Cass. 1<sup>re</sup> civ., 29 mai 2013, *Bull.* I, n° 114 : *Dr. famille* 2013, comm. 119, B. BEIGNIER ; *Gaz. Pal.* 2013, n° 236, p. 33, obs. J. CASEY ; *Gaz. Pal.* 2013, n° 267, p. 31, obs. G. DUMONT.

<sup>1268</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 30 juin 1992, inédit, précit. – Cass. 1<sup>re</sup> civ., 5 avr. 1993, *Bull.* 1993, I, n° 137, précit. – Cass. 1<sup>re</sup> civ., 18 mai 1994, *Bull. civ.* I, n° 172, précit. – Cass. 1<sup>re</sup> civ., 28 févr. 2006, *Bull. civ.* I, n° 106, précit. – Cass. 1<sup>re</sup> civ., 26 oct 2011, *Bull.*, I, n° 187, précit. – Cass. 1<sup>re</sup> civ., 29 mai 2013, *Bull.* I, n° 114, précit.

<sup>1269</sup> En vertu de l'art. 1437 C. civ.

<sup>1270</sup> J. POUDEROUX, « Les clauses aménageant ou supprimant le droit à récompense », *op. cit.*, n° 21. V. également pour une critique de cette solution Ph. SIMLER, « L'industrie personnelle des époux déployée au bénéfice d'un patrimoine propre, une "valeur empruntée" à la communauté ? », *op. cit.*, p. 789.

<sup>1271</sup> Concernant la différence avec la participation aux acquêts, V. Ph. SIMLER, « L'industrie personnelle des époux déployée au bénéfice d'un patrimoine propre, une "valeur empruntée" à la communauté ? », *op. cit.*, p. 789.

<sup>1272</sup> Ph. SIMLER, « L'industrie personnelle des époux déployée au bénéfice d'un patrimoine propre, une "valeur empruntée" à la communauté ? », *op. cit.*, p. 789.

<sup>1273</sup> V. *infra* § n° 280.

propre à l'autre époux. La situation peut se révéler d'autant plus handicapante pour le conjoint bénévole, qui possède obligatoirement cette qualité lorsqu'il a le statut de collaborateur. Le conjoint ayant travaillé gratuitement pendant la durée du mariage, il pourrait souhaiter une compensation à la dissolution du régime, et en particulier en cas de divorce<sup>1274</sup>. Certains auteurs ont donc suggéré de créer un droit à récompense au titre de l'industrie déployée par le conjoint dans l'entreprise propre de l'époux entrepreneur<sup>1275</sup>. La récompense serait « égale à la différence entre la valeur actuelle du bien amélioré et celle que le bien aurait eue sans cette amélioration »<sup>1276</sup>. Le travail accompli par le conjoint dans l'entreprise propre de son époux n'ouvrirait droit à récompense que lorsqu'il est exceptionnel et dépasse le cadre des charges du mariage<sup>1277</sup>. Enfin, les règles d'évaluation des récompenses, énoncées à l'article 1469 du Code civil, peuvent également être aménagées<sup>1278</sup>. On peut imaginer des clauses fixant le montant de la récompense à la dépense faite, indépendamment du profit subsistant au jour de la liquidation, ainsi que des clauses de report d'évaluation et d'indexation des récompenses<sup>1279</sup>.

**276.** Il reste à se poser une dernière question qui n'est pas la moindre : ces clauses survivent-elles au divorce ? Les aménagements conventionnels du droit à récompense constituent des avantages matrimoniaux. Or, les aménagements prenant effet au cours du mariage sont maintenus en cas de divorce, tandis que ceux qui prennent effet à la dissolution du régime sont révoqués de plein droit. Cette distinction est difficile à mettre en œuvre concernant les récompenses, car « les faits générateurs des récompenses se situent au cours de la communauté, alors que leur établissement et le calcul de leur montant n'ont lieu qu'à

---

<sup>1274</sup> Le « salaire différé » ne peut bénéficier ni au conjoint commun en biens ni au conjoint divorcé, v. *infra* § n° 451.

<sup>1275</sup> J. POUDEIROUX, « Les clauses aménageant ou supprimant le droit à récompense », *op. cit.*, n° 21 ; Ph. SIMLER, « L'industrie personnelle des époux déployée au bénéfice d'un patrimoine propre, une "valeur empruntée" à la communauté ? », *op. cit.*, p. p. 785 et s. Pour un exemple de clause, V. NOTAIRES DE FRANCE, *Vie professionnelle et famille, place au contrat*, 110<sup>e</sup> Congrès des notaires de France, *op. cit.*, n° 1048.

<sup>1276</sup> Ph. SIMLER, « L'industrie personnelle des époux déployée au bénéfice d'un patrimoine propre, une "valeur empruntée" à la communauté ? », *op. cit.*, p. 794.

<sup>1277</sup> NOTAIRES DE FRANCE, *Vie professionnelle et famille, place au contrat*, 110<sup>e</sup> Congrès des notaires de France, *op. cit.*, n° 1048.

<sup>1278</sup> V. J. POUDEIROUX, « Les clauses aménageant ou supprimant le droit à récompense », *op. cit.*, n° 22.

<sup>1279</sup> Il faudrait alors être vigilant quant à la licéité de l'indice choisi, V. NOTAIRES DE FRANCE, *Le statut matrimonial du Français*, 75<sup>e</sup> Congrès des notaires de France, t. 1, Paris, Librairies techniques, 1978, n° 287.

la dissolution de ladite communauté »<sup>1280</sup>. On ne pourrait que recommander, par précaution, de prévoir dans la convention matrimoniale le maintien de ces aménagements du droit à récompense en cas de divorce, en admettant qu'une telle stipulation soit valable<sup>1281</sup>. Moins courantes que les récompenses, les créances entre époux méritent tout de même une attention certaine.

## **2 - L'aménagement du droit à créance entre époux sous la communauté ou la séparation de biens**

**277.** Afin de comprendre les raisons qui poussent les époux à vouloir aménager le droit à créance entre époux, nous nous pencherons sur les modalités d'évaluation légales des créances entre époux (i). Nous verrons ensuite quels aménagements peuvent être utiles (ii). Enfin, nous nous interrogerons sur le maintien de ces derniers en cas de divorce (iii).

### **i - Les modalités d'évaluation légales des créances entre époux**

**278.** Les dispositions concernant les créances entre époux sont peu nombreuses, parce que le régime de ces créances obéit en grande partie au droit commun des obligations. Une brève comparaison de l'histoire des récompenses et des créances entre époux permet de mieux comprendre tant la différence de régime entre ces deux mécanismes, que la nécessité d'admettre des aménagements au droit des créances entre époux. En 1804, le phénomène de la dépréciation monétaire n'avait pas été pris en compte par le législateur. Après la Première Guerre mondiale, elle a privé « le mécanisme des récompenses de sa fonction majeure de reconstitution en valeur des masses de biens »<sup>1282</sup>. Le législateur a donc choisi, avec la loi du 13 juillet 1965, d'indexer la récompense sur la valeur de l'investissement réalisé. Le troisième alinéa de l'article 1469 du Code civil est venu fixer le montant de la récompense au profit subsistant. Pour le déterminer, il convient de calculer « la plus-value procurée au patrimoine emprunteur par la valeur puisée dans le patrimoine créancier de la

---

<sup>1280</sup> J. HAUSER et Ph. DELMAS SAINT-HILAIRE, J.-Cl. Civil Code, Art 263 à 265-2, *Effets du divorce*, fasc. 20, *Conséquences du divorce pour les époux, effets d'ordre patrimonial, sort des avantages matrimoniaux, sort des libéralités entre époux*, n° 21.

<sup>1281</sup> V. *supra* § n° 272.

<sup>1282</sup> V. Fr. TERRE et Ph. SIMLER, *Régimes matrimoniaux et statut patrimonial des couples non mariés*, *op. cit.*, n° 651.

récompense »<sup>1283</sup>. Le profit est calculé différemment selon que la valeur empruntée a servi à acquérir, à conserver ou à améliorer un bien qui se retrouve au jour de la liquidation dans le patrimoine emprunteur ou selon qu'il a été aliéné avant la liquidation ou qu'un nouveau bien lui a été subrogé<sup>1284</sup>.

Cependant, les créances entre époux n'ont pas été soumises par la loi de 1965 au mécanisme de la dette de valeur. Or, bien qu'à la différence des récompenses, leur paiement puisse être exigé pendant la durée du régime<sup>1285</sup>, il était courant à l'époque, comme à présent, de différer ce règlement à la liquidation<sup>1286</sup>. Une longue période pouvait ainsi s'écouler entre la dépense effectuée et le règlement. Afin d'éviter que les créances ne soient toujours égales au montant nominal de la dépense, les époux ont stipulé dans leurs contrats de mariage des clauses de réévaluation des créances sur des bases analogues à celles posées au troisième alinéa de l'article 1469 du Code civil<sup>1287</sup>. La loi du 23 décembre 1985 a finalement ajouté un second alinéa à l'article 1479 du Code civil, qui est propre à la communauté légale et renvoie à l'article 1469 du Code civil, alinéa trois pour l'évaluation des créances entre époux. L'article 1543 du Code civil, relatif à la séparation de biens, renvoie également à l'article 1479 pour l'évaluation de ces mêmes créances.

Néanmoins, le renvoi au seul alinéa trois de l'article 1469 du Code civil a soulevé des interrogations<sup>1288</sup>. De quel montant doit être la créance lorsque le profit subsistant est inférieur à la dépense faite ? Si l'on prenait en compte l'ensemble de l'article 1469, et non plus seulement le dernier alinéa, la créance serait égale au profit subsistant, sauf en cas de dépense nécessaire, auquel cas la créance serait de ce montant. C'est cette règle qui est applicable aux récompenses. L'époux supporte la moins-value. Certains auteurs ont soutenu

---

<sup>1283</sup> *Id.*, n° 662.

<sup>1284</sup> Art. 1469, al. 3, C. civ.

<sup>1285</sup> Cela vaut toujours à présent. V. B. VAREILLE, *RTD civ.* 2015, p. 690, note ss Cass. 1<sup>re</sup> civ., 4 mars 2015, *Bull.* I, n° 50 ; *Defrénois* 2016, n° 4, p. 17, G. CHAMPENOIS ; *LPA* 2017, n° 106, p. 11, G. YILDIRIM ; *Dr. Famille* 2015, comm. n° 102, p. 35, note B. BEIGNIER.

Pour une confirmation de la validité de l'aménagement, V. ce même arrêt.

<sup>1286</sup> Fr. TERRE et Ph. SIMLER, *Régimes matrimoniaux et statut patrimonial des couples non mariés*, *op. cit.*, n° 633.

<sup>1287</sup> A. LAMBOLEY, J.-Cl. Civil Code, Art. 1387 à 1393, *Contrat de mariage*, fasc. *précit.*, n° 58.

<sup>1288</sup> V. P. HILT, « De la prétendue simplicité du régime juridique applicable aux créances entre époux », *JCP G* n° 23, 2016, doct. 669, n° 17 à 21.

que le renvoi au seul alinéa trois constituait une maladresse législative<sup>1289</sup>. La jurisprudence n'a pas suivi ce raisonnement<sup>1290</sup>. Faisant une interprétation exégétique de l'article 1479 du Code civil, elle a considéré que seul était applicable l'alinéa 3 de l'article 1469. Ainsi, en cas de moins-value, il y a lieu de revenir au principe du nominalisme monétaire, la créance étant alors égale à la dépense faite. Il a été relevé que les créances des partenaires de PACS sont soumises en totalité à l'article 1469<sup>1291</sup>, rendant les partenaires, sur le plan des créances, plus proches du régime de référence incarné par les récompenses, que les époux même communs en biens<sup>1292</sup>. Or, la différence de régime instaurée entre l'évaluation des récompenses et celle des créances entre époux peut s'expliquer par la crainte du législateur à l'égard des « effets parfois excessifs de la revalorisation »<sup>1293</sup>. En présence de récompenses, la somme versée par le patrimoine propre est finalement partagée entre les deux époux, alors que tel n'est pas le cas avec les créances entre époux<sup>1294</sup>. Le législateur a donc préféré laisser les époux choisir conventionnellement les modalités d'évaluation de leurs créances.

## ii - Les aménagements utiles des créances entre époux

**279.** Il a toujours été admis que les époux puissent déroger aux règles d'évaluation du montant des créances. La loi du 23 décembre 1985 a prévu que le renvoi de l'article 1479,

---

<sup>1289</sup> M. GRIMALDI, « Commentaire de la loi du 23 décembre 1985 relative à l'égalité des époux dans les régimes matrimoniaux et des parents dans la gestion des biens des enfants mineurs », *Gaz. Pal.* 1996, 1, p. 529, spéc. § 103 ; A. DEPONDT, « Pour un renouveau des contrats de mariage », *Gaz. Pal.* 17 mars 2012, p. 20. V également J. FLOUR et G. CHAMPENOIS, *Les régimes matrimoniaux, op. cit.*, p. 630, n° 681.

Pour des auteurs qui considèrent inversement que seul l'article 1469, al. 3, C. civ. doit s'appliquer, V. Ph. SIMLER, « Commentaire de la loi du 23 décembre 1985 », *JurisClasseurs*, n° spécial 3, Éd. Techniques, Droit civil 1986, n° 132, particulièrement n° 431, note 6.

<sup>1290</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 24 sept. 2008, *Bull.*, I, n° 213 : *Dr. famille* 2008, comm. 174, note T. DOUVILLE ; *JCP G* 2008, I, 2002, n° 18, obs. M. STORCK ; *D.* 2008, p. 3050, note V. BARABE-BOUCHARD ; *AJ Fam.* nov. 2008, p. 437, obs. P. HILT ; *RJPF* 2008-12/25, obs. F. VAUVILLÉ ; *RTD civ.* 2009, p. 162, obs. B. VAREILLE. V. également pour une critique de cette décision A. KARM, « Les mutations des créances entre époux », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Gérard Champenois*, Defrénois, 2012, p. 453, n° 25 et s.

<sup>1291</sup> En vertu de l'art. 515-7 C. civ., dernier al.

<sup>1292</sup> X. GUEDE et Fr. LETELLIER, « L'absence d'uniformité du régime des créances conjugales, source d'insécurité juridique », *JCP N* n° 18, 2015, p. 1144, n° 6.

<sup>1293</sup> J. FLOUR et G. CHAMPENOIS, *Les régimes matrimoniaux, op. cit.*, n° 679.

<sup>1294</sup> *Ibid.*

alinéa deux à l'article 1469 du même code ne s'appliquait qu'à défaut de « convention contraire des parties »<sup>1295</sup>. Un aménagement reste donc tout à fait possible, tant pour les époux communs en biens que pour les époux séparés de biens. Les époux pourraient très bien décider, comme autrefois, de soumettre les créances entre époux à l'ensemble des dispositions de l'article 1469 du Code civil<sup>1296</sup>, en écartant ainsi le nominalisme, sauf en présence d'une dépense nécessaire. Cependant, on a pu se demander jusqu'où allait la liberté des parties dans la méthode d'évaluation, notamment à la suite d'un arrêt rendu par la Cour de cassation le 4 mars 2015<sup>1297</sup>. Il résultait des faits de l'espèce que la méthode adoptée conventionnellement conduisait à obtenir une créance entre époux d'un montant bien supérieur à la dépense faite et au profit subsistant. Le Professeur Gérard Champenois a ainsi pu établir que lorsque la méthode d'évaluation serait trop éloignée des règles légales, il existerait une libéralité indirecte<sup>1298</sup>.

**280.** Par ailleurs, l'aménagement du droit de créance du conjoint ayant procuré, par son industrie personnelle, une plus-value à un bien personnel de l'autre époux pourrait être souhaitable<sup>1299</sup>. Dans l'arrêt du 12 décembre 2007, la Cour de cassation a accepté d'accorder un droit à créance au conjoint ayant procuré, par son industrie personnelle, une plus-value à un bien propre de l'autre époux<sup>1300</sup>, alors qu'elle refusait dans la même situation une récompense sous le régime de la communauté<sup>1301</sup>. Avant cet arrêt, la jurisprudence octroyait une indemnité au conjoint séparé de biens ayant collaboré sans rémunération à l'activité

---

<sup>1295</sup> V. J. FLOUR et G. CHAMPENOIS, *Les régimes matrimoniaux, op. cit.*, n° 682.

<sup>1296</sup> A. LAMBOLEY, J.-Cl. Civil Code, Art. 1387 à 1393, *Contrat de mariage, fasc. précit.* n° 58.

<sup>1297</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 4 mars 2015, *Bull. I*, n° 50, précit.

<sup>1298</sup> G. CHAMPENOIS, *Defrénois* 2016, n° 4, p. 17, note ss Cass. 1<sup>re</sup> civ., 4 mars 2015. V. *infra* § n° 281.

<sup>1299</sup> L'aménagement du droit de créance ne pourrait concerner que le régime de la séparation, car sous le régime de la communauté, le fruit de l'industrie personnelle de l'époux est commun. Seule une récompense serait donc envisageable, cependant la jurisprudence la refuse.

<sup>1300</sup> Cass., 1<sup>re</sup> civ., 12 déc. 2007, *Bull. I*, n° 390 : *JCP G* 2008, I, 144, n° 24, obs. M. STORCK ; *JCP N* 2008, 1252, note R. LE GUIDEC ; *AJ Fam.* févr. 2008, p. 85, obs. P. HILT ; *RTD civ.* 2008, p. 695, obs. T. REVET. Pour une confirmation de cette solution, v. Cass. 1<sup>re</sup> civ., 23 févr. 2011, *Bull. I*, n° 39 : *JCP N* 2011, n° 28, 1217, note R. LE GUIDEC et H. BOSSE-PLATIERE ; *Dr. famille* 2011, comm. 57, obs. B. BEIGNIER ; *AJ fam.* 2011. 272, obs. P. HILT ; *D.* 2011. 2624, obs. J. REVEL. V. également Ph. SIMLER, « L'industrie personnelle des époux déployée au bénéfice d'un patrimoine propre, une "valeur empruntée" à la communauté ? », *op. cit.*, p. 785.

<sup>1301</sup> V. *supra* § n° 275.

professionnelle de l'autre époux sur le fondement de l'enrichissement sans cause<sup>1302</sup>. L'indemnité allouée était la plus faible des deux sommes de l'enrichissement, c'est-à-dire le bénéfice procuré à l'époux possédant l'entreprise, et de l'appauvrissement, correspondant aux salaires non perçus.

Ce raisonnement a pourtant été condamné par la Cour de cassation. Elle a affirmé que l'indemnité devait être évaluée selon les règles prescrites par les textes relatifs aux créances entre époux, c'est-à-dire sur le fondement de l'article 1469, alinéa trois, du Code civil. Il fallait donc rechercher le profit subsistant, qui résulte de la différence entre la valeur actuelle du bien et celle que le bien aurait eue si le conjoint n'avait pas exercé son industrie<sup>1303</sup>. Encore une fois, les époux peuvent procéder à des aménagements, par exemple en écartant le profit subsistant et en établissant que la créance sera d'un montant correspondant à l'industrie déployée, quantifiée sur certaines bases déterminées. On ne pourrait que recommander aux époux de prévoir un maximum, afin d'éviter toute mauvaise surprise au moment d'un éventuel divorce. Encore faudrait-il être sûr que les stipulations conventionnelles aménageant les créances entre époux seront maintenues dans cette hypothèse.

### iii - La révocabilité en cas de divorce

**281.** L'enrichissement résultant pour un époux du patrimoine propre ou personnel de son conjoint ne constitue pas un avantage matrimonial, mais une libéralité<sup>1304</sup>. Concernant la révocabilité des libéralités en cas de divorce, en vertu de l'article 265 du Code civil, le divorce est sans incidence sur les donations de biens présents, quelle que soit leur forme. Au contraire, il emporte révocation de plein droit des dispositions à cause de mort, sauf volonté contraire de l'époux qui les a consenties. Il reste à déterminer si les aménagements qui ont été cités précédemment peuvent être qualifiés de libéralités indirectes. Ces aménagements

---

<sup>1302</sup> V. Cass. 1<sup>re</sup> civ., 15 mars 1960, *Bull. civ. I*, n° 154 – Cass. 1<sup>re</sup> civ., 1<sup>er</sup> déc. 1969, *Bull. civ. I*, n° 374 – Cass. 1<sup>re</sup> civ., 9 janv. 1979, *Bull. civ. I*, n° 11 et 30 mai 1979, *Bull. civ. I*, n° 161 : *D.* 1981, p. 241, note A. BRETON ; *Defrénois* 1980, art. 32174, note A. PONSARD ; *RTD civ.* 1980, p. 349, obs. R. NERSON et J. RUBELLIN-DEVICHI ; *Journ. not.* 1979, art. 55216, obs. J. VIATTE – Cass. 1<sup>re</sup> civ., 26 oct. 1982, *Bull. civ. I*, n° 302 : *JCP G* 1983, II, 19992, note Fr. TERRÉ ; *Defrénois* 1983, art 33033, obs. G. CHAMPENOIS – Cass. 1<sup>re</sup> civ., 29 mai 2001 : *JCP G* 2002, I, 103, n° 22, M. STORCK.

<sup>1303</sup> V. Cass. 1<sup>re</sup> civ., 23 févr. 2011, *Bull. I*, n° 39, précit.

<sup>1304</sup> M. STORCK, J.-Cl. Civil Code, Art. 1527, *Communauté conventionnelle*, fasc. précit., n° 7.

procurent-ils un enrichissement à l'un des époux résultant du patrimoine propre ou personnel de son conjoint ? Lorsque les époux ont choisi des modalités d'évaluation autres que celles évoquées à l'article 1479, alinéa deux, du Code civil, il en résulte nécessairement un enrichissement par rapport aux modalités fixées par cette même disposition. Faudrait-il donc qualifier de libéralité indirecte tous les aménagements relatifs aux modalités d'évaluation ? On peut penser que l'article 1479, en prévoyant en son second alinéa que la convention contraire est possible, s'y oppose. Si le législateur autorise le recours à d'autres modalités d'évaluations choisies par les parties, il convient de ne pas les traiter différemment des modalités légales. Il faudrait considérer qu'il existe une libéralité indirecte dans l'unique cas où les modalités conventionnelles sont trop éloignées des modalités fixées par la loi<sup>1305</sup>.

Les aménagements portant sur les créances entre époux entrent-ils donc dans le domaine de l'article 265 ? Ce ne sont ni des avantages matrimoniaux ni des libéralités, sauf exception, et encore moins des donations. Pourtant, certains auteurs<sup>1306</sup> semblent assimiler ces aménagements à ceux relatifs aux récompenses. On retrouve alors le même raisonnement qu'au sujet de ces dernières : les aménagements prenant effet au cours du mariage sont maintenus en cas de divorce, conformément à l'article 265 du Code civil. Le fait générateur de la créance entre époux, tout comme celui de la récompense, intervient pendant la durée du régime. Le règlement de la créance pouvant avoir lieu pendant la durée du régime ou à la dissolution, la mise en œuvre de la distinction est encore une fois difficile. Il faudrait prévoir par précaution le maintien de ces aménagements<sup>1307</sup>. Une autre solution consisterait à conseiller à l'époux créancier d'exiger le règlement de la créance avant la dissolution, afin d'être absolument sûr que l'aménagement puisse jouer. Cette solution présenterait évidemment l'inconvénient d'aggraver une mésentente naissante entre les époux. En outre, en faveur de l'efficacité des aménagements au moment du divorce, on peut souligner que le régime des créances entre époux est soumis en grande partie au droit commun. Or, rien n'empêche de prévoir conventionnellement des modalités d'évaluation de la créance et le changement de relation entre le débiteur et le créancier ne devrait pas suffire à remettre en cause de telles prévisions.

---

<sup>1305</sup> En ce sens, v. G. CHAMPENOIS, *Defrénois* 2016, n° 4, p. 17, note ss Cass. 1<sup>re</sup> civ., 4 mars 2015.

<sup>1306</sup> S. PIEDELIEVRE, « L'aménagement des libéralités entre époux par la loi du 36 mai 2004 », *D.* 2004, p. 2512, n° 19, note 32.

<sup>1307</sup> À supposer qu'un tel maintien soit valable, v. *supra* § n° 272.

**282.** Nous avons démontré de quelle façon les aménagements des régimes matrimoniaux peuvent être utilisés au profit de l'entreprise. On retrouve, comme en présence des mécanismes légaux, une cohérence de traitement entre l'entrepreneur individuel et l'associé : tous deux peuvent, avec leur conjoint, décider d'aménagements « sur mesure » portant sur l'entreprise individuelle ou sur les droits sociaux. Parfois ces aménagements servent d'abord les intérêts de l'un des époux ; mais au final, l'entreprise en bénéficie. La liberté des époux rencontre néanmoins en la matière certains obstacles. Des avantages matrimoniaux ou des libéralités résultant de ces aménagements peuvent, au décès de l'époux, encourir la réduction à la quotité disponible au titre de l'action en retranchement<sup>1308</sup> exercée par les enfants non communs. Les époux devront donc être prudents s'ils ont prévu ces aménagements en cas de décès. Ces règles valent dans l'ordre interne. Pour connaître les règles applicables dans les autres États, il faut consulter le droit interne de ceux-ci. Dans l'ordre international, les époux peuvent justement décider de la loi applicable à leur régime matrimonial, qui a d'importantes conséquences pour l'entreprise.

## **B - Le choix de la loi applicable au régime matrimonial dans l'ordre international**

**283.** Il convient préalablement de bien déterminer ce qu'on entend par « loi applicable au régime matrimonial ». Cette loi s'applique à l'établissement, aux effets et à la liquidation du régime matrimonial. La qualification d'avantage matrimonial relève de la loi applicable à ce régime, alors que l'action en retranchement est soumise à la loi successorale. La capacité des époux à conclure un contrat de mariage ne relève pas non plus de la loi applicable au régime matrimonial<sup>1309</sup>. Quant au régime primaire, il échappe également à celle-ci, car on lui applique la loi des effets personnels du mariage, c'est-à-dire la loi nationale commune, à

---

<sup>1308</sup> Cette expression, qui figurait dans l'ancien art. 1496 C. civ., n'est plus utilisée à présent dans le Code ; toutefois la pratique continue à l'employer. Cette action est envisagée à l'art. 1527, al. 2, C. civ.

<sup>1309</sup> La capacité relève de la loi personnelle des époux, V. arrêt Cass. 1<sup>re</sup> civ., 16 juill. 1971, *Chelly* : *Rev. crit. DIP* 1972, p. 612, note G. DROZ ; *JDI* 1972, p. 287, note LEHMAN ; *D.* 1972, jurispr. p. 633, note Ph. MALAURIE ; *GAJFDIP* 2006, p. 344. Il convient également de se reporter à la convention de La Haye du 13 janvier 2000 sur la protection internationale des adultes. La convention de La Haye de 1978 relative aux régimes matrimoniaux et le règlement européen du 24 juin 2016 excluent respectivement de leur champ d'application la capacité des époux en leur art. 1<sup>er</sup> 3 et 1<sup>er</sup> 2, a.

défaut la loi du domicile commun, à défaut la loi du for. Le devoir de communauté de vie, le devoir de fidélité et les donations entre époux font partie du régime primaire et obéissent donc à ces règles de conflit. Cependant le domaine de la loi des effets du mariage est limité au sein du régime primaire en raison de l'importance des lois de police<sup>1310</sup>. La loi du for est ainsi applicable dès lors que sont en cause la solidarité ménagère, la protection du logement de la famille, l'intérêt des tiers et la sécurité du crédit.

De surcroît, la loi applicable au régime matrimonial désignée par les règles de conflit est écartée si elle heurte l'ordre public<sup>1311</sup>. La loi applicable au régime matrimonial est encore exclue pour toutes les obligations alimentaires entre époux<sup>1312</sup>, c'est-à-dire la contribution aux charges du mariage, le devoir de secours et la prestation compensatoire, ainsi que pour les droits successoraux du conjoint survivant<sup>1313</sup>. Le choix de la loi applicable au régime matrimonial dépend de la date du mariage des époux. Lorsqu'ils se sont mariés avant le 1<sup>er</sup> septembre 1992, date d'entrée en vigueur de la convention de La Haye du 14 mars 1978 sur la loi applicable aux régimes matrimoniaux, il convient d'appliquer la construction jurisprudentielle qui constitue « le droit commun » (I). Lorsque les époux se sont mariés après le 1<sup>er</sup> septembre 1992, mais avant le 29 janvier 2019, la détermination de la loi applicable procède de la convention de La Haye (II). Enfin, les époux mariés après le 29 janvier 2019 sont soumis au règlement européen du 24 juin 2016<sup>1314</sup> (III).

---

<sup>1310</sup> Le règlement européen du 24 juin 2016 prévoit que les lois de polices peuvent déroger à ses dispositions en son article 30.

<sup>1311</sup> La convention de La Haye de 1978 relative aux régimes matrimoniaux permet d'écarter la loi désignée si elle est « manifestement incompatible avec l'ordre public », art. 14.

<sup>1312</sup> La convention de La Haye de 1978 relative aux régimes matrimoniaux et le règlement européen du 24 juin 2016 excluent respectivement de leur champ d'application ces obligations en leur art. 1<sup>er</sup> 1 et 1<sup>er</sup> 2, c. Il convient de se reporter au protocole de La Haye du 23 novembre 2007 sur la loi applicable aux obligations alimentaires, entré en vigueur le 1<sup>er</sup> août 2013.

<sup>1313</sup> La convention de La Haye de 1978 relative aux régimes matrimoniaux et le règlement européen du 24 juin 2016 excluent respectivement de leur champ d'application ces droits en leur art. 1<sup>er</sup> 2 et 1<sup>er</sup> 2, d.

<sup>1314</sup> Règlement (UE) 2016/1103 du Conseil du 24 juin 2016 mettant en œuvre une coopération renforcée dans le domaine de la compétence, de la loi applicable, de la reconnaissance et de l'exécution des décisions en matière de régimes matrimoniaux.

## I - Le droit commun

**284.** Il fait prévaloir l'autonomie de la volonté des époux. L'époux entrepreneur peut, en accord avec son époux, choisir la loi applicable au régime matrimonial qui convient le plus à la gestion de l'entreprise. Lorsqu'aucun contrat de mariage n'a été établi, il convient de rechercher quelle a été cette volonté quant à la loi applicable à leur régime matrimonial. Cette volonté est parfois difficile à cerner (a). Aussi, il semble préférable que les époux concluent un contrat de mariage préalablement à leur union. Ils bénéficient alors d'une grande liberté dans le choix de la loi applicable à leur régime matrimonial (b).

### a - La difficile recherche de la volonté des époux en l'absence de contrat de mariage

**285.** À défaut de contrat, l'arrêt *Zelcer*, rendu par la Cour de cassation le 4 juin 1935<sup>1315</sup>, a posé le principe : il faut rechercher la volonté des époux de fixer le centre de leurs intérêts pécuniaires dans tel ou tel État. Cet arrêt a posé une présomption en faveur du premier domicile matrimonial des époux. Le domicile doit être effectif : on considère que cette condition est remplie lorsqu'ils sont restés un minimum de deux ans dans un pays<sup>1316</sup>. Cette présomption n'étant qu'une présomption simple, elle peut être écartée par des éléments démontrant que la volonté des époux était autre<sup>1317</sup>. Il pouvait parfois être difficile pour les époux de savoir avec certitude quelle loi devait s'appliquer à leur régime matrimonial. Tel était le cas lorsqu'ils avaient « changé fréquemment de domicile et n'avaient pas de centre

---

<sup>1315</sup> Cass. req., 4 juin 1935, *Zelcer* : *Rev. crit. DIP* 1936, p. 755, note J. BASDEVANT ; *S.* 1936, p. 377, rapp. PILON, note NIBOYET ; *DP* 1936, 1, 7, rapp. PILON, note R. SAVATIER.

<sup>1316</sup> H. BATIFFOL et P. LAGARDE, *Traité de droit international privé*, t. II, LGDJ, 7<sup>e</sup> éd., 1983, n° 620, note 8 ; M. REVILLARD, *Droit international privé et européen : pratique notariale*, Défrénois, 9<sup>e</sup> éd., 2018, p. 232, note 20.

<sup>1317</sup> V. notamment Cass. 1<sup>re</sup> civ., 22 nov. 2005, *Bull. civ.* 2005, I, n° 431 : *Deffrénois* 2006, art. 38414, p. 1046, note M. FARGE ; *JDI* 2006, p. 970, note I. BARRIERE-BROUSSE. – Cass. 1<sup>re</sup> civ., 24 sept. 2014, inédit : *JCP N* 2014, n° 43, act. 1106 ; *Deffrénois* 2014, chron. n° 118e6, spéc. n° 118h4, obs. P. CALLE. Des circonstances postérieures au mariage peuvent éclairer une volonté différente des époux quant à la localisation de leurs intérêts pécuniaires au moment de leur union, Cass. 1<sup>re</sup> civ., 3 oct. 2019, inédit, n° 18-22.945 : *Dr. famille* 2019, comm. 257, M. FARGE ; *Deffrénois flash* n° 42-2019, p. 5, 152z6 ; *JCP G* 2019, n° 47, doct. 1202, obs. G. WIEDERKEHR.

des intérêts pécuniaires »<sup>1318</sup>. Or, les époux dont l'un est entrepreneur peuvent se trouver dans ce cas de figure et ils ont besoin, encore plus que d'autres, de prévisibilité : l'avenir de l'entreprise en dépend.

**286.** Aussi la jurisprudence a-t-elle admis la recevabilité de l'action déclaratoire en détermination de la loi applicable au régime matrimonial. Le juge se prononçait sur cette loi en dehors de tout contentieux et cela permettait aux époux de fixer la loi applicable à leur régime. Cette action pouvait être utile aux époux à la tête d'entreprises. Néanmoins le jugement était inopposable aux tiers et on connaît le danger que peuvent représenter les créanciers professionnels pour le patrimoine des époux et notamment pour l'entreprise. De plus, l'action déclaratoire a été rendue obsolète par la convention de La Haye, qui autorise les époux, même mariés avant son entrée en vigueur, à se prévaloir de son article 6 pour confirmer la loi applicable au régime matrimonial ou pour changer de loi<sup>1319</sup>. Cette solution doit être conseillée à l'époux chef d'entreprise qui serait marié sans contrat de mariage. Cependant, depuis le 29 janvier 2019, il faudrait appliquer aux époux, même mariés avant le 1<sup>er</sup> septembre 1992, le règlement européen qui permet de désigner au cours du mariage la loi applicable au régime matrimonial<sup>1320</sup>. Toutefois, le règlement propose aux époux moins de choix que ce que leur offrait le droit commun lorsqu'ils se prononçaient en faveur d'une loi préalablement au mariage.

### **b - La grande liberté dans le choix de la loi applicable par contrat de mariage**

**287.** Dans le cas où un contrat a été conclu, des références au moins implicites dans l'*instrumentum* amènent à considérer que les époux ont exprimé un choix quant à la loi applicable<sup>1321</sup>. La loi choisie peut ne présenter « aucun lien avec la nationalité, la résidence

---

<sup>1318</sup> M. REVILLARD, J.-Cl. Civil Code, art. 1387 à 1581, *Régimes matrimoniaux*, Fasc. unique, *Droit international privé français, système de droit commun, système issu de la convention de La Haye*, n° 28.

<sup>1319</sup> V. M. REVILLARD, J.-Cl. Civil Code, art. 1387 à 1581, *Régimes matrimoniaux*, fasc. précit., n° 29. V. Cass. 1<sup>re</sup> civ., 7 nov. 2018, inédit, n° 17-17.857 : *Defrénois* 2019, n° 6, p. 30, obs. P. CALLE ; *JCP G* 2019, n° 20, p. 554, obs. G. WIEDERKEHR : la Convention s'applique, dans chaque État contractant, aux époux qui se sont mariés ou qui désignent la loi applicable à leur régime matrimonial après son entrée en vigueur pour cet État (c'est ici le deuxième cas de figure qui nous intéresse).

<sup>1320</sup> V. *infra* § n° 297.

<sup>1321</sup> M. REVILLARD, J.-Cl. Civil Code, art. 1387 à 1581, *Régimes matrimoniaux*, fasc. précit., n° 13.

ou le domicile des époux »<sup>1322</sup> : ils ont toute liberté. Une telle latitude doit être appréciée dans le cadre de l'entreprise. Les époux sont en mesure de choisir la loi qui leur paraît la mieux à même de régir leurs relations entre eux et leurs relations avec les tiers, notamment les créanciers. Toutefois ils ne pourraient pas désigner une loi contraire à l'ordre public français. On peut imaginer une loi qui, par exemple, accorderait des pouvoirs considérables sur les biens communs à l'un des époux et retirerait toute prérogative sur ces biens à son conjoint en raison de son sexe. Conformément à l'indivisibilité du régime matrimonial, la même loi s'applique à tous les biens des époux, qu'il s'agisse de biens mobiliers ou immobiliers<sup>1323</sup>. Les époux ne peuvent pas soumettre les biens mobiliers et les biens immobiliers à des lois différentes, ce qui, pourtant, aurait pu paraître attractif pour les époux dont l'un est entrepreneur, et en particulier pour l'époux associé, car les parts sociales et les actions constituent des biens mobiliers.

De plus, on a pu se demander si le renvoi, mécanisme propre au droit international privé, devait être admis en matière de loi applicable au régime matrimonial. Comme l'écrit le Professeur Bernard Haftel, on est en présence d'un renvoi « lorsque la règle de conflit de lois du for désigne une loi étrangère et que cette loi étrangère, par le biais de sa propre règle de conflit de loi, refuse cette désignation et la renvoie vers une autre loi »<sup>1324</sup>. Lorsque la loi étrangère renvoie à la compétence de la loi du for, on obtient un renvoi au premier degré ; lorsqu'elle renvoie à la loi d'un État tiers, on parle de renvoi au second degré. Or, la Cour de cassation a exclu le renvoi dans l'arrêt *Gouthertz*<sup>1325</sup> de 1972. Elle a considéré que les époux n'avaient pu se référer qu'à la loi interne à l'exclusion des règles de conflits de lois dont il n'est pas raisonnable de penser qu'ils aient soupçonné l'existence. Admettre le renvoi n'aurait fait qu'ajouter de la complexité et de la confusion<sup>1326</sup>, alors que l'entreprise a besoin de simplicité et de sécurité. S'agissant de la forme du contrat de mariage, celui-ci doit être

---

<sup>1322</sup> É. FONGARO, « Chronique de droit international privé notarial », *JCP N* n° 43-44, 2012, 1358, n° 7.

<sup>1323</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 12 juin 1979 : *D.* 1980, jurispr. p. 202, note BOULANGER ; *Rev. crit. DIP* 1981, p. 491, note H. BATIFFOL. – Cass. 1<sup>re</sup> civ., 3 janv. 1985 : *Rev. crit. DIP* 1985, p. 652, note H. BATIFFOL.

<sup>1324</sup> B. HAFTEL, *Droit international privé*, Dalloz, 7<sup>e</sup> éd., 2018, n° 319.

<sup>1325</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ. 1<sup>er</sup> févr. 1972, *Gouthertz* : *JCP G* 1972, II, 17096, concl. GEGOUT ; *JDI* 1972, p. 594, note Ph. KAHN ; *Defrénois* 1972, art. 30020, note Ph. MALAURIE ; *Rev. crit. DIP* 1972, p. 644, note G. WIEDERKEHR ; *Journ. not.* 1973, p. 681 s., note G. DROZ et art. 51182, note G. DROZ.

<sup>1326</sup> V. en faveur du refus du renvoi, M. REVILLARD, J.-Cl. Civil Code, art. 1387 à 1581, *Régimes matrimoniaux*, fasc. précit., n° 34.

rédigé conformément à la loi du lieu de rédaction<sup>1327</sup>. Ces règles ne valent que pour les époux qui se sont mariés avant le 1<sup>er</sup> septembre 1992. Pour la période postérieure à cette date, la convention de La Haye prend le relais.

## II - La convention de La Haye

**288.** Deux observations préalables s'imposent. Tout d'abord, la convention s'applique même si la loi désignée en vertu de ses articles n'est pas celle d'un État contractant<sup>1328</sup>. En cela, la convention a un caractère universel. Ensuite, les dispositions de la convention renvoient toujours à la « loi interne » de tel ou tel État. Ce faisant, ses rédacteurs ont entendu exclure en principe le renvoi. Ce dernier est tout de même admis au second degré à titre exceptionnel en faveur de la loi de la nationalité commune<sup>1329</sup>. Lorsque les époux n'ont pas désigné la loi applicable à leur régime matrimonial, ils s'exposent à certains désagréments (a). Il est donc recommandé à l'époux entrepreneur individuel ou associé d'effectuer cette désignation, qui présente des avantages (b).

### a - Les dangers relatifs à l'absence de choix explicite de la loi applicable au régime matrimonial

**289.** Lorsque les époux n'ont pas désigné la loi applicable à leur régime matrimonial, deux problèmes peuvent se présenter. Premièrement, les rattachements qui permettent de déterminer la loi applicable semblent complexes (1). Deuxièmement, la loi applicable au régime matrimonial change parfois automatiquement, ce qui peut contrevenir aux prévisions des époux, et en particulier du conjoint entrepreneur ou dirigeant social (2).

---

<sup>1327</sup> Règle *locus regit actum* appliquée à la forme du contrat de mariage, v. Cass. civ., 18 nov. 1865 : S. 1865, 1, p. 317 ; DP 1865, 1, p. 341.

<sup>1328</sup> Art. 2 de la convention.

<sup>1329</sup> V. art. 4, 2, b) de la convention.

## 1 - La complexité des rattachements concernant la loi initialement applicable

**290.** Une série de rattachements objectifs est prévue par l'article 4. Le principe consiste en l'application de la loi de l'État correspondant à la première résidence habituelle après le mariage. Contrairement au domicile, la résidence est une notion de fait. On considère qu'en s'établissant dans un État à titre habituel postérieurement au mariage, les époux choisissent implicitement de faire régir leur régime matrimonial par la loi de cet État. La résidence habituelle des époux crée avec ce dernier une proximité justifiant que sa loi soit applicable. Néanmoins le régime matrimonial est parfois soumis à la loi de l'État de la nationalité commune des époux. Tel est le cas lorsqu'ils ont la nationalité d'un État qui a fait la déclaration d'application de sa loi à ses nationaux<sup>1330</sup>. Seuls les Pays-Bas ont procédé à cette déclaration<sup>1331</sup>. Encore faut-il que l'effet de celle-ci n'ait pas été exclu : il l'est lorsque les époux ont conservé tous deux leur résidence habituelle dans un État où, au moment du mariage, ils avaient leur résidence habituelle depuis cinq ans au moins<sup>1332</sup>. La loi de l'État de la nationalité commune des époux est également applicable aux « époux ressortissants d'États non contractants appliquant le principe de la nationalité, si ces époux établissent leur résidence habituelle dans un État appliquant [le même principe] »<sup>1333</sup>. On assiste alors à un renvoi au second degré. Une complexité certaine se dégage de ces règles et il n'est pas sûr que l'époux entrepreneur s'y retrouve facilement.

Enfin, dans le cas où les époux n'ont pas de première résidence habituelle commune, la loi de la nationalité commune est encore applicable. À défaut de résidence habituelle des époux sur le territoire du même État et de nationalité commune, leur régime matrimonial est soumis à la *proper law*, c'est-à-dire à la loi interne de l'État avec lequel il présente les liens les plus étroits. Or, cette hypothèse ne nous paraît pas si exceptionnelle : on peut concevoir qu'un chef d'entreprise réside la majeure partie du temps à l'étranger en changeant souvent de pays ; il se marie, certes imprudemment, sans contrat avec une personne qu'il a rencontrée

---

<sup>1330</sup> En vertu de l'art. 5, al. 1<sup>er</sup>, de la convention.

<sup>1331</sup> Loi du Royaume portant approbation de la convention sur la loi applicable aux régimes matrimoniaux conclue à La Haye le 14 mars 1978.

<sup>1332</sup> Art. 5, al. 2, de la convention.

<sup>1333</sup> M. REVILLARD, J.-Cl. Civil Code, art. 1387 à 1581, *Régimes matrimoniaux*, fasc. précit., n° 61.

au cours d'un de ses nombreux voyages et qui n'a pas la même nationalité que lui. Pour les besoins de sa profession, il continue à résider à l'étranger, dans un État différent de celui de son conjoint. Ainsi, dans le cas où les époux n'ont pas un mode de vie « classique » et n'ont pas la même nationalité, on en vient à rechercher avec quel État le régime matrimonial présente les liens les plus étroits. Cette appréciation est une source d'incertitude pour les époux.

## 2 - La mutabilité automatique de la loi applicable contraire à la prévisibilité

**291.** La convention de La Haye prévoit une mutabilité automatique de la loi applicable en son article 7. Lorsque les époux n'ont pas désigné la loi applicable ni fait de contrat de mariage, la loi de la résidence habituelle commune devient applicable, au lieu et place de celle qui était applicable jusqu'alors, dans trois cas : lorsque la nationalité commune et la résidence commune convergent<sup>1334</sup>, lorsque la résidence des époux a duré plus de 10 ans et lorsque la loi de la nationalité commune s'était appliquée à défaut de résidence habituelle commune<sup>1335</sup>. Ce changement automatique de la loi applicable ne vaut que pour l'avenir<sup>1336</sup>. Cette disposition de la convention a été très critiquée par la doctrine<sup>1337</sup>. À moins d'être des experts en droit international privé des régimes matrimoniaux, les époux ne se rendront pas compte tout de suite que la loi applicable a été modifiée. Pourtant, s'ils passent d'une loi dont le régime légal est de nature séparatiste à une loi dont le régime légal est communautaire, ou inversement, les conséquences peuvent être lourdes tant dans leurs rapports entre eux que dans les rapports avec les créanciers. Au final, l'entreprise individuelle ou la société peut pâtir de cette situation. En outre, une conséquence de la

---

<sup>1334</sup> Pour une illustration, V. Cass. 1<sup>re</sup> civ., 12 avr. 2012, Bull. civ. I, n° 90 : *JDI* 2012, comm. 14, p. 950, note I. BARRIERE-BROUSSE ; *Deffrénois* 2012, p. 696, note M. REVILLARD ; *AJ Fam.* juin 2012, note A. BOICHE.

<sup>1335</sup> Pour une illustration, V. Cass. 1<sup>re</sup> civ., 12 févr. 2014, inédit : *Dr. famille* 2014, p. 35, M. FARGE.

<sup>1336</sup> Art. 8 de la convention.

<sup>1337</sup> Y. LEQUETTE, *Le droit international privé de la famille à l'épreuve des conventions internationales*, Recueil des cours, Collected courses of the Hague Academy of International Law, II, 1994, t. 146, Martinus Nijhoff Publishers, n° 186 s. ; M. REVILLARD, « Premier bilan d'application de la convention de La Haye du 14 mars 1978 sur la loi applicable aux régimes matrimoniaux », in *E Pluribus unum, Liber amicorum G. Droz*, Martinus Nijhoff Publishers, 1996, p. 385 ; R. CRONE, « Le changement automatique de la loi applicable au régime matrimonial : une bombe à retardement », *Deffrénois* 2001, p. 1026.

mutabilité automatique se manifeste au moment de la dissolution du régime matrimonial puisque le notaire devra procéder à plusieurs liquidations successives. En fonction de leur date d'acquisition, les biens seront soumis à l'une ou l'autre loi applicable. Un auteur<sup>1338</sup> évoque justement les « difficultés de preuve, d'origine et d'estimation des biens lorsqu'il faudra liquider ces régimes successifs ».

Toutefois la convention de La Haye donne aux époux un instrument pour contrer la mutabilité automatique<sup>1339</sup> : ils peuvent confirmer l'application de la loi déjà applicable<sup>1340</sup> ou désigner au cours du mariage une nouvelle loi comme étant applicable<sup>1341</sup>. Cela leur permet de faire obstacle préventivement au changement automatique à venir ; mais aussi d'effacer les effets du changement automatique déjà intervenu grâce à l'effet rétroactif de la mutabilité volontaire. Cependant il convient de prendre en compte le règlement européen<sup>1342</sup> : depuis le 29 janvier 2019, tous les époux souhaitant changer la loi applicable à leur régime matrimonial doivent se soumettre aux dispositions du règlement, quelle que soit la date de leur mariage.

### **b - Les avantages attachés à la désignation de la loi applicable au régime matrimonial**

**292.** Depuis le 29 janvier 2019, les époux doivent désigner la loi applicable sur le fondement du règlement européen<sup>1343</sup>. S'ils ne peuvent plus effectuer de désignation de loi sur le fondement de la convention, il nous faut pourtant évoquer les choix qui leur étaient offerts. Cela est indispensable pour savoir si la désignation a été correctement faite et si le régime matrimonial doit être liquidé conformément à la loi désignée. En voulant accorder une grande liberté aux époux dans le choix de la loi applicable au régime matrimonial, la

---

<sup>1338</sup> M. REVILLARD, J.-Cl. Civil Code, art. 1387 à 1581, *Régimes matrimoniaux*, fasc. précit., n° 90.

<sup>1339</sup> *Id.*, n° 81.

<sup>1340</sup> G. DROZ, *Rev. Crit. DIP* 1992, p. 666 ; A.-E. VON OVERBECK, *Rapport explicatif sur la Convention-Régimes matrimoniaux de 1978, Actes et Documents de la treizième session 1976*, t. 2, Régimes matrimoniaux, p. 328 s., n° 89 ; M. REVILLARD, La Convention de La Haye du 14 mars 1978 sur la loi applicable aux régimes matrimoniaux (a), *Defrénois* 1992, n° 5, p. 257, n° 38.

<sup>1341</sup> V. *infra* § n° 295.

<sup>1342</sup> Sur l'applicabilité du règlement, v. *supra* § n° 286.

<sup>1343</sup> V. *infra* § n° 297.

convention de La Haye a apporté de la complexité dans leurs rapports (1). Quant aux rapports entre les époux et les tiers, ils sont empreints de sécurité (2).

## **1 - Les rapports entre les époux : de la liberté à la complexité**

**293.** Les choix relatifs à la loi applicable diffèrent selon que la désignation a lieu avant le mariage (i) ou après (ii).

### **i - Les choix possibles dans la désignation de la loi applicable avant le mariage**

**294.** En vertu de l'article 3 de la convention, « Le régime matrimonial est soumis à la loi interne désignée par les époux avant le mariage » ; toutefois la liberté de choix n'est pas absolue. Les époux peuvent choisir la loi nationale de l'un d'eux, la loi de l'État sur le territoire duquel l'un des époux a sa résidence habituelle ou encore la loi du premier État sur le territoire duquel l'un des époux établira une nouvelle résidence habituelle après le mariage. Concernant les deux premiers critères de rattachement, la condition de nationalité ou de résidence doit être remplie au moment de la désignation de la loi. S'agissant du troisième critère, s'il s'avère qu'aucun des époux ne s'est finalement établi sur le territoire de l'État dont ils avaient désigné la loi, le choix de loi devient inopérant<sup>1344</sup>. En droit français, les époux peuvent choisir le régime matrimonial qu'ils souhaitent au sein de la loi applicable<sup>1345</sup>. Cela vaut également dans le cas où la désignation est effectuée au cours du mariage.

De plus, l'article 3 pose le principe de l'indivisibilité du régime matrimonial en ce que la loi désignée s'applique à l'ensemble des biens des époux avec, cependant, une exception. Indépendamment de la désignation ou non d'une loi pour l'ensemble des biens, les époux « peuvent désigner, en ce qui concerne les immeubles ou certains d'entre eux, la loi du lieu où ces immeubles sont situés ». L'époux entrepreneur pourrait trouver un intérêt à ce dépeçage de la loi applicable. Prenons des époux qui désignent la loi française comme étant applicable à leur régime matrimonial et choisissent le régime légal de la communauté de

---

<sup>1344</sup> M. REVILLARD, J.-Cl. Civil Code, art. 1387 à 1581, *Régimes matrimoniaux*, fasc. précit., n° 51.

<sup>1345</sup> Art. 1397-3, al. 3, C. civ.

biens réduite aux acquêts. Les biens qu'ils vont acquérir au cours du mariage tombent en principe en communauté. Un bien immobilier n'échappe pas à cette règle et l'article 1424 du Code civil empêche un époux seul de disposer d'un tel bien ou de le grever de droits réels. On pourrait concevoir que l'époux entrepreneur se sente entravé par une telle règle, sachant qu'il va utiliser le bien immobilier à des fins professionnelles. Imaginons que la loi du lieu de situation de l'immeuble donne la faculté à chacun des époux d'en disposer seul, même s'il est commun ; mués par un désir d'indépendance et convaincus que l'intérêt de l'entreprise va dans ce sens, les époux pourraient alors choisir de soumettre cet immeuble à la loi du lieu de situation. En outre, ils « peuvent également prévoir que les immeubles qui seront acquis par la suite seront soumis à la loi du lieu de leur situation »<sup>1346</sup>.

Puisque les époux ont la faculté de désigner la loi du lieu de situation concernant seulement certains immeubles, ils pourraient décider que les immeubles utilisés à des fins professionnelles, qu'ils soient présents ou à venir, seront soumis à cette loi. Pour prendre la suite de l'exemple ci-dessus, rien ne s'opposerait à ce que les époux soumettent les immeubles utilisés à des fins professionnelles, présents ou à venir, à la loi du lieu de situation, mais seulement à la condition que la loi de tel ou tel État soit applicable. Pour ce qui nous intéresse, il s'agirait d'une loi qui donne la possibilité à l'époux seul de disposer d'un immeuble commun. Cette faculté pour les époux de dissocier le sort des biens mobiliers et immobiliers est une source de complexité lors de la dissolution du régime. Il conviendra de procéder à deux liquidations : une pour les biens de chaque nature suivant la loi applicable. Comme nous allons le voir, la convention de La Haye permet également aux époux de choisir la loi applicable à leur régime matrimonial au cours du mariage.

## **ii - Les choix possibles dans la désignation de la loi applicable au cours du mariage**

**295.** Que les époux aient ou non désigné une loi applicable à leur régime matrimonial avant leur mariage, l'article 6 de la convention les autorise, au cours de celui-ci, à soumettre ledit régime à une loi autre que celle jusqu'alors applicable. Deux des trois rattachements énoncés à l'article 3 sont possibles : les époux ont le choix entre la loi de l'État dont l'un d'eux a la nationalité au moment de la désignation et la loi de l'État sur le territoire duquel

---

<sup>1346</sup> Art. 3 de la convention.

l'un des époux a sa résidence habituelle au moment de cette désignation. L'article 6 affirme le principe d'indivisibilité du régime matrimonial dans les mêmes termes que l'article 3 et il pose la même exception concernant les immeubles. Le fait que les époux puissent désigner la loi applicable à leur régime matrimonial au cours du mariage alors qu'ils ne l'avaient pas fait avant celui-ci est appréciable. Au moment du mariage, en l'absence d'élément d'extranéité, il apparaît tout à fait normal que les époux n'effectuent pas de désignation. D'ailleurs, ils ne le peuvent pas, puisque l'application de la convention de La Haye suppose un tel élément. Toutefois, au cours du mariage, l'un des conjoints peut devenir entrepreneur et les époux s'installent à l'étranger pour des raisons professionnelles. Par prudence, ils peuvent vouloir désigner la loi applicable à leur régime matrimonial. Il sera peut-être opportun de changer de loi applicable, notamment afin de trouver le régime matrimonial le plus adapté à l'activité professionnelle de l'époux. De plus, le changement de régime volontaire opère rétroactivement<sup>1347</sup>. Par conséquent, il est vivement conseillé aux époux de stipuler une clause indiquant si le changement n'a d'effet que pour l'avenir ou s'il produit également des effets dans le passé.

Les effets combinés du changement de la loi applicable au régime matrimonial stipulé sans rétroactivité et de la dissociation des biens mobiliers et immobiliers peuvent donner lieu à une situation compliquée. Supposons que les époux aient désigné la loi applicable à leur régime préalablement à leur union et qu'ils usent de la faculté de soumettre les biens immobiliers à la loi du lieu de leur situation, loi autre que celle applicable au régime. S'ouvre alors une première période. Des années plus tard, les conjoints changent de loi applicable à leur régime, mais sans rétroactivité et continuent à soumettre les biens immobiliers à la loi du lieu de situation. S'ouvre une seconde période. À la dissolution du régime, il faudrait liquider les biens mobiliers acquis selon la loi applicable à chacune des périodes et liquider chacun des biens immobiliers selon la loi applicable à leur lieu de situation. Le praticien devra être particulièrement compétent.

En vertu de l'article 11, « La désignation de la loi applicable doit faire l'objet d'une stipulation expresse ou résulter indubitablement des dispositions d'un contrat de mariage ». La forme du contrat de mariage doit être conforme soit à la loi applicable au régime

---

<sup>1347</sup> V. notamment sur ce point A.-E. VON OVERBECK, *Rapport précit.*, n° 72.

matrimonial, soit à la loi du lieu où le contrat a été passé<sup>1348</sup>. La désignation par stipulation expresse de la loi applicable obéit à la forme prescrite pour les contrats de mariage<sup>1349</sup>. Que cette désignation soit faite par contrat de mariage ou par stipulation expresse, elle doit toujours faire l'objet d'un écrit daté et signé des deux époux<sup>1350</sup>. La convention de La Haye apporte aux époux beaucoup de liberté, même si cela aboutit parfois à des résultats complexes. Elle n'oublie pas les tiers, puisqu'elle veille à les protéger des choix faits par les époux.

## 2 - Les rapports entre les époux et les tiers : sécurité

**296.** Ils sont soumis à la loi applicable au régime matrimonial<sup>1351</sup>. Néanmoins les États membres peuvent subordonner l'opposabilité de cette loi à l'accomplissement de formalités ou à la mauvaise foi du tiers qui avait connaissance de la loi applicable au moment de la naissance du rapport juridique. Il est recommandé aux époux dont l'un au moins est entrepreneur d'être particulièrement vigilant quant à ces mesures de publicité. Par sécurité, ils pourraient parfois préciser aux tiers la loi applicable à leur régime matrimonial. En droit français, conformément à l'article 1397-3 du Code civil, « lorsque la désignation de la loi applicable est faite avant le mariage, les époux doivent présenter à l'officier d'état civil soit l'acte par lequel ils ont opéré cette désignation, soit un certificat délivré par la personne compétente pour établir cet acte ». En outre, l'acte de mariage doit énoncer qu'un acte de désignation de la loi applicable a été effectué dans le cadre de la convention de La Haye<sup>1352</sup>.

Lorsque la désignation est faite au cours du mariage, les époux font procéder aux mesures de publicité relatives à la désignation de la loi applicable dans les conditions et formes prévues aux articles 1303-1 et s. du Code de procédure civile. Lorsque l'acte de mariage est conservé par une autorité française, le changement de régime matrimonial est mentionné en marge de cet acte<sup>1353</sup>. De plus, si un contrat de mariage a été passé, la mention

---

<sup>1348</sup> Art. 12 de la convention.

<sup>1349</sup> Art. 13 de la convention.

<sup>1350</sup> Art. 12 et 13 de la convention.

<sup>1351</sup> Art. 9 de la convention.

<sup>1352</sup> Art. 76 9° C. civ.

<sup>1353</sup> Art. 1303-3, al. 1<sup>er</sup>, C. civ.

de la loi applicable est portée sur la minute de celui-ci<sup>1354</sup>. La désignation prend effet à l'égard des tiers trois mois après que les formalités de publicité évoquées ci-dessus ont été accomplies<sup>1355</sup>. Si les époux ont des actes importants à passer avant l'écoulement du délai de 3 mois, l'article 1394-4 du Code civil leur offre une solution : la désignation est opposable aux tiers même en l'absence des formalités lorsque les époux ont déclaré la loi applicable à leur régime matrimonial dans les actes passés avec eux<sup>1356</sup>. En cela, le Code civil rejoint bien la convention de La Haye qui donnait aux États membres la possibilité de subordonner l'opposabilité de la loi applicable à l'accomplissement de formalités ou à la mauvaise foi du tiers. Si les époux qui veulent désigner la loi applicable ou changer de régime doivent à présent se soumettre au règlement, c'est également lui qu'ils devront consulter s'agissant de la forme de la désignation.

### III - Le règlement européen du 24 juin 2016

**297.** Le règlement européen<sup>1357</sup> s'applique « aux époux qui se sont mariés ou qui ont désigné la loi applicable à leur régime matrimonial après le 29 janvier 2019 »<sup>1358</sup>. Certains auteurs<sup>1359</sup> considèrent donc que les époux mariés avant cette date, mais souhaitant désigner la loi applicable à leur régime matrimonial ou en changer doivent se soumettre aux dispositions du règlement. Ce dernier est issu d'une coopération renforcée entre dix-huit États membres de l'Union européenne<sup>1360</sup> et il ne s'impose qu'à ceux-ci. Le règlement s'inscrit dans la continuité de la convention de La Haye<sup>1361</sup>, mais opère une simplification sur plusieurs points. Le règlement, comme la convention, se veut universel : « La loi désignée comme la loi applicable par le règlement s'applique même si cette loi n'est pas

---

<sup>1354</sup> Art. 1397-3, al. 2, C. civ.

<sup>1355</sup> Art 1397-4, al. 1<sup>er</sup>, C. civ.

<sup>1356</sup> Art. 1397-4 C. civ.

<sup>1357</sup> Plus précisément les dispositions du chapitre III relatives à la loi applicable.

<sup>1358</sup> Art. 69, 3 du règlement.

<sup>1359</sup> M. REVILLARD, J.-Cl. Civil Code, art. 1387 à 1581, *Régimes matrimoniaux*, fasc. précit., n° 24.

<sup>1360</sup> Allemagne, Autriche, Belgique, Bulgarie, Chypre, Croatie, Espagne, Finlande, France, Grèce, Italie, Luxembourg, Malte, Pays-Bas, Portugal, République tchèque, Slovénie et Suède.

<sup>1361</sup> V. É. FONGARO, « Le choix de la loi applicable au régime matrimonial, étude », *JCP N* n° 16, 2018, 1166.

celle d'un État membre »<sup>1362</sup>. En revanche, contrairement à la convention de La Haye, le règlement exclut totalement le renvoi<sup>1363</sup>. Les règles applicables aux rapports entre les époux apparaissent assez simples, même si la liberté de ceux-ci s'en trouve quelque peu réduite (a). Comme la convention de La Haye, il garantit la sécurité des tiers (b).

### **a - Les rapports entre les époux : simplicité et liberté réduite**

**298.** Lorsque les époux n'ont pas choisi explicitement la loi applicable à leur régime matrimonial, il convient de la déterminer (1). Que les époux aient effectué la désignation de la loi avant le mariage ou qu'ils la fassent au cours de celui-ci, les choix offerts quant à la loi applicable sont les mêmes (2).

#### **1 - La détermination de la loi applicable à défaut de choix explicite**

**299.** En l'absence de choix, le règlement prévoit une règle de conflit à rattachement en cascade<sup>1364</sup>. Elle donne compétence à la loi de la première résidence habituelle commune des époux après la célébration du mariage, à défaut à la loi de la nationalité commune des époux au moment de cette célébration et à défaut à la loi de l'État avec lequel les époux ont ensemble les liens les plus étroits au moment de la célébration du mariage, compte tenu de toutes les circonstances. Toutefois, lorsque les époux ont plus d'une nationalité commune au moment de la célébration du mariage, la loi de la nationalité commune est exclue. À titre exceptionnel, l'un des époux peut demander que le rattachement de la première résidence habituelle commune des époux après la célébration du mariage soit laissé de côté au profit de la dernière résidence habituelle commune des époux. La première condition est que cette dernière résidence ait duré pendant une période significativement plus longue que la première résidence et que les époux se soient fondés sur la loi de la dernière résidence pour organiser ou planifier leurs rapports patrimoniaux. Cet aménagement possible est le bienvenu, notamment pour l'entreprise, car il permet aux époux de choisir une loi d'un État

---

<sup>1362</sup> Art. 20 du règlement.

<sup>1363</sup> Art. 32 du règlement.

<sup>1364</sup> Art. 26 du règlement.

avec lequel ils avaient de vrais liens et il évite aux époux d'être soumis à la loi d'un État avec lequel ils avaient, au final peu de liens, seulement parce qu'ils y ont résidé, de façon assez brève, par exemple par nécessité professionnelle. Avec cette demande des époux, on obtient une sorte de désignation de loi au cours du mariage, mais sans la nommer. En outre, le règlement exclut le changement automatique de régime matrimonial<sup>1365</sup>, ce qui ne peut qu'être approuvé. Cela ne rend pas pour autant inutile la désignation de la loi applicable.

## 2 - Les choix possibles dans la désignation de la loi applicable

**300.** Le règlement traite au sein du même article<sup>1366</sup> la désignation de la loi applicable préalablement au mariage et la modification de cette même loi au cours du mariage. Cela est rendu possible par l'unité des rattachements<sup>1367</sup>, qui sont la résidence habituelle de l'un des époux ou futurs époux et la nationalité de l'un d'eux ; la condition devant être remplie au moment de la conclusion de la convention. La nouvelle résidence habituelle de l'un des époux après le mariage, qui était le troisième rattachement de la convention de La Haye dans le cas d'une désignation avant le mariage, a disparu. Cela a apporté une simplification mettant fin à une certaine incertitude. De surcroît, nous avons mentionné que le Code civil autorise les époux à choisir le régime matrimonial qu'ils souhaitent au sein de la loi applicable<sup>1368</sup>. Le règlement adopterait cette même solution si l'on en croit son préambule, qui prévoit que la notion de régime matrimonial « devrait englober non seulement les règles auxquelles les époux ne peuvent pas déroger, mais aussi toutes les règles facultatives qui peuvent être fixées par les époux conformément à la loi applicable, ainsi que les règles supplétives de la loi applicable ». Les époux pourraient, par conséquent, avoir la liberté de choisir un régime conventionnel au sein de la loi applicable et ne seraient pas limités au régime légal<sup>1369</sup>. Cette solution serait très appréciable lorsque l'un des époux est entrepreneur, car nombreux sont les États à avoir établi des régimes légaux communautaires et donc a priori peu protecteurs des biens privés des époux.

---

<sup>1365</sup> Considérant 46 du préambule.

<sup>1366</sup> Art. 22 du règlement.

<sup>1367</sup> É. FONGARO, « Le choix de la loi applicable au régime matrimonial », *op. cit.*, n° 6.

<sup>1368</sup> Art. 1397-3, al. 3, C. civ.

<sup>1369</sup> V. É. FONGARO, « Le choix de la loi applicable au régime matrimonial », *op. cit.*, n° 13.

Deux différences importantes peuvent être remarquées par rapport à la convention de La Haye. La première est que le nouveau règlement européen ne permet pas de dépeçage de la loi applicable au régime matrimonial : celle-ci s'applique à l'ensemble des biens, quel que soit leur lieu de situation<sup>1370</sup>. La liberté des époux diminue pour gagner en simplicité. La seconde réside en l'absence de rétroactivité du changement de loi applicable au régime matrimonial au cours du mariage. Les époux peuvent prévoir le contraire, mais à défaut de stipulation, le changement n'a d'effet que pour l'avenir<sup>1371</sup>. L'abandon de la rétroactivité de principe est souhaitable, car cela permet de ne pas surprendre les époux qui n'auraient pas pris soin de l'écartier. Leur laisser néanmoins la possibilité de la stipuler leur donne une liberté tout à fait appréciable.

De plus, les époux peuvent comparer les avantages et les inconvénients du changement de loi applicable au régime matrimonial par rapport à ceux du changement de régime en droit interne. Outre le critère de la reconnaissance de l'acte dans les États membres participant à la coopération renforcée et en dehors de ces États<sup>1372</sup>, les époux devraient prendre en considération la possibilité ou non de changer de régime matrimonial en vertu des règles internes et, le cas échéant, les formalités, plus ou moins contraignantes, attachées à ce changement de régime. Si le régime matrimonial des époux est soumis à une loi interne qui pose une immutabilité totale du régime, recourir au changement de loi applicable pour soumettre ce dernier à un régime d'une autre nature apparaît d'un grand secours<sup>1373</sup>. S'agissant de la forme du choix, le règlement reprend la même exigence que la convention de La Haye : la désignation de la loi applicable fait l'objet d'un écrit daté et signé par les deux époux. Si la loi de l'État membre dans lequel les deux époux ont leur résidence habituelle ou si la loi applicable au régime matrimonial prévoit d'autres exigences formelles, elles s'appliquent<sup>1374</sup>. Par ailleurs, le règlement assure la sécurité des tiers.

---

<sup>1370</sup> Art. 21 du règlement.

<sup>1371</sup> Art. 22, 2 du règlement.

<sup>1372</sup> V. É. FONGARO, « Le choix de la loi applicable au régime matrimonial », *op. cit.*, n° 16.

<sup>1373</sup> É. FONGARO, « Le choix de la loi applicable au régime matrimonial », *op. cit.*, n° 18.

<sup>1374</sup> Art. 23 et 25 du règlement.

## **b - Les rapports entre les époux et les tiers : sécurité**

**301.** Le principe énoncé par le règlement est que la loi applicable au régime matrimonial entre les époux ne peut pas être opposée à un tiers<sup>1375</sup>. Il convient alors d'appliquer aux effets du régime matrimonial à l'égard des tiers la loi applicable à la convention conclue entre l'un des époux et le tiers ou, en présence d'immeubles, de biens ou encore de droits enregistrés, la loi du lieu de leur situation<sup>1376</sup>. Autrement dit, la désignation de la loi applicable ne serait d'aucune efficacité dans les relations entre les époux et les tiers. Or, cela s'avèrerait extrêmement dommageable pour les époux, surtout lorsque l'un d'eux est entrepreneur et peut donc craindre les créanciers professionnels. Cependant ce principe de l'inopposabilité aux tiers comporte maintes exceptions. La loi applicable au régime matrimonial est opposable au tiers s'il en a eu connaissance ou s'il avait dû en avoir connaissance en faisant preuve de diligence<sup>1377</sup>. Le règlement pose d'ailleurs une présomption de connaissance du tiers de la loi applicable<sup>1378</sup> lorsque celle-ci est également applicable à la convention conclue entre l'un des époux et le tiers ; lorsque la loi est celle de la résidence habituelle de l'époux contractant et du tiers et lorsque des immeubles sont concernés et que la loi applicable est celle de leur situation. Dans ces cas-là, on considère que le créancier présente suffisamment de liens avec la loi applicable au régime matrimonial pour la connaître.

La présomption de connaissance du tiers joue également lorsque l'un des époux a fait procéder aux formalités de publicité ou d'enregistrement du régime matrimonial prévues par les mêmes lois que celles citées précédemment. En droit français, il faut respecter les formalités prescrites par le Code civil, en particulier aux articles 1397-3 et 1397-4, et par le Code de procédure civile aux articles 1303-1 et s.<sup>1379</sup> Le créancier connaît suffisamment la loi applicable pour qu'on puisse exiger de lui qu'il se renseigne sur elle et sur ses conséquences sur le régime matrimonial des époux. On a pu se demander si en cas de modification de la loi applicable, il fallait se soumettre aux règles contraignantes posées par

---

<sup>1375</sup> Art. 28, 1 du règlement.

<sup>1376</sup> Art. 28, 3 du règlement.

<sup>1377</sup> Art. 28, 1 du règlement.

<sup>1378</sup> Art. 28, 2 du règlement.

<sup>1379</sup> V. *supra* § n° 296.

l'article 1397 du Code civil relatif au changement de régime matrimonial. Un changement de loi et un changement de régime étant deux mécanismes bien distincts, il ne le semble pas<sup>1380</sup>. Cette question n'est pas propre au règlement. Elle se posait déjà sous le droit antérieur<sup>1381</sup>. De plus, lorsque la rétroactivité du changement de loi applicable au régime est stipulée conventionnellement par les époux<sup>1382</sup>, elle ne porte pas atteinte aux droits des tiers résultant de cette loi<sup>1383</sup>. Par exemple, « Un changement de loi induisant le passage d'un régime de communauté à un régime de séparation de biens ne saurait réduire le droit de gage des créanciers »<sup>1384</sup>. L'époux entrepreneur ne devra donc pas voir là un moyen d'échapper à ses dettes.

**302.** Le droit international privé fait la part belle à la volonté des époux s'agissant de la loi applicable au régime matrimonial. L'autonomie de la volonté trouve également sa place dans le cadre de la loi applicable au divorce. Le règlement européen<sup>1385</sup> du 20 décembre 2010 dit « Rome III » en vigueur depuis le 21 juin 2012 autorise les époux à choisir la loi applicable à leur divorce, même si les possibilités sont encadrées<sup>1386</sup>. À défaut de choix de loi, le règlement prévoit des rattachements objectifs<sup>1387</sup>. En 2013, 2,1 millions de mariages ont été célébrés dans les États membres de l'Union européenne et 943 000 divorces ont été prononcés<sup>1388</sup>. Profiter de la liberté ainsi offerte quant au choix des lois applicables au régime matrimonial, d'une part, et au divorce, d'autre part, apparaît même comme une nécessité pour les époux dont l'un au moins est entrepreneur.

---

<sup>1380</sup> É. FONGARO, « Le choix de la loi applicable au régime matrimonial », *op. cit.*, n° 12.

<sup>1381</sup> V. concernant la convention de la Haye, M. REVILLARD, J.-Cl. Civil Code, art. 1387 à 1581, *Régimes matrimoniaux*, fasc. précit., n° 70, considérant que l'homologation judiciaire n'a pas à être respectée dans un contexte international.

<sup>1382</sup> Art. 22, 2 du règlement.

<sup>1383</sup> Art. 22, 3 du règlement.

<sup>1384</sup> É. FONGARO, « Le choix de la loi applicable au régime matrimonial », *op. cit.*, n° 8.

<sup>1385</sup> Règlement n° 1259/2010 mettant en œuvre une coopération renforcée dans le domaine de la loi applicable au divorce et à la séparation de corps. Ce règlement est issu d'une coopération renforcée entre quatorze pays : Belgique, Bulgarie, Allemagne, Espagne, France, Italie, Lettonie, Luxembourg, Hongrie, Malte, Autriche, Portugal, Roumanie et Slovaquie.

<sup>1386</sup> V. art. 5 du règlement.

<sup>1387</sup> V. art. 8 du règlement.

<sup>1388</sup> Source : Chiffres clés de l'Europe, édition 2017, Eurostat, p. 18.

L'époux entrepreneur individuel comme l'époux associé peut choisir la loi applicable à son régime matrimonial lorsqu'il existe un élément d'extranéité. Toutefois, la comparaison de leur situation montre encore ici que le premier peut bénéficier de plus de souplesse dans l'organisation de la propriété de son entreprise et, par conséquent, dans sa gestion. Cela s'explique par la gestion directe des biens de l'entreprise individuelle par l'époux. Si celui-ci est soumis à la convention de La Haye, il peut soumettre les immeubles à une loi différente de celle applicable aux autres biens. Cette souplesse ne concerne pas les droits sociaux, qui obéissent au régime des biens mobiliers. Cette différence doit cependant être relativisée car elle est amenée à disparaître, le règlement européen du 24 juin 2016 supprimant le dépeçage. L'entreprise individuelle et la société profitent de l'utilisation faite par les époux de mécanismes des régimes matrimoniaux. Elles peuvent également bénéficier de l'utilisation du mandat de protection future, que nous avons classé dans le droit de la famille.

## §2 - L'utilisation du mandat de protection future

**303.** Le mandat de protection future a été créé par la loi du 5 mars 2007 portant réforme de la protection juridique des majeurs. Sa particularité réside en ce qu'il est une mesure conventionnelle de protection juridique. L'altération des facultés mentales ou corporelles de nature à empêcher l'expression de la volonté peut être particulièrement problématique lorsque la personne concernée est entrepreneur individuel, associé ou dirigeant d'une société. L'entreprise ne doit pas être laissée à l'abandon. Or, le mandat de protection future permet, outre la protection de la personne, la protection de ses intérêts patrimoniaux<sup>1389</sup>. La personne ne faisant pas l'objet d'une mesure de tutelle ou d'une habilitation familiale<sup>1390</sup> pourrait donc organiser la gestion de son entreprise individuelle ou de ses droits sociaux pour le cas où elle serait défailante. S'agissant de la formation du mandat, nous nous pencherons sur le choix du conjoint comme mandataire (A). Nous verrons ensuite en quoi la qualité de conjoint du mandataire peut influencer sur la mise en œuvre du mandat de protection future (B).

---

<sup>1389</sup> Art. 425, al. 2, C. civ.

<sup>1390</sup> Art. 477, al. 1<sup>er</sup>, C. civ.

## **A - La formation du mandat : le choix du conjoint comme mandataire**

**304.** Que le mandat de protection future soit établi par un acte sous signature privée contresigné par un avocat ou établi selon un modèle défini par un décret en Conseil d'État<sup>1391</sup> ou encore par acte notarié<sup>1392</sup>, le choix de la personne du mandataire revient au mandant (I). Celui-ci devra tenir compte des compétences particulières qui peuvent être nécessaires dans l'entreprise (II).

### **I - La discrétion du choix du mandataire par le mandant**

**305.** Le mandant dispose d'une grande liberté dans le choix du mandataire. Ce dernier « peut être toute personne physique choisie par le mandant ou une personne morale inscrite sur la liste des mandataires judiciaires à la protection des majeurs<sup>1393</sup> »<sup>1394</sup>. Rien ne s'oppose à ce que le conjoint, personne physique, soit désigné comme mandataire. Le mandant peut désigner la personne de son choix. Cela peut s'avérer particulièrement utile « dans la situation d'un conflit familial, dû au contexte d'un divorce difficile ou de la recomposition de la famille mal acceptée par des enfants majeurs issus de la première union »<sup>1395</sup>. Le mandant peut ainsi imposer son conjoint si tel est son souhait. Le mandat de protection future présente ici un avantage de taille en comparaison de la tutelle et de la curatelle<sup>1396</sup>. Le futur potentiel majeur protégé peut désigner une ou plusieurs personnes chargées d'exercer les fonctions de curateur ou de tuteur pour le cas où il serait placé sous l'un de ces régimes de protection et ce choix s'impose au juge. Toutefois, ce dernier peut l'écarter si l'intérêt du majeur le commande<sup>1397</sup>. On observe néanmoins qu'en l'absence de désignation, la priorité

---

<sup>1391</sup> Art. 492, al. 1, C. civ.

<sup>1392</sup> Art. 489, al. 1<sup>er</sup>, C. civ.

<sup>1393</sup> Cette liste est prévue à l'art. L. 471-2 C. de l'action sociale et des familles.

<sup>1394</sup> Art. 480, al. 1<sup>er</sup>, C. civ.

<sup>1395</sup> G. RAOUL-CORMEIL, « Le mandat de protection future, un contrat pour préserver les biens professionnels ou l'intérêt de la famille », *LPA*, n° 110, 2014, p. 43, n° 12.

<sup>1396</sup> V. G. RAOUL-CORMEIL, « Le mandat de protection future, un contrat pour préserver les biens professionnels ou l'intérêt de la famille », *op. cit.*, n° 12.

<sup>1397</sup> Art. 448, al. 1<sup>er</sup>, C. civ.

est donnée au conjoint, au partenaire de PACS ou au concubin lorsque la vie commune est maintenue<sup>1398</sup>.

Il ne semble pas surprenant que l'entrepreneur puisse voir en son conjoint le mandataire idéal dans le cas où ils se sont mutuellement épaulés pendant des années. Une condition est cependant que le mandataire jouisse de la capacité civile pendant toute l'exécution du mandat<sup>1399</sup>. Or, « le grand âge [étant] souvent partagé dans un couple »<sup>1400</sup>, il faudra prendre garde à ce que le conjoint mandataire ait conservé toutes ses facultés au jour où le mandat devra être mis en œuvre. Il serait prudent de prévoir un second mandataire en cas de défaillance du premier. Les deux mandataires devraient alors accepter la mission qui leur est confiée en signant le mandat<sup>1401</sup>. Il ne faut pas perdre de vue que des compétences particulières s'avèrent nécessaires pour la gestion de l'entreprise.

## II - L'exigence de compétences particulières pour la gestion de l'entreprise individuelle ou des droits sociaux

**306.** Dans le cadre de la société, un auteur<sup>1402</sup> remarque que le mandataire n'a pas besoin de compétences particulières pour un « simple vote d'approbation des comptes et affectation du résultat aux assemblées générales », mais parfois les décisions à prendre sont de nature beaucoup plus complexe. De plus, le mandataire peut être amené à « mettre en vente la participation du mandant dans la société, et [à] réinvestir ensuite le produit de la cession »<sup>1403</sup>. Dans ces cas-là, une bonne connaissance de la société et de son fonctionnement est requise<sup>1404</sup>. Les compétences évoquées concernent la qualité d'associé du mandant. Le mandataire ne pourrait pas, en principe, se substituer au mandant dans l'exercice de ses

---

<sup>1398</sup> Art. 449, al. 1<sup>er</sup>, C. civ.

<sup>1399</sup> Art. 480 al. 2 C. civ.

<sup>1400</sup> D. FENOUILLET, « Le mandat de protection future ou la double illusion », *Defrénois*, n° 2, 2009, p. 142, n° 9.

<sup>1401</sup> L'art. 489, al. 1<sup>er</sup>, C. civ. exige l'acceptation du mandataire concernant le mandat notarié et art. 492, al. 2, C. civ. s'agissant du mandat sous signature privée. Si deux mandataires étaient prévus, il faudrait l'acceptation des deux, v. en ce sens J. MASSIP, « Le mandat de protection future (1<sup>re</sup> partie) », *op. cit.*, n° 7.

<sup>1402</sup> H. FABRE, « Application pratique des nouveaux mandats en droit des sociétés, le cas du mandat de protection future », *op. cit.*, n° 11.

<sup>1403</sup> *Ibid.*

<sup>1404</sup> *Ibid.*

fonctions de dirigeant social<sup>1405</sup>. Mais si les statuts prévoient le contraire et que le mandat confie cette mission au mandataire, il devra avoir une expérience certaine de la direction sociale. S'agissant de l'entreprise individuelle, la nécessité pour le mandataire d'avoir une maîtrise suffisante du monde de l'entreprise apparaît encore de manière flagrante. En admettant que le mandat de protection future puisse être utilisé par le mandant chef d'entreprise<sup>1406</sup>, le mandataire se retrouvera seul à la tête de celle-ci.

Plusieurs situations sont envisageables. En premier lieu, l'entreprise peut n'avoir aucun secret pour le conjoint, par exemple parce qu'il y a participé durant une période prolongée avec le statut de conjoint collaborateur ou celui de salarié<sup>1407</sup>. De façon similaire, le conjoint peut être expert dans les subtilités de la vie sociale, notamment s'il est lui aussi associé de la même société. Dans ces hypothèses, le conjoint apparaît résolument à la hauteur des fonctions de mandataire. Inversement, il peut être resté totalement à l'écart de l'exploitation de l'entreprise et du fonctionnement de la société. Dans ce cas, il serait rapidement dépassé par ses fonctions. Le choix du mandataire est important parce que la bonne gestion du patrimoine du mandant en dépend, mais aussi en raison de la responsabilité qui pèse sur le mandataire dans le cas où il commet des fautes dans l'exécution du mandat<sup>1408</sup>.

S'il est bien sûr déconseillé au conjoint profane d'être mandataire, il n'a pas pour autant besoin d'avoir des compétences développées dans tous les domaines. L'article 482 du Code civil autorise le mandataire à « se substituer un tiers pour les actes de gestion du patrimoine mais seulement à titre spécial »<sup>1409</sup>. Le tiers peut donc être chargé par le mandataire d'effectuer des opérations spécifiques. Ce dernier répond de la personne qu'il s'est substituée dans les conditions du mandat de droit commun<sup>1410</sup>. Bien entendu, il doit choisir cette personne avec soin. Le mandant lui-même pourrait d'ailleurs imposer au mandataire de se faire assister par des professionnels, comptables ou conseils<sup>1411</sup>, et, pourquoi pas, soumettre

---

<sup>1405</sup> V. *infra* § n° 321.

<sup>1406</sup> V. *infra* les doutes qui planent sur la possibilité pour le mandataire d'accomplir des actes de commerce, § n° 317. L'interdiction de ces actes empêcherait en pratique le recours au mandat de protection future par le chef d'entreprise.

<sup>1407</sup> Sur ces statuts, v. *infra* § n° 432 et s.

<sup>1408</sup> Sur cette responsabilité, V. *infra* § n° 325.

<sup>1409</sup> Art. 482, al. 1<sup>er</sup>, C. civ.

<sup>1410</sup> L'art. 482, al. 2, C. civ. renvoie à l'art. 1994 C. civ.

<sup>1411</sup> H. FABRE, « Application pratique des nouveaux mandats en droit des sociétés, le cas du mandat de protection future », *op. cit.*, n° 12.

l'accomplissement d'actes graves à un collègue<sup>1412</sup>. Cette exigence serait introduite dans le mandat. La substitution ou l'assistance par un tiers compétent permet de pallier les éventuelles carences du conjoint. En outre, des diplômes conditionnent l'exercice des professions libérales. Pour pouvoir organiser la fin de l'activité du mandant qui exerçait une telle profession et céder ses actifs professionnels, le mandataire doit avoir ces diplômes<sup>1413</sup>. Si le conjoint exerce la même profession libérale, la transmission de l'activité professionnelle est facilitée. Le choix du conjoint comme mandataire peut être judicieux à condition qu'il ait les compétences nécessaires. Au stade de la mise en œuvre du mandat, la double qualité de conjoint et de mandataire peut constituer un avantage.

## **B - La mise en œuvre du mandat : l'influence de la qualité de conjoint du mandataire**

**307.** La mise en œuvre du mandat intervient « lorsqu'il est établi que le mandant ne peut plus pourvoir seul à ses intérêts »<sup>1414</sup>. Le conjoint mandataire doit produire au greffe du tribunal judiciaire le mandat et un certificat médical émanant d'un médecin choisi sur une liste établie par le procureur de la République<sup>1415</sup>. Nous nous intéresserons à l'étendue des pouvoirs du mandataire (I), puis à l'opposabilité aux tiers du mandat (II) et enfin au contrôle et à la responsabilité du mandataire (III).

### **I - L'étendue des pouvoirs du mandataire de protection future**

**308.** Les pouvoirs du mandataire rencontrent des limites posées par les règles relatives au mandat de protection future (a), mais aussi des limites provenant tant de la subsidiarité du mandat par rapport aux règles des régimes matrimoniaux que des autres mandats antérieurs (b). Le droit des sociétés restreint également les pouvoirs du mandataire (c).

---

<sup>1412</sup> V. G. RAOUL-CORMEIL, « Le mandat de protection future, un contrat pour préserver les biens professionnels ou l'intérêt de la famille », *op. cit.*, n° 10.

<sup>1413</sup> *Id.*, n° 6.

<sup>1414</sup> Art. 481, al. 1<sup>er</sup>, C. civ.

<sup>1415</sup> Art. 481, al. 2, C. civ.

## **a - Des pouvoirs limités par les règles relatives au mandat de protection future**

**309.** Le mandataire peut accomplir certains actes sans obtenir d'autorisation du juge des tutelles (1) ; d'autres actes nécessitent une telle autorisation (2). Une troisième catégorie d'actes soulève de nombreuses interrogations quant à savoir s'ils sont interdits ou non (3).

### **1 - Les actes possibles sans autorisation judiciaire**

**310.** Il convient de distinguer selon que le mandat de protection future a été donné par acte sous signature privée ou par acte notarié. Par dérogation au droit commun du mandat, le mandat notarié, « même conçu en termes généraux, inclut tous les actes patrimoniaux que le tuteur a le pouvoir d'accomplir seul ou avec une autorisation »<sup>1416</sup> ; c'est-à-dire que le mandataire peut effectuer sans autorisation judiciaire non seulement des actes d'administration, mais aussi des actes de disposition. Le mandat sous signature privée confère seulement au mandataire le pouvoir d'effectuer des actes d'administration<sup>1417</sup>. Quelle que soit la forme du mandat, le mandataire peut toujours effectuer les actes conservatoires.

Le mandat de protection future accorde au conjoint mandataire des pouvoirs plus étendus que ceux qui lui sont conférés à titre habituel par le régime matrimonial. Un époux commun en biens ne peut seul aliéner « les immeubles, fonds de commerce et exploitations dépendant de la communauté, non plus que les droits sociaux non négociables »<sup>1418</sup>. Le concours du conjoint est requis, sauf à recourir à l'autorisation judiciaire de l'article 217 du Code civil ou aux habilitations judiciaires des articles 219 et 1426 du même code. Or, dans le cadre du mandat de protection future notarié, le mandataire peut passer seul ces actes<sup>1419</sup>. Il prend alors la double qualité d'auteur de l'acte et de conjoint prêtant son concours. De plus, un époux commun en biens bénéficiant d'une gestion exclusive sur ses biens propres<sup>1420</sup>, son conjoint n'a pas le pouvoir d'accomplir sur ces derniers des actes

---

<sup>1416</sup> Art. 490, al. 1<sup>er</sup>, C. civ.

<sup>1417</sup> Art 493, al. 1<sup>er</sup>, C. civ.

<sup>1418</sup> Art. 1424, al. 1<sup>er</sup>, C. civ.

<sup>1419</sup> À condition toutefois que l'immeuble n'abrite pas le logement du mandant, V. *infra* § n° 314.

<sup>1420</sup> Art. 1428 C. civ.

d'administration et encore moins des actes de disposition, sauf à recourir aux articles 219 et 1429 du Code. Le mandat de protection future notarié donne au mandataire la possibilité d'accomplir tous ces actes. Des pouvoirs que l'époux ne possède pas en temps normal lui sont accordés lorsqu'il est mandataire et cela vaut pour l'époux de l'associé comme pour l'époux de l'entrepreneur individuel.

Le même constat peut être fait avec le mandat sous signature privée. Celui-ci autorise seulement le mandataire à effectuer les actes d'administration. Mais les époux mariés sous le régime de la séparation peuvent lui trouver des avantages, puisqu'il permet au conjoint de gérer seul un bien indivis ou un bien personnel de l'autre époux sans recourir respectivement aux articles 815-4 et 219 du Code civil. Comme on le sait, la simplicité et la rapidité de gestion sont précieuses dans l'entreprise. Néanmoins, les limites attachées au mandat de protection future donné par acte sous signature privée sont encore observables : le conjoint mandataire ne peut accomplir sans autorisation que les actes d'administration.

## **2 - Les actes soumis à autorisation judiciaire**

**311.** La forme du mandat suffit parfois à soumettre certains actes à une autorisation judiciaire (i). Dans d'autres cas, la nature des actes emporte la nécessité d'obtenir une autorisation en dépit de la forme notariée du mandat (ii). Enfin, il arrive que des actes soient soumis à autorisation indépendamment de la forme de ce dernier (iii).

### **i - Les actes soumis à autorisation en raison de la forme sous signature privée du mandat**

**312.** Lorsque le mandat a été donné par acte sous signature privée, le conjoint mandataire doit obtenir une autorisation du juge des tutelles pour effectuer les actes de disposition<sup>1421</sup> qu'il n'a pas le pouvoir d'accomplir en vertu du jeu normal des régimes matrimoniaux<sup>1422</sup>. La distinction entre les actes de disposition, d'une part, et les actes d'administration, que le mandataire effectue seul, d'autre part, est donc importante. Il

---

<sup>1421</sup> Art. 493, al. 2, C. civ.

<sup>1422</sup> Concernant la subsidiarité des règles du mandat de protection future par rapport à celles des régimes matrimoniaux, v. *infra* § n° 318.

convient de se référer au décret du 22 décembre 2008<sup>1423</sup>, qui dresse une typologie des différents actes. Dans le cadre de l'entreprise individuelle, la vente d'un fonds de commerce ou d'un immeuble est toujours considérée comme un acte de disposition, de même que la conclusion et le renouvellement d'un bail rural, commercial, industriel, artisanal, professionnel et mixte, portant sur un immeuble. En revanche, sauf circonstances d'espèce, la conclusion et la rupture d'un contrat de travail en qualité d'employeur constituent des actes d'administration.

S'agissant du cadre social, l'apport en société d'un fonds de commerce ou d'un immeuble entre logiquement dans les actes de disposition. L'exercice du droit de vote dans les assemblées a déjà été évoqué antérieurement au sujet des pouvoirs du mandataire de l'indivision<sup>1424</sup>. Maître Hubert Fabre souligne que « quasiment toutes les décisions qui sortent de l'ordinaire en matière de droit de vote ressortent des actes de disposition »<sup>1425</sup>. Ces décisions ne sont pas rares, car la société a besoin d'évoluer et de s'adapter<sup>1426</sup>. Le mandat sous signature privée montre alors ses limites, puisqu'il faudrait obtenir une autorisation du juge des tutelles pour chaque décision, ce qui s'avère en pratique impossible. Maître Fabre recommande donc de recourir au mandat notarié afin « de confier des pouvoirs larges au mandataire »<sup>1427</sup>. À moins de craindre l'incompétence du conjoint, l'époux mandant a tout intérêt à lui donner mandat par acte notarié afin de lui laisser un grand champ d'action. Les pouvoirs du conjoint en tant que mandataire viendront alors utilement compléter les pouvoirs qu'il tient du régime matrimonial afin de pallier au mieux l'altération des facultés de l'époux mandant. Pourtant, le conjoint mandataire se voit parfois obligé de demander une autorisation au juge des tutelles pour effectuer certains actes, alors même que le mandat a été donné par acte notarié.

---

<sup>1423</sup> Décret n° 2008-1484 du 22 décembre 2008 relatif aux actes de gestion du patrimoine des personnes placées en curatelle ou en tutelle, et pris en application des articles 452, 496 et 502 du code civil.

<sup>1424</sup> V. *supra* § n° 108.

<sup>1425</sup> H. FABRE, « Application pratique des nouveaux mandats en droit des sociétés, le cas du mandat de protection future », *op. cit.*, n° 26.

<sup>1426</sup> *Id.*, n° 32.

<sup>1427</sup> *Id.*, n° 26.

## ii - Les actes soumis à autorisation malgré la forme notariée du mandat

**313.** En raison de l'appauvrissement qui affecte le patrimoine du mandant, les actes de disposition à titre gratuit ne peuvent être accomplis par le mandataire qu'avec l'autorisation du juge des tutelles<sup>1428</sup>. Cependant, il y a lieu de penser que ces actes n'ont pas leur place dans l'entreprise. En revanche, les actes de disposition sur le logement du mandant ( $\alpha$ ) ainsi que les opérations sur les comptes et livrets de ce dernier ( $\beta$ ) peuvent être envisagés dans ce cadre.

### *$\alpha$ - Les actes de disposition sur le logement*

**314.** Le régime de ces actes s'avère incertain. L'article 426 du Code civil prévoit que « Le logement de la personne protégée et les meubles dont il est garni, qu'il s'agisse d'une résidence principale ou secondaire, sont conservés à la disposition de celle-ci aussi longtemps qu'il est possible ». Il ajoute : « S'il devient nécessaire ou s'il est de l'intérêt de la personne protégée qu'il soit disposé des droits relatifs à son logement ou à son mobilier par l'aliénation, la résiliation ou la conclusion d'un bail, l'acte est autorisé par le juge ou par le conseil de famille [...] ». L'article 426 est situé au sein des dispositions générales relatives aux mesures de protection juridique des majeurs.

Ces dispositions sont-elles applicables au mandat de protection future ? Le mandataire doit-il obtenir l'autorisation du juge des tutelles pour aliéner le bien abritant le logement du mandant ? Cette règle pourrait avoir une influence dans le cadre d'une entreprise en présence de locaux mixtes. Si elle était applicable et que le bâtiment utilisé à des fins professionnelles abritait également le logement du mandant chef d'entreprise, le mandataire devrait demander au juge l'autorisation de l'aliéner<sup>1429</sup>. La question ne se pose pas lorsque le mandat est sous signature privée, l'accomplissement d'actes de disposition étant soumis à autorisation judiciaire. Elle se pose, en revanche, dans le cadre d'un mandat donné par acte notarié. En vertu de l'article 490 du Code civil, le mandataire peut passer seul « tous les actes

---

<sup>1428</sup> Art. 490, al. 2, C. civ.

<sup>1429</sup> V. en ce sens G. RAOUL-CORMEIL, « Le mandat de protection future, un contrat pour préserver les biens professionnels ou l'intérêt de la famille », *op. cit.*, n° 9.

patrimoniaux que le tuteur a le pouvoir d'accomplir seul ou avec une autorisation »<sup>1430</sup>, les actes de disposition à titre gratuit étant expressément soumis à l'autorisation du juge des tutelles. Les dispositions propres au mandat de protection future, prises isolément, vont dans le sens de la possibilité pour le mandataire de disposer seul du bien abritant le logement du mandant. Cependant il faut prendre en compte l'article 426 du Code civil. Placé au sein des dispositions générales relatives aux mesures de protection juridique des majeurs, il devrait s'appliquer au mandat de protection future. Doit-il être pris comme posant une exception à l'article 490 du Code civil ? Il faudrait considérer que le mandataire peut passer seul les actes de disposition, sauf ceux à titre gratuit et ceux concernant le logement du mandant. Une majorité d'auteurs est de cet avis<sup>1431</sup>. Doit-on, au contraire, comprendre que l'article 490 déroge à l'article 426 ? Les personnes chargées de protéger un majeur vulnérable ne peuvent disposer de son logement, exception faite du mandataire de protection future qui en aurait le pouvoir. Quelques auteurs<sup>1432</sup> se rangent à cette interprétation. La place des deux articles n'apparaît pas d'un grand secours<sup>1433</sup>.

L'article 426 vise à protéger le majeur vulnérable des personnes chargées de sa protection, car certaines pourraient être tentées de le dépouiller en cas d'internement<sup>1434</sup>. Or, rester dans son logement ou y revenir après un internement permet au majeur vulnérable de conserver ou de retrouver ses repères et cela s'avère important pour sa santé. La finalité de ces dispositions pourrait faire pencher en faveur de leur application au mandat de protection future<sup>1435</sup>. Un autre argument s'y oppose pourtant : ce mandat constitue une mesure conventionnelle de protection, le recours au juge étant réduit au minimum et le mandataire ayant les pouvoirs les plus larges possible<sup>1436</sup>. Il faudrait alors décider que l'esprit du mandat de protection future impose de laisser le mandataire libre de disposer du logement du

---

<sup>1430</sup> Art 490, al. 1<sup>er</sup>, C. civ.

<sup>1431</sup> J. HAUSER, « L'enfance du mandat de protection future », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Raymond Le Guidec*, LexisNexis, 2014, p. 717 ; P. POTENTIER, « Le domaine du mandat de protection future », *JCP N* 2007, p. 1262, n° 28 ; F. SAUVAGE, Rép. civ. Dalloz, *Mandat de protection future*, n° 61.

<sup>1432</sup> V. en ce sens J. MASSIP, « Le mandat de protection future (2<sup>e</sup> partie) », *Gaz. Pal.*, n° 169, 2008, p. 5, n° 44 ; M. BOURASSIN, « Les sûretés sur le logement du majeur protégé », *RTD civ.*, 2011, p. 433, n° 10.

<sup>1433</sup> V. M. BOURASSIN, « Les sûretés sur le logement du majeur protégé », *op. cit.*, n° 10.

<sup>1434</sup> M. BOURASSIN, « Les sûretés sur le logement du majeur protégé », *op. cit.*, n° 9.

<sup>1435</sup> V. M. BOURASSIN, « Les sûretés sur le logement du majeur protégé », *op. cit.*, n° 10.

<sup>1436</sup> *Ibid.*

mandant. Une solution est que ce dernier autorise expressément le mandataire à accomplir un tel acte dans le mandat. Comme le mandant a la capacité de disposer de ses biens au moment où il donne mandat, cela ne poserait aucune difficulté<sup>1437</sup> et cela pourrait aller dans le sens de l'intérêt de l'entreprise en présence de locaux mixtes.

On peut se demander quelle influence a la qualité de conjoint du mandataire pour disposer du logement du mandant. Nous avons vu précédemment que le mandat de protection future permet parfois au conjoint d'accomplir des actes qu'il n'a pas le pouvoir de faire en vertu des pouvoirs normaux du régime matrimonial<sup>1438</sup>. En sa qualité de mandataire, le conjoint peut aliéner un bien propre à l'époux mandant sous le régime de la communauté ou un bien qui lui est personnel sous le régime de la séparation. En revanche, si l'article 426 du Code civil est applicable au mandat de protection future et si le bien abrite le logement du mandant, le conjoint serait dans l'impossibilité d'en disposer seul en vertu du mandat. Il devrait obtenir une autorisation du juge des tutelles et pourrait alors aussi bien recourir à l'article 219 du Code civil, quel que soit son régime matrimonial ou à l'article 1429 du même code s'il est marié sous le régime de la communauté.

En outre, le même raisonnement est transposable aux biens communs soumis à cogestion, dont font partie les immeubles. Par dérogation au fonctionnement normal du régime matrimonial, le mandat permet au conjoint d'aliéner seul ces biens, sauf lorsque le bien en question est le logement du mandant<sup>1439</sup>. Dans ce cas, il est privé du pouvoir de représentation du mandant : il ne peut ni le rendre auteur de l'acte ni lui faire prêter son concours audit acte. La seule solution pour conclure l'acte en vertu du mandat est d'obtenir une autorisation judiciaire. Le conjoint se retrouve obligé de recourir au juge comme lorsque l'acte est passé suivant les articles 217, 219 et 1426 du Code civil. Il apparaît finalement que le logement du mandant est protégé en vertu du mandat au même titre que l'est le logement de la famille en vertu des régimes matrimoniaux<sup>1440</sup>. Le logement du mandant et celui de la

---

<sup>1437</sup> J. MASSIP, « Le mandat de protection future (2<sup>e</sup> partie) », *op. cit.*, n° 44. V. également en ce sens M. BOURASSIN, « Les sûretés sur le logement du majeur protégé », *op. cit.*, n° 10. Pour un auteur considérant au contraire qu'aucune dérogation à l'art. 426 n'est possible, V. P. POTENTIER, « Le domaine du mandat de protection future », *JCP N* 2007, p. 1262, n° 28.

<sup>1438</sup> V. *supra* § n° 310.

<sup>1439</sup> Art. 215, al., 3 C. civ.

<sup>1440</sup> Sur les différences de finalité entre la protection du logement du mandant et la protection du logement de la famille, v. N. PETERKA, « Le logement du majeur protégé. Brèves réflexions autour de l'articulation

famille seront bien souvent réunis au sein du même bien. Par conséquent, la plupart du temps, le mandat de protection future ne permettrait pas d'échapper à la protection mise en place par les régimes matrimoniaux concernant les immeubles communs abritant le logement de la famille.

### ***β - Les opérations sur les comptes et livrets***

L'article 427 du Code civil soulève les mêmes difficultés que l'article 426, car il figure lui aussi dans les dispositions générales relatives aux mesures de protection juridique des majeurs. Il interdit à la personne chargée de la mesure de procéder seule à la modification des comptes ou livrets ouverts au nom de la personne protégée et à l'ouverture d'un autre compte ou livret auprès d'un établissement habilité à recevoir des fonds du public. Le juge des tutelles ou le conseil de famille peut toutefois l'y autoriser si l'intérêt de la personne le commande. Les arguments relatifs à l'applicabilité ou non de l'article 426 au mandat de protection future sont, pour la plupart, transposables à l'article 427. S'agissant des époux, l'article 221 du Code civil confère à chacun d'eux un pouvoir de gestion exclusive sur le compte ouvert à son seul nom<sup>1441</sup>. L'article 490 du même code semble autoriser le mandataire à effectuer seul tous les actes de disposition lorsque le mandat a été donné par acte notarié, à l'exception des actes de disposition à titre gratuit. Il permettrait donc à l'époux mandataire d'accomplir sans autorisation des actes d'administration et de disposition sur le compte de son conjoint. Si l'article 427 s'avère applicable au mandat de protection future<sup>1442</sup>, l'époux mandataire n'aurait pas ce pouvoir. L'impossibilité pour l'époux mandataire d'accomplir ces actes sur le compte de son conjoint serait très handicapante lorsque celui-ci est entrepreneur. La nécessité d'obtenir l'autorisation du juge des tutelles entraverait la bonne marche de l'entreprise.

---

de l'autonomie et de la protection », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Raymond Le Guidec*, LexisNexis, 2014, p. 812.

<sup>1441</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 3 juill. 2001, *Bull. civ.* 2001, I, n° 198 : *D.* 2002, p. 1102, note L. COMANGÈS ; *D.* 2002, p. 3262, obs. J.-C. HALLOUIN ; *JCP* 2002, I, 103, obs. Ph. SIMLER ; *JCP N* 2002, 1206, note V. BRÉMOND ; *Defrénois* 2002, p. 397, obs. G. CHAMPENOIS ; *RTD civ.* 2001, p. 941, obs. B. VAREILLE. – Cass. 1<sup>re</sup> civ., 8 juill. 2009, *Bull.* 2009, I, n° 163 : *JCP G* 2009, note 353, E. NAUDIN ; *JCP N* 2009, 1329, note Th. DOUVILLE ; *Dr. Fam.* Déc. 2009, 34, étude C. ASSIMOPOULOS ; *Defrénois* 2010, p. 913, note M. BEAUBRUN ; *D.* 2010, p. 360, note F. CHENEDE.

<sup>1442</sup> V. en ce sens G. RAOUL-CORMEIL, « Le mandat de protection future, un contrat pour préserver les biens professionnels ou l'intérêt de la famille », *op. cit.*, n° 9.

**315.** Parfois, les règles des régimes matrimoniaux posent des limites aux pouvoirs des époux et le mandat de protection future permet de dépasser ces dernières. Toutefois, dans certains cas, des règles générales aux mesures de protection semblent être applicables au mandat et s'opposent à une extension des pouvoirs des époux. Ainsi, la forme notariée du mandat ne permet pas toujours d'échapper à l'autorisation du juge des tutelles. Un certain nombre d'actes est même soumis à autorisation sans considération de la forme sous signature privée ou notariée du mandat.

### **iii - Les actes soumis à autorisation indépendamment de la forme du mandat**

**316.** Le curateur ou le tuteur dont les intérêts sont, à l'occasion d'un acte ou d'une série d'actes, en opposition avec ceux de la personne protégée fait nommer par le juge ou par le conseil de famille un curateur ou un tuteur *ad hoc*<sup>1443</sup>. En outre, la personne habilitée dans le cadre d'une habilitation générale ne peut accomplir un acte pour lequel elle serait en opposition d'intérêts avec la personne protégée. Elle pourrait obtenir du juge l'autorisation d'accomplir cet acte à titre exceptionnel et lorsque l'intérêt de la personne protégée l'impose<sup>1444</sup>. Ces dispositions visent à éviter que « la personne en charge de l'intérêt d'autrui utilise son pouvoir de représentation à des fins personnelles, étrangères à sa mission de protection »<sup>1445</sup>. Plus largement, cette personne a un devoir de loyauté envers l'intérêt qu'elle sert et elle doit se montrer « impartiale au sens où aucun autre intérêt que celui de la personne protégée ne doit interférer dans l'exercice de ses pouvoirs »<sup>1446</sup>.

Ces dispositions sont-elles transposables au mandat de protection future ? Le cas échéant, quelle est leur influence sur la mise en œuvre du mandat lorsque le conjoint a la qualité de mandataire ? Les dispositions qui empêchent la personne en charge de la protection de passer seule un acte en opposition d'intérêts avec la personne protégée

---

<sup>1443</sup> Art. 455 C. civ.

<sup>1444</sup> Art. 494-6, al. 6, C. civ.

<sup>1445</sup> G. RAOUL-CORMEIL, « Le mandat de protection future, un contrat pour préserver les biens professionnels ou l'intérêt de la famille », *op. cit.*, n° 13.

<sup>1446</sup> G. RAOUL-CORMEIL, J-Cl. Civil Code, Art. 494-1 à 494-12, *Majeurs protégés*, Fasc. unique, *Habilitation familiale, mesure judiciaire de protection juridique*, n° 50.

traduisent « l'existence d'un principe général de probité »<sup>1447</sup> au sein du droit des majeurs protégés. Par conséquent, ces dispositions devraient être transposées au mandat de protection future<sup>1448</sup>. On peut alors se demander quel régime doit être retenu : convient-il de faire nommer par le juge un mandataire *ad hoc* pour accomplir l'acte, en s'inspirant de la tutelle et de la curatelle, ou le mandataire doit-il seulement obtenir l'autorisation d'accomplir l'acte lui-même, suivant l'habilitation familiale ? La deuxième solution apparaît plus en accord avec le fonctionnement du mandat de protection future, qui n'interdit jamais des actes patrimoniaux au mandataire<sup>1449</sup> ; mais les soumet à l'autorisation du juge des tutelles<sup>1450</sup>. Il reste à déterminer dans quels cas il existe une opposition d'intérêts. Elle serait caractérisée lorsque les intérêts de la personne protégée et ceux de la personne chargée de sa protection sont divergents, mais aussi convergents, le risque étant alors que les intérêts de la personne protégée s'effacent derrière une communauté d'intérêts artificielle<sup>1451</sup>. Il faut peut-être nuancer cette analyse dans le cadre du mandat de protection future, car le mandataire aura parfois été choisi par le mandant en connaissance des intérêts qui peuvent être convergents.

De surcroît, lorsque le mandataire est le conjoint, on conçoit difficilement qu'il n'ait pas un intérêt à la conclusion des actes dans le cas où les époux sont mariés sous le régime de la communauté. Dès lors que celle-ci aurait intérêt à un acte, le conjoint mandataire y aurait aussi intérêt. Prenons l'exemple de droits sociaux propres à l'époux mandant, qui a seul la qualité d'associé. L'exercice par le conjoint des prérogatives d'associé attachées à ces droits sociaux propres à l'autre époux ne peut résulter que d'un mandat entre époux, d'une habilitation judiciaire ou du mandat de protection future. Nous raisonnons sur cette dernière hypothèse. Les bénéfices distribués par la société tombent en communauté. Faut-il en déduire que le conjoint mandataire a des intérêts dans cette opération et qu'il devrait obtenir

---

<sup>1447</sup> *Ibid.*

<sup>1448</sup> V. en ce sens, J. HAUSER, « L'enfance du mandat de protection future », *op. cit.*, p. 717 ; G. RAOUL-CORMEIL, « Le mandat de protection future, un contrat pour préserver les biens professionnels ou l'intérêt de la famille », *op. cit.*, n° 14.

<sup>1449</sup> V. cependant les doutes concernant les actes de commerce, V. *infra* § n° 317.

<sup>1450</sup> Pour des avis opposés, en faveur de la désignation d'un contrôleur qui se substituerait au mandataire, v. G. RAOUL-CORMEIL, « Le mandat de protection future, un contrat pour préserver les biens professionnels ou l'intérêt de la famille », *op. cit.*, n° 13, ou en faveur de la désignation d'un mandataire *ad hoc*, v. J. MASSIP, « Le mandat de protection future (2<sup>e</sup> partie) », *op. cit.*, n° 44.

<sup>1451</sup> G. RAOUL-CORMEIL, « Le mandat de protection future, un contrat pour préserver les biens professionnels ou l'intérêt de la famille », *op. cit.*, n° 13.

une autorisation judiciaire pour voter la distribution des bénéfices ? La difficulté apparaît en présence d'époux communs en biens à chaque fois que le conjoint envisage de passer l'acte en tant que mandataire parce que les pouvoirs ordinaires résultant du régime matrimonial ne le permettent pas et que les deniers issus de l'opération entrent en communauté. Un autre exemple concerne les biens communs dont la cession est soumise à cogestion<sup>1452</sup>. Dans le cadre du mandat de protection future, en principe, le conjoint mandataire peut aliéner seul les immeubles<sup>1453</sup>, fonds de commerce et exploitations dépendant de la communauté, ainsi que les droits sociaux non négociables. Cependant, lorsque le conjoint est mandataire, la convergence d'intérêts résultant de l'entrée en communauté des deniers issus de la cession constituerait un obstacle à ce que le mandataire puisse passer l'acte seul.

Selon nous, soumettre à l'autorisation du juge des tutelles les actes relatifs aux biens communs au motif que la communauté, et par conséquent l'époux mandataire, y trouve un intérêt, ne paraît pas souhaitable pour la raison que le même acte entre deux époux séparés de biens ou entre deux personnes n'étant pas mariées ne ferait pas naître une opposition d'intérêts. Autrement dit, la seule qualité d'époux communs en biens caractériserait ce conflit d'intérêts. Pourtant, si on admet que le mandat de protection future doit prendre en compte les pouvoirs conférés aux époux par les régimes matrimoniaux<sup>1454</sup>, on devrait accepter que ceux-ci créent entre les conjoints une communauté d'intérêts qui ne doit pas pour autant conduire à traiter les époux plus sévèrement que les tiers dans le cadre du mandat de protection future. De plus, il faudrait peut-être aller plus loin et rechercher si finalement, ce n'est pas le même intérêt qui est ici en jeu, à savoir celui de la communauté de biens. Par conséquent, le conjoint mandataire devrait être dispensé d'obtenir une autorisation judiciaire et il pourrait seul passer l'acte.

Qu'en est-il du cas dans lequel le conjoint mandataire exercerait les fonctions de mandataire social en remplacement du mandant dirigeant d'une part, et représenterait le mandant dans l'exercice de ses prérogatives d'associé d'autre part ? La doctrine<sup>1455</sup>

---

<sup>1452</sup> Art. 1424, al. 1<sup>er</sup>, C. civ.

<sup>1453</sup> À condition toutefois que l'immeuble n'abrite pas le logement du mandant, V. *supra* § n° 314.

<sup>1454</sup> Par exemple, le mandataire qui ne serait pas le conjoint devrait obtenir le consentement du conjoint du mandant pour aliéner des biens communs soumis à cogestion en vertu de l'art. 1424 C. civ.

<sup>1455</sup> H. FABRE, « Application pratique des nouveaux mandats en droit des sociétés, le cas du mandat de protection future », *op. cit.*, n° 30.

déconseille de confier cette double tâche au mandataire de protection future, car il existe un risque de conflit d'intérêts. Le mandataire pourrait par exemple se retrouver à voter sa propre rémunération de dirigeant social<sup>1456</sup>. Or, pour schématiser, il est dans l'intérêt de ce dernier d'avoir une forte rémunération, alors que l'intérêt de l'associé va, au contraire, dans le sens d'une rémunération moindre du dirigeant, de manière à augmenter les bénéfices sociaux<sup>1457</sup>. Toutefois, en présence d'époux mariés sous le régime de la communauté, la divergence d'intérêts s'estompe dans la mesure où, au final, la rémunération reçue par le conjoint mandataire en sa qualité de dirigeant entre en communauté, tout comme les bénéfices reçus par l'autre époux en sa qualité d'associé. On obtient une sorte de jeu de vases communicants : lorsque la rémunération du dirigeant est importante, les bénéfices dégagés diminuent et inversement. Il y a donc lieu de penser que la communauté touchera à peu près la même somme dans les deux cas de figure, même s'il faudrait tenir compte du fait que les bénéfices dégagés ne sont pas nécessairement distribués. Ici, la qualité de conjoint commun en biens du mandataire gomme la divergence d'intérêts qui aurait concerné n'importe qui d'autre. Faut-il soumettre tout de même le vote de la rémunération à une autorisation judiciaire au motif que le conjoint mandataire a des intérêts dans l'opération ? Il nous semble que le bénéfice que la communauté reçoit dans tous les cas rend inutile l'autorisation judiciaire : les époux ont la même bourse.

Ainsi, en présence d'époux communs en biens, il faudrait considérer que l'opposition d'intérêts est caractérisée uniquement dans le cas où les intérêts du mandant et ceux du mandataire divergent. Par exemple, une autorisation judiciaire serait nécessaire pour la conclusion d'un contrat de vente entre époux<sup>1458</sup>, le mandataire signant alors la vente deux fois, en agissant une fois pour lui-même et une fois en représentation du mandant. Ce même acte aurait été soumis à autorisation s'il était intervenu entre un mandant et un mandataire n'ayant pas la qualité d'époux. Afin de protéger le mandant, il faut exiger une

---

<sup>1456</sup> *Ibid.*

<sup>1457</sup> Cette conception n'est pas tout à fait exacte dans la mesure où une rémunération élevée peut stimuler le dirigeant et l'amener à obtenir de meilleurs résultats, dont bénéficient les associés.

<sup>1458</sup> G. RAOUL-CORMEIL, « Le mandat de protection future, un contrat pour préserver les biens professionnels ou l'intérêt de la famille », *op. cit.*, n° 13.

autorisation<sup>1459</sup>. Un auteur<sup>1460</sup> est toutefois d'avis que le mandat de protection future pourrait expressément autoriser le mandataire à conclure certains contrats avec lui-même dans l'intérêt conjoint du mandant et du mandataire. En admettant qu'une telle clause soit souhaitable dans l'intérêt du mandant, il faudrait se montrer particulièrement vigilant dans un contexte de tensions familiales. L'autorisation judiciaire serait alors plus à même d'éviter la naissance de contentieux. Au-delà de la notion d'intérêt convergeant ou divergeant, concernant les époux, nous proposons d'examiner si l'opération met en jeu les intérêts d'un ou plusieurs patrimoines. Dans le cas du vote de la distribution des bénéfices, la communauté est bénéficiaire ; idem lorsque le conjoint mandataire vote sa propre rémunération de dirigeant. Il n'y aurait pas de conflit d'intérêts et donc pas d'autorisation à obtenir. En revanche, en présence d'une vente entre époux, deux patrimoines ont des intérêts distincts. Il existerait une opposition d'intérêts nécessitant le recours au juge. Le raisonnement s'applique en présence d'une entreprise individuelle comme en présence d'une société. À côté de la question de la soumission de certains actes à l'autorisation du juge des tutelles, il faut s'interroger sur le point de savoir si d'autres actes sont prohibés.

### 3 - L'incertitude des actes interdits

**317.** Concernant l'étendue du mandat notarié, il convient de se demander si le mandataire peut exercer le commerce ou une profession libérale au nom de la personne protégée, s'il peut constituer gratuitement une sûreté pour garantir la dette d'un tiers ou encore transférer dans un patrimoine fiduciaire des biens ou droits d'un majeur protégé. Ces actes étant utiles, voire indispensables à l'entreprise, les réponses à ces questions vont déterminer s'il est dans l'intérêt ou non des époux de recourir au mandat de protection future. L'article 490 du Code civil prévoit en son premier alinéa que le mandataire peut effectuer tous les actes patrimoniaux que le tuteur a le pouvoir d'accomplir seul ou avec une autorisation. Il semble calquer les pouvoirs du mandataire sur ceux du tuteur, sauf que le

---

<sup>1459</sup> S'agissant de la tutelle, l'art. 509 4° C. civ. interdit au tuteur d'acheter les biens de la personne protégée. À titre exceptionnel et dans l'intérêt de celle-ci, le tuteur qui n'est pas mandataire judiciaire à la protection des majeurs peut cependant y être autorisé par le conseil de famille ou, à défaut, par le juge, en vertu de l'art. 508 C. civ.

<sup>1460</sup> G. RAOUL-CORMEIL, « Le mandat de protection future, un contrat pour préserver les biens professionnels ou l'intérêt de la famille », *op. cit.*, n° 13.

mandataire bénéficie de plus de pouvoirs, car il peut accomplir seul des actes que le tuteur ne peut faire qu'avec une autorisation. Or, l'article 509 du Code civil interdit au tuteur l'exercice du commerce ou d'une profession libérale au nom de la personne protégée, la constitution gratuite de sûreté en garantie de la dette d'autrui et le transfert de biens ou droits d'un majeur protégé dans un patrimoine fiduciaire.

Un bref rappel des divers actes de commerce nous paraît utile. Tout d'abord, le Code de commerce répute actes de commerce diverses activités et opérations<sup>1461</sup> : il s'agit d'« actes de commerce par nature ». Beaucoup d'entreprises individuelles sont concernées par ces actes, de même que certaines sociétés non commerciales par la forme. Ensuite, le Code de commerce répute commerciaux certains actes en raison de leur seule forme. La lettre de change est concernée<sup>1462</sup>. Elle peut être définie comme le « titre par lequel une personne dénommée tireur donne l'ordre à une autre personne appelée "tiré" de payer à une date déterminée à une troisième personne dite "bénéficiaire" une certaine somme d'argent »<sup>1463</sup>. L'utilité de la lettre de change dans l'entreprise n'est pas à démontrer, puisqu'elle constitue à la fois un instrument de paiement et un instrument de crédit. Étant un acte de commerce par la forme, son auteur, entrepreneur individuel ou société, est indifférent. De plus, certaines sociétés sont réputées commerciales par la forme, indépendamment de leur objet social : la SNC, la SCS, la SARL, la SA, la SCA, SAS et la société européenne<sup>1464</sup>.

En outre, des actes constituent des actes de commerce par accessoire. L'acte de nature civile accompli par un commerçant pour les besoins de son activité est un acte de commerce. Enfin, d'autres actes sont commerciaux par la cause. Les actes relatifs à la création, au fonctionnement et à la dissolution des sociétés visées ci-dessus, ainsi que les actes qu'elles accomplissent sont concernés. De même, la cession de contrôle d'une société commerciale constitue un acte de commerce<sup>1465</sup>. Lorsque le dirigeant d'une société commerciale se porte

---

<sup>1461</sup> Art. L. 110-1 et L. 110-2 C. com.

<sup>1462</sup> Art. L. 110-1 10° C. com.

<sup>1463</sup> S. PIEDELIEVRE, *Instruments de paiement et de crédits*, 11<sup>e</sup> éd., Dalloz, coll. Cours Dalloz, 2020, n° 82.

<sup>1464</sup> Art. L. 210-1 C. com.

<sup>1465</sup> Cass. com., 10 juill. 2007, *Bull.* IV, n° 193 ; *JCP G* 2008, II, 10198, note J.-P. LEGROS. – Cass. 1<sup>re</sup> civ., 22 oct. 2014, *Bull.* I, n° 171 ; *RLDA* 2015, p. 10, note D. BERT ; *D.* 2014, p. 2541, obs. T. CLAY ; *D.* 2015, p. 56, note B. DONDERO ; *JCP G* 2014, p. 1138, obs. B. LE BARS ; *Dr. sociétés* 2015, comm. 3, R. MORTIER ; chron. « Cession de droits sociaux », *JCP E* 2015, p. 1186, spéc. n° 10, obs. M. CAFFIN-MOI.

caution sur son patrimoine personnel des dettes contractées par la société, la jurisprudence a jugé qu'il a un intérêt personnel de nature patrimoniale à la conclusion du cautionnement. Ce dernier est donc qualifié de commercial<sup>1466</sup>. La question de l'étendue du mandat notarié s'agissant des actes de commerce se pose principalement dans le cadre de l'entreprise individuelle, moins dans celui de la société, car celle-ci accomplit elle-même ces actes, la personnalité morale faisant écran. Pour autant, nous avons vu que l'associé ou le dirigeant peut parfois effectuer des actes qui constituent des actes de commerce.

Certains arguments vont dans le sens de l'interdiction faite au mandataire d'accomplir les actes évoqués ci-dessus pour le compte du mandant. Une interprétation stricte de l'article 490 du Code civil se dégage des travaux préparatoires<sup>1467</sup> et amène à refuser au mandataire le pouvoir d'accomplir ces actes<sup>1468</sup>. Par conséquent, le mandat de protection future s'avèrerait totalement inadapté à l'entrepreneur individuel<sup>1469</sup> et partiellement inadapté à l'associé ou au dirigeant. D'autres arguments plaident en faveur de l'autorisation pour le mandataire d'accomplir lesdits actes. La seule restriction des pouvoirs du mandataire figure au deuxième alinéa de l'article 490 du Code civil et concerne les actes de disposition à titre gratuit : le mandataire ne peut les accomplir qu'avec l'autorisation du juge des tutelles. Une interprétation souple de l'article 490 amène à considérer que tous les autres actes sont possibles<sup>1470</sup>. Les dispositions spéciales relatives au mandat de protection future devraient

---

<sup>1466</sup> Cass. com., 28 oct. 1968, *Bull.*, n° 293 : *JCP G* 1969, II, 15884, note J. PRIEUR ; *Banque* 1969, p. 503, obs. X. MARIN. – Cass. com., 4 juin 1973, *Bull. civ.* 1973, IV, n° 191 : *Banque* 1974, p. 309, obs. M. MARTIN. – Cass. com., 11 juin 1976, *Bull. civ.* 1976, IV, n° 193 : *D.* 1976, inf. rap. p. 257 ; *Banque* 1978, p. 348, obs. M. MARTIN. – Cass. com., 9 oct. 1978, *Bull. civ.* 1978, IV, n° 214 : *JCP G* 1978, IV, 340. – Cass. com., 21 janv. 1980, *Bull. civ.* 1980, IV, n° 33 : *JCP G* 1980, IV, 129 ; *D.* 1981, inf. rap. p. 34, obs. J.-C. BOUSQUET ; *RTD com.* 1980, p. 67, obs. J. DERRUPPE. – Cass. 1<sup>re</sup> civ., 17 mai 1982, *Bull. civ.* 1982, I, n° 182 : *JCP G* 1982, IV, 264.

<sup>1467</sup> Travaux préparatoires de la loi du 5 mars 2007 portant réforme de la protection juridique des majeurs, rapport de l'Assemblée Nationale n° 3557 rédigé par M. E. BLESSIG, déposé le 10 janvier 2007, p. 199 et rapport du Sénat n° 2012 (2006-2007) rédigé par M. H. DE RICHEMONT, déposé le 7 février 2007, p. 194, spéc. p. 195.

<sup>1468</sup> V. J. MASSIP, « Le mandat de protection future (2<sup>e</sup> partie) », *op. cit.*, n° 44 ; O. VERGARA, « Les mandats du chef d'entreprise en prévision des ruptures familiales », *LPA*, n° 93, 2014, p. 44.

<sup>1469</sup> V. en ce sens O. VERGARA, « Les mandats du chef d'entreprise en prévision des ruptures familiales », *op. cit.*

<sup>1470</sup> V. J. MASSIP, « Le mandat de protection future (2<sup>e</sup> partie) », *op. cit.*, n° 44 ; O. VERGARA, « Les mandats du chef d'entreprise en prévision des ruptures familiales », *op. cit.*

prévaloir sur les dispositions relatives à la tutelle<sup>1471</sup>. Les prohibitions figurant à l'article 509 pour le tuteur ne seraient ainsi pas applicables au mandataire. On peut également faire valoir que les pouvoirs du tuteur doivent être limités du fait que le majeur protégé n'est plus en mesure d'exprimer sa volonté, alors qu'au travers du mandat de protection future, le mandant exprime sa volonté pour l'avenir à un moment où il est capable<sup>1472</sup>. Autrement dit, la nature conventionnelle du mandat de protection future en fait un outil de prévisibilité et il devrait donc avoir un régime distinct de la tutelle, mesure de protection légale n'induisant aucune prévisibilité. De surcroît, la contractualisation du Droit va dans le sens de l'autorisation pour le mandataire de conclure les actes évoqués<sup>1473</sup>.

Un argument vaut plus particulièrement pour les actes de commerce : si on les interdit au mandataire, les pouvoirs de celui-ci se trouvent réduits dans le cas où il avait le statut de conjoint collaborateur dans l'entreprise commerciale. En vertu de ce statut, le conjoint collaborateur est présumé avoir reçu du chef d'entreprise le mandat d'accomplir au nom de ce dernier les actes d'administration concernant les besoins de l'entreprise<sup>1474</sup>. La prohibition des actes de commerce « aurait pour conséquence de diminuer les prérogatives du conjoint »<sup>1475</sup>. Une telle conséquence n'apparaît pas souhaitable. Si le chef d'entreprise peut compter sur son conjoint pour effectuer des actes de commerce alors qu'il a toutes ses facultés, il doit également pouvoir s'en remettre à lui lorsqu'elles viennent à être altérées. Néanmoins, cette diminution des prérogatives du conjoint dans le cadre du mandat de protection future ne pourrait pas être admise si l'on considère que les règles découlant du statut de conjoint collaborateur l'emportent sur les règles du mandat de protection future en vertu des dispositions de l'article 483 4° du Code civil<sup>1476</sup>.

Par ailleurs, il y aurait lieu de traiter différemment les actes visés à l'article 509 du Code civil : la poursuite du commerce ou de l'activité libérale peut présenter un intérêt certain pour le mandant en ce qu'il en tire sa subsistance<sup>1477</sup>. L'intérêt de la constitution gratuite

---

<sup>1471</sup> J. MASSIP, « Quelques réflexions sur les formules de mandat de protection future », *Deffrénois*, n° 4, 2010, p. 441.

<sup>1472</sup> O. VERGARA, « Les mandats du chef d'entreprise en prévision des ruptures familiales », *op. cit.*

<sup>1473</sup> *Ibid.*

<sup>1474</sup> V. *infra* § n° 445.

<sup>1475</sup> O. VERGARA, « Les mandats du chef d'entreprise en prévision des ruptures familiales », *op. cit.*

<sup>1476</sup> Sur la subsidiarité du mandat de protection future, v. *infra* § n° 318.

<sup>1477</sup> J. MASSIP, « Le mandat de protection future (2<sup>e</sup> partie) », *op. cit.*, n° 44.

d'une sûreté pour autrui ou du transfert d'un bien dans un patrimoine fiduciaire, à des fins de gestion ou de sûreté, est plus difficile à caractériser<sup>1478</sup>. Pour certains auteurs<sup>1479</sup>, s'il fallait admettre que les prohibitions de l'article 509 étaient applicables au mandataire, il faudrait néanmoins considérer que les dispositions de cet article sont supplétives de volonté. Par conséquent, le mandat pourrait contenir une clause aux termes de laquelle l'entreprise commerciale ou libérale sera poursuivie par une personne dénommée<sup>1480</sup>, le conjoint pour ce qui nous intéresse. Le caractère *intuitu personae* des professions libérales ne s'opposerait pas à ce que le conjoint mandataire ayant la même profession poursuive l'activité<sup>1481</sup>. De plus, pour contourner l'interdiction si elle était avérée, le mandataire pourrait conclure un contrat de travail avec un salarié apte à exercer le commerce ou une profession libérale<sup>1482</sup>. Des solutions semblent donc exister pour que l'époux mandataire puisse poursuivre sereinement l'entreprise malgré les doutes qui planent sur l'exercice du commerce et de l'activité libérale. Les pouvoirs de cet époux rencontrent néanmoins des limites autres.

### **b - La limitation des pouvoirs par les règles des régimes matrimoniaux et par les autres mandats antérieurs**

**318.** L'article 428 du Code civil prévoit la subsidiarité des mesures judiciaires de protection ; mais il n'est pas applicable au mandat de protection future, mesure conventionnelle de protection. En revanche, l'article 483 4° du même code lui est applicable et donne au juge la faculté de révoquer le mandat de protection future « lorsque les règles du droit commun de la représentation ou celles relatives aux droits et devoirs respectifs des époux et aux régimes matrimoniaux apparaissent suffisantes pour qu'il soit pourvu aux intérêts de la personne par son conjoint avec qui la communauté de vie n'a pas cessé ». Cette cause de révocation révèle la subsidiarité du mandat de protection future par rapport aux règles prévues aux articles 217, 219, 1426 et 1429 du Code civil. Cette subsidiarité du mandat permet « au conjoint, si la personne vulnérable avait souscrit un mandat de protection

---

<sup>1478</sup> V. en ce sens J. MASSIP, « Le mandat de protection future (2<sup>e</sup> partie) », *op. cit.*, n° 44.

<sup>1479</sup> O. VERGARA, « Les mandats du chef d'entreprise en prévision des ruptures familiales », *op. cit.*

<sup>1480</sup> J. MASSIP, « Quelques réflexions sur les formules de mandat de protection future », *op. cit.* ; O. VERGARA, « Les mandats du chef d'entreprise en prévision des ruptures familiales », *op. cit.*

<sup>1481</sup> J. MASSIP, « Le mandat de protection future (2<sup>e</sup> partie) », *op. cit.*, n° 44.

<sup>1482</sup> O. VERGARA, « Les mandats du chef d'entreprise en prévision des ruptures familiales », *op. cit.*

future au profit d'un tiers, de faire valoir son droit prioritaire à s'occuper de son époux, tant en ce qui concerne sa personne que la gestion de ses biens »<sup>1483</sup>. Le Professeur Dominique Fenouillet doute cependant de la portée pratique de la subsidiarité, car les deux époux sont souvent âgés l'un et l'autre<sup>1484</sup>. Le conjoint étant seul intéressé, lui seul pourrait demander la révocation<sup>1485</sup>.

**319.** De plus, il faut envisager l'articulation du mandat de protection future avec les autres mandats donnés antérieurement par le chef d'entreprise. Le mandat de protection future ne mettrait pas fin à ces mandats. Aussi recommande-t-on de prévoir une clause de révocation de ces derniers dans le mandat<sup>1486</sup>. Des auteurs<sup>1487</sup> considèrent qu'il faudrait, à défaut, s'interroger sur les intentions du mandant. Enfin, le mandat judiciaire entre époux devrait particulièrement attirer l'attention : il ne serait pas révoqué par le mandat de protection future en raison de la subsidiarité de ce dernier. Le sort du mandat judiciaire entre époux peut sembler assez clair du fait de la supériorité conférée aux règles du régime primaire impératif par l'article 483 4° du Code civil. Mais qu'en est-il des présomptions de mandat qui bénéficient au conjoint collaborateur d'un commerçant et d'un agriculteur ? À notre avis, elles peuvent être incluses dans les « droits et devoirs respectifs des époux » visés à l'article 483 4° en tant que « développements sectoriels du régime primaire »<sup>1488</sup>. Il faudrait donc leur reconnaître la même supériorité qu'aux autres règles du régime primaire. La question ne se posera que dans l'entreprise individuelle, ces présomptions de mandat étant exclues dans l'entreprise exploitée sous la forme sociale. Force est de constater que lorsque le conjoint est le mandataire, la difficulté de l'articulation du mandat de protection future et des mandats entre époux se pose avec beaucoup moins d'acuité, les deux mandataires étant une seule et unique personne. Cependant d'autres limites aux pouvoirs du mandataire peuvent être trouvées dans le droit des sociétés.

---

<sup>1483</sup> J. MASSIP, « Le mandat de protection future (1<sup>re</sup> partie) », *op. cit.*, n° 33.

<sup>1484</sup> D. FENOUILLET, « Le mandat de protection future ou la double illusion », *op. cit.*, n° 9.

<sup>1485</sup> S. COLL DE CARRERA, *Le mandat de protection future*, thèse Montpellier, 2016, n° 375.

<sup>1486</sup> O. VERGARA, « Les mandats du chef d'entreprise en prévision des ruptures familiales », *op. cit.*

<sup>1487</sup> *Ibid* ; J. MASSIP, « Le mandat de protection future (1<sup>re</sup> partie) », *op. cit.*, n° 17.

<sup>1488</sup> G. CORNU, *Les régimes matrimoniaux*, *op. cit.*, n° 20.

### c - La limitation des pouvoirs par le droit des sociétés

**320.** Il est courant que le dirigeant social possède des droits sociaux dans la société qu'il dirige. Le mandataire ne peut représenter le mandant dans l'exercice de ses fonctions de dirigeant social qu'à titre d'exception (1). Quant à la possibilité de représenter le mandant dans l'exercice de ses prérogatives d'associé, elle apparaît incertaine (2).

#### 1 - La possibilité de représentation du dirigeant social par le mandataire à titre d'exception

**321.** Le mandat social étant donné *intuitu personae*, le mandataire de protection future ne peut pas, en principe, se substituer au mandant dans l'exercice de ses fonctions de dirigeant<sup>1489</sup>. En cas d'altération de ses facultés, le mandant devrait être révoqué de ses fonctions<sup>1490</sup>. Cependant les statuts peuvent prévoir de nombreux aménagements intégrant le mandat de protection future. Les associés pourraient par exemple décider de ne pas révoquer le dirigeant, parce que les dispositions figurant dans les statuts, alliées au mandat de protection future, suffisent à assurer la direction de la société de façon satisfaisante. Un auteur<sup>1491</sup> conseille d'introduire dans les statuts des restrictions de pouvoir afin d'obliger « le dirigeant à demander l'autorisation de l'assemblée générale pour prendre certaines décisions ». Ce serait là un moyen pour le mandataire de « contrôler l'activité du dirigeant, sans prendre lui-même les fonctions de mandataire social »<sup>1492</sup>. Il est également envisageable que les statuts renvoient au mandat de protection future et confient au mandataire le soin de désigner le prochain dirigeant<sup>1493</sup> ou qu'ils prévoient que le mandataire assumera les fonctions de dirigeant social, par intérim ou à titre durable. Dans ce cas, au travers du mandat, le mandant peut, de son côté, avoir fait part au mandataire de consignes ou de directives sur

---

<sup>1489</sup> H. FABRE, « Application pratique des nouveaux mandats en droit des sociétés, le cas du mandat de protection future », *op. cit.*, n° 18.

<sup>1490</sup> La loi n° 2019-744 du 19 juillet 2019 de simplification, de clarification et d'actualisation du droit des sociétés a pris des mesures concernant la révocation du dirigeant placé sous tutelle, v. art. L. 223-27, al. 8, C. com. (SARL), art. L. 225-19, L. 225-48, L. 225-54, L. 225-60 et L. 225-70 C. com (SA).

<sup>1491</sup> H. FABRE, « Application pratique des nouveaux mandats en droit des sociétés, le cas du mandat de protection future », *op. cit.*, n° 29.

<sup>1492</sup> *Ibid.*

<sup>1493</sup> Me Fabienne Jourdain-Thomas le déconseille, V. de cet auteur, « Le mandat de protection future : aspects pratiques et sociétés », *JCP N*, n° 49, 2011, p. 1317, n° 10.

les qualités de son successeur ou encore sur la politique qu'il souhaite voir menée au sein de la société<sup>1494</sup>. La double qualité de conjoint et de mandataire n'est d'aucun secours ici.

## **2 - L'incertitude autour de la représentation de l'associé par le mandataire**

**322.** Par définition, le mandat de protection future est destiné à pallier l'altération des facultés mentales ou corporelles du mandant. Il permet de faire face au risque d'incapacité juridique de celui-ci. On pourrait songer à utiliser le mandat de protection future pour un associé de société qui craindrait de perdre ou de voir diminuer ses facultés. Pourtant, le droit des sociétés semble dresser un obstacle en exigeant parfois que les associés aient la pleine capacité. C'est le cas dans la SNC, la SCS et la SCA. De plus, les associés de SNC et les associés commandités de SCS et de SCA ont la qualité de commerçants. Lorsque l'un des associés perd cette qualité ou est mis sous protection, le Code de commerce va jusqu'à prévoir 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 »<sup>1495</sup>. Dans le cas où la continuation de la société est décidée, l'associé mis sous protection se retrouve exclu et indemnisé de la valeur de ses parts<sup>1496</sup>. Les dispositions de l'article L. 221-16 du Code de commerce étant impératives, le mandat de protection future ne pourra y contrevenir<sup>1497</sup>. L'articulation du mandat de protection future et du droit des sociétés pose des difficultés. Le fonctionnement propre à ce droit l'emporte sur le droit commun. Le mandataire ne pourrait pas représenter le mandant parce que celui-ci perdrait la qualité d'associé. La capacité de commerçant du mandataire serait indifférente, car le mandat ne confère pas à ce dernier cette qualité<sup>1498</sup>. Peu

---

<sup>1494</sup> V. H. FABRE, « Application pratique des nouveaux mandats en droit des sociétés, le cas du mandat de protection future », *op. cit.*, n° 33.

<sup>1495</sup> Art. L. 221-16, al. 1<sup>er</sup>, C. com. applicable à la SNC. L'art. L. 222-11 C. com. prévoit des dispositions similaires concernant la SCS et il est applicable à la SCA par renvoi de l'art. L. 226-1, al. 2, C. com.

<sup>1496</sup> Art. L. 221-16, al. 2, C. com. (SNC), applicable à la SCS par le renvoi de l'art. L. 222-11 C. com. et à la SCA par le renvoi de l'art. L. 226-1, al. 2, C. com.

<sup>1497</sup> V. H. FABRE, « Application pratique des nouveaux mandats en droit des sociétés, le cas du mandat de protection future », *op. cit.*, n° 9.

<sup>1498</sup> H. FABRE, « Application pratique des nouveaux mandats en droit des sociétés, le cas du mandat de protection future », *op. cit.*, n° 9.

importe, donc, que le conjoint mandataire soit associé dans la même société que le mandant et qu'il ait, à ce titre, la qualité de commerçant.

Cependant, dans les autres sociétés, la loi n'imposant pas que les associés aient la pleine capacité juridique, le mandat de protection future pourrait alors être mis en œuvre. Néanmoins, pour que les développements précédents soient totalement convaincants, il faudrait admettre que le mandant n'a plus la pleine capacité juridique une fois le mandat de protection future mis en œuvre. Or, la majorité de la doctrine<sup>1499</sup> s'y refuse. Ce mandat est comparable à une « procuration générale donnée dans les termes du droit commun »<sup>1500</sup> : il n'ôte pas sa capacité au mandant, qui peut continuer à agir seul. Il faudrait en déduire que le mandant peut conserver sa qualité d'associé au sein de la SNC et que le conjoint mandataire peut le représenter, notamment dans l'exercice du droit de vote.

En outre, on a pu se demander si les règles particulières de représentation aux assemblées générales dans les sociétés ne s'opposaient pas à ce que le mandataire puisse représenter le mandant dans l'exercice de ses droits d'associé. Le droit des sociétés « restreint [...] la possibilité pour l'associé de nommer un mandataire chargé de le représenter »<sup>1501</sup>. Par exemple, dans la SARL, l'associé peut se faire représenter par son conjoint ou par un autre associé ; mais il ne peut se faire représenter par une autre personne que si les statuts le permettent<sup>1502</sup>. Toutefois les dispositions spéciales, c'est-à-dire celles relatives au mandat de protection future, devraient l'emporter sur les dispositions générales de représentation dans la société<sup>1503</sup>. De plus, le problème ne se pose pas lorsque le mandataire est le conjoint. Cette double qualité confère des pouvoirs étendus ; mais il reste à savoir si les tiers en sont avertis.

---

<sup>1499</sup> L. LEVENEUR, « Intérêts et limites du mandat de protection future », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Gérard Champenois*, Defrénois 2012, p. 576 ; J. MASSIP, « Le mandat de protection future (1<sup>re</sup> partie) », *op. cit.*, n° 16 et 26 ; O. VERGARA, « Les mandats du chef d'entreprise en prévision des ruptures familiales », *op. cit.* ; F. JOURDAIN-THOMAS, « Le mandat de protection future : aspects pratiques et sociétés », *op. cit.*, n° 6 ; S. LEROND et A. COURET, « Comment concilier le mandat de protection future avec les exigences du droit des sociétés en matière de représentation des associés aux assemblées générales ? », *RJDA* 2008, p. 219, n° 2, v. spéc. note 6 ; G. RAOUL-CORMEIL, « Le mandat de protection future, un contrat pour préserver les biens professionnels ou l'intérêt de la famille », *op. cit.*, n° 1 et 2.

<sup>1500</sup> J. MASSIP, « Le mandat de protection future (1<sup>re</sup> partie) », *op. cit.*, n° 26.

<sup>1501</sup> H. FABRE, « Application pratique des nouveaux mandats en droit des sociétés, le cas du mandat de protection future », *op. cit.*, n° 28.

<sup>1502</sup> Art. L. 223-28, al. 2 et 3, C. com.

<sup>1503</sup> V. S. LEROND et A. COURET, « Comment concilier le mandat de protection future avec les exigences du droit des sociétés en matière de représentation des associés aux assemblées générales ? », *op. cit.*, n° 1.

## II - L'opposabilité aux tiers du mandat de protection future

**323.** Avant 2015, le mandat de protection future ne faisait l'objet d'aucune mesure de publicité<sup>1504</sup>. Les tiers ne pouvaient donc pas être au courant, à moins que le mandant ou le mandataire les en informe. Cela s'avérait gênant dans le cadre de la société. Le mandant dirigeant pouvait ainsi continuer à agir à l'égard des tiers au nom et pour le compte de la société. Ses décisions étaient valides vis-à-vis des tiers dès lors qu'elles entraient dans l'objet social, mais la responsabilité du dirigeant aurait dû pouvoir être engagée vis-à-vis de la société en cas de contrariété à l'intérêt social<sup>1505</sup>. Cependant « cette responsabilité [était] limitée par la mesure de protection »<sup>1506</sup>, car les actes passés par le mandant peuvent être annulés dans le délai de cinq ans<sup>1507</sup>. S'agissant d'une nullité relative, l'action n'appartient qu'à la personne protégée et, après sa mort, à ses héritiers<sup>1508</sup>. De plus, la nullité étant facultative, les tribunaux prennent notamment en compte pour statuer « l'utilité ou l'inutilité de l'opération, l'importance ou la consistance du patrimoine de la personne protégée et la bonne ou mauvaise foi de ceux avec qui elle a contracté »<sup>1509</sup>. Il résultait de l'absence de publicité et de la possibilité de demander la nullité un risque de préjudice pour la société et la collectivité des associés<sup>1510</sup>. Cette incertitude entourant la validité des actes passés par le mandant peut bien entendu être transposée à l'entreprise individuelle. L'ignorance des cocontractants et des créanciers entraînait une insécurité juridique.

Certes la mention de l'existence du mandat de protection future est portée en marge de l'acte de naissance ; mais la société n'a pas pour habitude de demander au dirigeant d'en

---

<sup>1504</sup> Sur les raisons de cette absence de publicité, V. J. MASSIP, « Le mandat de protection future (1<sup>re</sup> partie) », *op. cit.*, n° 16.

<sup>1505</sup> E. GUERIN, « Mandats conventionnels et risques patrimoniaux du chef d'entreprise : un rendez-vous en demi-teinte », *Gaz. Pal.*, n° 267, 2013.

<sup>1506</sup> *Ibid.* ; F. JOURDAIN-THOMAS, « Le mandat de protection future : aspects pratiques et sociétés », *op. cit.*, n° 6.

<sup>1507</sup> Art. 488, al. 2, C. civ.

<sup>1508</sup> Art. 488, al. 2, C. civ.

<sup>1509</sup> Art. 488, al. 1<sup>er</sup>, C. civ.

<sup>1510</sup> E. GUERIN, « Mandats conventionnels et risques patrimoniaux du chef d'entreprise : un rendez-vous en demi-teinte », *op. cit.* ; F. JOURDAIN-THOMAS, « Le mandat de protection future : aspects pratiques et sociétés », *op. cit.*, n° 6.

produire un extrait, sauf en cas de formalités à effectuer au greffe<sup>1511</sup>. Les praticiens<sup>1512</sup> considéraient qu'il convenait de stipuler dans le mandat l'obligation pour le mandataire d'informer la société de la mise en œuvre de la mesure<sup>1513</sup>. La loi du 28 décembre 2015 relative à l'adaptation de la société au vieillissement a introduit dans le Code civil l'article 477 aux termes duquel le mandat est désormais publié sur un registre spécial. Il serait cependant plus prudent de toujours conseiller de stipuler dans le mandat l'obligation d'information du mandataire auprès de la société, pour le cas où celle-ci ne surveillerait pas ledit registre. Les tiers ayant connaissance du mandat, ils seront en mesure de critiquer son exécution.

### III - Le contrôle de l'exécution du mandat et la responsabilité du mandataire

**324.** Outre l'obligation d'inventaire des biens de la personne protégée, le mandataire doit établir annuellement le compte de sa gestion<sup>1514</sup>. Lorsque le mandat est notarié, le mandataire adresse ses comptes au notaire qui l'a établi. Ce dernier « saisit le juge des tutelles de tout mouvement de fonds et de tout acte non justifiés ou n'apparaissant pas conformes aux stipulations du mandat »<sup>1515</sup>. Quelle que soit la forme du mandat, il fixe, en amont, les modalités de contrôle de son exécution<sup>1516</sup>. Le mandant pourrait confier ce contrôle à un professionnel ; mais il peut également sembler opportun au mandant, dans certaines situations, de faire contrôler la gestion par un membre de sa famille<sup>1517</sup>. Par exemple, si le frère ou la sœur du mandant participe à l'entreprise, le fait qu'il contrôle la

---

<sup>1511</sup> V. en ce sens F. JOURDAIN-THOMAS, « Le mandat de protection future : aspects pratiques et sociétés », *op. cit.*, n° 5

<sup>1512</sup> F. JOURDAIN-THOMAS, « Le mandat de protection future : aspects pratiques et sociétés », *op. cit.*, n° 5 ; H. FABRE, « Application pratique des nouveaux mandats en droit des sociétés, le cas du mandat de protection future », *JCP N*, n° 52, 2009, p. 1359, n° 17 ; E. GUERIN, « Mandats conventionnels et risques patrimoniaux du chef d'entreprise : un rendez-vous en demi-teinte », *op. cit.*

<sup>1513</sup> Sur la forme de cette information, V. H. FABRE, « Application pratique des nouveaux mandats en droit des sociétés, le cas du mandat de protection future », *op. cit.*, n° 17.

<sup>1514</sup> Art. 486 C. civ.

<sup>1515</sup> Art. 491, al. 2, C. civ.

<sup>1516</sup> Art. 479, al. 3, C. civ.

<sup>1517</sup> V. E. GUERIN, « Mandats conventionnels et risques patrimoniaux du chef d'entreprise : un rendez-vous en demi-teinte », *op. cit.*

gestion du conjoint mandataire peut éviter la naissance de tensions<sup>1518</sup>. De même, dans un contexte de famille recomposée, faire d'un enfant issu d'un précédent mariage le contrôleur rend la gestion transparente à son égard. Ayant connaissance des opérations effectuées par le mandataire, le contrôleur formule ses reproches au cours de l'exécution du mandat, et non après l'ouverture de la succession<sup>1519</sup>. Si la désignation du conjoint aux fonctions de mandataire est de nature à faire naître des incompréhensions et des jalousies au sein de la famille, confier la mission de contrôleur à l'un de ses membres peut favoriser l'entente familiale et éloigner les conflits dont l'entreprise pourrait pâtir.

**325.** Le mandataire peut voir sa responsabilité engagée en cas de fautes commises dans sa gestion<sup>1520</sup>. En vertu de l'article 484 du Code civil, « tout intéressé peut saisir le juge des tutelles aux fins de contester la mise en œuvre du mandat ou de voir statuer sur les conditions et modalités de son exécution ». L'action serait donc ouverte notamment aux autres associés<sup>1521</sup> dans le cadre social et aux cocontractants de l'entrepreneur dans l'entreprise individuelle. La responsabilité du mandataire est admise plus facilement dans le cadre d'un mandat à titre onéreux que dans celui d'un mandat à titre gratuit<sup>1522</sup>. Sauf stipulations contraires, le mandat de protection future s'exerce à titre gratuit<sup>1523</sup>. Si l'époux mandant choisit de rémunérer son conjoint, ce dernier voit sa responsabilité plus facilement engagée.

Nous ne nous attarderons pas sur la fin du mandat, car elle ne présente pas de spécificités concernant l'entreprise. Le mandat prend fin par le rétablissement constaté des facultés personnelles du mandant, son décès, son placement en curatelle ou en tutelle, à moins que le juge ne décide le contraire. Le décès du mandataire, son placement sous une mesure de protection et sa déconfiture mettent également fin au mandat. Le juge des tutelles peut révoquer ce dernier lorsque l'exécution du mandat est de nature à porter atteinte aux intérêts

---

<sup>1518</sup> V. F. JOURDAIN-THOMAS, « Le mandat de protection future : aspects pratiques et sociétés », *op. cit.*, n° 3.

<sup>1519</sup> F. JOURDAIN-THOMAS, « Le mandat de protection future : aspects pratiques et sociétés », *op. cit.*, n° 3.

<sup>1520</sup> L'art. 424, al. 1<sup>er</sup>, C. civ. renvoie à l'art. 1992 du même code.

<sup>1521</sup> H. FABRE, « Application pratique des nouveaux mandats en droit des sociétés, le cas du mandat de protection future », *op. cit.*, n° 40.

<sup>1522</sup> Art. 1992 C. civ.

<sup>1523</sup> Art. 419, al. 5, C. civ.

du mandant<sup>1524</sup> ou lorsque les règles du droit commun de la représentation ou celles relatives aux droits et devoirs respectifs des époux et aux régimes matrimoniaux apparaissent suffisantes pour qu'il soit pourvu aux intérêts de la personne par son conjoint avec qui la communauté de vie n'a pas cessé<sup>1525</sup>.

**326.** Le mandat de protection future apparaît au premier abord comme une « offre alléchante »<sup>1526</sup> pour le chef d'entreprise. Mais le doute qui plane sur la possibilité pour le mandataire d'effectuer des actes de commerce a amené certains auteurs<sup>1527</sup> à conclure que ce mandat est un « outil inadapté à la gestion de l'entreprise »<sup>1528</sup>. Si on l'observe de façon plus globale, en prenant en compte notamment son utilisation dans le cadre de la société, on s'aperçoit qu'il constitue un outil intéressant, mais parfois insuffisant. Or, lorsqu'il est utilisé par des époux en complément des pouvoirs des régimes matrimoniaux, le conjoint mandataire bénéficie de pouvoirs très étendus. Le mandat de protection future se révèle alors tout à fait satisfaisant.

La mise en œuvre du mandat de protection future dans l'entreprise laisse entrevoir un traitement assez homogène de l'entrepreneur individuel et de l'associé : l'extension des pouvoirs opérée par le mandat de protection future les concerne tous les deux ; l'autorisation judiciaire porte sur des actes intervenant dans le cadre de l'entreprise individuelle comme dans le cadre social ; les interrogations autour de l'opposition d'intérêt entre le mandant et le mandataire sont soulevées dans les deux structures. Certaines difficultés se posent avec moins d'acuité dans la société que dans l'entreprise intellectuelle, car l'écran de la personnalité morale ne donne pas lieu à une gestion directe. Par exemple, l'incertitude autour de la possibilité pour le mandataire d'effectuer des actes de commerce semble plus pénalisante dans l'entreprise individuelle que dans la société. Néanmoins, l'écran de la personnalité morale pose d'autres difficultés, telle que la représentation de l'associé par le

---

<sup>1524</sup> Pour un exemple, v. Cass. com., 17 avr. 2019, Bull. à paraître, n° 18-14.250 : *D.* 2019, p. 1412, obs. J.-J. LEMOULAND et D. NOGUERO ; *AJ fam.* 2019. 414, obs. V. MONTOURCY ; *JCP G* 2019, n° 23, p. 593, note G. RAOUL-CORMEIL ; *JCP N* 2919. 1237, note N. PETERKA ; *RTD Civ.* 2019, n° 3, p. 55, note A.-M. LEROYER. En l'espèce, le mandataire avait omis de déclarer pendant deux ans l'impôt de solidarité sur la fortune et cela avait entraîné un redressement fiscal.

<sup>1525</sup> Art. 483 C. civ.

<sup>1526</sup> O. VERGARA, « Les mandats du chef d'entreprise en prévision des ruptures familiales », *op. cit.*

<sup>1527</sup> *Ibid.*

<sup>1528</sup> *Ibid.*

mandataire. On en conclut que la mise en œuvre du mandat soulève à peu près autant de difficultés, que le mandant soit entrepreneur individuel ou associé, et il n'est pas possible d'affirmer que l'une des structures reçoit un traitement plus favorable que l'autre.

## Conclusion du chapitre 1

**327.** Au cours de leur vie, les époux peuvent être confrontés à la mésentente, à l'incapacité ou encore au divorce. Enfin, l'un des deux peut décéder. Mal gérés, ces accidents sont susceptibles de nuire gravement à l'entreprise et à la société. Heureusement, les époux peuvent utiliser les dispositifs légaux établis dans l'intérêt de la famille afin de protéger celle-ci. On aurait pu craindre que ces dispositifs constituent une immixtion grave dans leur gestion. Cependant, force est de constater, d'une part, que le juge veille à ce que lesdits dispositifs ne soient pas dévoyés<sup>1529</sup> et, d'autre part, que l'immixtion du conjoint peut être tout à fait favorable aux intérêts de l'entreprise individuelle ou de la société. Les époux peuvent agir lorsque la difficulté se présente en utilisant des mécanismes légaux ; mais ils ont également la possibilité d'agir en amont, afin que l'« accident de la vie » n'ait pas des conséquences dramatiques pour l'entreprise. Il convient alors de se référer aux mécanismes conventionnels. Le mandat de protection future permet de pallier l'incapacité du chef d'entreprise. Il constitue un outil précieux lorsque le conjoint est mandataire, même si sa mise en œuvre dans l'entreprise soulève de nombreuses questions. Certaines stipulations des régimes matrimoniaux sont particulièrement utiles en cas de divorce et de décès. Une difficulté importante réside en ce que beaucoup d'aménagements sont qualifiés d'avantages matrimoniaux et se voient, en tant que tels, remis en cause par le divorce, quand bien même ils auraient été établis pour jouer dans ce cas précis. À l'heure où l'on accorde de plus en plus de place à la volonté des parties et où la prévisibilité apparaît comme un impératif, on ne peut que souhaiter que le législateur dissipe les incertitudes.

Par ailleurs, au-delà des situations graves auxquelles les époux doivent se préparer ; ils peuvent simplement souhaiter, dans l'intérêt de l'entreprise, déroger aux dispositions

---

<sup>1529</sup> V. *supra* § n° 244.

matrimoniales légales pour une meilleure organisation. Les conjoints ont la possibilité de choisir le régime matrimonial qui convient le mieux à l'exercice d'une activité commerciale, artisanale, agricole ou libérale. De surcroît, des stipulations peuvent être adoptées afin d'estomper certains caractères trop prononcés du régime matrimonial. Par exemple, nous avons vu que lorsque les deux époux exploitent ensemble une entreprise appartenant à un seul, les régimes de la séparation et de la participation aux acquêts se révèlent « plus égalitaires que celui de la communauté légale »<sup>1530</sup>, car ils prennent en compte l'industrie déployée par le conjoint non propriétaire. Si les époux trouvent le régime de la séparation excessivement individualiste, l'adjonction d'une société d'acquêts permet d'atténuer ce caractère<sup>1531</sup>. La participation du conjoint à l'entreprise doit être déterminante dans le choix du régime et des stipulations. Lorsque l'entente conjugale est au beau fixe, l'époux entrepreneur souhaite partager les richesses de l'entreprise. Mais il pourrait, et devrait, garder à l'esprit que cette entente peut se ternir. Il convient alors de trouver des moyens de mutualiser l'entreprise tout en la sauvegardant en cas de divorce.

Au cours de ce chapitre, nous avons pu observer que dans l'ensemble, les mécanismes du droit des régimes matrimoniaux et du droit de la famille peuvent être utilisés au profit de l'entreprise, qu'elle soit exploitée sous la forme individuelle ou sous la forme sociale. L'associé individuel et l'associé, ainsi que leurs conjoints, reçoivent un traitement équivalent, ce qui paraît justifié. La volonté des époux joue encore un rôle important lorsqu'il est question de se protéger contre les risques qui résultent de l'exploitation de l'entreprise individuelle ou de la société.

---

<sup>1530</sup> NOTAIRES DE FRANCE, *Vie professionnelle et famille, place au contrat*, 110<sup>e</sup> Congrès des notaires de France, *op. cit.*, n° 1054.

<sup>1531</sup> *Ibid.*

## Chapitre 2 - L'utilisation du droit de l'entreprise aux fins de protection des époux

**328.** Les époux aspirent à profiter des richesses produites par la société ou par l'entreprise. Cependant, ils souhaitent tout à la fois protéger leurs biens personnels<sup>1532</sup> au cas où la société ou l'entreprise subirait des difficultés. Le terme d'« entreprise » dérive du verbe « entreprendre », apparu au début du XV<sup>e</sup> siècle dans le sens de « prendre entre ses mains ». Puis, vers la fin de ce siècle, il prit le sens de « prendre un risque, relever un défi, oser un objectif ». Si l'entreprise apparaît comme une source de risque pour les époux, le droit de l'entreprise offre à ces derniers des moyens de limiter ce risque. Il peut être utilisé pour protéger la famille. Certains mécanismes ont été conçus à cette fin par le législateur. D'autres dispositifs n'ont pas cette fonction première ; mais ils font néanmoins preuve d'une certaine efficacité. Nous avons choisi de ne pas traiter dans cette section des sociétés à risque limité, qui sont pourtant très nombreuses<sup>1533</sup> et se présentent sous forme pluripersonnelle ou unipersonnelle<sup>1534</sup>. Nous avons déjà eu l'occasion d'évoquer le fonctionnement social avec l'écran de la personnalité morale<sup>1535</sup>. La limitation de la responsabilité des associés ne nous semble pas nécessiter plus de développements. Nous rappellerons simplement que la responsabilité limitée de l'associé dirigeant peut être remise en cause en cas de faute de gestion ayant entraîné une insuffisance d'actif<sup>1536</sup>. Nous avons préféré nous concentrer sur des mécanismes qui n'ont pas été évoqués ou qui l'ont été peu et qui sont parfois plus spécifiques. Pour protéger le patrimoine personnel des époux du risque généré par l'entreprise individuelle ou la société, deux approches sont possibles : isoler le patrimoine pour le mettre hors de portée du risque (section 1) ou agir sur le risque lui-même (section 2).

---

<sup>1532</sup> Sauf contexte particulier, les « biens personnels » ou le « patrimoine personnel » doivent être entendus dans le présent chapitre comme « biens privés », par opposition aux biens professionnels.

<sup>1533</sup> Les SARL et les SAS, qu'elles soient unipersonnelles ou pluripersonnelles, représentent à elles seules 97 % de l'ensemble des sociétés commerciales créées en 2018, les premières réunissant 36 %, les secondes 61 %. Source : chiffres INSEE, *les créations d'entreprises en 2018*.

<sup>1534</sup> L'EURL et la SASU sont ainsi respectivement les formes unipersonnelles de la SARL et de la SAS.

<sup>1535</sup> V. *supra* § n° 121 et n° 202.

<sup>1536</sup> Art. L. 651-2 C. com. Sur la responsabilité pour insuffisance d'actif, V. *infra* § n° 358.

## Section 1 - L'isolement du patrimoine aux fins de protection du risque

**329.** Un bien utilisé ou non pour l'entreprise peut être isolé pour éviter qu'il soit saisi. Il est envisageable d'user de la fiducie pour mettre à l'abri le patrimoine personnel (§1) ; tout comme il est possible d'apporter à une SCI des biens immobiliers (§2).

### §1 - Le transfert des biens personnels dans un patrimoine fiduciaire

**330.** Le fonctionnement de la fiducie a déjà été évoqué précédemment<sup>1537</sup>. Les utilisations de la fiducie sont très diverses. La séparation des patrimoines apparaît comme un effet de la fiducie ; mais celle-ci n'a pas été spécialement créée par le législateur pour protéger la famille. Nous nous pencherons donc sur la façon de l'utiliser à cette fin (A) ; mais nous verrons que l'efficacité de ce mécanisme est douteuse (B).

#### A - L'utilisation du mécanisme

**331.** La fiducie permet au constituant de transférer des biens, présents ou futurs, à un fiduciaire, qui les tient séparés de son patrimoine propre et agit dans un but déterminé au profit d'un bénéficiaire<sup>1538</sup>. C'est la fiducie-gestion et non la fiducie-sûreté qui attire ici notre attention. L'entrepreneur individuel pourrait transférer au fiduciaire les biens qui ne sont pas utilisés pour l'entreprise<sup>1539</sup> et que nous qualifions ici de biens personnels. Une convention de mise à disposition de la résidence principale peut être consentie au constituant afin de lui permettre de continuer à l'habiter<sup>1540</sup>. Les biens utilisés par l'entreprise, quant à eux, demeureraient dans le patrimoine du constituant. Fiscalement, le transfert de biens appartenant à ce dernier dans le patrimoine fiduciaire constitue une opération neutre.

---

<sup>1537</sup> V. *supra* § n° 185 et s.

<sup>1538</sup> Art. 2011 C. civ.

<sup>1539</sup> V. J.-L. PIERRE, « L'entreprise à patrimoine affecté : la résurgence d'un serpent de mer », *JCP E*, n° 51-52, 2009, p. 2184, n° 21. V. également NOTAIRES DE FRANCE, *Vie professionnelle et famille, place au contrat*, *op. cit.*, n° 2269. Sous le régime légal, pour transférer des biens communs, le concours du conjoint sera nécessaire, art. 1424, al. 2, C. civ. V. *supra* § n° 185 et s.

<sup>1540</sup> NOTAIRES DE FRANCE, *Vie professionnelle et famille, place au contrat*, *op. cit.*, n° 2267.

Conformément à l'article 2025 du Code civil, « Le patrimoine fiduciaire ne peut être saisi que par les titulaires de créances nées de la conservation ou de la gestion de ce patrimoine ». Autrement dit, le patrimoine personnel ne pourrait alors être poursuivi que par les créanciers personnels, par opposition aux créanciers professionnels<sup>1541</sup>. Le bénéficiaire du contrat de fiducie serait l'entrepreneur constituant<sup>1542</sup>. Le fiduciaire devrait gérer les biens transférés au profit de ce dernier. Ainsi, la fiducie joue le rôle d'« outil d'organisation [du patrimoine de l'entrepreneur individuel] »<sup>1543</sup>. Toutefois, cette organisation n'instaure pas véritablement une protection fiable du patrimoine personnel des époux.

## **B - L'efficacité douteuse du mécanisme**

**332.** La frontière entre le patrimoine du constituant et le patrimoine fiduciaire s'avère poreuse en cas d'insuffisance du patrimoine fiduciaire (I). De plus, l'ouverture d'une procédure collective peut également avoir des conséquences importantes sur la fiducie (II). Quant au décès du constituant, il a incontestablement un très fort impact (III).

### **I - L'extension du gage au patrimoine du constituant en cas d'insuffisance du patrimoine fiduciaire**

**333.** Le caractère poreux de la frontière entre le patrimoine du constituant et le patrimoine fiduciaire est pointé comme une faiblesse du mécanisme<sup>1544</sup>. En vertu de l'article 2025, alinéa deux, du Code civil, « En cas d'insuffisance du patrimoine fiduciaire, le patrimoine du constituant constitue le gage commun de ces créanciers ». Dans l'hypothèse où le patrimoine personnel isolé dans le patrimoine fiduciaire ne suffirait pas à désintéresser les créanciers personnels, ceux-ci pourraient poursuivre le patrimoine du constituant dans lequel figurent les biens professionnels. Il faut retenir que le mécanisme proposé permet de protéger ces biens des poursuites des créanciers personnels seulement jusqu'à un certain point. Cependant, l'endettement excessif est plus fréquent du côté de l'entreprise

---

<sup>1541</sup> V. J.-L. PIERRE, « L'entreprise à patrimoine affecté : la résurgence d'un serpent de mer », *op. cit.*, n° 21.

<sup>1542</sup> *Ibid.*

<sup>1543</sup> E. DINH, « L'EIRL, un hybride en droit français », *JCP E* n° 46, 2010, p. 1979, n° 10.

<sup>1544</sup> J.-L. PIERRE, « L'entreprise à patrimoine affecté : la résurgence d'un serpent de mer », *op. cit.*, n° 22.

individuelle ou de la société que de celui de la famille. Ainsi, la fiducie remplirait son rôle de protection du patrimoine personnel de façon satisfaisante en garantissant une étanchéité vis-à-vis des créanciers professionnels.

## II - Le droit des procédures collectives

**334.** L'ouverture d'une procédure collective à l'encontre du fiduciaire n'affecte pas le patrimoine fiduciaire<sup>1545</sup>. En revanche, une procédure de redressement ou de liquidation judiciaires ouverte à l'encontre du constituant peut avoir des conséquences importantes<sup>1546</sup>. Le transfert de biens ou de droits dans un patrimoine fiduciaire encourt la nullité de plein droit lorsqu'il est intervenu pendant la période suspecte, c'est-à-dire entre la date de la cessation des paiements et la date du jugement d'ouverture du redressement judiciaire ou de la liquidation judiciaire<sup>1547</sup>. Les nullités de la période suspecte visent à « combattre les actes par lesquels le débiteur en cessation des paiements organise ou accroît frauduleusement son insolvabilité [ainsi qu'à] rétablir un traitement égalitaire entre les créanciers »<sup>1548</sup>. À l'évidence, il faudrait conseiller aux époux de transférer leurs biens personnels dans le patrimoine fiduciaire lorsque l'entreprise se trouve en bonne santé financière ou, au moins, n'est pas en cessation des paiements. Pourtant, une autre disposition du droit des entreprises en difficulté menace gravement l'efficacité du mécanisme. Si une procédure collective est ouverte ou prononcée contre le constituant, seul bénéficiaire du contrat de fiducie, celui-ci est résilié de plein droit. Cela entraîne le retour dans le patrimoine du constituant des biens et sûretés transférés<sup>1549</sup>. En cas de liquidation judiciaire, le patrimoine personnel mis à l'abri par le contrat de fiducie retourne dans le patrimoine du constituant afin d'être appréhendé par la procédure collective.

---

<sup>1545</sup> Art. 2024 C. civ.

<sup>1546</sup> V. J.-L. PIERRE, « L'entreprise à patrimoine affecté : la résurgence d'un serpent de mer », *op. cit.*, n° 23.

<sup>1547</sup> L'art. L. 632-1 I 9° C. com. relatif au redressement judiciaire est applicable à la liquidation judiciaire par le renvoi de l'art. L. 641-14 C. com.

<sup>1548</sup> A. JACQUEMONT, N. BORGA et T. MASTRULLO, *Droit des entreprises en difficulté*, 11<sup>e</sup> éd., LexisNexis, 2019, n° 576.

<sup>1549</sup> Art. L. 641-12-1 C. com. V. NOTAIRES DE FRANCE, *Vie professionnelle et famille, place au contrat*, *op. cit.*, n° 2271.

Il ne faut pas autoriser le recours à la fiducie lorsque l'entreprise a déjà des difficultés financières. Il serait tout à fait immoral et anti-économique que l'entrepreneur puisse utiliser ce mécanisme comme une échappatoire aux créanciers professionnels. Toutefois il est beaucoup moins compréhensible que la fiducie, constituée en amont, en l'absence de difficultés financières, soit remise en cause par l'ouverture d'une procédure de redressement ou de liquidation judiciaires. On saisit mal l'intérêt d'une séparation entre le patrimoine fiduciaire et le patrimoine du constituant lorsque l'entreprise se porte bien. Dans ce cas, les époux peuvent régler leurs dettes personnelles et professionnelles. Les créanciers n'ont alors aucune raison de vouloir se payer sur le patrimoine dont ils ne sont pas directement créanciers, et d'ailleurs ils ne le peuvent pas. Par conséquent, le contrat de fiducie qui isole les biens personnels est-il vraiment utile ? Il est permis d'en douter. Il serait réellement efficace s'il permettait de s'opposer aux créanciers professionnels lorsqu'ils prétendent saisir les biens personnels. Néanmoins cela se produit uniquement lorsque la société va mal et qu'une procédure collective doit donc être ouverte. Or, dans cette hypothèse précise, l'efficacité est refusée au contrat de fiducie. Plus largement, l'aléa devrait déterminer si les dispositifs pouvant être utilisés à des fins de protection doivent ou non être mis en place. En l'absence de difficultés, il existe un aléa : à ce moment-là, on ne peut pas prévoir si l'entreprise va réussir ou échouer ni si la protection sera utile ou pas. En revanche, si la société connaît déjà des difficultés, cet aléa n'est pas présent et exclut le recours à des mécanismes protecteurs. Le décès du constituant contribue à faire douter de l'efficacité de l'isolement des biens personnels dans un patrimoine fiduciaire.

### III - Le décès du constituant

**335.** L'article 2029 du Code civil dispose en son alinéa premier que le décès du constituant personne physique met fin au contrat de fiducie<sup>1550</sup>. Le patrimoine fiduciaire fait de plein droit retour à la succession<sup>1551</sup>. La protection apportée par ce dernier cesse donc au décès. Cependant, en vertu de l'article 2011 du Code civil, les biens, droits ou sûretés

---

<sup>1550</sup> Pour une critique de cette solution concernant la fiducie-gestion, v. Fr BARRIERE, « La fiducie : brèves observations sur sa refonte et sa retouche par la loi de modernisation de l'économie », *JCP E* 2008, n° 35, act. 385, n° 8.

<sup>1551</sup> Art. 2030, al. 2, C. civ.

peuvent être transférés dans le patrimoine fiduciaire par « un ou plusieurs constituants ». Lorsqu'il existe plusieurs constituants et que l'un d'eux seulement décède, est-il tout de même mis fin au contrat de fiducie ? Si la réponse était négative, il serait facile pour les époux de se porter tous deux constituants afin d'éviter cet inconvénient. Il nous semble toutefois, pour plusieurs raisons, que le décès d'un seul des constituants emporte la disparition du contrat de fiducie. En premier lieu, le législateur a fait figurer le décès du constituant dans les causes de cessation de plein droit<sup>1552</sup>. Puis, craignant d'enlever à la fiducie-sûreté toute efficacité en cas de décès, et par là même de la condamner, le législateur l'a mentionnée comme une exception à l'article 2029 du Code civil<sup>1553</sup> dans les articles 2372-1 et 2488-1 du même code. Le décès du constituant ne met pas fin à la fiducie-sûreté, qui est dès lors transmise aux héritiers. Or, on constate que le législateur n'a pas souhaité ériger en exception le décès d'un constituant lorsqu'il intervient dans le cadre d'une fiducie-gestion initiée par plusieurs constituants.

De plus, le législateur avait prévu que le décès du constituant mettait fin au contrat de fiducie afin notamment d'éviter la confrontation de la fiducie avec le droit des successions<sup>1554</sup>. S'il fallait considérer que le contrat de fiducie se poursuivait avec les constituants survivants, se poserait la question du sort des biens transférés par le constituant décédé. Ces biens devraient être transmis aux héritiers. Cela soulèverait alors des difficultés que le législateur a précisément souhaité éviter. La protection instaurée par la fiducie s'avère bien fragile et très aléatoire. Les époux ne peuvent donc pas fermement compter sur elle pour mettre à l'abri leur patrimoine personnel. Une autre technique de protection consiste à apporter en société des biens immobiliers personnels.

---

<sup>1552</sup> Rédaction de l'art. 2029 C. civ. issue de la loi n° 2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie.

<sup>1553</sup> Loi n° 2009-526 du 12 mai 2009 de simplification et de clarification du droit et d'allègement des procédures.

<sup>1554</sup> Cl. WITZ, J.-Cl. Banque – Crédit – Bourse, Fiducie, *Effets et extinction*, Fasc. 786, n° 65.

## §2 - L'apport de biens immobiliers personnels à une SCI

**336.** L'apport à une SCI de biens immobiliers donne lieu à une « insaisissabilité de fait »<sup>1555</sup>, par opposition à l'insaisissabilité conférée par la loi et portant de plein droit sur la résidence principale ou sur tout autre bien foncier en vertu d'une déclaration<sup>1556</sup>. Nous nous pencherons sur la façon dont l'apport de biens immobiliers à une SCI permet de protéger ceux-ci (A), puis nous verrons que ce dispositif fait preuve d'efficacité à condition de prendre certaines précautions (B).

### A - L'utilisation du mécanisme

**337.** La SCI est un formidable outil de gestion patrimoniale. Aussi, il n'est guère surprenant que les notaires s'y intéressent de près. Le 110<sup>e</sup> Congrès des Notaires avait proposé en 2014 d'apporter à la SCI le bien immobilier utilisé par l'entreprise afin de le protéger<sup>1557</sup> ; mais à l'occasion d'un colloque sur la SCI en 2017, Maître Jean-François Montredon avait également mis en avant les qualités de cette société s'agissant de protéger des immeubles personnels des époux<sup>1558</sup>. La constitution d'une SCI donne naissance à une personne morale qui a un patrimoine bien distinct de celui des associés. Lorsque l'époux apporte un bien immobilier à une SCI, ce bien devient la propriété de la société<sup>1559</sup>. En raison de l'écran de la personnalité morale, les créanciers de l'époux n'ont aucun droit sur le bien au titre des dettes professionnelles nées postérieurement à l'apport<sup>1560</sup>. Seuls les créanciers titulaires de créances nées dans l'exercice de l'activité de la SCI pourront poursuivre le bien immobilier. De surcroît, les créanciers ont en pratique des difficultés pour retrouver ce que

---

<sup>1555</sup> Formule utilisée dans NOTAIRES DE FRANCE, *Vie professionnelle et famille, place au contrat, op. cit.*, n° 2273.

<sup>1556</sup> V. *infra* § n° 360.

<sup>1557</sup> NOTAIRES DE FRANCE, *Vie professionnelle et famille, place au contrat, op. cit.*, n° 2273.

<sup>1558</sup> Colloque de l'ARNU MNAP (Association Rencontres Notariat-Université Montpellier, Nîmes, Avignon, Perpignan) ayant pour thème « La SCI dans tous ses états », qui s'est tenu le 30 mars 2017. L'intervention de Me Montredon a été publiée dans « La SCI, moyen de protection du patrimoine privé ? », *Deffrénois* 8 févr. 2018, n° 130x4, p. 23.

<sup>1559</sup> L'époux pourrait également faire des apports en numéraire à la société, qui achèterait ensuite elle-même le bien immobilier.

<sup>1560</sup> J.-Fr. MONTREDON, « La SCI, moyen de protection du patrimoine privé ? », *op. cit.*, n° 2.

sont devenus les biens immobiliers apportés à une SCI. Appartenant à la société, ils n'apparaissent pas sur le fichier immobilier du service de la publicité foncière du chef de l'époux<sup>1561</sup>.

**338.** Qu'en est-il des parts sociales, qui au contraire, figurent dans le patrimoine de l'époux ? En théorie, les créanciers professionnels de l'époux peuvent exiger un nantissement judiciaire sur les parts et les faire vendre aux enchères s'ils ne sont pas payés<sup>1562</sup>. Toutefois, il est en pratique difficile pour les créanciers de se rendre compte de leur existence. En effet, elles n'apparaissent pas non plus sur le fichier immobilier, car les biens mobiliers n'y sont bien entendu pas recensés. En outre, si l'époux n'est pas lui-même gérant de la SCI, la simple consultation du BODACC ne suffit pas à révéler sa qualité d'associé<sup>1563</sup>. Ensuite, si les créanciers professionnels réussissaient à déceler l'existence des parts sociales, il serait compliqué pour eux de les faire vendre. La SCI étant une société caractérisée par un fort *intuitus personae*, les acquéreurs ne se bousculeront pas<sup>1564</sup>. Pour compliquer encore la tâche des créanciers, on pourrait attribuer une partie des parts à un tiers de confiance ou à un membre de la famille, prévoir que le gérant est révocable à l'unanimité, puis nommer gérante cette personne. Ainsi, elle serait presque irrévocable<sup>1565</sup>. De plus, l'époux pourrait en amont avoir démembré les parts sociales en cédant la nue-propriété des parts<sup>1566</sup>. Il ne resterait propriétaire que de l'usufruit, ce qui est encore moins attractif pour les éventuels acquéreurs. Il reste à s'interroger sur l'efficacité de la SCI.

## **B - L'efficacité du mécanisme en cas d'utilisation précautionneuse**

**339.** En cas de fraude, les créanciers peuvent remettre en cause l'apport du bien à la SCI. La protection conférée par cette dernière ne vaut que pour les dettes nées

---

<sup>1561</sup> *Id.*, n° 3.

<sup>1562</sup> *Id.*, n° 4.

<sup>1563</sup> *Id.*, n° 5.

<sup>1564</sup> *Id.*, n° 7 ; NOTAIRES DE FRANCE, *Vie professionnelle et famille, place au contrat*, op. cit., n° 2275.

<sup>1565</sup> NOTAIRES DE FRANCE, *Vie professionnelle et famille, place au contrat*, op. cit., n° 2275.

<sup>1566</sup> V. J.-Fr. MONTREDON, « La SCI, moyen de protection du patrimoine privé ? », op. cit., n° 5. Concernant une autre utilisation du démembrement dans le cadre de la SCI, v. NOTAIRES DE FRANCE, *Vie professionnelle et famille, place au contrat*, op. cit., n° 2278 à 2281. V. également la combinaison de la SCI avec la clause de tontine, même ouvrage, n° 2282 et s.

postérieurement à l'apport du bien immobilier<sup>1567</sup>. Si l'époux constituait une telle société et y apportait un bien immobilier alors qu'il a déjà des dettes à sa charge, les créanciers pourraient agir par le biais de l'action paulienne<sup>1568</sup> et obtenir que l'apport leur soit inopposable. Par conséquent, ils seraient en mesure de saisir l'immeuble<sup>1569</sup>. Il faudrait évidemment conseiller aux époux d'avoir recours à la SCI avant la naissance de dettes professionnelles. Le droit des procédures collectives permet également de protéger les créanciers dans certaines circonstances (I). En outre, l'organisation d'insolvabilité est un délit auquel l'époux entrepreneur doit être particulièrement vigilant dans l'utilisation qu'il fait de la SCI (II).

## I - Le droit des procédures collectives

**340.** Certains actes encourent la nullité lorsqu'ils ont été accomplis pendant la période suspecte en redressement ou en liquidation judiciaire ouverts à l'égard de l'époux entrepreneur. L'apport d'un bien à une SCI peut en faire partie (a). Des négligences ou des maladresses de l'époux associé peuvent emporter l'extension à la SCI de la procédure collective ouverte à l'égard de cet époux (b).

### a - La nullité de l'apport effectué en période suspecte

**341.** Contrairement au transfert de biens et de droits dans un patrimoine fiduciaire, l'apport effectué à une société pendant la période suspecte n'est pas expressément frappé par la nullité. Cependant d'autres cas de nullité peuvent s'appliquer. Tout d'abord, les contrats commutatifs dans lesquels les obligations du débiteur excèdent notablement celles de l'autre partie encourent la nullité de plein droit<sup>1570</sup>. Maître Jean-François Montredon donne l'exemple de l'époux débiteur qui aurait apporté un bien immobilier à la SCI et qui recevrait

---

<sup>1567</sup> J.-Fr. MONTREDON, « La SCI, moyen de protection du patrimoine privé ? », *op. cit.*, n° 8.

<sup>1568</sup> Art. 1341-2 C. civ. Pour échapper à l'action paulienne en présence de dettes existantes, l'époux pourrait songer à créer une SCI par apports en numéraire, puis à vendre l'immeuble à la société. Cependant, ce montage encourra l'action paulienne, v. J.-Fr. MONTREDON, « La SCI, moyen de protection du patrimoine privé ? », *op. cit.*, n° 9.

<sup>1569</sup> J.-Fr. MONTREDON, « La SCI, moyen de protection du patrimoine privé ? », *op. cit.*, n° 8.

<sup>1570</sup> Art. L. 632-1 I 2° applicable au redressement judiciaire et à la liquidation judiciaire par le renvoi opéré par l'art. L. 641-14 C. com.

en contrepartie le même nombre de parts sociales que les autres associés qui ont effectué des apports en numéraire de faible valeur<sup>1571</sup>. Dès lors que le juge a déterminé que le contrat commutatif est déséquilibré, le législateur ne lui laisse pas de pouvoir d'appréciation. L'acte appauvrit le débiteur qui ne parvient pas à faire face à ses engagements<sup>1572</sup>. Il doit donc être annulé.

En outre, la nullité facultative d'un acte accompli pendant la période suspecte est encourue lorsque le cocontractant avait connaissance de la cessation des paiements<sup>1573</sup>. Or, cette connaissance a été caractérisée dans une espèce où le conjoint ne pouvait ignorer l'existence des dettes professionnelles, l'immeuble constituait le seul bien susceptible de répondre des engagements professionnels de l'époux débiteur, les époux étant les seuls associés de la SCI<sup>1574</sup>. Il fallait donc considérer que le conjoint et la SCI connaissaient la cessation des paiements. Afin de décider si l'acte doit être annulé, le juge procède à une appréciation au cas par cas. La seule qualité de conjoint ne permet pas de déterminer la connaissance de la cessation des paiements. Toutefois on peut penser que l'ignorance du conjoint reste exceptionnelle.

## b - L'extension de la procédure collective à la SCI

**342.** L'époux entrepreneur doit prendre garde à ce qu'il n'y ait pas de confusion possible entre son patrimoine et celui de la SCI<sup>1575</sup>. Dans le cas contraire, la procédure de redressement ou de liquidation judiciaires ouverte à l'égard de l'époux pourrait être étendue à la SCI<sup>1576</sup>. La finalité de l'extension est d'appréhender les éléments du patrimoine de la seconde personne juridique et plus particulièrement les éléments d'actif. Ainsi, les créanciers pourront se faire payer non seulement sur l'actif du débiteur initial, mais aussi sur l'actif du

---

<sup>1571</sup> J.-Fr. MONTREDON, « La SCI, moyen de protection du patrimoine privé ? », *op. cit.*, n° 11.

<sup>1572</sup> A. JACQUEMONT, N. BORGA et T. MASTRULLO, *Droit des entreprises en difficulté*, *op. cit.*, n° 581.

<sup>1573</sup> Art. L. 632-2, al. 1<sup>er</sup>, C. com.

<sup>1574</sup> Cass. com., 1<sup>er</sup> avr. 2014, *Bull. civ. IV*, n° 65 : *D.* 2014, p. 869, obs. A. LIENHARD ; *Deffrénois* 2015, n° 119a1, p. 246, note F. VAUVILLE ; *Gaz. Pal.* 2014, n° 182, p. 31, note Ph. ROUSSEL GALLE ; *JCP E* 2014, p. 1346, note C. LEBEL ; *RTD com.* 2014, p. 695, A. MARTIN-SERF ; *BJS* 2014, p. 412, note B. BRIGNON.

<sup>1575</sup> V. J.-Fr. MONTREDON, « La SCI, moyen de protection du patrimoine privé ? », *op. cit.*, n° 12 ; v. également NOTAIRES DE FRANCE, *Vie professionnelle et famille, place au contrat*, *op. cit.*, n° 2288.

<sup>1576</sup> Art. L. 621-2, al. 2, C. com.

débiteur adjoint. Une telle extension de procédure ruinerait la protection mise en place par la SCI. La confusion des patrimoines peut résulter de deux situations : un mélange des éléments d'actif et des éléments de passif, qui a pour conséquence l'impossibilité de les rattacher à l'un ou l'autre des patrimoines<sup>1577</sup>, ou des relations financières anormales entre le débiteur et une autre entité juridique<sup>1578</sup>.

On peut penser que la première situation se rencontre rarement, dans la mesure où une SCI possède sa propre personnalité morale et ses propres règles de fonctionnement. En revanche, la seconde situation semble plus courante. Les relations financières anormales peuvent être caractérisées notamment par des libéralités ou des ventes à bas prix. Il n'est pas nécessaire que les actes matérialisant les relations anormales aient appauvri le débiteur<sup>1579</sup>. Ils pourraient aussi bien l'avoir enrichi. L'époux devrait donc faire attention, par exemple, à ne pas apporter l'immeuble à la SCI pour une valeur manifestement inférieure ou supérieure à la réalité. De même, il faudra également éviter les libéralités entre l'époux et la SCI<sup>1580</sup>. Nous avons pu constater que les époux ne devraient pas avoir recours à la SCI lorsque des dettes importantes existent déjà. Dans ce cas, il n'y aurait pas d'aléa. À condition d'avoir respecté certaines précautions, l'ouverture d'une procédure collective à l'égard de l'époux ne remet pas en cause la séparation de son patrimoine et du patrimoine de la SCI. Elle ne semble donc pas constituer un obstacle à l'utilisation de la SCI à des fins de protection. Les parts sociales feraient partie de l'actif appartenant au débiteur ; mais cela comprend pour les créanciers les inconvénients qui ont déjà été mentionnés<sup>1581</sup>.

---

<sup>1577</sup> Pour un ex., v. Cass. com., 24 oct. 1995, inédit : *BJS* févr. 1996, n° 49, p. 158, note P. SCHOLER ; *Dr. sociétés* 1995, comm. 238, note Y. CHAPUT.

<sup>1578</sup> Cass. com., 2 nov. 2016, inédit : *D.* 2016, p. 2278 ; *Rev. sociétés* 2017, p. 49, obs. P. PISONI ; *BJS* févr. 2017, n° 116a9, p. 143, E. MOUIAL-BASSILANA.

<sup>1579</sup> Cass. com., 16 juin 2015, *Bull.* 2015, IV, n° 105 ; *BJS* sept. 2015, n° 113x8, p. 458, note E. MOUIAL-BASSILANA ; *D.* 2015, p. 1366, obs. A. LIENHARD ; *BJE* sept. 2015, n° 112r2, p. 282, note L. LE MESLE ; *Rev. sociétés* 2015, p. 545, obs. P. ROUSSEL-GALLE ; *JCP E* 2015, 1422, spéc. n° 1, obs. P. PETEL ; *Gaz. Pal.* 20 oct 2015, n° 243y5, p. 27 obs. F. REILLE – Cass. com., 2 nov. 2016, inédit : *D.* 2016, p. 2278 ; *Rev. sociétés* 2017, p. 49, obs. P. PISONI ; *BJS* févr. 2017, n° 116a9, p. 143, E. MOUIAL-BASSILANA.

<sup>1580</sup> J.-Fr. MONTREDON, « La SCI, moyen de protection du patrimoine privé ? », *op. cit.*, n° 13.

<sup>1581</sup> V. *supra* § n° 338.

## II - Les sanctions pénales pour organisation d'insolvabilité

**343.** En vertu de l'article 314-7 du Code pénal, le débiteur qui, même avant la décision judiciaire constatant sa dette, organise ou aggrave son insolvabilité, notamment en diminuant l'actif de son patrimoine ou en dissimulant certains de ses biens, en vue de se soustraire à l'exécution d'une condamnation de nature patrimoniale encourt jusqu'à trois ans d'emprisonnement et 45 000 euros d'amende. L'époux condamné à une sanction de nature patrimoniale ou celui qui risquerait une telle sanction ne devrait absolument pas apporter de biens immobiliers à la SCI<sup>1582</sup>. D'ailleurs, dans ce cas, le notaire qui dresserait l'acte d'apport en étant « informé de l'existence des condamnations pécuniaires de [l'époux] ou des faits délictueux pouvant les justifier »<sup>1583</sup> risquerait de se rendre complice de l'infraction<sup>1584</sup>. Contrairement à l'action paulienne et au droit des procédures collectives, les sanctions pénales ne remettent pas directement en cause l'efficacité du dispositif. Néanmoins, elles sont suffisamment graves pour être mentionnées et elles doivent être prises en compte pour juger si le recours à la SCI est opportun.

**344.** La comparaison entre la fiducie-gestion et la SCI nous donne à penser que cette dernière est plus à même d'isoler durablement le patrimoine personnel et, par conséquent, de protéger les époux contre les risques générés par l'activité professionnelle. Le décès, en particulier, problématique dans la fiducie, ne s'avère pas un handicap dans la SCI, puisque celle-ci peut être un bon outil de transmission successorale. Comme il est question d'isoler les biens personnels des époux, il n'y a pas de distinction à faire entre l'entrepreneur individuel et l'associé : tous deux peuvent avoir recours à la fiducie et à la SCI. L'associé tenu indéfiniment des dettes sociales courant plus de risques que l'associé dont la responsabilité est limitée au montant des apports, il cherchera davantage à protéger ses biens personnels. Un autre moyen de protéger les époux consiste à agir directement sur le risque.

---

<sup>1582</sup> V. J.-Fr. MONTREDON, « La SCI, moyen de protection du patrimoine privé ? », *op. cit.*, n° 10.

<sup>1583</sup> J.-Fr. MONTREDON, « La SCI, moyen de protection du patrimoine privé ? », *op. cit.*, n° 10.

<sup>1584</sup> L'art. 314-8, al 1<sup>er</sup>, CP permet à la juridiction de décider que la personne condamnée comme complice est « tenue solidairement, dans la limite des fonds ou de la valeur vénale des biens reçus à titre gratuit ou onéreux, aux obligations pécuniaires résultant de la condamnation à l'exécution de laquelle l'auteur de l'infraction a voulu se soustraire ». Cependant, il est fort peu probable que le notaire ait reçu des biens. Cet alinéa ne serait donc pas applicable. En revanche, le complice est solidairement tenu de réparer le dommage causé par l'infraction avec l'auteur en vertu de l'art. 480-1 CPP.

## **Section 2 - Les techniques agissant sur le risque aux fins de protection**

**345.** La fiducie peut encore être utilisée, non plus pour isoler le patrimoine personnel des époux, mais la source du risque. L'EIRL joue ce même rôle. De cette façon, l'activité professionnelle risquée ne peut pas « déteindre » sur les biens personnels (§1). Par ailleurs, le droit de gage des créanciers se traduit par la possibilité de saisir les biens, de les faire vendre et de se faire payer sur le prix. En rendant certains biens personnels insaisissables par les créanciers professionnels, on offre aux époux une protection en aval contre les effets du risque (§2).

### **§1 - L'isolement de la source du risque : la fiducie et l'EIRL**

**346.** Nous avons vu précédemment qu'il était possible de transférer les biens personnels des époux dans un patrimoine fiduciaire, afin de les protéger des poursuites des créanciers professionnels. Pourquoi ne pas procéder à une inversion en transférant directement dans un patrimoine fiduciaire le patrimoine professionnel, qui est la source du risque ? (A). L'entrepreneur individuel peut également choisir de constituer un patrimoine séparé de son patrimoine personnel et seul le premier subit les éventuelles poursuites des créanciers professionnels (B).

#### **A - Le transfert des biens professionnels dans un patrimoine fiduciaire**

**347.** Nous envisagerons la façon dont ce mécanisme peut être utilisé (I), puis nous expliquerons qu'il n'est pas efficace (II).

##### **I - L'utilisation du mécanisme**

**348.** L'époux chef d'entreprise pourrait transférer les biens utilisés pour l'entreprise dans le patrimoine fiduciaire. L'époux associé ferait de même avec les parts sociales ou les

actions<sup>1585</sup>. Le constituant se verrait consentir une convention de mise à disposition des biens professionnels<sup>1586</sup>. Quant aux biens personnels des époux, ils resteraient en dehors de la fiducie. Le bénéficiaire du contrat de fiducie serait l'entrepreneur individuel ou l'associé constituant. Le fiduciaire devrait gérer les biens transférés au profit de ce dernier. Le patrimoine fiduciaire ne pouvant être saisi que par les titulaires de créances nées de la conservation ou de la gestion de ce patrimoine<sup>1587</sup>, l'entreprise ou les droits sociaux seraient à l'abri des poursuites des créanciers personnels des époux.

## II - L'inefficacité du mécanisme

**349.** Les inconvénients que nous avons présentés en cas de transfert du patrimoine personnel dans le patrimoine fiduciaire se retrouvent en cas de transfert du patrimoine professionnel. Tout d'abord, la porosité de la frontière entre le patrimoine du constituant et le patrimoine fiduciaire s'avère encore plus problématique lorsque le patrimoine professionnel est transféré, parce qu'elle met les biens personnels à la merci des créanciers professionnels. Or, comme nous l'avons déjà indiqué<sup>1588</sup>, l'endettement excessif est plus à craindre du côté de l'entreprise que du côté de la famille. Si le patrimoine fiduciaire est insuffisant pour désintéresser les créanciers professionnels, ils peuvent poursuivre le patrimoine personnel des époux<sup>1589</sup> et ce en dehors de toute procédure collective. En pratique, dans le cas où les biens professionnels, qui figurent dans le patrimoine fiduciaire, ne permettraient pas de désintéresser les créanciers professionnels, cela révélerait des difficultés financières nécessitant l'ouverture d'une procédure collective. Lorsque le constituant est *in bonis*, deux solutions existent en amont pour éviter que son patrimoine puisse être poursuivi ; mais elles semblent en pratique presque impossibles à appliquer. La première consiste à mettre tout ou partie du passif à la charge du fiduciaire<sup>1590</sup>, la seconde à

---

<sup>1585</sup> Sous le régime légal, pour transférer des biens communs, le concours du conjoint sera nécessaire, art. 1424, al. 2, C. civ. V. *supra* § n° 185 et s.

<sup>1586</sup> NOTAIRES DE FRANCE, *Vie professionnelle et famille, place au contrat*, op. cit., n° 2267.

<sup>1587</sup> Art. 2025, al. 1<sup>er</sup>, C. civ.

<sup>1588</sup> V. *supra* § n° 333.

<sup>1589</sup> Art. 2025, al. 2, C. civ.

<sup>1590</sup> *Ibid.*

limiter l'obligation au passif fiduciaire au seul patrimoine fiduciaire<sup>1591</sup>. Néanmoins on voit mal quel intérêt aurait le fiduciaire à accepter de supporter le passif<sup>1592</sup>, d'une part, et les raisons qui pousseraient les créanciers à accepter une limitation de l'obligation au passif, d'autre part. Ainsi, il faudrait considérer que la porosité entre le patrimoine du constituant et le patrimoine fiduciaire est inévitable.

Par ailleurs, certaines dispositions du droit des procédures collectives menacent l'efficacité de la fiducie, tout comme le décès du constituant. Il convient de se reporter aux développements correspondants<sup>1593</sup>. On observe qu'il est plus avantageux de transférer dans le patrimoine fiduciaire le patrimoine personnel<sup>1594</sup>. Cependant, les inconvénients que présente le transfert du patrimoine professionnel dans le patrimoine fiduciaire sont, plus largement, les inconvénients propres à la fiducie-gestion. Celle-ci paraît donc peu adaptée pour protéger le patrimoine personnel de l'entrepreneur<sup>1595</sup>. Il reste à savoir ce qu'il en est de l'EIRL.

## B - L'EIRL

**350.** Après avoir présenté l'EIRL (I), nous montrerons qu'il est efficace à condition d'en faire un usage normal (II).

### I - La présentation du mécanisme

**351.** Le souhait du législateur d'autoriser une personne physique à exercer son activité sous la forme d'une entreprise individuelle tout en lui permettant de protéger ses biens personnels est né de plusieurs constats. Tout d'abord, avant 2010, l'exercice de l'activité sous la forme sociale progressait avec régularité au détriment de l'exercice en nom

---

<sup>1591</sup> Art. 2025, al. 3, C. civ.

<sup>1592</sup> J.-L. PIERRE, « L'entreprise à patrimoine affecté : la résurgence d'un serpent de mer », *op. cit.*, n° 22.

<sup>1593</sup> V. *supra* § n° 335.

<sup>1594</sup> Dans ce sens, v. NOTAIRES DE FRANCE, *Vie professionnelle et famille, place au contrat*, *op. cit.*, n° 2270.

<sup>1595</sup> J.-L. PIERRE, « L'entreprise à patrimoine affecté : la résurgence d'un serpent de mer », *op. cit.*, n° 24.

propre<sup>1596</sup>. Cela pouvait s'expliquer par l'inégalité de situation entre l'associé d'une société à risque limité et l'entrepreneur individuel. Le premier met à l'abri ses biens personnels, tandis que le deuxième est obligé de les miser sur le succès de son activité professionnelle<sup>1597</sup>. Pourquoi, alors, ne pas permettre à l'entrepreneur d'exercer seul sous la forme sociale avec une responsabilité limitée au montant des apports ? Il se trouve que le législateur l'avait déjà fait avec la loi du 11 juillet 1985<sup>1598</sup>, qui avait créé l'EURL. Toutefois, celle-ci n'avait pas connu le succès escompté<sup>1599</sup> ; la manifestation, peut-être, de l'attachement persistant des entrepreneurs à l'exercice en nom propre. Le législateur a donc créé l'EIRL par la loi du 15 juin 2010<sup>1600</sup>. Il convient de rappeler qu'il ne s'agit pas d'une entreprise, mais seulement d'un régime dont peut se prévaloir l'entrepreneur individuel. De plus, il est intéressant d'observer que ce régime a été inséré dans un chapitre du Code de commerce intitulé « De la protection de l'entrepreneur individuel et du conjoint ». Or, l'entrepreneur, même célibataire, peut en bénéficier. L'intitulé de ce chapitre montre combien la dimension familiale est importante pour le législateur. À ses yeux, que l'entrepreneur chute seul, victime du monde de l'entreprise, est une chose, qu'il entraîne son conjoint et plus largement sa famille avec lui en est une autre.

Avec la « loi Pacte » du 22 mai 2019, le législateur a tenté de rendre le régime de l'EIRL plus attractif<sup>1601</sup>. Pour inciter les entrepreneurs à opter pour ce régime, il a créé dans le Code de commerce un article L. 526-5-1 qui donne clairement le choix à la personne physique entre le régime de l'entrepreneur individuel et celui de l'EIRL. Cet article rappelle également que « l'entrepreneur individuel peut opter à tout moment pour le régime de l'EIRL ». Ce dernier permet à l'entrepreneur d'affecter à son activité professionnelle un patrimoine séparé de son patrimoine personnel, mais sans création d'une personne morale<sup>1602</sup>. Conformément

---

<sup>1596</sup> Travaux préparatoires de la loi du 15 juin 2010 instaurant l'EIRL, rapport du Sénat n° 362 (2009-2010) rédigé par M. J.-J. HYEST, déposé le 24 mars 2010.

<sup>1597</sup> V. cependant, dès 2003, la possibilité pour l'entrepreneur individuel de déclarer insaisissable sa résidence principale, V. *infra* § n° 360.

<sup>1598</sup> Loi n° 85-697 du 11 juillet 1985 relative à l'entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée et à l'exploitation agricole à responsabilité limitée.

<sup>1599</sup> Travaux préparatoires de la loi du 15 juin 2010 instaurant l'EIRL, rapport précité.

<sup>1600</sup> Loi n° 2010-658 du 15 juin 2010 relative à l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée.

<sup>1601</sup> V. *infra* § n° 357.

<sup>1602</sup> Art. L. 526-6, al. 1<sup>er</sup>, C. com. Concernant les biens affectés et l'accord exprès du conjoint requis pour l'affectation d'un bien commun, v. *supra* § n° 188.

à l'article L. 526-12 du Code de commerce, les créanciers auxquels la déclaration d'affectation est opposable et dont les droits sont nés à l'occasion de l'exercice de l'activité professionnelle à laquelle le patrimoine est affecté ont pour gage le patrimoine affecté<sup>1603</sup>, tandis que les autres créanciers auxquels la déclaration est opposable ont pour gage le patrimoine non affecté<sup>1604</sup>. Par ailleurs, l'article 1413 du Code civil prévoit que le paiement des dettes dont chaque époux est tenu, pour quelque cause que ce soit, pendant la communauté, peut toujours être poursuivi sur les biens communs. L'EIRL déroge à cette règle<sup>1605</sup> en ce qu'il empêche les créanciers professionnels de poursuivre les biens communs figurant dans le patrimoine non affecté et inversement, les créanciers personnels des époux ne peuvent poursuivre les biens communs faisant partie du patrimoine affecté. La frontière entre les deux patrimoines est en principe étanche, à moins que l'époux entrepreneur ou son conjoint commettent des erreurs graves.

## II - L'efficacité du mécanisme en cas d'utilisation normale

**352.** La séparation entre le patrimoine affecté et le patrimoine non affecté peut être remise en cause en dehors des procédures collectives (a). Des dispositions propres à celles-ci appellent une certaine vigilance (b).

### a - En dehors des procédures collectives

**353.** Pour que l'EIRL soit efficace, les époux doivent éviter la coexploitation conjugale. De fait, celle-ci peut remettre en cause la séparation effectuée entre le patrimoine personnel et le patrimoine affecté et la protection corrélative. Le conjoint de l'EIRL devrait donc absolument s'abstenir de s'immiscer dans la gestion de l'entreprise<sup>1606</sup>. Dans le cas

---

<sup>1603</sup> Art. L. 526-12 1° C. com.

<sup>1604</sup> Art. L. 526-12 2° C. com. Sur la question de savoir si les créanciers du conjoint de l'entrepreneur peuvent saisir les biens communs figurant dans le patrimoine affecté, v. N. MOULIGNER-BAUD, J.-Cl. Civil Code, Art. 1409 à 1420, *Communauté légale*, fasc. précit., n° 20. En vertu de l'art. L. 526-12, al. 6, C. com., en cas d'insuffisance du patrimoine non affecté, le droit de gage général des créanciers de ce patrimoine peut s'exercer sur le bénéfice réalisé par l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée lors du dernier exercice clos.

<sup>1605</sup> V. N. MOULIGNER-BAUD, J.-Cl. Civil Code, Art. 1409 à 1420, *Communauté légale*, fasc. précit., n° 20.

<sup>1606</sup> A. KARM, « Le patrimoine affecté de l'EIRL et le droit des régimes matrimoniaux », *op. cit.*, n° 28.

contraire, les créanciers professionnels recouvreraient du chef du conjoint leur droit de gage sur l'ensemble des biens appartenant aux époux<sup>1607</sup>. L'entrepreneur est encore tenu sur tous ses biens en cas de fraude ou de manquement grave aux obligations comptables<sup>1608</sup>. Cependant ces faits ayant des conséquences particulières en procédure collective, nous les étudierons plutôt dans ce cadre-là. Les époux doivent également prendre garde à ne pas surévaluer des biens affectés à l'activité professionnelle (1) et à ne pas consentir des sûretés ayant un impact sur les biens non affectés pour garantir des dettes professionnelles (2).

## 1 - La surévaluation des biens affectés à l'activité professionnelle

**354.** En vertu de l'article L. 526-8 du Code de commerce, lors de la constitution du patrimoine affecté l'entrepreneur mentionne notamment la valeur des biens qu'il affecte à son activité professionnelle sur l'état descriptif annexé à la déclaration d'affectation<sup>1609</sup>. La valeur inscrite est en principe la valeur vénale<sup>1610</sup>. À la création de l'EIRL, le législateur a mis en place une obligation de faire évaluer les éléments d'actifs du patrimoine affecté, autre que des liquidités, d'une valeur déclarée supérieure à un montant de 30.000 € fixé par décret, par un commissaire aux comptes, un expert-comptable ou une association de gestion et de comptabilité. L'évaluation d'un bien immobilier pouvait également être réalisée par un notaire<sup>1611</sup>. Cette exigence, inspirée de l'évaluation des apports en nature dans les sociétés à risque limité, devait éviter le risque de surévaluation concernant les actifs de valeur importante. Toutefois, cette obligation a été jugée trop contraignante et la loi du 22 mai 2019 dite « loi Pacte »<sup>1612</sup> a abrogé les dispositions qui l'imposaient.

Cette loi assure tout de même aux créanciers une protection contre la surévaluation : elle a modifié l'article L. 526-12 du Code de commerce. Lorsque la valeur d'un élément d'actif mentionnée dans l'état descriptif ou en comptabilité « est supérieure à sa valeur réelle au moment de son affectation, l'EIRL est responsable, pendant une durée de cinq ans, à l'égard

---

<sup>1607</sup> I. DAURIAC et Cl. GRARE-DIDIER, « Projet d'EIRL : l'enjeu pour la famille », *Defrénois*, 15 avr. 2010, p. 819.

<sup>1608</sup> Art. L. 526-12 II, al. 2, C. com. Les règles comptables sont énoncées à l'art. L. 526-13 C. com.

<sup>1609</sup> Art. L. 526-8 I, al. 1<sup>er</sup>, C. com.

<sup>1610</sup> Art. L. 526-8 II, al. 1<sup>er</sup>, C. com.

<sup>1611</sup> Art. L. 526-10, al. 1<sup>er</sup>, C. com, abrogé.

<sup>1612</sup> Loi n° 2019-486 du 22 mai 2019 relative à la croissance et à la transformation des entreprises.

des tiers sur la totalité de son patrimoine, affecté et non affecté, à hauteur de la différence entre la valeur réelle du bien au moment de l'affectation et la valeur mentionnée [...] ». Cette sanction est extrêmement proche de celle qui existe dans la SARL pour le cas où il n'y a pas eu de commissaire aux apports pour évaluer les apports en nature ou pour le cas où la valeur retenue est différente de celle proposée par le commissaire. Les associés sont alors « solidairement responsables pendant cinq ans, à l'égard des tiers, de la valeur attribuée aux apports en nature lors de la constitution de la société »<sup>1613</sup>. Si l'EIRL peut être tenu sur l'ensemble de son patrimoine en cas de surévaluation de n'importe quel élément d'actif autre que des liquidités, les conséquences de la surévaluation ne seront graves que pour les éléments d'actifs ayant une valeur importante. L'EIRL aurait alors tout intérêt à recourir à un expert pour l'évaluation de ces biens en particulier, même si la loi ne l'y oblige plus.

## **2 - Les sûretés prises sur les biens non affectés<sup>1614</sup> en garantie des dettes professionnelles**

**355.** Certains auteurs<sup>1615</sup> observent que l'étanchéité entre le patrimoine professionnel et le patrimoine personnel pourrait également être menacée par des sûretés personnelles ou réelles consenties sur les biens personnels. L'entrepreneur ne pourrait pas garantir le paiement de ses dettes professionnelles par un cautionnement sur ses biens personnels, car le patrimoine affecté n'est pas considéré comme une personne juridique distincte de l'entrepreneur<sup>1616</sup>. En revanche, ce dernier serait en mesure de consentir seul une sûreté réelle sur un bien non affecté si le bien lui est propre ou si le bien est commun, mais non visé à l'article 1424 du Code civil. L'entrepreneur aurait besoin de recueillir le consentement de son conjoint si le bien était visé à cet article. Consentir une sûreté réelle sur un bien non affecté pour garantir les dettes professionnelles anéantit la protection mise en place par l'EIRL ; cependant on s'attend à ce que l'entrepreneur en ait conscience.

---

<sup>1613</sup> Art. L. 223-9, al. 4, C. com.

<sup>1614</sup> La formulation de cet intitulé, volontairement floue, est destinée à englober les sûretés personnelles et les sûretés réelles.

<sup>1615</sup> A. KARM, « Le patrimoine affecté de l'EIRL et le droit des régimes matrimoniaux », *op. cit.*, n° 28 ; Ph. SIMLER, « EIRL et communauté de biens entre époux », *op. cit.*, n° 5.

<sup>1616</sup> *Ibid.* Sur cette question, v. N. BORGA, « L'EIRL et la constitution de sûretés personnelles », *BJE*, mars-avr. 2011, p. 76.

Tel ne serait pas toujours le cas en présence d'une sûreté consentie par l'époux non-entrepreneur. Celui-ci devrait obtenir le consentement de son conjoint pour engager, par un cautionnement garantissant les dettes professionnelles, les biens communs figurant dans le patrimoine non affecté<sup>1617</sup>. Sans ce consentement, il ne pourrait engager que ses biens propres et ses revenus. Cependant, s'agissant d'une sûreté réelle, il convient de reprendre le raisonnement ci-dessus : dans les hypothèses où le bien commun faisant partie du patrimoine personnel est visé à l'article 1424 du Code civil, l'entrepreneur devrait consentir à affecter le bien commun à la garantie des dettes professionnelles<sup>1618</sup>. Il aurait alors conscience que son conjoint fragilise la protection mise en place par l'EIRL. Inversement, dans le cas où le bien commun n'est pas visé audit article, l'entrepreneur pourrait le voir affecté à la garantie des dettes professionnelles sans qu'on lui ait demandé son avis<sup>1619</sup>. Il découvrirait après coup la brèche dans la protection. Par conséquent, l'EIRL n'apparaît pleinement efficace que si les époux se montrent unis et entretiennent une bonne communication.

## **b - Le droit des procédures collectives**

**356.** Dans le meilleur des cas, seule l'affectation d'un bien effectuée dans des circonstances particulières est remise en cause : toute affectation ou modification dans l'affectation d'un bien effectuée pendant la période suspecte encourt la nullité de plein droit<sup>1620</sup>. L'affectation ne doit pas être pour l'entrepreneur un moyen de soustraire ses biens à la procédure collective prochaine. Dans les autres cas, l'époux peut être tenu des dettes professionnelles sur son patrimoine personnel. Cela concerne l'hypothèse de l'extension de la procédure collective au patrimoine personnel (1), la responsabilité pour insuffisance d'actif (2) ou encore la faillite personnelle (3).

---

<sup>1617</sup> A. KARM, « Le patrimoine affecté de l'EIRL et le droit des régimes matrimoniaux », *op. cit.*, n° 28. Le consentement du conjoint est requis en vertu de l'art. 1415 C. civ.

<sup>1618</sup> A. KARM, « Le patrimoine affecté de l'EIRL et le droit des régimes matrimoniaux », *op. cit.*, n° 28.

<sup>1619</sup> *Ibid.*

<sup>1620</sup> Art. L. 632-1 I 11° C. com.

## 1 - L'extension de la procédure collective au patrimoine personnel

**357.** En vertu de l'article L. 526-12 du Code de commerce, l'entrepreneur est tenu sur tous ses biens en cas de fraude ou de manquement grave aux obligations comptables<sup>1621</sup> et ce en dehors de toute procédure collective. Cependant, dans cette hypothèse précise, ces dispositions pourront être combinées avec celles qui sont relatives à l'extension de la procédure collective<sup>1622</sup>. Les cas évoqués ci-dessus justifieront que le patrimoine non affecté soit réuni au patrimoine professionnel visé par la procédure collective. Il est toutefois nécessaire que la fraude ait été commise à l'égard d'un créancier titulaire d'un droit de gage général sur le patrimoine visé par la procédure, ce qui n'apparaît guère surprenant. Avant l'intervention de la loi du 22 mai 2019 dite « loi Pacte »<sup>1623</sup>, l'entrepreneur était également tenu sur l'ensemble de ses biens en cas de manquement grave aux règles d'affectation<sup>1624</sup> et ce manquement pouvait donner lieu à une réunion des patrimoines<sup>1625</sup>. Le législateur a estimé que le manquement aux règles d'affectation était sanctionné trop sévèrement et que cela nuisait à l'attractivité du régime<sup>1626</sup>. Désormais, ce manquement n'est plus une cause de réunion des patrimoines.

---

<sup>1621</sup> Ces règles sont énoncées à l'art. L. 526-13 C. com.

<sup>1622</sup> Art. L. 621-2, al. 3, C. com.

<sup>1623</sup> Loi n° 2019-486 du 22 mai 2019 relative à la croissance et à la transformation des entreprises.

<sup>1624</sup> Ces règles sont énoncées à l'art. L. 526-6, al. 2, C. com.

<sup>1625</sup> Art. L. 621-2, al. 3, C. com. dans sa rédaction antérieure à la loi du 22 mai 2019. Un exemple de réunion des patrimoines a été donné dans un l'arrêt Cass. com., 7 févr. 2018, *Bull. 2018*, IV, n° 20 : *D. actu*, 9 févr. 2018, obs. A. LIENHARD ; *LEDEN* mars 2018, n° 111k6, p. 5, obs. P. RUBELLIN ; *Dict. perm. entr. diff.*, 7 mars 2018, note P. ROUSSEL GALLE ; *LEDC* mars 2018, n° 111h0, p. 1, obs. N. LEBLOND ; *JCP G* 2018, 279, note J.-D. PELLIER ; *BJS* 2018, p. 226, note B. SAINTOURENS ; *Gaz. Pal.* 17 avr. 2018, n° 321n2, p. 51, F. REILLE. L'entrepreneur exerçait une activité de vente ambulante de boissons et la déclaration ne comportait aucune mention des éléments affectés à cette activité. La cour d'appel avait donc eu tort de rejeter la demande du liquidateur tendant à voir réunir les patrimoines. Le manquement grave aux règles d'affectation était caractérisé.

<sup>1626</sup> Travaux préparatoires de la loi du 22 mai 2019 relative à la croissance et à la transformation des entreprises, rapport de l'Assemblée Nationale n° 1761 rédigé par M. J.-N. BARROT, déposé le 7 mars 2019.

## 2 - La responsabilité pour insuffisance d'actif

**358.** Lorsque la liquidation judiciaire ouverte ou prononcée à raison de l'activité d'un EIRL à laquelle un patrimoine est affecté fait apparaître une insuffisance d'actif, le tribunal peut, en cas de faute de gestion ayant contribué à cette insuffisance d'actif, décider que le montant de celle-ci sera supporté, en tout ou en partie, par l'entrepreneur. La somme mise à sa charge s'impute sur son patrimoine non affecté<sup>1627</sup>. Les biens non professionnels des époux peuvent donc être saisis pour que l'entrepreneur s'acquitte de sa dette. Concernant la notion de faute de gestion, la loi du 9 décembre 2016<sup>1628</sup> a précisé qu'une simple négligence dans la gestion de l'entreprise ne peut être de nature à engager la responsabilité de l'entrepreneur au titre de l'insuffisance d'actif. Une rémunération excessive de l'entrepreneur<sup>1629</sup> ou des prélèvements excessifs de revenus au profit du patrimoine non affectés<sup>1630</sup> pourraient constituer des fautes de gestion susceptibles d'engager une telle responsabilité.

De plus, on peut se demander s'il en irait de même d'une affectation insuffisante. Il convient de transposer la jurisprudence rendue en présence de sociétés. Il avait été jugé, en 1996, que « le choix, lors de la création de l'entreprise, d'investissements inadaptés ou excessifs, compte tenu de leurs conditions prévisibles de financement », pouvait constituer une faute de gestion<sup>1631</sup>. Cependant, plus récemment, la Cour de cassation s'est montrée plus souple en décidant que « l'insuffisance des apports consentis à une société lors de sa constitution, qui est imputable aux associés, ne constitue pas une faute de gestion »<sup>1632</sup>. Il n'est donc pas certain que l'affectation insuffisante constitue une telle faute ; d'autant que depuis l'intervention de la loi du 22 mai 2019 dite « loi Pacte »<sup>1633</sup>, il est parfaitement admis

---

<sup>1627</sup> Art. L. 651-2, al. 2, C. com.

<sup>1628</sup> Loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique.

<sup>1629</sup> V. V. LEGRAND, J.-Cl. Not. Form., V° Entreprise, *Entreprise*, Fasc. 250, *Entrepreneur individuel à responsabilité limitée (EIRL) en difficulté*, n° 103.

<sup>1630</sup> En vertu de L. 526-18 C. com. V. en ce sens A. MARTIN-SERF, « EIRL : attention aux actions en responsabilité pour insuffisance d'actif ! », *Revue des proc. coll.* n° 2, 2011, dossier 31, n° 4.

<sup>1631</sup> Cass. com., 19 mars 1996, *Bull.* 1996 IV n° 91 p. 77 : *BJS* 1996, note A. COURET ; *Rev. sociétés* 1996, p. 840, note T. BRUGUIER ; *Deffrénois* 1996, p. 835, obs. P. LE CANNU.

<sup>1632</sup> Cass. com., 10 mars 2015, *Bull.* 2015, IV, n° 47 : *JCP E* 2015, 1261, note B. DONDERO ; *Dr. sociétés* 2015, comm. 164, note R. MORTIER ; *BJS* 2015, p. 244, note I. PARACHKEVOVA.

<sup>1633</sup> Loi n° 2019-486 du 22 mai 2019 relative à la croissance et à la transformation des entreprises.

que l'EIRL débute son activité en n'ayant affecté aucun élément à son activité professionnelle<sup>1634</sup>. Certains auteurs<sup>1635</sup> faisaient remarquer après la création de l'EIRL que la responsabilité pour insuffisance d'actif serait certainement mise en jeu fréquemment, car le régime attirerait beaucoup de « néophytes faisant leurs premières armes dans le monde des affaires »<sup>1636</sup>. Toutefois, la loi de 2016, en appréciant plus strictement la faute de gestion, s'avère plus favorable à ces nouveaux entrepreneurs.

Concernant l'action, elle protège l'intérêt collectif des créanciers. Aussi, elle est diligentée par le ministère public ou par le liquidateur<sup>1637</sup>. En cas d'inertie de ce dernier, les créanciers contrôleurs peuvent agir à certaines conditions<sup>1638</sup>. Un créancier n'a pas la possibilité d'agir individuellement, ce qui apporte une protection relative aux époux. La mise en œuvre de la responsabilité pour insuffisance d'actif ne constitue pas « une véritable recomposition de l'actif du patrimoine affecté »<sup>1639</sup>. Pour autant, elle mérite d'être mentionnée en ce qu'elle touche le patrimoine personnel des époux. En outre, le tribunal peut prononcer la faillite personnelle de l'EIRL qui n'a pas acquitté les dettes mises à sa charge à la suite de l'action en responsabilité<sup>1640</sup>.

### 3 - La faillite personnelle

**359.** La faillite personnelle emporte interdiction de diriger, gérer, administrer ou contrôler, directement ou indirectement, toute entreprise commerciale ou artisanale, toute

---

<sup>1634</sup> Cette loi a modifié l'art. L. 526-8 I C. com. et dispense de l'état descriptif l'entrepreneur qui n'a aucun élément à affecter à son activité professionnelle.

<sup>1635</sup> F. PEROCHON et F. REILLE, « La neutralisation du statut de l'EIRL », *Cah. dr. entr.* n° 3, 2011, dossier 19 ; J. VALLANSSAN, « L'EIRL en difficulté, les principes de l'ordonnance du 9 décembre 2010 portant adaptation eu droit des entreprises en difficulté et des procédures de traitement de surendettement à l'EIRL », *Rev. proc. coll.*, n° 1, 2011, spéc. n° 43.

<sup>1636</sup> A. MARTIN-SERF, « EIRL : attention aux actions en responsabilité pour insuffisance d'actif ! », *op. cit.*, n° 4.

<sup>1637</sup> Art. L. 651-3, al. 1<sup>er</sup>, C. com.

<sup>1638</sup> V. Art. L. 651-3, al. 1<sup>er</sup>, C. com. et art. R. 651-4 C. com. V. également Cass. com., 24 mai 2018, *Bull. 2018*, IV, n° 64 : *Act. proc. coll.* 2018, comm. 177, obs. P. CAGNOLI ; *LEDEN* juill. 2018, p. 1, obs. F.-X. LUCAS ; *BJS* juill. 2018, p. 430, note M.-H. MONSERIE-BON ; *Rev. proc. coll.* n° 6, 2018, comm. 202, A. MARTIN-SERF.

<sup>1639</sup> C. LISANTI, « EIRL, régimes matrimoniaux et procédures collectives », *Rev. proc. coll.* 2011, comm. 78.

<sup>1640</sup> Art. L. 653-6 C. com.

exploitation agricole ou toute entreprise ayant toute autre activité indépendante et toute personne morale<sup>1641</sup>. La faillite personnelle peut être prononcée à l'encontre de l'EIRL<sup>1642</sup>. On pourrait se demander pourquoi on l'aborde ici, étant donné qu'elle constitue une sanction professionnelle, mais ne semble pas avoir de conséquences patrimoniales directes pour l'entrepreneur. On s'aperçoit du contraire à la lecture de l'article L. 643-11 du Code de commerce. Il prévoit qu'en principe, le jugement de clôture de liquidation judiciaire pour insuffisance d'actif ne fait pas recouvrer aux créanciers l'exercice individuel de leurs actions contre le débiteur<sup>1643</sup>. Cependant, il en est autrement lorsque la faillite personnelle du débiteur a été prononcée<sup>1644</sup>. Autrement dit, après la clôture, les créanciers pourront poursuivre le patrimoine personnel des époux. Or, l'EIRL encourt cette sanction dans plusieurs hypothèses. Celles qui sont énoncées au I de l'article L. 653-3 du Code de commerce ainsi qu'à l'article L. 653-5 du même code ne lui sont pas spécifiques ; contrairement à celles mentionnées au II de l'article L. 653-3.

On peut reprocher à l'entrepreneur, sous le couvert de l'activité visée par la procédure masquant ses agissements, d'avoir fait des actes de commerce dans un intérêt autre que celui de cette activité, ou encore d'avoir fait des biens ou du crédit de l'entreprise visée par la procédure un usage contraire à l'intérêt de celle-ci à des fins personnelles ou pour favoriser une personne morale ou entreprise dans laquelle il était intéressé directement ou indirectement<sup>1645</sup>. La loi du 22 mai 2019 dite « loi Pacte »<sup>1646</sup> a fait disparaître une troisième hypothèse dans laquelle la faillite personnelle pouvait être retenue. Cette hypothèse concernait la disposition par l'EIRL des biens du patrimoine visé par la procédure comme s'ils étaient compris dans un autre de ses patrimoines<sup>1647</sup>. Cette sanction a été « jugée excessive et nui[sant] au rebond du débiteur »<sup>1648</sup>. Pour conclure, l'EIRL a marqué une nette tendance au rapprochement de la société et de l'entreprise individuelle. Avant la loi de 2019,

---

<sup>1641</sup> Art. L. 653-2 C. com.

<sup>1642</sup> V. V. LEGRAND, J.-Cl. Not. Form., V° Entreprise, *Entreprise*, fasc. précit., n° 109.

<sup>1643</sup> Art. L. 643-11 I C. com.

<sup>1644</sup> Art. L. 643-11 III C. com.

<sup>1645</sup> Art. L. 653-3 II C. com.

<sup>1646</sup> Loi n° 2019-486 du 22 mai 2019 relative à la croissance et à la transformation des entreprises.

<sup>1647</sup> Art. L. 653-3 II 1° C. com.

<sup>1648</sup> J.-P. LEGROS, « Les retouches apportées par la loi Pacte au droit des procédures collectives », *JCP G* ; V. le rapport de l'Assemblée Nationale n° 1761 rédigé par M. J.-N. BARROT, déposé le 7 mars 2019.

il requerrait un usage précautionneux. Cependant cette loi a, sur beaucoup de points, assoupli le régime. Moyennant un usage normal, en respectant des règles de base, l'EIRL se révèle parfaitement efficace. Les époux n'ont plus besoin de faire appel à la forme sociale pour protéger leurs biens personnels en isolant la source du risque. La neutralisation des effets du risque par l'insaisissabilité apporte également une protection aux conjoints.

## **§2 - La neutralisation des effets du risque : l'insaisissabilité**

**360.** En 2003, le régime de l'EIRL n'existait pas encore et en application du principe de l'unité du patrimoine, le patrimoine de l'entrepreneur individuel répond des dettes de l'entreprise<sup>1649</sup>. Il était donc difficile pour cet entrepreneur de protéger son patrimoine personnel. Il pouvait recourir à des montages avec une SCI, comme nous l'avons vu, mais l'insaisissabilité des parts sociales est seulement une insaisissabilité de fait et non de droit. Le législateur a jugé nécessaire de donner aux entrepreneurs la possibilité de rendre certains biens personnels insaisissables. Nous donnerons quelques éléments pour présenter l'insaisissabilité (A), puis nous verrons que son efficacité est satisfaisante en cas d'utilisation normale (B).

### **A - La présentation de l'insaisissabilité**

**361.** L'article 215 du Code civil met à l'abri la résidence principale contre les initiatives d'aliénation d'un seul époux ; cependant il ne la rend pas insaisissable pour autant<sup>1650</sup>. Or, le législateur a observé le déséquilibre, déjà évoqué, entre la situation de la personne physique qui exploite sous une forme sociale lui permettant de ne pas faire courir de risques à son patrimoine personnel et la personne physique qui exerce en son nom et supporte tous les risques de son entreprise. L'insaisissabilité s'applique de plein droit à la résidence principale et, sur déclaration notariée, à tout bien foncier bâti ou non bâti non affecté à l'usage professionnel conformément à l'article L. 526-1 du Code de commerce<sup>1651</sup>.

---

<sup>1649</sup> O. SALATI, J.-Cl. Voies d'ex., *Biens insaisissables*, Fasc. 490, *Biens insaisissables en dehors du Code des procédures civiles d'exécution*, n° 18.

<sup>1650</sup> V. *supra* § n° 122.

<sup>1651</sup> La remarque faite sur l'intitulé du chapitre dans lequel prennent place les dispositions de l'EIRL dans le Code de commerce peut également s'appliquer à l'insaisissabilité, V. *supra* § n° 351.

En vertu de la gestion exclusive des biens propres<sup>1652</sup>, l'entrepreneur marié sous le régime de la communauté peut déclarer insaisissable un bien immobilier propre. Il peut faire de même avec un bien commun sans que le consentement de son conjoint soit requis<sup>1653</sup>. Le pouvoir de l'époux entrepreneur se fonderait sur le principe de gestion concurrente des biens communs<sup>1654</sup>, la déclaration d'insaisissabilité étant un acte d'administration, voire un acte conservatoire<sup>1655</sup>. De plus, la dérogation au droit de gage général, proclamé aux articles 2284 et 2285 du Code civil, est expressément reconnue<sup>1656</sup>. Sur le plan des régimes matrimoniaux, l'article L. 526-1 déroge également à l'article 1413 du Code civil, selon lequel « Le paiement des dettes dont chaque époux est tenu, pour quelque cause que ce soit, pendant la communauté peut toujours être poursuivi sur les biens communs », ainsi qu'à l'article 1418 qui prévoit *in fine* qu'une dette entrée en communauté du chef d'un seul des époux peut être poursuivie sur ses biens propres<sup>1657</sup>.

Concernant les formalités à effectuer, lorsque la résidence principale est utilisée en partie pour un usage professionnel, la partie non utilisée pour un tel usage est de droit insaisissable. Aucun état descriptif de division n'est nécessaire<sup>1658</sup>. En revanche, il s'avère indispensable dans la même hypothèse en présence d'un bien foncier autre que la résidence principale<sup>1659</sup>. Afin de rendre ce bien insaisissable, la déclaration doit être reçue par notaire sous peine de nullité<sup>1660</sup>. Elle contient la description détaillée des biens et l'indication de leur caractère propre, commun ou indivis. L'acte est publié au fichier immobilier. Par ailleurs, la déclaration d'insaisissabilité n'a d'effet qu'à l'égard des créanciers dont les dettes sont nées à l'occasion de l'activité professionnelle de l'entrepreneur, d'une part, et postérieurement à la publication de la déclaration, d'autre part<sup>1661</sup>. Par conséquent, les biens demeurent

---

<sup>1652</sup> Art. 1428 C. civ.

<sup>1653</sup> F. SAUVAGE, « L'insaisissabilité de la résidence principale de l'entrepreneur individuel à l'épreuve de son régime matrimonial », *JCP N* 2004, 1120, n° 16.

<sup>1654</sup> Art. 1421, al. 1<sup>er</sup>, C. civ.

<sup>1655</sup> F. SAUVAGE, « L'insaisissabilité de la résidence principale de l'entrepreneur individuel à l'épreuve de son régime matrimonial », *op. cit.*, n° 13 et 15.

<sup>1656</sup> Art. L. 526-1, al. 1<sup>er</sup>, C. com.

<sup>1657</sup> N. MOULIGNER-BAUD, J.-Cl. Civil Code, Art. 1409 à 1420, *Communauté légale*, fasc. précit., n° 21.

<sup>1658</sup> Art. L. 526-1, al. 1<sup>er</sup>, C. com.

<sup>1659</sup> Art. L. 526-1, al. 2, C. com.

<sup>1660</sup> Art. L. 526-2, al. 1<sup>er</sup>, C. com.

<sup>1661</sup> Art. L. 526-1, al. 1<sup>er</sup>, C. com.

saisissables non seulement par les créanciers de l'entrepreneur pour les dettes extérieures à son activité professionnelle, mais également par les créanciers du conjoint de l'entrepreneur<sup>1662</sup>. Pour prévenir les créanciers de l'insaisissabilité du ou des biens, la déclaration doit être mentionnée sur le registre de publicité légale à caractère professionnel dans lequel la personne est immatriculée<sup>1663</sup>. Lorsque la personne n'est pas tenue de s'immatriculer dans un registre de publicité légale, un extrait de la déclaration doit être publié dans un journal d'annonces légales<sup>1664</sup>.

La protection accordée par l'insaisissabilité se révèle forte, dans la mesure où en cas de cession des droits immobiliers sur la résidence principale, le prix obtenu demeure insaisissable à certaines conditions<sup>1665</sup>. De plus, il est possible de renoncer à tout moment à l'insaisissabilité des droits sur la résidence principale ainsi qu'à la déclaration d'insaisissabilité<sup>1666</sup>. La renonciation peut porter sur tout ou partie des biens et être faite au bénéfice d'un ou plusieurs créanciers à qui la déclaration était opposable<sup>1667</sup>. La renonciation à l'insaisissabilité nécessite un acte authentique, sans distinguer selon que cette dernière est de plein droit, dans le cas de la résidence principale, ou résulte d'une déclaration, concernant les autres biens fonciers<sup>1668</sup>. Il convient à présent de voir si certains événements ou si certaines circonstances remettent en cause l'insaisissabilité.

## **B - L'efficacité de l'insaisissabilité en cas d'utilisation normale**

**362.** En vertu du troisième alinéa de l'article L. 526-1, l'insaisissabilité n'est pas opposable à l'administration fiscale lorsque celle-ci relève, à l'encontre de l'entrepreneur, des manœuvres frauduleuses ou l'inobservation grave et répétée de ses obligations

---

<sup>1662</sup> N. MOULIGNER-BAUD, J.-Cl. Civil Code, Art. 1409 à 1420, *Communauté légale*, fasc. précit., n° 21.

<sup>1663</sup> Art. L. 526-2, al. 2, C. com.

<sup>1664</sup> V. Art. L. 526-2, al. 3, C. com.

<sup>1665</sup> Ces conditions sont énoncées à l'art. L. 526-3, al. 1<sup>er</sup>, C. com. : les sommes doivent être remployées par l'entrepreneur dans le délai d'un an à l'acquisition d'un immeuble où est fixée sa résidence principale.

<sup>1666</sup> Art. L. 526-3, al. 2, C. com.

<sup>1667</sup> *Ibid.*

<sup>1668</sup> *Ibid.*

fiscales<sup>1669</sup>. L'hypothèse de la dissolution du régime matrimonial (I) mérite quelques développements, tout comme le droit des procédures collectives (II).

## I - La dissolution du régime matrimonial

**363.** Le décès de l'époux entrepreneur reçoit un traitement particulier : les effets de l'insaisissabilité ne subsistent que temporairement, jusqu'à la liquidation de la succession<sup>1670</sup>. Dans sa rédaction initiale, l'article L. 526-3 du Code de commerce prévoyait que le décès du déclarant emportait révocation de la déclaration. Cette disposition qui « s'avérait potentiellement catastrophique pour les successeurs de l'entrepreneur »<sup>1671</sup> a été modifiée par la loi du 6 août 2015<sup>1672</sup>. Si l'un des héritiers est attributaire du bien, il doit procéder à une nouvelle déclaration d'insaisissabilité. Lorsque le régime matrimonial est dissout et que l'époux entrepreneur est attributaire du bien insaisissable, les effets de l'insaisissabilité, quelle que soit son origine, subsistent<sup>1673</sup>. La cause de dissolution du régime – divorce, séparation de corps, changement de régime matrimonial – importe peu<sup>1674</sup>. Le décès du conjoint figure également au nombre de ces hypothèses dans lesquelles les effets de l'insaisissabilité demeurent<sup>1675</sup>. De plus, le problème de l'attribution ne peut se poser que sous le régime de la communauté pour des biens communs, sous le régime de la séparation de biens s'agissant de biens indivis ou encore sous le régime de la participation aux acquêts<sup>1676</sup>. Pour permettre à l'époux entrepreneur d'être attributaire du bien, on ne pourrait

---

<sup>1669</sup> Obligations fiscales au sens de l'art. 1729 C.G.I. Cet article sanctionne notamment « les inexactitudes ou les omissions relevées dans une déclaration ou un acte comportant l'indication d'éléments à retenir pour l'assiette ou la liquidation de l'impôt ».

<sup>1670</sup> Art. L. 526-3, al. 3, C. com.

<sup>1671</sup> A. REYGROBELLET, « Aspects de droit des affaires de la loi Macron », *JCP N* 2016, n° 36, p. 1157, n° 11.

<sup>1672</sup> Loi n° 2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques.

<sup>1673</sup> Art. L. 526-3, al. 3, C. com.

<sup>1674</sup> M. DAGOT, J.-Cl. Entreprise individuelle, *Déclaration d'insaisissabilité et insaisissabilité légale*, Fasc. 952, n° 222 et 223.

<sup>1675</sup> V. M. DAGOT, J.-Cl. Entreprise individuelle, *Déclaration d'insaisissabilité et insaisissabilité légale*, fasc. précit., n° 224.

<sup>1676</sup> M. DAGOT, J.-Cl. Entreprise individuelle, *Déclaration d'insaisissabilité et insaisissabilité légale*, fasc. précit., n° 219 à 221.

que lui recommander de mettre en place en amont des mécanismes à son bénéfice<sup>1677</sup> tels que la clause de prélèvement moyennant indemnité ou la clause de préciput<sup>1678</sup>. Si le bien était attribué à une personne autre que l'entrepreneur, les effets de la déclaration cesseraient<sup>1679</sup> et il faudrait que l'attributaire procède à une nouvelle déclaration afin de protéger ledit bien.

Par ailleurs, on a pu s'interroger sur le point de savoir si le conjoint n'exerçant pas l'activité professionnelle pourrait voir saisir le bien dont il est attributaire pour des dettes nées du chef de l'autre époux et postérieurement à la publication de la déclaration d'insaisissabilité. La question s'est posée du temps où la déclaration d'insaisissabilité ne pouvait porter que sur la résidence principale ; mais elle se pose à présent dans les mêmes termes s'agissant des autres biens. Dans les travaux préparatoires, il avait été précisé que ces dettes ne pourraient être poursuivies sur le bien attribué au conjoint « dans la mesure où ce dernier n'a pas à répondre des dettes contractées par l'entrepreneur »<sup>1680</sup>. Une majorité d'auteurs en déduit que les créanciers de l'entrepreneur ne pourront pas poursuivre le recouvrement de leurs créances sur le conjoint<sup>1681</sup>. Un auteur interprète différemment les travaux préparatoires<sup>1682</sup>. Selon lui, le recouvrement des créances peut être poursuivi dans la mesure où le conjoint doit répondre des dettes contractées par l'entrepreneur. Il met en avant l'article 1483 du Code civil, qui permet aux créanciers de la communauté de poursuivre après la dissolution chacun des époux pour la moitié des dettes entrées en communauté du chef de son conjoint. Il fait également un parallèle avec le créancier qui était dans l'impossibilité de saisir les gains et salaires du conjoint de son débiteur en cours de

---

<sup>1677</sup> F. SAUVAGE, « L'insaisissabilité de la résidence principale de l'entrepreneur individuel à l'épreuve de son régime matrimonial », *op. cit.*, n° 24.

<sup>1678</sup> Art. 1515 C. civ.

<sup>1679</sup> M. DAGOT, J.-Cl. Entreprise individuelle, *Déclaration d'insaisissabilité*, fasc. précit., n° 224.

<sup>1680</sup> Travaux préparatoires de la loi du 1<sup>er</sup> août 2003 pour l'initiative économique, rapport du Sénat n° 217 (2002-2003), rédigé par M. J.-J. HYEST, Mme A. BOCANDE et M. R. TREGOUËT, p. 58.

<sup>1681</sup> S. PIEDELIEVRE, « L'insaisissabilité de la résidence principale de l'entrepreneur individuel », *JCP G* 2003, I, 165, n° 24 ; A. LIENHARD, « L'insaisissabilité de la résidence principale de l'entrepreneur individuel », *D.* 2003, p. 1898 ; C. MALECKI, « La loi pour l'initiative économique et l'insaisissabilité de la résidence principale de l'entrepreneur individuel », *D.* 2003, p. 2220, n° 26.

<sup>1682</sup> F. SAUVAGE, « L'insaisissabilité de la résidence principale de l'entrepreneur individuel à l'épreuve de son régime matrimonial », *op. cit.*, n° 27.

mariage<sup>1683</sup>, et qui peut le faire après la dissolution<sup>1684</sup>. La dissolution du régime matrimonial est un évènement qui concerne l'époux entrepreneur et son conjoint et peut affecter ou non l'insaisissabilité. Cet évènement a incontestablement un impact sur l'entreprise, mais il n'y est pas lié. En revanche, la procédure collective ouverte à l'égard de l'époux entrepreneur, par définition, concerne l'entreprise.

## II - Le droit des procédures collectives

**364.** La question de l'opposabilité de la déclaration d'insaisissabilité à la procédure collective s'est posée et a parfois soulevé des difficultés. La Cour de cassation a décidé dans un arrêt de principe du 28 juin 2011<sup>1685</sup> que la déclaration régulièrement publiée avant l'ouverture de la liquidation est opposable à celle-ci. Le juge-commissaire ne peut donc pas autoriser le liquidateur à procéder à la vente aux enchères publiques de l'immeuble dont l'insaisissabilité lui est opposable, sous peine de commettre un excès de pouvoir. Lorsque la déclaration a été régulièrement publiée avant l'ouverture de la liquidation, l'immeuble n'est pas rentré dans le gage commun des créanciers. Par conséquent, le juge aux affaires familiales saisi d'une demande d'ouverture des opérations de compte, liquidation et partage de l'indivision peut, en exécution du jugement de divorce, ordonner sa licitation pour parvenir au partage de l'indivision sans avoir besoin d'une demande à cette fin du liquidateur<sup>1686</sup>.

---

<sup>1683</sup> Art. 1414, al. 1<sup>er</sup>, C. civ.

<sup>1684</sup> F. SAUVAGE, « L'insaisissabilité de la résidence principale de l'entrepreneur individuel à l'épreuve de son régime matrimonial », *op. cit.*, n° 27.

<sup>1685</sup> Cass. com., 28 juin 2011, *Bull. civ.* 2011, IV, n° 109 : *JCP E* 2011, 1551, F. PEROCHON ; *JCP E* 2011, 1596, n° 7, obs. Ph. PETEL ; *JCP N* 2011, n° 36, 1238, Ch. LEBEL ; *D.* 2011, p. 1751, obs. A. LIENHARD ; *D.* 2011, p. 2201, obs. P.-M. LE CORRE ; *Gaz. Pal.* 7-8 oct. 2011, p. 11, note L. ANTONINI-COCHIN ; *LEDEN* 2011, p. 1, F.-X. LUCAS ; *Bull. Dict. perm. entr. diff.*, n° 328, p. 1, J.-P. REMERY et p. 4, Ph. ROUSSEL GALLE ; *Rev. sociétés* 2011, p. 526, Ph. ROUSSEL GALLE ; *LPA* 23 nov. 2011, p. 8, F. REILLE ; *Dr. et proc. déc.* 2011, *cah. dr. entr. diff.*, p. 16, obs. F. REILLE ; *Dr. et patr.* 2011, n° 11, p. 74, obs. P. CROCQ ; *Dr. et proc.* 2011, p. 234, obs. F. VINCKEL. – V. également Cass. com., 24 mars 2015, *Bull.* 2015, IV, n° 56 : *D.* 2015, p. 799, obs. A. LIENHARD ; *RD banc. et fin.* 2015, comm. 130, obs. S. PIEDELIEVRE ; *JCP E* 2015, 1245, note A. CERATI-GAUTHIER ; *Procédures* 2015, comm. 187, Ch. LAPORTE.

<sup>1686</sup> Cass. com., 10 juillet 2019, *Bull.* à paraître, n° 18-16.867 : *BJE* 2019, n° 6, p. 21, obs. C. LISANTI ; *Defrénois* 2020, n° 6, p. 31, obs. F. VAUVILLE ; *Gaz. Pal.* 2019, n° 35, p. 65, obs. L. ANTONINI-COCHIN ; *AJ fam.* 2019, p. 530, J. CASEY ; *Rev. proc. coll.* 2019, étude 14, spé. n° 4, F. PETIT ; *Act. proc. coll.* 2019, repère 221, P. ROUSSEL GALLE.

Qu'en est-il lorsque la déclaration intervient antérieurement à l'ouverture de la liquidation, mais qu'elle n'est pas publiée ou qu'elle est publiée postérieurement à l'ouverture de la liquidation ? La Haute juridiction avait considéré dans un arrêt du 13 mars 2012<sup>1687</sup> que le liquidateur ne pouvait pas se prévaloir de l'absence de publication de la déclaration dans la mesure où l'intérêt collectif des créanciers ne résultait pas de l'irrégularité de la publicité<sup>1688</sup>. La Cour de cassation a procédé à un revirement le 15 novembre 2016<sup>1689</sup>. Par une motivation enrichie, elle a exposé que la solution posée dans l'arrêt de 2012 avait « eu pour effet de priver les organes de la procédure collective de la possibilité de contester l'opposabilité de la déclaration d'insaisissabilité à la procédure ». Elle a ensuite rappelé que la chambre commerciale avait jugé dans un arrêt du 2 juin 2015<sup>1690</sup> que les organes de la procédure collective avaient qualité à agir pour la protection et la reconstitution du gage commun des créanciers. La Cour de cassation en a finalement déduit la nécessité de retenir que le liquidateur était recevable à contester la régularité de la publicité de la déclaration à l'appui d'une demande tendant à reconstituer le gage commun des créanciers. La déclaration qui n'aurait pas été publiée avant l'ouverture de la procédure de liquidation pourrait être déclarée inopposable à celle-ci.

---

<sup>1687</sup> Cass. com., 13 mars 2012, *Bull.* 2012, IV, n° 53 : *Procédures* 2012, comm. 184, B. ROLLAND ; *Dr. et proc.* mai 2012, *cah. dr. entr. diff.*, p. 5, obs. Ph. ROUSSEL GALLE ; *D.* 2012, p. 807, obs. A. LIENHARD ; *D.* 2012, p. 1460, obs. F. MARMOZ ; *D.* 2012, p. 2201, obs. P.-M. LE CORRE ; *Rev. sociétés* 2012, p. 394, L.-C. HENRY ; *BJS* 2012, p. 495, obs. M.-H. MONSERIE-BON.

<sup>1688</sup> Il résultait plus précisément des faits de l'espèce que le déclarant était immatriculé à la fois au répertoire des métiers et au registre du commerce et des sociétés au titre d'activités distinctes et la déclaration d'insaisissabilité avait été publiée au premier, mais pas au second.

<sup>1689</sup> Cass. com., 15 nov. 2016, *Bull.* IV, n° 142 : *Act. proc.coll.* 2017, comm. 12, obs. V. LEGRAND ; *JCP N* 2017, 1043, note J.-L. PUYGAUTHIER ; *JCP G* 2017, 21, note A. DUMERY ; *RD banc. et fin.* 2017-1, comm.30, obs. S. PIEDELIEVRE ; *Gaz. Pal.* 2017, n° 2, p. 52, obs. P.-M. LE CORRE ; *Gaz. Pal.* 2017, n° 2, p. 69, obs. D. VOINOT ; *LPA* 26 janv. 2017, n° 19, p. 8, note D. DEBOST ; *D. actu* 17 nov. 2016, obs. A. LIENHARD ; *LEDEN* 2016-11, p. 1, obs. F.-X. LUCAS ; *JCP E* 2017, 1164, n° 18, obs. P. PÉTEL ; *D. actu* 17 nov. 2016, obs. A. LIENHARD ; *RTD com.* 2017, p. 186, obs. A. MARTIN-SERF ; *Rev. Sociétés* 2017, p. 177, obs. P. ROUSSEL GALLE DEBOST ; *BJE* 2017-2, p. 107, note N. BORGA.

<sup>1690</sup> Cass. com., 2 juin 2015, *Bull.* IV, n° 94 : *JCP G* 2015, act. 723, obs. V. ORIF ; *JCP G* 2015, 888, note F. DUMONT, *D.* 2015, p. 1205, obs. A. LIENHARD ; *D.* 2015, p. 1970, obs. P.-M. LE CORRE ; *BJE* sept. 2015, p. 269, n° 112q1, éditorial P.-M. LE CORRE, et *BJE* sept. 2015, p. 313, n° 112q3, note A. DONNETTE-BOISSIERE ; *JCP E* 2015, 1422, n° 7, obs. P. PETEL, 1489, note C. LEBEL et 1522, note S. LE GAC-PECH ; *Act. proc. coll.* 2015-12, repère n° 184, repère F.-X. LUCAS ; *DPDE* juill. 2015, *Bull.* 372, p. 13, note L.-C. HENRY ; *Gaz. Pal.* 20 oct. 2015, n° 243y6, note I. ROHART-MESSAGER.

**365.** Par ailleurs, des dispositions ont été ajoutées à l'article L. 632-1 du Code de commerce par l'ordonnance du 12 mars 2014<sup>1691</sup>. Elles permettent de remettre en cause facilement la déclaration d'insaisissabilité, sans avoir à se préoccuper désormais de l'existence ou de la date de la publicité. La déclaration encourt la nullité de plein droit si elle a été effectuée pendant la période suspecte<sup>1692</sup>. On empêche alors le débiteur de soustraire certains de ses actifs à la procédure collective prochainement ouverte. La protection offerte aux créanciers ne s'arrête pas là, puisque la nullité facultative est encourue si la déclaration a été faite dans les six mois précédant la date de cessation des paiements<sup>1693</sup>. Il est fort probable qu'à cette date, les premières difficultés sont déjà apparues<sup>1694</sup>. Une fois encore, il faudra conseiller à l'époux entrepreneur de se protéger en amont lorsque son entreprise se porte bien. Moyennant quoi, s'il ne commet pas d'erreur majeure, l'insaisissabilité sera tout à fait efficace.

## Conclusion du chapitre 2

**366.** Le droit de l'entreprise offre aux époux de bons outils pour protéger leur patrimoine personnel contre les risques de l'activité professionnelle. On peut considérer qu'une technique de protection est véritablement efficace lorsque constituée en l'absence de difficultés, elle continue à fonctionner si celles-ci apparaissent et s'aggravent. En la matière, l'EIRL et l'insaisissabilité font preuve d'une supériorité indéniable sur les autres techniques, SCI et fiducie. L'explication réside en ce qu'elles ont été conçues spécialement pour la protection de l'entrepreneur. Pour autant, elles requièrent une gestion sérieuse, rigoureuse et honnête ; sinon la protection mise en place est aisément remise en cause.

Ces quinze dernières années, nous avons assisté à l'émergence d'un droit à la protection. On voudrait pouvoir entreprendre et prospérer sans courir le moindre risque. Or, comme le

---

<sup>1691</sup> Ordonnance n° 2014-326 du 12 mars 2014 portant réforme de la prévention des difficultés des entreprises et des procédures collectives.

<sup>1692</sup> Art. L. 632-1 I 12° C. com. relatif au redressement judiciaire, applicable à la liquidation judiciaire par le renvoi opéré par l'art. L. 641-14 C. com.

<sup>1693</sup> Art. L. 632-1 II et L. 641-14 C. com.

<sup>1694</sup> S. PIEDELIEVRE, « Résidence principale et insaisissabilité de droit », *RD banc. et fin.*, 2015, 161.

souligne un auteur<sup>1695</sup>, c'est oublier que « les entreprises en cours de création sont celles qui présentent le plus de risques pour le prêteur, donc celles pour lesquelles il demandera le plus de garanties ». Ainsi, refuser un droit de gage important au prêteur revient soit à faire peser sur lui le risque d'insolvabilité de l'entrepreneur, ce qu'il n'acceptera vraisemblablement pas, soit à fermer à l'entrepreneur l'accès au crédit, qui est pourtant primordial<sup>1696</sup>. Il ne semble pas étonnant, dans ces conditions, que le conjoint de l'entrepreneur se retrouve parfois à devoir se porter caution ou consentir des sûretés réelles<sup>1697</sup> pour qu'un crédit soit accordé. Dans ce cas, la protection mise en place n'est plus efficace.

D'un point de vue idéologique, certains<sup>1698</sup> s'interrogent sur le bien-fondé d'une mesure qui vise « à limiter le risque des entrepreneurs, alors que le risque est la caractéristique même de l'entrepreneuriat ». Comment des perspectives illimitées de gains peuvent-elles être associées à des risques limités de pertes<sup>1699</sup> ? Apparemment, le législateur considère comme souhaitable de donner à l'entrepreneur toutes les clés pour se lancer en toute sécurité dans l'aventure qu'est l'entreprise. L'entreprise ainsi créée va faire fonctionner l'économie et si elle se développe, elle sera à l'origine de nouveaux emplois. Certes, la question du financement est passée sous silence ; mais pour mettre en avant des éléments plus attractifs : la chance d'entreprendre sans risque. De surcroît, le législateur voit, à juste titre, en l'entrepreneur un être humain comme les autres, susceptible de se marier et de fonder une famille, et il n'admet pas que l'échec de l'entreprise emporte la perte des biens personnels, dont profitent le conjoint et les enfants. Dans l'idéal, pour le législateur, l'activité d'entrepreneur ne devrait finalement pas être plus risquée que la profession d'employé. On s'aperçoit que l'intérêt de la famille a considérablement façonné certains pans du droit de l'entreprise.

---

<sup>1695</sup> *Ibid.*

<sup>1696</sup> *Ibid.*

<sup>1697</sup> *Ibid.*

<sup>1698</sup> E. DINH, « L'EIRL, un hybride en droit français », *op. cit.*, n° 2.

<sup>1699</sup> *Ibid.*



## Conclusion du titre 1

**367.** L'utilisation qui peut être faite du droit des régimes matrimoniaux et du droit de l'entreprise permet de concilier le statut d'époux et le statut d'entrepreneur. Le droit des régimes matrimoniaux fournit des mécanismes pour se prémunir contre les difficultés relationnelles. Ce droit et le droit de l'entreprise offrent des techniques pour se protéger contre le risque généré par l'entreprise. Ainsi, de nombreux mécanismes donnent aux époux la possibilité de « tenter leur chance » tout en faisant courir peu de risques à leurs biens personnels. La liberté des époux se heurte néanmoins à certaines limites : la protection de leurs propres intérêts<sup>1700</sup>, tout d'abord, mais également la protection des droits des tiers, qui sont le plus souvent les créanciers et parfois les enfants. Si on met de côté la première section<sup>1701</sup> du chapitre 1, l'ensemble des développements du titre 1 traite des différentes façons dont les époux peuvent utiliser des mécanismes conventionnels, qu'il s'agisse de mécanismes de nature matrimoniale ou de mécanismes issus du droit de l'entreprise.

En matière d'anticipation et de prévisibilité, on ne peut minimiser l'importance du notaire et de l'avocat, tous deux tenus d'un important devoir de conseil. Ils doivent être les ingénieurs d'une stratégie patrimoniale construite sur mesure en fonction des besoins des époux. Il leur appartient également d'exposer aux conjoints les risques de remise en cause les dispositifs mis en place et de réduire ces risques au maximum dans la mesure du possible. Dans un arrêt du 3 octobre 2018<sup>1702</sup>, la Cour de cassation a justement décidé que « le notaire chargé de rédiger le contrat choisi par des futurs époux est tenu, non pas de les informer de façon abstraite des conséquences des différents régimes matrimoniaux, mais de les conseiller concrètement au regard de leur situation ». En l'espèce, de jeunes époux, dont l'un était salarié et l'autre professionnel libéral, s'étaient mariés sous le régime de la communauté réduite aux acquêts comportant une clause d'attribution intégrale de la communauté au

---

<sup>1700</sup> V. notamment la révocation des avantages matrimoniaux dans le cadre du divorce.

<sup>1701</sup> *Section 1 - L'utilisation de mécanismes légaux.*

<sup>1702</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 3 oct. 2018, Bull. à paraître, n° 16-19.619 : *Dr. famille* 2018, comm. 278, note S. TORRICELLI-CHIRFI ; *JCP N* 2018, n° 42, act. 810, obs. Ph. PIERRE ; *D.* 2018, p. 2474, obs. E. ROUSSEAU ; *Gaz. Pal.* 2019, p. 54, obs. P. PELTZMAN ; *RTD civ.* 2018, p. 957, obs. B. VAREILLE ; *AJ fam.* 2018, p. 621, obs. P. HILT.

dernier vivant. Ce régime étant manifestement inadapté à leur situation, ils ont engagé la responsabilité du notaire pour manquement à son obligation d'information et de conseil. Selon la Haute juridiction, il appartenait au notaire d'éclairer les époux et d'appeler « leur attention, de manière complète et circonstanciée, sur la portée, les effets et les risques des régimes matrimoniaux pouvant répondre à leurs préoccupations ». Cette décision a été rendue en matière de choix du régime matrimonial. Cependant, elle nous semble tout à fait transposable à l'utilisation de mécanismes de l'entreprise à des fins de protection du patrimoine et elle pourrait également aussi bien concerner l'avocat.

## TITRE 2 - PRATIQUES CONCILIATRICES ENCOURAGÉES ET PRATIQUES NON CONCILIATRICES LIMITÉES PAR LE DROIT DE L'ENTREPRISE

**368.** Dans le cadre de l'entreprise, certaines pratiques des époux ont attiré l'attention du législateur. En raison du lien d'affection particulier qui unit les époux, le droit de l'entreprise montre, selon les situations, de la méfiance ou de la bienveillance à leur égard. De la méfiance, tout d'abord, parce qu'il est largement admis que l'amour peut amener à faire des folies. L'auteur d'un « crime passionnel » ne bénéficiait-il pas autrefois d'une indulgence certaine ? Le Code pénal de 1810 prévoyait que « Le meurtre commis par l'époux sur l'épouse, ou par celle-ci sur son époux, n'[était] pas excusable »<sup>1703</sup>. Cependant, il existait une exception en cas d'adultère : « le meurtre commis par l'époux sur son épouse, ainsi que sur le complice, à l'instant où il les [surprenait] en flagrant délit dans la maison conjugale, [était] excusable ». Cependant, il arrive également que le droit de l'entreprise porte un regard bienveillant sur les époux, notamment parce qu'ils peuvent former une équipe soudée, chacun ayant une confiance totale en l'autre et une pleine connaissance de ses affaires. Ainsi, le conjoint peut constituer un allié de poids dans l'entreprise.

Dans une moindre mesure, ces deux attitudes du législateur se retrouvent à l'égard de l'entourage familial de l'entrepreneur. Cette notion d'« entourage familial » n'est pas juridique et les personnes qu'elle désigne varient selon les dispositions. Nous avons choisi d'utiliser cette expression pour désigner les personnes appartenant à la famille de l'entrepreneur : il s'agit, le plus souvent du conjoint, des descendants et des ascendants, auxquels s'ajoutent parfois les frères et sœurs. Certaines dispositions s'appliquent exclusivement au conjoint ; mais d'autres ont vocation à s'appliquer à l'entourage familial. Il est alors opportun d'étudier si le conjoint est soumis à un régime spécifique ou si, au contraire, il est traité comme n'importe quel membre de la famille proche. Le droit des affaires craint parfois que le conjoint de l'entrepreneur commette des actes nuisibles à la bonne santé de l'entreprise ou aux intérêts des créanciers. Ces pratiques excluent une conciliation du statut d'époux et du statut d'entrepreneur. Aussi, le droit de l'entreprise les

---

<sup>1703</sup> Art. 324 du Code pénal de 1810.

limite (**Chapitre 1**). Des pratiques permettent de concilier le statut d'époux et le statut d'entrepreneur. Celles-ci sont encouragées par le législateur (**Chapitre 2**).

## Chapitre 1 - Pratiques non conciliatrices limitées par le droit de l'entreprise

« GERMAINE [à propos de sa mère, Mme Lechat] – Elle sent... tout ce que ses machinations ont de trouble... tout ce que ses appétits ont de féroce et de furieux... et grâce à une compréhension singulière des devoirs de l'épouse... elle les défend, les sert... et, au besoin, y ajoute... »<sup>1704</sup>

**369.** Les intérêts pécuniaires des époux sont strictement imbriqués. Le mariage implique une communauté de vie et une contribution aux charges du mariage qui lient toutes les deux financièrement les époux, même s'ils sont mariés sous le régime de la séparation de biens. Si l'on ajoute à cela les forts liens d'affection qui les unissent, il ne semble guère étonnant que le droit de l'entreprise se méfie parfois d'eux. Lorsque l'entreprise ne rencontre aucune difficulté particulière, l'enjeu est de la protéger contre les actes des époux ou, plus largement, de l'entourage, qui seraient en contradiction avec son intérêt. Ce problème se pose surtout dans le cadre de la société du fait de l'écran de la personnalité morale. La protection ainsi accordée à la société bénéficie indirectement aux associés et aux créanciers de la société.

Lorsque la société connaît des difficultés, la défense des intérêts des créanciers prend de l'importance, l'une des finalités des procédures collectives étant l'apurement du passif. La procédure de sauvegarde judiciaire est réservée aux débiteurs qui ne sont pas en état de cessation des paiements<sup>1705</sup>, mais qui justifient de difficultés qu'ils ne sont pas en mesure de surmonter. Cette procédure doit permettre la poursuite de l'activité<sup>1706</sup>. Ainsi, elle s'adresse aux débiteurs qui rencontrent les difficultés les moins graves. Le redressement judiciaire a lui aussi pour but la poursuite de l'activité ; néanmoins le débiteur est en état de cessation des paiements<sup>1707</sup>. Quant à la liquidation judiciaire, elle intervient en présence d'une

---

<sup>1704</sup> Octave MIRBEAU, *Les affaires sont les affaires*, 1907.

<sup>1705</sup> La cessation des paiements est l'impossibilité de faire face à son passif exigible avec son actif disponible, art. L. 631-1, al. 1<sup>er</sup>, C. com.

<sup>1706</sup> Art. L. 620-1, al. 1<sup>er</sup>, C. com.

<sup>1707</sup> Art. L. 631-1 C. com.

cessation des paiements et lorsque le redressement est manifestement impossible. Elle met fin à l'activité de l'entreprise ou réalise le patrimoine du débiteur<sup>1708</sup>. Le redressement et la liquidation judiciaire nécessitent plus de surveillance du débiteur, ou de son représentant dans le cas d'une société, et de leur conjoint. Nous nous pencherons sur les infractions et paralysies d'actes qui visent seulement l'entourage familial (section 1), puis nous étudierons les interdictions qui concernent d'abord l'époux associé, l'époux dirigeant ou l'époux entrepreneur, mais qui ont été étendues par le législateur à l'entourage familial (section 2).

## **Section 1 - Les infractions et paralysies d'actes visant exclusivement l'entourage familial**

**370.** Une première méthode consiste à intervenir *a priori* afin d'empêcher l'entourage familial ou seulement l'époux d'effectuer des actions nuisibles à l'entreprise et/ou aux créanciers. Le législateur a ainsi érigé en infraction le détournement d'actifs du débiteur (§1). Une autre méthode consiste à intervenir *a posteriori*, en remettant en cause des actes déjà intervenus. Tel est le cas lorsque des avantages qui bénéficient au conjoint ne peuvent produire leurs effets (§2).

### **§1 – Le détournement d'actifs du débiteur**

**371.** Afin de bien cerner cette infraction, sans originalité, nous verrons tout d'abord les personnes auxquelles elle s'applique (A), puis les éléments constitutifs de l'infraction, qui ont été adaptés à l'entourage familial (B) et les peines encourues (C).

#### **A - Les personnes concernées**

**372.** Il peut être reproché à l'entourage familial d'avoir détourné, diverti ou recelé des effets dépendant de l'actif du débiteur dans le cadre d'une procédure de redressement ou de liquidation judiciaires<sup>1709</sup>. Plus précisément, l'article L. 654-10 du Code de commerce

---

<sup>1708</sup> Art. L. 640-1 C. com.

<sup>1709</sup> La procédure de sauvegarde, ajoutée par erreur par la loi n° 2005-845 du 26 juillet 2005 de sauvegarde des entreprises, a été supprimée par l'ordonnance n° 2008-1345 du 18 décembre 2008. Cette même loi a inclus la procédure de liquidation judiciaire. Sur ce point, V. A. CERF-HOLLENDER, J.-Cl. Com.,

incrimine des faits commis par le conjoint, les descendants, les ascendants, les collatéraux ou les alliés d'une personne qui peut être l'auteur du délit de banqueroute, c'est-à-dire notamment la personne exerçant une activité commerciale ou artisanale, l'agriculteur, la personne physique exerçant une activité professionnelle indépendante<sup>1710</sup>, la personne ayant directement ou indirectement, en droit ou en fait, dirigé ou liquidé une personne morale de droit privé<sup>1711</sup>.

Le point commun entre toutes ces personnes auteurs du délit de banqueroute est qu'elles sont à la tête de l'entreprise, officiellement ou officieusement s'agissant des dirigeants de fait. Comme les simples associés en sont en principe exclus, leur entourage, conjoint compris, ne peut commettre de détournement d'actifs. Le délit de banqueroute traite de façon uniforme l'entrepreneur individuel et le dirigeant social. Il en résulte un traitement identique de leur conjoint par le délit de détournement d'actifs. L'absence de traitement différencié entre l'entreprise individuelle et l'entreprise exploitée sous la forme sociale n'est pas surprenante dans la mesure où le domaine du droit des entreprises en difficulté comprend les deux structures. Cependant, les règles vues précédemment<sup>1712</sup>, qui ne s'adressaient qu'au conjoint du débiteur personne physique, ont pu faire douter que des dispositions des procédures collectives traitent uniformément, en pratique, l'entreprise individuelle et la société. Le détournement d'actifs du débiteur, qui peut être commis par l'entourage de l'entrepreneur individuel ou du dirigeant social, justifie toutefois un tel traitement dans l'intérêt de l'entreprise et des créanciers.

**373.** Certains auteurs<sup>1713</sup> reprochent à l'article L. 654-10 son domaine trop restreint : comme il ne vise que les époux, les concubins et les partenaires de PACS sont exclus de l'infraction en vertu du principe d'interprétation stricte de la loi pénale<sup>1714</sup>. Cette différence de traitement entre les époux et les autres formes de vie conjugale ne serait pas justifiée à

---

*Sauvegarde, redressement et liquidation judiciaires*, Fasc. 2930, *Banqueroute et autres infractions*, n° 136. V. également J. LASSERRE CAPDEVILLE, « Les apports en droit pénal de l'ordonnance du 18 décembre 2008 portant réforme du droit des entreprises en difficulté », *AJ pénal* 2009. 351.

<sup>1710</sup> L'EIRL peut être inclus dedans.

<sup>1711</sup> Pour la liste complète, v. art. L. 654-1 C. com.

<sup>1712</sup> V. *supra* V. l'impossibilité pour les créanciers d'exercer des poursuites sur les biens communs du chef de l'époux *in bonis*, n° 128 et l'audition du conjoint lors de la vente de biens communs, n° 170.

<sup>1713</sup> A. CERF-HOLLENDER, J.-Cl. Com., *Sauvegarde, redressement et liquidation judiciaires*, Fasc. précit, n° 135.

<sup>1714</sup> Art. 111-4 CP.

l'heure où « le droit s'oriente de plus en plus vers une assimilation des droits et obligations [de ceux-ci] »<sup>1715</sup>. L'ouverture du mariage aux personnes de même sexe devrait, selon nous, freiner l'alignement systématique du régime des partenaires de PACS sur celui des époux. Toutefois, il semble approprié que l'infraction de l'article L. 624-10 concerne aussi les partenaires dans la mesure où les descendants, les ascendants, les collatéraux et les alliés peuvent être auteurs de ce délit. De notre point de vue, les partenaires sont au moins aussi proches, tant sur le plan affectif que sur le plan patrimonial. Le large domaine *rationae personae* laisse à penser qu'il n'existe pas de raison valable d'exclure les partenaires de l'infraction. Nous plaillons ainsi en faveur d'un alignement du partenaire de PACS, mais sur le régime de l'entourage familial plus que sur celui des époux.

L'article L. 654-10 du Code de commerce doit être rapproché de l'article L. 654-9 1° du même code, qui incrimine le fait, dans l'intérêt des personnes pouvant être l'auteur du délit de banqueroute, de soustraire, receler ou dissimuler tout ou partie des biens, meubles ou immeubles de celles-ci. Si la personne est un EIRL, ces biens sont ceux du patrimoine visé par la procédure. Contrairement à l'article L. 654-10, l'article L. 654-9 ne vise personne spécifiquement : il peut donc s'appliquer aux concubins et aux partenaires de PACS<sup>1716</sup>. Les infractions contenues dans les dispositions de ces deux articles sont également proches quant à leurs éléments constitutifs.

## **B - Les éléments constitutifs de l'infraction adaptés à l'entourage familial**

**374.** Comme toute infraction, le détournement, divertissement ou recel d'effets dépendant de l'actif du débiteur est constitué d'un élément légal, qui a déjà été exposé ci-dessus, d'un élément matériel (I) et d'un élément moral (II).

---

<sup>1715</sup> A. CERF-HOLLENDER, J.-Cl. Com., *Sauvegarde, redressement et liquidation judiciaires*, Fasc. précit, n° 135.

<sup>1716</sup> *Ibid.*

## I - L'élément matériel

**375.** L'élément matériel consiste à « détourner, divertir ou receler des effets dépendant de l'actif du débiteur »<sup>1717</sup>. L'article L. 654-9 du Code de commerce utilise le verbe « soustraire », alors que l'article L. 654-10 lui préfère « détourner ». La notion de soustraction renvoie au délit de vol, défini comme « la soustraction frauduleuse de la chose d'autrui »<sup>1718</sup>. L'auteur de la soustraction n'a aucun droit sur la chose qu'il soustrait<sup>1719</sup>. Par exemple, la soustraction serait effectuée par le conjoint du débiteur et porterait sur un bien propre ou personnel à ce dernier. Cependant, le conjoint pourrait faire échapper à la procédure collective des biens sur lesquels il a des droits identiques à ceux de l'époux débiteur. C'est le cas pour les biens communs<sup>1720</sup> et les droits indivis. Dans cette hypothèse, il n'y aurait pas soustraction puisque le conjoint est pour partie propriétaire des biens. En mentionnant le détournement, l'article L. 654-10 prend le soin d'inclure dans le domaine de l'infraction les actes effectués par le conjoint sur les biens communs et les biens indivis. De surcroît, dans la même logique, cet article vise le détournement d'« effets dépendant de l'actif du débiteur » et non les « effets appartenant au débiteur »<sup>1721</sup>.

Quant aux verbes « divertir » et « receler », employés par ledit article, ils renvoient aux délits civils de recels de communauté<sup>1722</sup> et de succession<sup>1723</sup>. Le recel peut être défini, dans le cadre de l'article L. 654-10, comme « la détention d'un bien appartenant au débiteur, en connaissance de cause de la situation de ce dernier, sans pour autant l'avoir soustrait soi-même préalablement »<sup>1724</sup>. Il importe peu de savoir comment le bien a été soustrait à la procédure collective. Seul compte le fait que le bien fasse finalement l'objet d'une détention qui le met à l'abri de cette procédure. Le recel s'oppose ainsi à ce que le débiteur confie à

---

<sup>1717</sup> Art. L. 654-10 C. com.

<sup>1718</sup> Art. L. 311-1 CP.

<sup>1719</sup> A. CERF-HOLLENDER, J.-Cl. Com., *Sauvegarde, redressement et liquidation judiciaires*, Fasc. précit, n° 129.

<sup>1720</sup> *Id.*, n° 137.

<sup>1721</sup> *Ibid.*

<sup>1722</sup> Art. 1477, al. 1<sup>er</sup>, C. civ.

<sup>1723</sup> Art. 778 C. civ.

<sup>1724</sup> A. CERF-HOLLENDER, J.-Cl. Com., *Sauvegarde, redressement et liquidation judiciaires*, Fasc. précit, n° 129.

son conjoint des biens lui appartenant. Le point commun de ces trois comportements, soustraire, receler et dissimuler, réside en la privation pour les créanciers « de tout ou partie de leur gage, en participant à la diminution de l'actif »<sup>1725</sup>. Dès lors, ces comportements peuvent aussi bien être un acte positif qu'une abstention<sup>1726</sup>. La protection des créanciers pendant la procédure collective est une priorité pour le législateur et le statut particulier du conjoint ne doit pas y faire obstacle. Pour que l'infraction soit constituée, la présence de l'élément moral est nécessaire.

## II - L'élément moral

**376.** Les faits matériels eux-mêmes et la connaissance par l'auteur de l'existence de la procédure collective établissent l'intention<sup>1727</sup>. Pour protéger efficacement les créanciers, il est important que la preuve de l'élément moral de l'infraction ne soit pas trop difficile à apporter. Par ailleurs, l'article L. 654-10 n'exige pas, contrairement à l'article L. 654-9, que l'auteur ait agi dans l'intérêt du débiteur<sup>1728</sup>. Comme l'explique très bien Madame Agnès Cerf-Hollender<sup>1729</sup>, cette différence provient du fait que l'intérêt du débiteur correspond souvent à celui des membres de sa famille. L'intérêt du débiteur serait « sous-entendu, voire présumé en raison de la qualité de l'auteur de l'infraction »<sup>1730</sup>. Cela s'avère on ne peut plus exact lorsque l'auteur est le conjoint, en raison de la communauté d'intérêts qui unit les époux, indépendamment du régime matrimonial sous lequel ils sont mariés. Il paraît évident que le conjoint qui détourne ou recèle des biens visés par la procédure collective le fait dans l'intérêt de l'époux débiteur. Par conséquent, il reste à se pencher sur le risque couru par l'auteur de l'infraction.

---

<sup>1725</sup> *Ibid.*

<sup>1726</sup> *Id.* n° 137. Comme exemple d'abstention, on peut citer l'omission de déclarer des biens devant être appréhendés par la procédure collective, v. Cass. crim., 11 févr. 1959, *Bull. crim.* 1959, n° 96 : *JCP G* 1959, IV, 30 ; *D.* 1959, p. 227 ; *RTD com.* 1959, p. 504, obs. R. HOUIN.

<sup>1727</sup> A. CERF-HOLLENDER, J.-Cl. Com., *Sauvegarde, redressement et liquidation judiciaires*, Fasc. précit, n° 138. V. Cass. crim., 30 avr. 1965, *Bull. crim.* 1965, n° 122.

<sup>1728</sup> A. CERF-HOLLENDER, J.-Cl. Com., *Sauvegarde, redressement et liquidation judiciaires*, Fasc. précit, n° 138.

<sup>1729</sup> *Ibid.*

<sup>1730</sup> *Ibid.*

## C - Les peines

**377.** Les faits incriminés par l'article L. 654-10 sont punis des peines prévues en cas d'abus de confiance : trois ans d'emprisonnement et 375 000 euros d'amende<sup>1731</sup>. Quant à l'article L. 654-9 du Code de commerce, il se démarque en adoptant les peines prévues en cas de délit de banqueroute : cinq ans d'emprisonnement et 75 000 euros d'amende<sup>1732</sup>. Les peines complémentaires à ce délit sont également applicables : il s'agit de l'interdiction des droits civiques, civils et de famille<sup>1733</sup>, et de sanctions professionnelles<sup>1734</sup>. L'article L. 654-10 prévoit ainsi une peine d'emprisonnement moins lourde, mais une amende plus sévère<sup>1735</sup>. Les peines complémentaires au délit de banqueroute n'étant pas applicables, les sanctions professionnelles ne peuvent pas être prononcées. Il ressort de la lecture de ces textes que la personne n'aurait commis l'infraction de détournement d'actifs que dans le contexte particulier de la procédure collective ouverte dans le cadre familial. Dans un autre contexte, en dehors du cadre familial, on considère que la personne n'aurait probablement pas commis les mêmes actes. Il ne paraît donc pas utile de lui infliger des sanctions professionnelles. De plus, l'immunité familiale n'est pas applicable au conjoint du débiteur<sup>1736</sup>, car l'infraction porte préjudice aux créanciers et pas seulement au débiteur<sup>1737</sup>.

L'action publique est engagée soit sur la poursuite du ministère public, soit sur constitution de partie civile de l'administrateur, du mandataire judiciaire, du représentant des salariés, du commissaire à l'exécution du plan, du liquidateur ou de la majorité des créanciers nommés contrôleurs agissant dans l'intérêt collectif des créanciers lorsque le mandataire de justice n'a pas agi<sup>1738</sup>. La prescription de l'action publique est de six ans<sup>1739</sup>.

---

<sup>1731</sup> Art. L. 314-1, al. 2, C. com.

<sup>1732</sup> Art. L. 654-3 C. com.

<sup>1733</sup> Les modalités figurent à l'art. 131-26 CP.

<sup>1734</sup> V. art. L. 654-5 C. com.

<sup>1735</sup> A. CERF-HOLLENDER, J.-Cl. Com., *Sauvegarde, redressement et liquidation judiciaires*, Fasc. précit, n° 139.

<sup>1736</sup> L'art. 314-4 CP, qui est relatif à l'abus de confiance et renvoie à l'art. 311-12 CP, n'est pas applicable.

<sup>1737</sup> A. CERF-HOLLENDER, J.-Cl. Com., *Sauvegarde, redressement et liquidation judiciaires*, Fasc. précit, n° 139.

<sup>1738</sup> Après une mise en demeure, par lettre recommandée avec demande d'avis de réception, restée sans suite dans un délai de deux mois, art. L. 654-17 et R. 654-1 C. com.

<sup>1739</sup> Art. 8, al. 1<sup>er</sup>, CPP.

Elle ne court que du jour du jugement ouvrant la procédure de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire lorsque les faits incriminés sont apparus avant cette date<sup>1740</sup>. L'action civile est destinée à obtenir la réparation du préjudice collectif. Elle peut être engagée par les seuls organes de la procédure. Le liquidateur est compétent pour exercer cette action et obtenir réparation du préjudice résultant des infractions commises par les dirigeants<sup>1741</sup>. La procédure collective apparaît comme une période critique pour l'entreprise. L'importance de protéger les intérêts des créanciers amène le législateur à se méfier non seulement du débiteur, mais aussi de son entourage et justifie l'existence de cette infraction de détournement d'actifs. Certains actes nuisibles aux créanciers peuvent également être remis en cause comme nous allons le voir.

## § 2 - La paralysie d'avantages bénéficiant au conjoint

**378.** L'article L. 624-8 du Code de commerce empêche le conjoint de se prévaloir de certains avantages. Il convient de définir précisément les avantages concernés (A), avant de se demander si la méfiance manifestée par les dispositions de cet article à l'égard des époux n'est pas injustifiée (B).

### A - Les avantages concernés

**379.** La rédaction de l'article L. 624-8 du Code de commerce manquant de clarté<sup>1742</sup>, nous préférons donner la reformulation faite par le Professeur Pierre-Michel LE CORRE : « le conjoint du débiteur ne peut se prévaloir des avantages [faits par l'un des époux à l'autre, dans le contrat de mariage ou pendant le mariage] s'il était éligible aux procédures de sauvegarde, de redressement ou de liquidation judiciaires<sup>1743</sup> avant son mariage ou si son

---

<sup>1740</sup> Art. L. 654-16 C. com.

<sup>1741</sup> Cass. crim., 5 déc. 2012, *Bull. crim.* 2012, n° 271 : *Act. proc. coll.* 2013-2, comm. 28, obs. A. CERF ; *Dr. pénal* 2013, comm. 36, obs. R. SALOMON ; *LEDEN* 2013-1, p. 7, obs. J. LASSERRE-CAPDEVILLE ; *D.* 2012, p. 2958 ; *D.* 2012, p. 2958, obs. A. LIENHARD ; *Gaz. pal.* 1-4 mai 2013, p. 46, obs. C. ROBACZEWSKI.

<sup>1742</sup> V. H. LECUYER, M. SENECHAL, A.-F. ZATTARA, Ph. FROELICH et F.-X. LUCAS, « La loi de sauvegarde, article par article [1<sup>re</sup> partie] », *LPA* 8 févr. 2006, n° 28, p. 4.

<sup>1743</sup> L'art. L. 624-8 C. com. est relatif à la sauvegarde ; mais il est applicable au redressement et à la liquidation par les renvois respectifs des art. L. 631-18 C. com. et L. 641-14 C. com.

mariage est intervenu, non seulement l'année au cours de laquelle il est devenu éligible aux procédures collectives, mais encore l'année suivante »<sup>1744</sup>. De leur côté, les créanciers ne peuvent pas non plus se prévaloir des avantages faits par l'un des époux à l'autre. L'expression « conjoint du débiteur » restreint bien entendu le domaine de l'article L. 624-8 au conjoint du seul débiteur personne physique, qui est principalement l'entrepreneur individuel.

**380.** Le domaine de cet article a suscité des interrogations ainsi qu'un certain étonnement au sein de la doctrine<sup>1745</sup>. Tout d'abord, sont visés les « avantages » et non, comme on aurait pu s'y attendre, les avantages matrimoniaux au sens du droit civil<sup>1746</sup>. La notion d'avantages semble donc plus large et englobe, de ce fait, les libéralités<sup>1747</sup>. Pour autant, cette notion recouvre-t-elle l'ensemble des avantages matrimoniaux ? La réponse est négative, car l'article L. 624-8 concerne uniquement la revendication des avantages après l'ouverture de la procédure collective. Or, certains avantages matrimoniaux produisent des effets pendant toute la durée du mariage. Par conséquent, il n'y a pas lieu de les revendiquer après l'ouverture de la procédure. L'article L. 624-8 ne leur est pas applicable. On peut citer à titre d'exemples la stipulation de communauté de meubles et acquêts, ainsi que la communauté universelle<sup>1748</sup>. Plus généralement, les transferts de propriété déjà réalisés ne devraient pas pouvoir être attaqués sur le fondement de cette disposition<sup>1749</sup>.

De plus, beaucoup d'avantages matrimoniaux produisent leurs effets à la dissolution du régime matrimonial<sup>1750</sup>, telle la clause de préciput<sup>1751</sup>. Aussi le Professeur Michel Storck écrit-il qu'il faudrait que « la dissolution du régime de communauté survienne pendant le déroulement de la procédure collective pour que le bénéficiaire de l'avantage soit privé du

---

<sup>1744</sup> P.-M. LE CORRE, *Droit et pratique des procédures collectives* 2019-2020, 10<sup>e</sup> éd., Dalloz, coll. Dalloz Action, 2018, n° 741.621.

<sup>1745</sup> V. notamment H. LECUYER, M. SENECHAL, A.-F. ZATTARA, Ph. FROEHLICH et F.-X. LUCAS, « La loi de sauvegarde, article par article », *op. cit.* – M. STORCK, J.-Cl. Civil Code, Art. 1527, *Communauté conventionnelle*, Fasc. unique, *Nature juridique des avantages matrimoniaux*, n° 21.

<sup>1746</sup> Sur la notion d'avantage matrimonial, v. *supra* n° 258.

<sup>1747</sup> M. STORCK, J.-Cl. Civil Code, Art. 1527, *Communauté conventionnelle*, fasc. précit., n° 21.

<sup>1748</sup> *Ibid.*

<sup>1749</sup> V. M. STORCK, J.-Cl. Civil Code, art. 1527, *Communauté conventionnelle*, fasc. précit., n° 21.

<sup>1750</sup> H. LECUYER, M. SENECHAL, A.-F. ZATTARA, Ph. FROEHLICH et F.-X. LUCAS, « La loi de sauvegarde, article par article », *op. cit.*

<sup>1751</sup> Art. 1515 C. civ.

droit d'en réclamer l'attribution »<sup>1752</sup>. Toutefois, cette affirmation doit être nuancée. Si elle apparaît exacte lorsque le régime est dissout par le décès, il en est autrement lorsque le divorce met fin au régime. Dans ce cas, nous avons vu précédemment que les avantages matrimoniaux qui prennent effet à la dissolution du régime sont révoqués de plein droit, conformément à l'article 265 du Code civil<sup>1753</sup>. Dès lors, comment le conjoint du débiteur pourrait-il les revendiquer ? Cela semble impossible. Seule reste soumise à l'article L. 624-8 l'hypothèse du décès du débiteur. Au vu de ses observations, on peut affirmer que seul un très petit nombre d'avantages matrimoniaux au regard du droit civil est susceptible d'être remis en cause par l'article L. 624-8 du Code de commerce. Enfin, cet article vise les « avantages faits par l'un des époux à l'autre, dans le contrat de mariage ou pendant le mariage ». Le Professeur Hervé Lécuyer s'est donc demandé ce qu'était un avantage consenti pendant le mariage, d'une part, et s'il pourrait précisément être consenti en dehors d'une convention matrimoniale modificative du contrat de mariage, d'autre part<sup>1754</sup>. Nous pouvons constater, encore une fois, qu'une rédaction maladroite engendre une multitude d'interrogations<sup>1755</sup>. Ce n'est pas la seule critique que l'on peut adresser à l'article L. 624-8.

## B - Une méfiance injustifiée à l'égard des époux ?

**381.** L'article L. 624-8 du Code de commerce a pour finalité d'empêcher le débiteur de transférer frauduleusement des biens de son patrimoine dans celui de son conjoint lors des opérations de reprise de propres et de règlement des dettes<sup>1756</sup>. Autrefois, en vertu de la « présomption mucienne », tous les biens acquis pendant le mariage par le conjoint d'un débiteur failli pouvaient être réunis à l'actif de la faillite. L'article L. 624-6 du Code de commerce, héritier direct de ladite présomption, a été abrogé comme étant inconstitutionnel<sup>1757</sup>. L'article L. 624-8 est issu de cette même crainte que les époux nuisent aux intérêts des créanciers en vidant le patrimoine du débiteur. À l'origine, en 1807, cet

---

<sup>1752</sup> M. STORCK, J.-Cl. Civil Code, Art. 1527, *Communauté conventionnelle*, fasc. précit., n° 21.

<sup>1753</sup> V. *supra* § n° 258.

<sup>1754</sup> H. LECUYER, M. SENECHAL, A.-F. ZATTARA, Ph. FROEHLICH et F.-X. LUCAS, « La loi de sauvegarde, article par article », *op. cit.*

<sup>1755</sup> Pour un autre exemple de maladresse législative, v. *supra* § n° 218 et s.

<sup>1756</sup> M. STORCK, J.-Cl. Civil Code, Art. 1527, *Communauté conventionnelle*, fasc. précit., n° 21.

<sup>1757</sup> V. *supra* § n° 211.

article<sup>1758</sup> visait uniquement l'épouse du commerçant. Il a ensuite été bilatéralisé pour tenir compte de l'égalité entre les époux. Son domaine a été étendu en même temps que le champ d'application des procédures collectives, jusqu'à concerner le conjoint de tout professionnel indépendant<sup>1759</sup>. Le Professeur Corinne Saint-Alary-Houin s'insurge contre cet article dans un éditorial au titre lapidaire : « Ne tirez plus sur le conjoint ! Pour une abrogation de l'article L. 624-8 du Code de commerce... voire plus ! »<sup>1760</sup>. Selon cet auteur, les dispositions dudit article font peser une « présomption de fraude sur les avantages prévus dans le contrat de mariage »<sup>1761</sup>. Elle dénonce une méfiance totalement dépassée « à l'égard de tous ceux qui entreprennent » et de leur conjoint<sup>1762</sup>. Elle souligne en sus qu'il existe « bien d'autres moyens de limiter les conséquences du risque des affaires »<sup>1763</sup>.

De surcroît, la limitation du domaine de l'article L. 624-8 aux seuls époux est critiquée pour l'inégalité de traitement qu'elle opère entre les époux et les concubins ou les partenaires de PACS<sup>1764</sup>. On ne peut nier que les techniques mises à la disposition des époux pour leur permettre d'organiser leurs intérêts pécuniaires sont autant d'outils utilisables pour nuire aux intérêts des créanciers. Il convient donc d'offrir à ces derniers des moyens de défense. Quant aux concubins et aux pacsés, ils ont moins d'outils pour l'organisation de leurs intérêts pécuniaires et corrélativement moins de possibilités de nuire aux créanciers. Peut-être la différence de traitement se justifie-t-elle. Par ailleurs, le domaine très étroit de l'article L. 624-8 du Code de commerce explique sans doute que ce dernier soit peu utilisé en pratique, voire pas du tout. Il serait également difficile à manier, car un avantage fait par l'un des époux trouve souvent sa contrepartie dans un avantage consenti par le conjoint<sup>1765</sup>. Les époux verraient l'équilibre qu'ils ont établi remis en cause par la neutralisation d'un avantage fait au conjoint du débiteur. Cette indivisibilité des stipulations rendrait l'application de cet

---

<sup>1758</sup> Art. 549 ancien C. com.

<sup>1759</sup> C. SAINT-ALARY-HOUIN, « Éditorial – Ne tirez plus sur le conjoint ! Pour une abrogation de l'article L. 624-8 du Code de commerce... voire plus ! », *BJE*, n°5, p. 269, 2012.

<sup>1760</sup> *Ibid.*

<sup>1761</sup> *Ibid.*

<sup>1762</sup> *Ibid.*

<sup>1763</sup> *Ibid.*

<sup>1764</sup> *Ibid.* – S. CASTAGNE, « Femmes, soyez soumises... ! – Après la loi de sauvegarde des entreprises du 26 juillet 2005 », *JCP N*, n° 25, 2006, 1225, n° 10.

<sup>1765</sup> S. CASTAGNE, « Femmes, soyez soumises... ! – Après la loi de sauvegarde des entreprises du 26 juillet 2005 », *op. cit.*, n° 10.

article difficile<sup>1766</sup>. Pour éviter une fraude à leurs droits, les praticiens préfèrent recourir à l'action paulienne ou aux nullités de la période suspecte<sup>1767</sup>. Ces nullités permettent notamment de remettre en cause des libéralités entre époux. L'infraction de détournement d'actifs du débiteur et la remise en cause des avantages consentis au conjoint sont singulières car elles ne concernent que l'entourage familial du débiteur. À l'inverse, il résulte d'autres dispositions un même traitement du débiteur et de son entourage. Nous allons le montrer ci-dessous.

## **Section 2 - Les interdictions étendues à l'entourage familial**

**382.** Dans les sociétés à responsabilité limitée, certaines conventions, considérées comme trop dangereuses pour la société, sont interdites aux dirigeants, aux associés, ainsi qu'à leur entourage. Ils n'ont pas le droit de contracter des emprunts auprès de la société ni de se faire consentir par elle un découvert, en compte courant ou autrement. Ils ne peuvent pas non plus faire cautionner ou avaliser par la société leurs engagements envers les tiers (§1). Dans le contexte particulier des procédures collectives, la reprise de l'entreprise cédée est en principe interdite au débiteur ainsi qu'à son entourage (§2).

### **§1 - Les conventions interdites dans la société**

**383.** Il faut bien cerner les personnes visées par l'interdiction (A), avant de s'intéresser aux sanctions qui pèsent sur elles (B).

#### **A - Les personnes concernées**

**384.** Les dirigeants ainsi que les associés de certaines sociétés sont au cœur de l'interdiction (I). Afin d'éviter que celle-ci puisse être facilement contournée, l'entourage familial est également concerné par l'interdiction (II).

---

<sup>1766</sup> *Ibid.*

<sup>1767</sup> L. ANTONINI-COCHIN, « “Pour le meilleur et pour le pire...” ou les droits du conjoint du débiteur soumis à une procédure collective », *JCP G* n° 21, 2010, doctr. 584, n° 1. V. également C. LISANTI, « Nullités de la période suspecte, action paulienne, donation de biens communs », *Rev. proc. coll.* 2010, n° 3, comm. 143

## I - Les dirigeants et associés

**385.** Cette interdiction s'applique, dans la SARL, aux gérants et associés personnes physiques et aux représentants légaux des personnes morales associées<sup>1768</sup> ; dans la SA à conseil d'administration, aux administrateurs personnes physiques, au directeur général, aux directeurs généraux délégués et aux représentants permanents des personnes morales administrateurs<sup>1769</sup> ; dans la SA à conseil de surveillance, l'interdiction s'applique aux membres du directoire, aux membres du conseil de surveillance et aux représentants permanents des personnes morales membres du conseil de surveillance<sup>1770</sup> ; dans la SCA aux gérants, membres du conseil de surveillance, représentants permanents des personnes morales membres du conseil de surveillance<sup>1771</sup> ; dans la SAS, au président et aux dirigeants de la société<sup>1772</sup>. La SA et la SCA, toutes deux adaptées à des structures de taille importante, comptent de nombreux dirigeants. Tous les dirigeants, entendus largement, sont visés par l'interdiction. En revanche, le législateur n'a pas jugé utile d'étendre celle-ci aux simples actionnaires, en raison, semble-t-il, de leur faible poids au regard de la structure d'ensemble de la société. *A contrario*, la SARL étant une société adaptée à de petites structures, la protection contre les conventions interdites concerne aussi bien les dirigeants, autrement dit les gérants, que les associés.

Le traitement de la SAS appelle deux remarques. Premièrement, l'interdiction ne vise avec précision que le seul organe obligatoire : le président. Comme la liberté contractuelle dans cette société est très étendue, concernant notamment les organes de direction, le Code de commerce adopte la dénomination large de « dirigeants » afin de faire entrer dans le domaine de la disposition toutes les personnes qui auraient des fonctions de direction. Deuxièmement, là où les dispositions relatives à la SARL, la SA et la SCA prennent en compte la taille de la structure à laquelle la forme sociale est adaptée, les dispositions relatives à la SAS n'en font rien, car cette société peut convenir aussi bien à des petites

---

<sup>1768</sup> Art. L. 223-21, al. 1<sup>er</sup>, C. com.

<sup>1769</sup> Art. L. 225-43, al. 1<sup>er</sup> et 3, C. com.

<sup>1770</sup> Art. L. 225-91, al. 1<sup>er</sup> et 2, C. com.

<sup>1771</sup> Art. L. 226-10 C. com. par renvoi à l'art. L. 225-43 C. com.

<sup>1772</sup> Art. L. 227-12 C. com. par renvoi à L. 225-43 C. com.

structures qu'à des structures moyennes ou de grande taille. Or, cela peut être dommageable dans le cas de petites structures dans la mesure où l'interdiction ne concerne pas les actionnaires. La logique suivie jusqu'ici est mise de côté. Enfin, une exception s'applique indépendamment de la forme sociale : les opérations courantes et conclues à des conditions normales échappent à l'interdiction lorsqu'elles sont effectuées par des sociétés exploitant un établissement bancaire ou financier<sup>1773</sup>. Cette exception est tout à fait compréhensible, car les crédits, cautionnements et avals entrent dans l'objet social de ces sociétés et font partie de leur activité habituelle. L'interdiction de ces conventions ne figure que dans les sociétés à risque limité. La limitation de la responsabilité des associés au montant des apports nécessite d'interdire les actes susceptibles d'appauvrir inutilement la société et de nuire aux créanciers sociaux qui ne peuvent, en principe, poursuivre les associés sur leurs biens personnels. Cette interdiction n'a lieu d'être ni dans les sociétés à risque illimité ni dans l'entreprise individuelle.

## II - L'entourage familial

**386.** L'interdiction s'applique également aux conjoint, ascendants et descendants des personnes visées ci-dessus ainsi qu'à toute personne interposée<sup>1774</sup>. Bien entendu, les entourages des associés de sociétés à risque illimité et d'entrepreneurs individuels ne sont pas concernés. On peut s'interroger sur la nécessité de viser spécifiquement le conjoint, les ascendants et les descendants. Pourquoi ne pas recourir plutôt à l'interposition de personne ? Dans cette dernière, « le cocontractant de la société n'est pas le destinataire réel de l'opération qu'il conclut, il n'est donc qu'un prête-nom qui dissimule le maître de l'affaire »<sup>1775</sup>, soit le dirigeant, soit l'associé. L'interposition doit être prouvée, ce qui ne sera pas toujours aisé, alors que l'extension pure et simple de l'interdiction à l'entourage le plus proche en dispense. Les auteurs analysent cette interdiction étendue aux époux comme une

---

<sup>1773</sup> Art. L. 223-21, al. 3, C. com. (SARL), L. 225-43, al. 2 (SA à conseil d'administration), L. 225-91, al. 3 (SA à conseil de surveillance), L. 226-10 (SCA) par renvoi à L. 225-43 et L. 227-12 (SAS) par renvoi à L. 225-43 C. com.

<sup>1774</sup> Art. L. 223-21, al. 2, C. com., L. 225-43, al. 3, L. 225-91, al. 2, L. 226-10 par renvoi à L. 225-43 et L. 227-12 par renvoi à L. 225-43 C. com.

<sup>1775</sup> D. L'HOTE, *Essai d'une théorie générale de l'interposition de personne, de l'action en nom propre pour le compte d'autrui*, thèse Nancy II, 2002, n° 502, reprenant B. VIAL-PEDROLETTI, *L'interposition dans les sociétés commerciales*, thèse Aix-en-Provence, 1986, p. 307.

« présomption irréfragable d'interposition de personne »<sup>1776</sup>. Elle semble pleinement justifiée dans la mesure où les intérêts de l'associé ou du dirigeant se confondent la plupart du temps avec ceux de son conjoint, de ses ascendants et descendants.

**387.** Le fait que ces dispositions ne prennent pas en compte le partenaire de PACS nous semble critiquable pour les raisons déjà évoquées s'agissant du détournement d'actifs<sup>1777</sup>. Si les ascendants et les descendants sont visés par l'interdiction, le partenaire, de par sa proximité avec le dirigeant ou l'associé, devrait également se voir appliquer cette présomption d'interposition. Pour l'heure, il peut être concerné, tout comme le concubin, par l'interdiction en tant que personne interposée<sup>1778</sup>. Il convient de démontrer, tout d'abord, que « l'opération a tourné au profit de l'associé »<sup>1779</sup> ou du dirigeant. Cela ne serait pas difficile dans le cas où l'indivision résulterait du PACS, car le contrat conclu, en accroissant l'indivision, profiterait nécessairement à l'associé<sup>1780</sup>. Dans un deuxième temps, il faudrait démontrer que le concubin ou le partenaire était de connivence avec l'associé ou le dirigeant<sup>1781</sup>.

Par ailleurs, les dispositions concernant les conventions interdites doivent être interprétées restrictivement<sup>1782</sup>. Aussi, l'interdiction de faire cautionner ou avaliser par la société un engagement n'est applicable qu'à l'engagement personnel du dirigeant<sup>1783</sup>. Elle ne porte pas sur les engagements souscrits par la société gérée par le dirigeant ou par son conjoint<sup>1784</sup>. Il en irait autrement si la fictivité de la société dont l'engagement est cautionné

---

<sup>1776</sup> F. COLLARD et Fr. VINCKEL, J.-Cl Sociétés Traité, *Capacité des contractants*, fasc. précit., n° 84 ; M. STORCK, J.-Cl. Sociétés Traité, *Sociétés à responsabilité limitée*, Fasc. 74-10, *Gérance, Organisation, Pouvoirs*, n° 79. Pour un avis contraire, V. D. L'HOTE, *Essai d'une théorie générale de l'interposition de personne, de l'action en nom propre pour le compte d'autrui*, précit., qui considère qu'il ne s'agit pas d'une présomption d'interposition de personne, car la personne est expressément visée, n° 497 et 498. V. également D. GIBIRILA et H. AZARIAN, J.-Cl. Com., *Sociétés anonymes*, Fasc. 1394, *Conventions conclues avec la société anonyme, Champ d'application de la réglementation*, n° 25, qui considère qu'il n'existe pas de présomption légale d'interposition de personne.

<sup>1777</sup> V. *supra* n° 372.

<sup>1778</sup> V. F. COLLARD et Fr. VINCKEL, J.-Cl Sociétés Traité, *Capacité des contractants*, fasc. précit. n° 84.

<sup>1779</sup> *Ibid.*

<sup>1780</sup> *Ibid.*

<sup>1781</sup> *Ibid.*

<sup>1782</sup> *Mémento Sociétés commerciales 2020*, Francis Lefebvre, 2019, n° 32022.

<sup>1783</sup> Cass. com., 25 mai 1993, *Bull. IV*, n° 208 : *BJS* 1993, p. 760, note Y. CHAPUT ; *RJDA* 12/93 n° 1047. – Cass. com., 8 mars 1994, *Bull. IV*, n° 99 : *RJDA* 7/94 n° 813.

<sup>1784</sup> Cass. com., 8 mars 1994, *Bull. IV*, n° 99, précit.

ou avalisé était démontrée. Dans ce cas, il faudrait considérer que l'engagement garanti est directement celui du dirigeant ou de son conjoint. La convention serait alors interdite. En conséquence, il nous faut à présent examiner les sanctions applicables.

## B - Les sanctions

**388.** La sanction en cas de conclusion d'une convention interdite est la nullité absolue de cette dernière<sup>1785</sup>. Tout intéressé peut demander la nullité. L'action se prescrit par cinq ans. La société ne peut opposer la nullité aux tiers de bonne foi<sup>1786</sup>. Concernant l'exception de nullité, on considère traditionnellement qu'elle est perpétuelle<sup>1787</sup>. L'action peut être exercée après l'expiration du délai de prescription dès lors que l'acte n'a pas reçu de commencement d'exécution. Avant l'expiration du délai de prescription, le commencement d'exécution est indifférent<sup>1788</sup>. Cette condition que le contrat n'ait pas été exécuté a d'ailleurs été consacrée dans l'article 1185 du Code civil issu de la réforme du droit des contrats en 2016<sup>1789</sup>. Il dispose : « L'exception de nullité ne se prescrit pas si elle se rapporte à un contrat qui n'a reçu aucune exécution ». Le conjoint qui a conclu une convention interdite pourrait, en plus, voir sa responsabilité civile engagée si la société avait subi un préjudice<sup>1790</sup>. En revanche, n'étant pas lui-même président ni administrateur ou directeur général de la SA, il ne commettrait pas un abus de biens sociaux. Il pourrait, tout au plus, se rendre complice de cette infraction. De plus, lorsque l'entreprise éprouve de sérieuses difficultés financières, le

---

<sup>1785</sup> Cass. mixte, 10 juill. 1981, *Bull. ch. mixte*, n° 7 : *D.* 1981, p. 637 ; *RTD civ.* 1982, p. 460, note J. NORMAND ; *Rev. sociétés* 1982, p. 84, note C. MOULY.

<sup>1786</sup> Art. L. 235-12 C. com.

<sup>1787</sup> Adage *Quae temporalia sunt ad agendum, perpetua sunt ad excipiendum*, l'exception de nullité, à la différence de l'action en nullité, est perpétuelle. V. Cass. 1<sup>re</sup> civ., 19 déc. 1995, *Bull. civ.* I, n° 477 : *D.* 1996, Somm. p. 327, obs. R. LIBCHABER ; *Contrats conc. consom.* 1996, 38, note L. LEVENEUR.

<sup>1788</sup> V. notamment Cass. 1<sup>re</sup> civ., 4 mai 2012, *Bull.* I, n° 99 : *JCP G* 2012, 821, Y.-M. SERINET ; *RTD civ.* 2012, p. 526, obs. B. FAGES ; *Gaz. Pal.* 8 sept. 2012, p. 26, J. THERON, S. AMRANI-MEKKI. – Cass. 1<sup>re</sup> civ., 12 nov. 2015, *Bull.*, n° 839 : *RTD com.* 2016, p. 175, note D. LEGEAIS. – Cass. com., 31 janv. 2017, *Bull.* 2017, IV, n° 16 : *RD banc. et fin.* n° 2, Mars 2017, comm. 73, *D.* LEGEAIS ; *D.* 2017 p. 738, note D. HOUTCIEFF.

<sup>1789</sup> Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations.

<sup>1790</sup> V. C. MALECKI, Rép. sociétés Dalloz, *Conventions réglementées*, n° 88.

conjoint du dirigeant ne peut, en principe, conclure certaines conventions qui conduiraient à reprendre l'entreprise cédée.

## **§2 - L'interdiction de reprendre l'entreprise cédée**

**389.** S'agissant du redressement judiciaire, lorsqu'il n'y a pas de plan de redressement ou que le ou les plans proposés apparaissent manifestement incapables de permettre le redressement de l'entreprise, le tribunal peut ordonner la cession totale ou partielle de l'entreprise à la demande de l'administrateur<sup>1791</sup>. Si la cession de l'entreprise doit être subsidiaire par rapport au plan de redressement, les tiers sont néanmoins admis à soumettre à l'administrateur des offres de reprise de l'entreprise dès l'ouverture de la procédure<sup>1792</sup>. Dans le cadre de la liquidation judiciaire, la cession constitue l'unique moyen de sauver l'entreprise. La procédure est la même en redressement et en liquidation : les candidats à la reprise déposent des offres. Le tribunal choisit parmi celles-ci après avoir vérifié leur caractère sérieux<sup>1793</sup>. La cession de l'entreprise réalise une expropriation du débiteur ; elle permet néanmoins le maintien de l'activité. Le cessionnaire fait l'acquisition d'une entreprise pour une somme modique, le passif restant en majorité attaché au débiteur<sup>1794</sup>. Le risque est que le débiteur personne physique ou les dirigeants du débiteur personne morale essaient de reprendre directement ou de manière détournée les actifs de l'entreprise sans en payer le passif. Afin d'éviter cela, l'article L. 642-3 du Code de commerce interdit à certaines personnes de présenter des offres de reprises (A). Ces dispositions reçoivent cependant des exceptions (B).

### **A - Les personnes concernées**

**390.** Sont concernés en premier lieu, d'une part, « le débiteur, au titre de l'un quelconque de ses patrimoines », cette précision visant en particulier l'EIRL, et, d'autre part,

---

<sup>1791</sup> Art. L. 631-22, al. 1<sup>er</sup>, C. com.

<sup>1792</sup> Art. L. 631-13, al. 1<sup>er</sup>, C. com.

<sup>1793</sup> Les éléments obligatoirement compris dans l'offre permettent cette appréciation, v. art. L. 642-2 II C. com.

<sup>1794</sup> Une exception légale porte sur les sommes restant dues au crédit-bailleur, art. L. 642-7, al. 5, C. com. Le repreneur peut également s'engager personnellement à prendre en charge certaines dettes du cédant.

« les dirigeants de droit ou de fait de la personne morale ». De plus, l'interdiction est étendue aux « parents ou alliés jusqu'au deuxième degré inclusivement de ces dirigeants ou du débiteur personne physique ». Le législateur n'a pas énuméré les personnes concernées par l'interdiction. Il a préféré une appréhension plus globale, mais tout aussi efficace. Le conjoint n'est pas expressément visé ; cependant il est clairement inclus dans l'interdiction en tant qu'allié<sup>1795</sup>. L'observation faite sur les délits de banqueroute et de détournement d'actifs vaut également pour l'interdiction de reprendre l'entreprise : le traitement uniforme de l'entrepreneur individuel, de l'EIRL et du dirigeant social emporte un traitement identique de leur conjoint.

**391.** En raison des liens familiaux existant avec le débiteur ou son dirigeant, on peut craindre que la reprise soit effectuée pour le compte de ceux-ci, afin de contourner l'interdiction. Le législateur a donc logiquement exclu l'entourage familial proche du débiteur ou de ses dirigeants des potentiels repreneurs. L'interposition de personne est également prohibée pour la même raison : éviter une fraude à l'interdiction. Dans un esprit similaire, les personnes qui ne peuvent pas être repreneurs n'ont pas le droit d'acquérir, dans les cinq années suivant la cession, des biens compris dans celle-ci, directement ou indirectement, ainsi que d'acquérir des droits sociaux de toute société ayant dans son patrimoine, directement ou indirectement, ces biens<sup>1796</sup>. Sinon, il serait aisé d'échapper à l'interdiction en faisant racheter l'entreprise par un tiers, homme de paille, qui la rétrocéderait ensuite au débiteur ou à un membre de sa famille.

## **B - Les exceptions à l'interdiction**

**392.** L'interdiction faite aux membres de la famille du débiteur de reprendre l'entreprise cédée n'est pas absolue : dans le cas d'une exploitation agricole, le tribunal peut déroger à l'interdiction. Il le peut également en présence d'autres exploitations sur requête du ministère public, par un jugement spécialement motivé, après avoir demandé l'avis des contrôleurs<sup>1797</sup>. Si les liens étroits entretenus entre le débiteur et sa famille peuvent faire

---

<sup>1795</sup> Cela justifie que les dispositions de l'art. L. 642-3 C. com. soient traitées dans les développements concernant « Les infractions et interdictions visant expressément le conjoint ».

<sup>1796</sup> Art. L. 642-3, al. 1<sup>er</sup>, C. com.

<sup>1797</sup> Art. L. 642-3, al. 2, C. com.

craindre qu'un des membres de celle-ci reprenne l'entreprise pour de mauvaises raisons, inversement il serait dommage d'empêcher la cession à un repreneur honnête et compétent au seul motif qu'il a un lien familial avec le débiteur. Le tribunal, conseillé préalablement par les contrôleurs, pourra donc confier l'entreprise à un tel repreneur s'il le juge opportun. Les contrôleurs sont également concernés par l'interdiction de reprise, sans possibilité de dérogation, parce qu'ils ont pu obtenir de par leurs fonctions des informations qui les placent dans une situation trop avantageuse<sup>1798</sup>. La sanction de la violation de l'article L. 642-3 du Code de commerce est la nullité. Elle peut être demandée par tout intéressé ou par le ministère public dans un délai de trois ans à compter de la conclusion de l'acte ou de sa publicité dans le cas où l'acte y est soumis.

L'article L. 642-20 du même code étend l'interdiction aux cessions d'actifs isolés du débiteur. L'entourage familial du débiteur peut encore ici bénéficier d'une dérogation. Saisie d'une question prioritaire de constitutionnalité portant sur les articles L. 642-3 et L. 642-20 du Code de commerce, la Cour de cassation a décidé que les dispositions en cause n'entraînent pas une privation de propriété au sens de l'article 17 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen<sup>1799</sup>. Selon la Haute juridiction, les dispositions « n'affectent pas le droit de propriété du conjoint commun en biens du débiteur [et elles] autorisent le tribunal ou le juge-commissaire à décider la levée de toutes les interdictions qu'elles prévoient [...] de sorte qu'elles ne portent pas une atteinte disproportionnée au droit de propriété du débiteur ou de son conjoint au regard de l'objectif poursuivi », qui est « d'éviter les fraudes et de garantir une vente au meilleur prix ». La Cour en a déduit que la question posée ne présentait pas un caractère sérieux et, par conséquent, ne l'a pas renvoyée au Conseil Constitutionnel. Les articles L. 642-3 et L. 642-20 du Code de commerce n'établissent aucun traitement particulier s'agissant du conjoint, au regard des autres personnes de l'entourage familial visées par l'interdiction de reprise. Pourtant, Monsieur Stéphane Benilsi<sup>1800</sup> a bien remarqué le résultat particulier qu'aurait une reprise par le conjoint commun en biens du débiteur. Les biens communs faisant partie des réalisations, le conjoint en perd la propriété.

---

<sup>1798</sup> A. JACQUEMONT, N. BORGA et T. MASTRULLO, *Droit des entreprises en difficulté*, op. précit., n° 882.

<sup>1799</sup> Cass. com., 18 févr. 2014, inédit : *LEDEN* avr. 2014, p. 4, n° 58, obs. T. FAVARIO ; *BJE* juill. 2014, n° 111f0, p. 237, obs. S. BENILSI.

<sup>1800</sup> S. BENILSI, « Constitutionnalité des interdictions d'offres d'acquisition : *Homo juridicus* vs. *Homo economicus* », *BJE* juill. 2014, n° 111f0, p. 237, obs. sur Cass. com., 18 févr. 2014.

Toutefois, en vertu de l'article L. 642-20 du Code de commerce, il peut être autorisé à les racheter. Le bien retomberait alors en communauté, sauf à effectuer la procédure d'emploi ou de remploi et « le débiteur conserverait alors la propriété de ses biens, tout en étant libéré de ses dettes ». Cette situation pourrait justifier un refus du juge de déroger à l'interdiction édictée à l'égard du conjoint. Les liens patrimoniaux particuliers qui unissent les époux sont parfois à l'origine d'adaptations dans l'application des règles relatives à l'entourage familial.

## Conclusion du chapitre 1

**393.** Beaucoup de dispositions protectrices de l'intérêt social que nous avons étudiées concernent les sociétés dans lesquelles la responsabilité des associés est limitée au montant des apports. Cela s'explique par le fait que seul le patrimoine de la société constitue le gage des créanciers. Ceux-ci sont dans l'impossibilité de saisir les biens des associés, d'où la vigilance du législateur. Sans surprise, les dispositions concernant les procédures collectives occupent également une bonne place, car les créanciers ont besoin de protection dans cette période critique traversée par la société. En outre, on observe que la protection de la société et des créanciers passe aussi bien par des dispositions du droit des affaires que par des dispositions du droit pénal des affaires.

De plus, au sein de la même disposition, le droit des entreprises en difficulté vise souvent le conjoint du débiteur et le conjoint du dirigeant du débiteur. Ainsi, il traite de façon identique le conjoint de l'entrepreneur individuel et le conjoint du dirigeant lorsque le débiteur est une société. Pour autant, on s'aperçoit que ce n'est pas toujours vrai : par exemple, l'article L. 624-8 du Code de commerce, qui empêche de se prévaloir de certains avantages, ne concerne que le conjoint de l'entrepreneur. On retrouve donc une disparité de traitement entre le conjoint de l'entrepreneur individuel et le conjoint de celui qui exploite l'entreprise sous la forme sociale, même au sein du droit des entreprises en difficulté. Les différences de fonctionnement de l'entreprise individuelle et de la société paraissent ne jamais pouvoir être gommées totalement. Elles donnent lieu à des règles spécifiques.

Lorsque le conjoint est la seule personne visée par une disposition, certains voient une inégalité de traitement injustifiée par rapport aux concubins et aux partenaires de PACS.

Nous avons cependant pu constater que le conjoint est rarement la seule personne visée. Souvent, d'autres membres de l'entourage familial se voient aussi mentionnés. Le conjoint n'est finalement qu'un « proche » parmi d'autres et on se demande alors pourquoi les concubins et les partenaires de PACS échappent à cette disposition. Néanmoins, l'inégalité la plus flagrante concerne le cas où le conjoint et l'entourage sont visés, mais pas les partenaires ni les concubins. On ne pourrait que recommander au législateur d'aligner le régime réservé aux différentes formes de vies conjugales, en ajoutant les concubins et les partenaires aux côtés des époux lorsque cela semble nécessaire et en abrogeant simplement la disposition lorsqu'elle ne concerne que les époux et qu'elle dénote une méfiance injustifiée vis-à-vis du couple marié. Heureusement, l'attitude du législateur à l'égard des époux ne se limite pas à encadrer ou prohiber des pratiques qui s'opposent à la conciliation des statuts d'époux et d'entrepreneur. Il encourage également les pratiques qui opèrent cette conciliation.



## Chapitre 2 - Les pratiques conciliatrices encouragées par le droit de l'entreprise

**394.** L'entourage familial suscite la sympathie du législateur et du juge. La plupart du temps, on trouve soutien et entraide à l'intérieur de la structure familiale. Le chef d'entreprise qui peut compter sur son entourage est plus à même de surmonter d'éventuelles difficultés. La structure familiale apparaît également comme une chance pour l'entreprise, dans la mesure où les membres de la famille en ont une bonne connaissance peuvent être amenés à suppléer efficacement le chef d'entreprise. Dans les GAEC, qui sont des sociétés civiles de personnes<sup>1801</sup>, et dans les exploitations individuelles agricoles, le travail est assuré par la famille à 85 %<sup>1802</sup>. Les liens d'affection particuliers et les intérêts communs qui unissent les membres d'une même famille justifient parfois de consentir à ceux-ci des dérogations à des règles contraignantes ou de leur accorder certaines facultés. Le droit rural, en particulier, regarde avec bienveillance l'entourage familial. Le conjoint, en tant que membre de cet entourage, bénéficie de cette dernière (section 1). Toutefois, le mariage est de nature à faire naître des liens plus forts entre les époux qu'entre l'un d'eux et les membres de son entourage. D'un point de vue affectif, les époux vivent en général sous le même toit, ce qui, de nos jours, est rarement le cas des membres de l'entourage familial, mis à part les enfants. Le plus souvent, la structure familiale prend la forme de la famille nucléaire, qui est construite autour du couple. De plus, la communauté de vie implique « une communauté de lit ». D'un point de vue patrimonial, nous avons maintes fois eu l'occasion d'observer les liens forts unissant les époux. Force et de constater qu'en principe, les époux partagent plus l'un avec l'autre qu'avec un autre membre de la famille. Le conjoint apparaît privilégié. Des dispositions du droit de l'entreprise lui sont donc spécialement dédiées (section 2).

---

<sup>1801</sup> Art. L. 323-1 C. rur.

<sup>1802</sup> Source : Agreste : la statistique agricole, Le statut juridique des exploitations agricoles : évolutions 1970-2010, *Les Dossiers* n° 20, juin 2014, p. 8.

## **Section 1 - La souplesse bénéficiant à l'entourage familial**

**395.** Le droit de l'entreprise souhaite ouvrir l'entreprise à l'entourage familial, conjoint compris. Cette volonté se constate dans le droit rural : l'entourage bénéficie de facilités pour s'installer et exercer l'activité agricole. Des dispositions lui garantissent également une certaine stabilité de l'exploitation (§1). Le droit des sociétés se montre tout aussi bienveillant. Les associés entendent partager un bénéfice<sup>1803</sup> et ils « s'engagent à contribuer aux pertes »<sup>1804</sup>. Leur sort étant lié, ils décident d'entrer dans la société en considération de la personne des autres associés. Inversement, les associés déjà en place veulent légitimement choisir qui sera à leurs côtés. L'agrément offre cette faculté dans la plupart des sociétés. Toutefois, sa mise en œuvre pourrait empêcher l'associé de céder ses droits sociaux à son entourage familial et fermerait ainsi à ce dernier la possibilité de devenir associé. Le droit des sociétés restreint ou supprime l'agrément afin que la cession aux membres de la famille soit facilitée (§2).

### **§1 - La simplicité dans le droit rural : la facilité d'installation et la stabilité de l'exploitation**

**396.** Lorsqu'un exploitant veut réunir son exploitation avec celle d'un tiers pour former une seule et même structure ou lorsqu'un exploitant souhaite transmettre son exploitation à un tiers, des contraintes existent. Néanmoins, celles-ci s'allègent de beaucoup quand ces opérations ont lieu entre l'exploitant et son conjoint ou quelqu'un d'autre de son entourage familial. Il est dans l'intérêt de l'exploitation et de la famille que les membres de celle-ci puissent facilement s'installer pour exercer une activité agricole (A). Une fois l'installation effectuée, il apparaît essentiel de pouvoir conserver l'exploitation. Or, la superficie totale de certaines exploitations est parfois plafonnée, ce qui peut obliger les exploitants à créer d'autres structures plus fragiles. En outre, le bail rural est incessible à un tiers. Le droit rural pose des dérogations à ces règles en faveur de l'entourage familial. Ces dérogations assurent la stabilité de l'exploitation (B).

---

<sup>1803</sup> Art. 1832, al. 1<sup>er</sup>, C. civ.

<sup>1804</sup> Art. 1832, al. 3, C. civ.

## **A - La facilité d'installation de l'entourage familial**

**397.** Des opérations visées précisément sont soumises à l'autorisation préalable du contrôle des structures. Parmi elles, certaines échappent à cette autorisation parce qu'elles concernent l'entourage familial (I). Les SAFER jouent également un rôle dans la politique des structures. À ce titre, le législateur leur a conféré un droit de préemption. Celui-ci connaît, ici encore, des exceptions lorsque l'entourage est concerné (II).

### **I - La dispense d'autorisation préalable par le contrôle des structures**

**398.** Le contrôle des structures des exploitations agricoles a été créé en 1980<sup>1805</sup>. Il est l'héritier de la réglementation sur les cumuls et les réunions d'exploitations, réglementation issue d'une ordonnance de 1958<sup>1806</sup> et d'une loi de 1960<sup>1807</sup> complétée par une loi de 1962<sup>1808</sup>. Ce contrôle s'applique à la mise en valeur des terres agricoles<sup>1809</sup>. Il a notamment pour objectif de favoriser l'installation d'agriculteurs, de maintenir les exploitations à une dimension économique viable, mais aussi de limiter les agrandissements d'exploitations excessifs au bénéfice d'une même personne<sup>1810</sup>. La commission départementale d'orientation de l'agriculture joue un rôle, puisqu'elle émet un avis consultatif sur les dossiers présentés par la direction départementale des territoires. Le préfet prend ensuite la décision d'autoriser ou de refuser l'exploitation des terres.

L'article L. 331-2 I du Code rural dresse une liste des opérations soumises à autorisation préalable. Parmi elles, on trouve « les installations, les agrandissements ou les réunions d'exploitations agricoles au bénéfice d'une exploitation agricole [...], lorsque la surface totale qu'il est envisagé de mettre en valeur excède le seuil fixé par le schéma directeur régional des exploitations agricoles ». L'article réserve cependant de rares exceptions : la

---

<sup>1805</sup> Loi n° 80-502 du 4 juillet 1980 d'orientation agricole (JO 5 juill. 1980).

<sup>1806</sup> Ordonnance n° 58-1342 du 27 décembre 1958 (JO 29 déc. 1958).

<sup>1807</sup> Loi n° 60-808 d'orientation agricole du 5 août 1960 (JO 7 août 1960).

<sup>1808</sup> Loi n° 62-933 du 8 août 1962 complémentaire à la loi d'orientation agricole (JO 10 août 1962).

<sup>1809</sup> Art. L. 331-1 C. rur.

<sup>1810</sup> Art. L. 331-1 C. rur.

constitution d'une société n'est pas soumise à autorisation préalable « lorsqu'elle résulte de la transformation, sans autre modification, d'une exploitation individuelle détenue par une personne physique qui en devient l'unique associé exploitant ou lorsqu'elle résulte de l'apport d'exploitations individuelles détenues par deux époux ou deux personnes liées par un pacte civil de solidarité qui en deviennent les seuls associés exploitants ». Les époux et les partenaires reçoivent donc un traitement de faveur. On considère que la constitution d'une société résultant de l'apport d'exploitations individuelles détenues par deux époux ou partenaires qui en deviennent les seuls associés est une opération suffisamment anodine pour être dispensée d'autorisation préalable. Le simple changement de structure juridique pour l'exercice de l'entreprise, sans modification au final des personnes qui l'exploitent, doit être facilité. Les partenaires de PACS ont été ajoutés comme exception par la loi du 13 octobre 2014<sup>1811</sup>. La loi d'orientation agricole du 5 janvier 2006<sup>1812</sup> avait pris le soin d'étendre aux partenaires de nombreuses dispositions applicables aux couples mariés ; mais elle avait omis de modifier l'article L. 331-2 sur ce point<sup>1813</sup>.

De plus, les opérations énoncées au I de l'article L. 331-2 du Code rural sont seulement soumises à une déclaration préalable, par dérogation, lorsque le bien agricole « est reçu par donation, location, vente ou succession d'un parent ou allié jusqu'au troisième degré inclus », ce qui inclut bien entendu les époux. En sus, le déclarant doit satisfaire aux conditions de capacité ou d'expérience professionnelle ; les biens ne doivent pas être loués ; ils doivent être détenus par le parent ou l'allié depuis au moins neuf ans et être destinés à l'installation d'un nouvel agriculteur ou à la consolidation de l'exploitation du déclarant », si la surface totale de celle-ci après consolidation n'excède pas un certain seuil de surface<sup>1814</sup>. Par ailleurs, « les parts d'une société constituée entre les membres d'une même famille sont assimilées aux biens qu'elles représentent »<sup>1815</sup>. L'intervention de ces opérations dans le cadre familial justifie qu'elles ne soient soumises qu'à une déclaration préalable.

---

<sup>1811</sup> Loi n° 2014-1170 du 13 octobre 2014 d'avenir pour l'agriculture, l'alimentation et la forêt.

<sup>1812</sup> Loi n° 2006-11 du 5 janvier 2006 d'orientation agricole.

<sup>1813</sup> L. MANTEAU, « Droit des sociétés agricoles – 2<sup>e</sup> partie : aménagements de la réglementation des sociétés agricoles », *Dr. sociétés*, n° 12, 2007, étude 13, n° 3.

<sup>1814</sup> Art. L. 331-2 II 4° C. rur. Le seuil de surface est fixé par le schéma directeur régional des exploitations agricoles en application du II de l'article L. 312-1.

<sup>1815</sup> Art. L. 331-2 II C. rur.

L'installation des époux est également facilitée par les exceptions qui sont posées au droit de préemption de la SAFER.

## II - Les exceptions au droit de préemption de la SAFER

**399.** Les SAFER sont placées sous la tutelle des ministères de l'Agriculture et des Finances. Elles ont notamment pour mission la protection des espaces agricoles, naturels et forestiers. Elles visent à favoriser l'installation et le maintien « d'exploitations agricoles ou forestières afin que celles-ci atteignent une dimension économique viable »<sup>1816</sup>. Pour ce faire, la SAFER bénéficie d'un droit de préemption qui lui permet notamment d'acquérir, dans le but de les rétrocéder, des biens ruraux, des terres, des exploitations agricoles ou forestières<sup>1817</sup>. Elle peut également acquérir des actions ou parts de sociétés ayant pour objet principal l'exploitation ou la propriété agricole notamment, la totalité ou une partie des parts de GFA ou de GFR<sup>1818</sup>. Les aliénations à titre onéreux sont soumises au droit de préemption<sup>1819</sup>. Par exception, les cessions consenties à des parents ou alliés jusqu'au quatrième degré inclus n'y sont pas soumises<sup>1820</sup>. La cession au conjoint échappe ainsi au droit de préemption de la SAFER, sans qu'il y ait de différence à faire suivant que sont cédés des biens isolés, des exploitations individuelles ou des droits sociaux. De plus, le droit de préemption de la SAFER doit s'articuler avec le droit de préemption du preneur en place en cas d'aliénation à titre onéreux de biens ruraux<sup>1821</sup>. Le premier ne peut s'exercer contre le preneur en place, son conjoint ou son descendant régulièrement subrogé<sup>1822</sup> lorsqu'il exploite le bien concerné depuis trois ans. Cette durée d'exploitation exigée du preneur « peut avoir été remplie par son conjoint ou par un ascendant de lui-même ou de son conjoint »<sup>1823</sup>. On observe de la souplesse dans l'appréciation de la condition d'exploitation.

---

<sup>1816</sup> Art. L. 141-1 I 1° C. rur.

<sup>1817</sup> Art. L. 143-1 et s. C. rur.

<sup>1818</sup> Art. L. 141-1 II 3° C. rur.

<sup>1819</sup> V. Art. L. 143-1 et s. C. rur.

<sup>1820</sup> Art. L. 143-4 3° C. rur.

<sup>1821</sup> Sur ce droit de préemption, v. *infra* § n° 407 et s.

<sup>1822</sup> Dans les conditions prévues à l'art. L 412-5 C. rur.

<sup>1823</sup> Art. L. 143-6, al. 2, C. rur.

**400.** Les cessions entre vifs à titre gratuit de certains biens, de droits réels et de droits sociaux sont également soumises au droit de préemption de la SAFER. Toutefois, ces actes y échappent lorsque la cession est effectuée entre ascendants et descendants, entre collatéraux jusqu'au sixième degré, entre époux ou partenaires de PACS, entre une personne et les descendants de son conjoint ou de son partenaire de PACS, ou entre ses descendants<sup>1824</sup>. Ainsi, on considère qu'un membre de la famille doit pouvoir s'installer avec le minimum de contraintes possible. De même, les obstacles à la stabilité de l'exploitation sont réduits un maximum afin que celle-ci puisse rester dans la famille ou, pour ce qui nous intéresse plus particulièrement, dans le patrimoine des époux.

## **B - La stabilité de l'exploitation familiale**

**401.** La faveur faite à l'entourage familial et notamment aux époux quant à la stabilité de l'exploitation se manifeste de deux façons. Certaines contraintes qui s'imposent aux exploitants ne concernent pas l'entourage. Il fait donc figure d'exception par rapport aux autres exploitants. Il arrive également que des règles confèrent aux membres de la famille des facultés exclusives. Au sein du fonctionnement du GFA et du GFR, on observe que l'entourage familial bénéficie de dérogations par rapport aux règles ordinairement applicables (I). Au sein du statut du fermage, on trouve aussi bien des dérogations que des facultés réservées à l'entourage (II).

### **I - Les exceptions au sein du GFA et du GFR**

**402.** Le GFA est « une société civile formée entre personnes physiques »<sup>1825</sup>. Il a pour objet la création et/ou la conservation d'une ou plusieurs exploitations agricoles et il assure ou facilite la gestion des exploitations dont il est propriétaire, notamment en les donnant en location<sup>1826</sup>. L'article L. 322-11 du Code rural exige que le groupement donne à bail les terres dont il est propriétaire lorsque son capital est constitué pour plus de 30 % par des apports en numéraire. Le GFA constitué entre époux, parents ou alliés jusqu'au quatrième

---

<sup>1824</sup> Art. L. 143-16 C. rur.

<sup>1825</sup> Art. L. 322-1 C. rur.

<sup>1826</sup> Art. L. 322-6 c. rur.

degré inclus échappe à cette obligation. Par le renvoi opéré par l'article L. 322-22 du Code rural, cette règle et la même exception s'appliquent dans le GFR. Il s'agit d'une société civile formée « en vue de rassembler et gérer des immeubles à usage agricole et forestier »<sup>1827</sup>. Ce groupement permet de réunir les deux types d'immeubles et évite d'avoir à constituer un GFA pour gérer les biens relevant de la partie agricole et un groupement foncier forestier pour les biens de la partie sylvicole<sup>1828</sup>. Le partenaire, de façon surprenante, n'est pas mentionné. Il est peu probable que cette exclusion soit intentionnelle<sup>1829</sup>.

Par ailleurs, les dispositions réglementaires disposent que « la superficie totale des exploitations appartenant à un même GFA ne peut être supérieure à trente fois la surface minimale d'assujettissement »<sup>1830</sup>. De plus, lorsque des biens appartenant au groupement sont situés dans des régions naturelles agricoles différentes, il existe une limite globale de superficie à respecter<sup>1831</sup>. Il en est de même en présence d'un groupement qui « tend à regrouper des exploitations de grande culture et des cultures spécialisées »<sup>1832</sup>. Sont dispensés de ces limitations les membres d'une même famille jusqu'au quatrième degré inclus<sup>1833</sup>. Une réponse ministérielle avait considéré en 1974 que cela incluait « les époux, parents ou alliés »<sup>1834</sup>. À l'heure actuelle, il y aurait probablement lieu d'ajouter les partenaires de PACS. Ces dispositions devraient être applicables au GFR. En ne limitant pas la superficie des exploitations appartenant à un même groupement constitué de membres de la famille proche, le législateur évite que ceux-ci doivent constituer des groupements séparés et il favorise par là même la stabilité de l'exploitation. Celle-ci est également assurée tant par les facultés offertes par le statut du fermage, que par les exceptions qu'il pose aux règles habituelles.

---

<sup>1827</sup> Art. L. 322-22 C. rur.

<sup>1828</sup> F. ROUSSEL, J.-Cl. Not. Form., V° Sociétés, *Groupements Fonciers Ruraux (GFR)*, Fasc. E-240, point clé n° 2.

<sup>1829</sup> La loi d'orientation agricole n° 2006-11 du 5 janvier 2006 a pris le soin d'étendre aux partenaires de nombreuses dispositions applicables aux couples mariés.

<sup>1830</sup> Art. L. 322-7, al. 1<sup>er</sup> et R. 322-1 C. rur.

<sup>1831</sup> Art. L. 322-7, al 2 et R. 322-2, al. 1<sup>er</sup>, C. rur.

<sup>1832</sup> Art. R. 322-2, al. 2, C. rur.

<sup>1833</sup> Art. R. 322-3 C. rur.

<sup>1834</sup> Rép. min. n° 8641, JOAN 20 juill. 1974, p. 3572.

## II - Les facultés et les exceptions au sein du statut du fermage

**403.** Le statut du fermage est né de l'ordonnance du 17 octobre 1945<sup>1835</sup> et de la loi du 13 avril 1946<sup>1836</sup>. Le législateur a eu recours à des dispositions impératives pour assurer au preneur une stabilité plus grande que celle dont il bénéficiait par la liberté contractuelle. Le régime du bail (a) et le droit de préemption réservé au preneur (b) font partie de ces dispositions.

### a - Le régime du bail rural

**404.** La durée du bail, qui ne peut être inférieure à neuf ans<sup>1837</sup>, garantit au preneur une certaine stabilité. Nous ne développerons pas davantage ce point ; mais nous nous pencherons sur la possibilité, pour le preneur, de céder le bail aux membres de sa famille proche. Cette faculté procure elle aussi de la stabilité à l'exploitation (1). De plus, le preneur a un droit au renouvellement du bail ; toutefois le propriétaire peut, à certaines conditions, refuser ce renouvellement, dans son propre intérêt ou dans celui de sa famille proche. Il y a là une exception à la stabilité (2).

#### 1 - La possibilité de céder le bail, la stabilité assurée

**405.** L'article L. 411-35 du Code rural interdit, par principe, toute cession de bail. Lorsque le preneur est une société, l'interdiction de la cession de bail ne s'oppose pas à la cession de la totalité des droits sociaux<sup>1838</sup>. Une exception porte sur la « cession consentie, avec l'agrément du bailleur, au profit du conjoint ou du partenaire d'un pacte civil de solidarité du preneur participant à l'exploitation ou aux descendants du preneur ayant atteint l'âge de la majorité ou ayant été émancipés »<sup>1839</sup>. Cette exception concerne uniquement le preneur personne physique. L'associé d'une société n'a pas besoin de bénéficier de cette exception, car il pourrait transmettre les droits sociaux à son conjoint. De plus, le gendre du

---

<sup>1835</sup> Ordonnance n° 45-2380 du 17 octobre 1945.

<sup>1836</sup> Loi n° 46-682 du 13 avril 1946.

<sup>1837</sup> Art. L. 411-5 C. rur.

<sup>1838</sup> Hors le cas de fraude, Cass. 3e civ., 15 mars 1989 : *D.* 1990, 557, note G. CHESNE.

<sup>1839</sup> Art. L. 411-35, al. 1<sup>er</sup>, C. rur.

preneur est exclu de toute cession<sup>1840</sup>. Pour un auteur<sup>1841</sup>, il résulte de la condition de participation exigée seulement à l'égard du conjoint et du partenaire que ceux-ci sont moins bien traités que les descendants du preneur. Ils joueraient pourtant, « aux côtés de l'agriculteur locataire, un rôle plus déterminant que les enfants »<sup>1842</sup>. Si le preneur est évincé en raison de son âge, il peut céder son bail dans les conditions énoncées ci-dessus<sup>1843</sup>. Lorsque les époux participent ensemble et de façon habituelle à l'exploitation, l'époux preneur ne peut céder le bail sans le consentement exprès de son conjoint<sup>1844</sup>.

Selon certains auteurs<sup>1845</sup>, la qualification de droit propre attachée au bail rural doit être remise en cause, parce qu'elle est censée trouver son fondement dans l'incessibilité du bail rural. Or, cette qualification apparaîtrait injustifiée puisque le bail est cessible à l'intérieur du cadre familial<sup>1846</sup>. Par ailleurs, si le traitement réservé à l'entourage familial peut sembler moins exceptionnel depuis l'introduction du bail cessible hors du cadre familial<sup>1847</sup> par la loi d'orientation agricole du 5 janvier 2006<sup>1848</sup>, il n'en reste pas moins remarquable. Un tel bail requiert une clause autorisant le locataire à céder le bail à d'autres personnes que celles mentionnées à l'article L. 411-35 du Code rural ; mais il exige également d'être passé en la forme authentique<sup>1849</sup>. Quant au bail rural ordinaire, incessible hors du cadre familial, sa cession ne nécessite ni clause particulière ni forme authentique.

Le conjoint ou le partenaire de PACS participant à l'exploitation, ou les descendants du preneur ayant atteint l'âge de la majorité ou ayant été émancipés peuvent se voir associés au bail du preneur en qualité de copreneur<sup>1850</sup>. À défaut d'agrément du bailleur, la cession tout comme l'association au bail peuvent être autorisées par le tribunal paritaire. L'association

---

<sup>1840</sup> Cass. soc., 15 juin 1951, *Bull. civ.* 1951, n° 473 : *D.* 1951, p. 669 ; *Gaz. Pal.* 1951, 2, p. 163.

<sup>1841</sup> S. CREVEL, « Les couples dans le statut du fermage », *RD rur.*, n° 409, 2013, colloque 5, n° 35.

<sup>1842</sup> *Ibid.*

<sup>1843</sup> Art. L. 411-64, al. 7, C. rur.

<sup>1844</sup> Art. L. 411-68 C. rur. V. *infra* § n° 191.

<sup>1845</sup> Fr. TERRE et Ph. SIMLER, *Régimes matrimoniaux et statut patrimonial des couples non mariés*, op. cit., n° 319.

<sup>1846</sup> Sur la qualification de droit propre du bail rural, v. *supra* § n° 149.

<sup>1847</sup> Art. L. 418-1 et s. C. rur.

<sup>1848</sup> Loi d'orientation agricole n° 2006-11 du 5 janvier 2006.

<sup>1849</sup> Art. L. 418-1, al. 1 et 2, C. rur.

<sup>1850</sup> Art. L. 411-35, al. 2, C. rur.

du conjoint au bail permet au preneur « de préparer sa retraite en faisant bénéficier son conjoint de son titre sans cesser lui-même dans l'immédiat d'exploiter les terres louées »<sup>1851</sup>. Lorsqu'un des copreneurs cesse de participer à l'exploitation du bien loué, le preneur poursuivant celle-ci dispose de trois mois à compter de cette cessation pour demander au bailleur<sup>1852</sup> que le bail se poursuive à son seul nom<sup>1853</sup>. Le propriétaire ne peut s'y opposer qu'en saisissant le tribunal paritaire<sup>1854</sup>, qui statue alors sur la demande. Ce droit à la poursuite de l'activité n'est applicable qu'aux baux conclus depuis plus de trois ans, sauf si la cessation d'activité du copreneur est due à un cas de force majeure. Les dispositions de l'article L. 411-35 du Code rural sont d'ordre public. Par conséquent, même l'accord du bailleur ne saurait rendre régulière la cession intervenue en violation de ce texte<sup>1855</sup> et le cessionnaire irrégulier d'un bail ne peut valablement consentir une cession en l'absence de résiliation du bail initial<sup>1856</sup>.

En outre, le preneur a le droit d'héberger, « dans les bâtiments d'habitation loués, ses ascendants, descendants, frères et sœurs, ainsi que leurs conjoints ou les partenaires avec lesquels ils sont liés par un pacte civil de solidarité »<sup>1857</sup>, mais sans qu'il puisse exiger, « pour cet hébergement, un aménagement intérieur du bâtiment ou une extension de construction »<sup>1858</sup>. De plus, le droit rural accorde aux membres de la famille une protection accrue par rapport au droit commercial, en vertu duquel la cotitularité du bail est nécessairement conventionnelle<sup>1859</sup>. Comme le preneur de bail commercial, le preneur de bail rural a droit au renouvellement du bail. Cependant, le bailleur peut le refuser dans certains cas.

---

<sup>1851</sup> NOTAIRES DE FRANCE, *Vie professionnelle et famille, place au contrat*, op. cit., n° 1158.

<sup>1852</sup> Par lettre recommandée avec demande d'avis de réception.

<sup>1853</sup> Art. L. 411-35, al. 3, C. rur.

<sup>1854</sup> Dans un délai de deux mois à compter de la notification au propriétaire de la lettre recommandée, art. D. 411-9-12-3 C. rur.

<sup>1855</sup> Cass. 3<sup>e</sup> civ., 19 avr. 1983, *Bull. civ.* 1983, III, n° 89.

<sup>1856</sup> Cass. 3<sup>e</sup> civ., 29 sept. 2010, *Bull.* III, n° 176 : *RD rur.* 2010, comm. 128, note S. CREVEL ; *Rev. Loyers* 2010, p. 430, obs. B. PEIGNOT.

<sup>1857</sup> Art. L. 411-35, al. 6, C. rur.

<sup>1858</sup> *Ibid.*

<sup>1859</sup> NOTAIRES DE FRANCE, *Vie professionnelle et famille, place au contrat*, op. cit., n° 1169.

## 2 - Le refus de renouvellement du bail dans l'intérêt du bailleur ou de sa famille, une exception à la stabilité

**406.** Le preneur a en principe droit au renouvellement du bail, en dépit de toute convention contraire<sup>1860</sup>. Lorsque des époux ou partenaires de PACS sont copreneurs du bail, celui des deux qui poursuit l'exploitation a droit au renouvellement du bail<sup>1861</sup>. Le bénéficiaire du renouvellement doit notamment exploiter les biens objet du bail pendant au moins neuf ans en participant sur les lieux aux travaux de façon effective et permanente<sup>1862</sup>. Pour faire échec au renouvellement, le bailleur peut justifier « de l'un des motifs graves et légitimes mentionnés à l'article L. 411-31 du Code rural<sup>1863</sup>. Le bailleur a également le droit de refuser le renouvellement du bail s'il veut reprendre le bien loué pour lui-même ou au profit de son conjoint, du partenaire auquel il est lié par un PACS, ou d'un descendant majeur ou mineur émancipé<sup>1864</sup>. On observe que la stabilité du preneur cède devant le droit d'installation du bailleur ou de sa famille. Cependant, lorsque le preneur ou l'un des copreneurs se trouve à moins de cinq ans de l'âge de la retraite, le bail est prorogé de plein droit pour une durée égale à celle qui doit permettre au preneur ou à l'un des copreneurs d'atteindre l'âge correspondant<sup>1865</sup>.

De plus, certaines conditions sont propres au droit de reprise exercé par les personnes morales ayant un objet agricole. Ces dernières peuvent exercer ce droit sur le fonds qu'elles détiennent en propriété ou en jouissance depuis au moins neuf ans<sup>1866</sup>. Ces conditions ne sont pas exigées des groupements agricoles d'exploitation en commun ou de sociétés constituées entre conjoints, partenaires d'un PACS, parents ou alliés jusqu'au quatrième degré inclus<sup>1867</sup>. On constate, ici encore, une certaine souplesse vis-à-vis des sociétés familiales. Il apparaît que le législateur n'a pas souhaité que la reprise par une société

---

<sup>1860</sup> Art. L. 411-46, al. 1<sup>er</sup>, C. rur.

<sup>1861</sup> Art. L. 411-46, al. 2, C. rur.

<sup>1862</sup> Les conditions d'exploitation fixées à l'art. L. 411-59 C. rur. sont applicables par le renvoi opéré par l'art. L. 411-46, al. 3, C. rur.

<sup>1863</sup> Art. L. 411-46, al. 1<sup>er</sup>, C. rur.

<sup>1864</sup> Art. L. 411-58, al. 1<sup>er</sup>, C. rur.

<sup>1865</sup> V. art. L. 411-58, al. 2, C. rur.

<sup>1866</sup> Art. L. 411-60 C. rur.

<sup>1867</sup> *Ibid.*

familiale soit rendue plus difficile que celle effectuée par le bailleur personne physique, dans la mesure où, dans les deux cas, l'exploitation doit ensuite être assurée par des membres de la famille pendant neuf ans<sup>1868</sup>.

Le propriétaire peut s'opposer au renouvellement en notifiant congé au preneur, dix-huit mois au moins avant l'expiration du bail, par acte extrajudiciaire<sup>1869</sup>. À peine de nullité, le congé doit « mentionner expressément les motifs allégués par le bailleur »<sup>1870</sup> et, en cas de congé pour reprise, indiquer « les nom, prénom, âge, domicile et profession du bénéficiaire ou des bénéficiaires devant exploiter conjointement le bien loué »<sup>1871</sup>. Aucun bénéficiaire ne peut en principe être substitué à celui ou à ceux dénommés dans le congé<sup>1872</sup>. Une exception concerne le cas où, « par force majeure, ces bénéficiaires [...] se trouvent dans l'impossibilité d'exploiter aux conditions prévues par les articles L. 411-58 à L. 411-63 et L. 411-67 » du Code rural. Il peut alors être substitué au bénéficiaire dénommé dans le congé son conjoint, son partenaire de PACS ou bien un descendant majeur ou mineur émancipé de plein droit<sup>1873</sup>. Ces mêmes personnes peuvent, à certaines conditions, être subrogées dans l'exercice du droit de préemption du preneur.

## b - Le droit de préemption du preneur

**407.** En cas d'aliénation à titre onéreux d'un fonds de terre ou d'un bien rural, en vertu de l'article L. 412-1 du Code rural, le preneur en place bénéficie d'un droit de préemption. Celui-ci peut permettre au preneur de « faire obstacle à l'exercice éventuel du droit de reprise d'un tiers acquéreur »<sup>1874</sup> ou encore de « conserver le bénéfice des investissements qu'il a effectués sur le fonds »<sup>1875</sup>. Nous délimiterons précisément les actes

---

<sup>1868</sup> L'art. L. 411-60 renvoie à l'art. L. 411-59 C. rur.

<sup>1869</sup> Art. L. 411-47, al. 1<sup>er</sup>, C. rur.

<sup>1870</sup> Art. L. 411-47, al. 3, C. rur.

<sup>1871</sup> Art. L. 411-47, al. 4, C. rur.

<sup>1872</sup> Art. L. 411-48, al. 1<sup>er</sup>, C. rur.

<sup>1873</sup> Art. L. 411-48, al. 3 et 4, C. rur.

<sup>1874</sup> J.-P. MOREAU, J.-Cl. Not. Form., V<sup>o</sup> Préemption, *Baux ruraux*, Fasc. 300, *Droit de préemption, preneur de baux ruraux, champ d'application*, n<sup>o</sup> 2.

<sup>1875</sup> *Ibid.*

qui entrent dans le domaine du droit de préemption (1), puis nous verrons à quelles conditions le preneur ou son entourage familial peuvent se prévaloir de ce droit (2).

## **1 - Le domaine quant aux actes**

**408.** Il faut distinguer les actes concernés par le droit de préemption (i) des actes qui y échappent (ii).

### **i - Les actes soumis au droit de préemption**

**409.** Le droit de préemption est applicable aux aliénations à titre onéreux. Cela inclut les ventes, les adjudications même sur surenchère et les ventes « portant sur la nue-propriété ou l'usufruit à moins que l'acquéreur ne soit, selon le cas, nu-propriétaire du bien vendu en usufruit ou usufruitier du bien vendu en nue-propriété »<sup>1876</sup>. Les opérations soumises au droit de préemption du preneur sont donc nombreuses. De plus, le contexte particulier de la procédure collective ne suffit pas à exclure le jeu du droit de préemption. Dans le cadre de la liquidation judiciaire ouverte à l'encontre du bailleur, ce droit s'applique lorsque le juge-commissaire autorise la vente de gré à gré des biens loués<sup>1877</sup>. L'article n'opérant pas de distinction entre les aliénations volontaires et les aliénations forcées, il n'y a pas lieu de traiter différemment la vente autorisée judiciairement. Ainsi, le droit de préemption doit être respecté, que le bailleur décide d'aliéner le bien à titre onéreux ou qu'il y soit contraint.

### **ii - Les actes exclus du droit de préemption**

**410.** Le droit de préemption ne s'applique pas lorsqu'il « s'agit de biens dont l'aliénation, faite en vertu soit d'actes de partage intervenant amiablement entre cohéritiers, soit de partage d'ascendants, soit de mutations, profite, quel que soit l'un de ces trois cas, à

---

<sup>1876</sup> Art. L. 412-2 C. rur.

<sup>1877</sup> Cass. 3<sup>e</sup> civ., 5 févr. 2003, *Bull. civ. III*, n° 28 : *JCP N* 2003, 1339, B. GRIMONPREZ ; *Act. proc. coll.* 2003, comm. 75, obs. C. REGNAUT-MOUTIER ; *Rev. Loyers* 2003, p. 161, obs. B. PEIGNOT ; *LPA* 14 juill. 2003, p. 8 note Ph. ROUSSEL GALLE ; *D.* 2003, p. 3349, obs. A. LIENHARD. – Cass. 3<sup>e</sup> civ., 13 juin 2012, *Bull. III*, n° 93 : *JCP N* 2012, n° 38-39, act. 839 ; *Rev. Loyers* 2012, p. 306, note B. PEIGNOT ; *AJDI* 2012, 764, obs. S. PRIGENT ; *Rev. Proc. Coll.* 2012, comm. 162, note C. LEBEL.

des parents ou alliés du propriétaire jusqu'au troisième degré inclus »<sup>1878</sup>. On considère que l'intérêt familial est ici supérieur à l'intérêt du preneur. Une exception concerne le cas dans lequel l'exploitant preneur en place est lui-même parent ou allié du propriétaire jusqu'au même degré : le droit de préemption s'impose de nouveau<sup>1879</sup>. Il importe peu que l'acquéreur potentiel ait un lien de parenté plus proche du bailleur que n'est celui du preneur<sup>1880</sup>.

Le droit de préemption disparaît, en principe, lorsqu'il s'agit d'un échange, même avec soulte<sup>1881</sup>, ou de l'apport du bien loué à une société<sup>1882</sup>. La justification de cette exclusion réside en ce que le preneur n'est pas en mesure de fournir la contrepartie qui consiste d'une part dans les biens précis du coéchangiste, ou d'autre part dans les droits sociaux apportés par la société. La cession des parts d'une société propriétaire d'un bien rural loué ne serait pas non plus soumise au droit de préemption en raison de l'écran de la personnalité morale de la société. Sont également exclues les aliénations à titre gratuit<sup>1883</sup>, à moins que le preneur prouve une fraude<sup>1884</sup>. À présent que le domaine des actes a bien été délimité, il faut se pencher sur les conditions relatives aux personnes pouvant exercer le droit de préemption.

## 2 - Les conditions relatives au preneur ou au membre de la famille subrogé

**411.** Le droit de préemption est réservé au preneur, seul titulaire du droit de préemption (i) ; néanmoins à certaines conditions, celui-ci peut subroger un membre de sa famille dans l'exercice de ce droit. Ce membre apparaît alors comme bénéficiaire du droit de préemption (ii).

---

<sup>1878</sup> Art. L. 412-1, al. 2, C. rur.

<sup>1879</sup> Art. L. 412-1, al. 2, C. rur.

<sup>1880</sup> Cass. 3<sup>e</sup> civ., 1<sup>er</sup> févr. 1977, *Bull. civ.*, III, n° 53 : *JCP N* 1978, prat. 6784 ; *Defrénois* 1977, art. 31397, p. 687, A. BOULARAN ; *Gaz. Pal.* 1977, 1, somm. p. 167.

<sup>1881</sup> V. les conditions posées à l'art. L. 412-3, al. 1<sup>er</sup>, C. rur.

<sup>1882</sup> Cass. soc., 16 févr. 1961, *Bull. civ.* IV, n° 213 : *JCP G* 1961, II, 12177, P. OURLIAC et M. de JUGLART ; *D.* 1961. 548 ; *RTD civ.* 1961, p. 514, J. CARBONNIER. – Cass. soc., 21 nov. 1963, *Bull. civ.* 1963, IV, n° 813. – Cass. 3<sup>e</sup> civ., 4 mars 1971, *Bull. civ.* III, n° 151 : *JCP G* 1971, II, 16903, P. OURLIAC et M. de JUGLART ; *D.* 1971, somm. p. 154.

<sup>1883</sup> Cass. soc. 29 juin 1951, *Bull. civ.* III, n° 531.

<sup>1884</sup> Cass. soc. 2 juill. 1953, inédit : *JCP* 1954. II. 8234, note M. de JUGLART.

## i - Les conditions relatives au preneur

**412.** Le preneur peut exercer le droit de préemption sans distinction à faire suivant qu'il est une personne morale<sup>1885</sup> ou une personne physique. Pour autant, des dispositions ne sont applicables qu'au preneur personne physique : tel est le cas de celles qui font référence à son entourage familial. Pour bénéficier d'un droit de préemption, le preneur doit avoir exercé, au moins pendant trois ans, la profession agricole, peu importe en quelle qualité<sup>1886</sup>, et exploiter le fonds mis en vente « par lui-même ou par sa famille »<sup>1887</sup>. Cette dernière formulation est sujette à interprétation. Signifie-t-elle que la durée de trois ans peut être appréciée en additionnant le « temps d'exploitation personnelle du preneur » et le « temps d'exploitation de sa famille »<sup>1888</sup> ? Adoptant une autre interprétation, la Cour de cassation a considéré que l'exploitation par la famille du preneur concernait le cas où le preneur laisse, dans les faits, la direction de l'exploitation à un membre de sa famille<sup>1889</sup>. Le preneur ou sa famille doit exploiter le fonds, c'est-à-dire participer aux travaux de manière effective et permanente, la seule direction ou surveillance de l'exploitation n'étant pas suffisante pour la jurisprudence<sup>1890</sup>. Les copreneurs, qui peuvent bien entendu être des époux, possèdent chacun « un droit personnel au bénéfice de la préemption »<sup>1891</sup>. Ils peuvent exercer ce droit ensemble ou séparément.

**413.** Le preneur peut exercer personnellement le droit de préemption pour exploiter lui-même ou pour faire assurer l'exploitation du fonds par son conjoint ou son partenaire de PACS participant à l'exploitation ou par un descendant<sup>1892</sup>. On observe que la condition de

---

<sup>1885</sup> Pour une confirmation que les personnes morales peuvent exercer le droit de préemption, V. Cass. soc., 25 mars 1955, *Bull. civ.* IV, n° 289 : *JCP* 1955, II, 8700, note J. LACOSTE.

<sup>1886</sup> Ce pourrait être en tant qu'aide familial, salarié, chef d'exploitation ou encore en tant que stagiaire, V. Cass. soc., 13 mai 1955, inédit : *JCP N* 1955, II, 8818, J. LACOSTE ; D. 1956, p. 537, note R. SAVATIER ; *Rev. fermages* 1955, p. 237.

<sup>1887</sup> Art. L. 412-5, al. 1<sup>er</sup>, C. rur.

<sup>1888</sup> J.-P. MOREAU, J.-Cl. Not. Form., V° Prémption, *Baux ruraux*, fasc. précit., n° 91.

<sup>1889</sup> Cass. soc., 13 mai 1955, inédit, précit. – Cass. 3e civ., 5 nov. 1970, *Bull. civ.* 1970, III, n° 568.

<sup>1890</sup> Cass. 3e civ., 24 mai 2017, inédit : *RD rur.* 2018, n° 460, comm. 21, S. CREVEL ; *Gaz. Pal.* 2017, n° 39, page 32, B. PEIGNOT et J.-B. MILLARD. – Cass. 3e civ., 5 avr. 2018, inédit : *RD rur.* 2018, n° 464, comm. 96, S. CREVEL.

<sup>1891</sup> Cass. soc., 26 janv. 1956, inédit : *JCP* 56, II, 9268, note P. OURLIAC et M. de JUGLART. V. également Cass. 3e civ., 7 mai 2014, *Bull. civ.* III, n° 54 : *JCP N* 2014, n° 20, act. 608 ; *JCP N* 2014, n° 28, p. 1248, obs. J.-J. BARBIERI ; *Gaz. Pal.* 2014, n° 317, p. 18, obs. B. PEIGNOT et J.-B. MILLARD.

<sup>1892</sup> Art. L. 412-5, al. 2, C. rur.

participation concerne uniquement le conjoint et le partenaire de PACS, mais pas le descendant. Cette différence pourrait notamment s'expliquer par la volonté de ne pas exclure le descendant de jeune âge qui n'aurait pas eu l'occasion de participer à l'exploitation. La condition de participation se révèle assez souple. Elle ne requiert pas une exploitation en commun<sup>1893</sup>. La seule « collaboration – même à temps partiel – de l'un des intéressés à l'exploitation assurée par l'autre »<sup>1894</sup> est suffisante. Le conjoint, le partenaire ou le descendant doit avoir exercé la profession agricole pendant au moins trois ans ou être titulaire d'un diplôme d'enseignement agricole<sup>1895</sup>.

Lorsque des copreneurs exercent tous les deux leur droit de préemption, il y a lieu de réunir l'ensemble des biens dont ils sont déjà propriétaires pour apprécier si le seuil de superficie est atteint. Si les copreneurs sont des époux, il faudra bien entendu tenir compte de tous leurs biens<sup>1896</sup>. Une difficulté se présente lorsque les époux sont mariés sous le régime de la communauté et qu'un seul a la qualité de preneur ou qu'un seul des copreneurs exerce son droit de préemption. Convient-il de comprendre les biens communs et les biens propres du conjoint qui ne préempte pas ? Il faudrait inclure les biens communs uniquement pour la quote-part correspondant à l'époux qui exerce le droit de préemption, soit la moitié, et ne pas tenir compte des propres du conjoint<sup>1897</sup>.

Concernant la concurrence avec les autres droits de préemption, le droit de préemption du preneur « peut être exercé s'il n'a été fait usage des droits de préemption établis par les textes en vigueur, notamment au profit de l'État, des collectivités publiques et des établissements publics »<sup>1898</sup>. Le droit de préemption du preneur prime néanmoins celui de la SAFER lorsque le bien concerné est exploité depuis trois ans par le preneur, « son conjoint, ou par un ascendant de lui-même ou de son conjoint »<sup>1899</sup>. Le preneur peut non seulement exercer le droit de préemption pour faire assurer l'exploitation par son conjoint, son

---

<sup>1893</sup> J.-P. MOREAU, J.-Cl. Not. Form., V° Préemption, *Baux ruraux*, fasc. précit., n° 112.

<sup>1894</sup> *Ibid.*

<sup>1895</sup> Art. L. 412-5, al. 2, C. rur.

<sup>1896</sup> V. en ce sens Cass. 3<sup>e</sup> civ., 19 nov. 1985, inédit : JCP N 1986. II. 206, obs. J.-P. MOREAU.

<sup>1897</sup> Cass. 3<sup>e</sup> civ., 7 mai 2014, *Bull. civ.* III, n° 54, précit.

<sup>1898</sup> Art. L. 412-4, al. 1<sup>er</sup>, C. rur.

<sup>1899</sup> Art. L. 143-6, al. 2, C. rur.

partenaire ou son descendant ; mais ces personnes peuvent également exercer elles-mêmes le droit de préemption.

## ii - Les conditions relatives au membre de la famille subrogé

**414.** Le droit de préemption est incessible<sup>1900</sup>. Cependant, le preneur a la faculté de subroger dans l'exercice de ce droit son conjoint ou le partenaire avec lequel il est lié par un PACS participant à l'exploitation ou un descendant majeur ou mineur émancipé qui remplissent les conditions évoquées précédemment d'exercice de la profession agricole ou de titularité d'un diplôme<sup>1901</sup>. La personne subrogée exerce alors personnellement le droit de préemption. Elle doit notamment exploiter elle-même<sup>1902</sup> pendant au moins neuf ans le fonds objet de la préemption en participant sur les lieux aux travaux de façon effective et permanente<sup>1903</sup>. La personne subrogée doit également respecter les conditions posées à l'art. L. 412-12 du Code rural<sup>1904</sup>. Par ailleurs, le droit de préemption ne peut être exercé si, au jour où il fait connaître sa décision d'exercer ce droit, le preneur ou le conjoint, le partenaire ou le descendant subrogé est déjà propriétaire de parcelles représentant une superficie supérieure à trois fois le seuil mentionné à l'article L. 312-1 du Code rural<sup>1905</sup>.

Le preneur ou la personne subrogée fait connaître sa décision d'exercer le droit de préemption par signification d'acte d'huissier ou par lettre recommandée avec accusé de réception<sup>1906</sup>. Le jour où il exerce ce droit est donc le jour de la signification ou celui de l'envoi de la lettre<sup>1907</sup>. Le droit de préemption est notamment justifié par des considérations sociales : il résulte de l'idée que « celui qui exploite les terres puisse les acquérir par préférence à toute autre personne »<sup>1908</sup>. Le fermier, en devenant propriétaire, « réalise une

---

<sup>1900</sup> Art. L. 412-4, al. 3, C. rur.

<sup>1901</sup> Art. L. 412-5, al. 3, C. rur.

<sup>1902</sup> Art. L. 412-5, al. 4, C. rur.

<sup>1903</sup> Les conditions d'exploitation fixées à l'art. L. 411-59 C. rur. sont applicables par le renvoi opéré par l'art. L. 412-5, al. 4, C. rur.

<sup>1904</sup> L'art. L. 411-59 C. rur est également applicable par le renvoi opéré par l'art. L. 412-5, al. 4, C. rur.

<sup>1905</sup> Art. L. 412-5, al. 6, C. rur.

<sup>1906</sup> Art. L. 412-8, al. 3, C. rur.

<sup>1907</sup> J.-P. MOREAU, J.-Cl. Not. Form., V° Préemption, *Baux ruraux*, fasc. précit., n° 96.

<sup>1908</sup> *Id.*, n° 2.

promotion non négligeable »<sup>1909</sup>. Le conjoint qui participe à l'exploitation est tout autant dépendant des terres que le preneur. Il apparaît donc normal que ce dernier puisse préempter pour faire assurer l'exploitation par son conjoint. Il semble tout aussi normal que le conjoint puisse exercer le droit de préemption personnellement si le preneur ne souhaite pas le faire lui-même.

**415.** Ainsi, nous avons pu observer, au sein du statut du fermage, que de nombreuses règles protègent l'intérêt de la famille du preneur. L'existence de règles tendant « à reconnaître une dimension familiale »<sup>1910</sup> au bail rural amène certains à se demander si le bail ne devrait pas être conjugal<sup>1911</sup>. Il arrive exceptionnellement que l'intérêt du bailleur et de sa famille l'emporte sur l'intérêt du preneur. Plus largement, nous avons vu qu'un certain nombre d'impératifs s'inclinent devant l'intérêt de l'entourage familial. Il nous faut à présent nous intéresser à la souplesse dont bénéficie l'entourage familial, et notamment le conjoint, au sein du droit des sociétés.

## **§2 - La simplicité dans le droit des sociétés : les cessions de droits sociaux**

**416.** Le plus souvent, les cessions de droits sociaux entre le cédant et les membres de sa famille, y compris le conjoint, bénéficient d'un traitement plus favorable que les cessions aux autres tiers à la société. Exceptionnellement, certaines sociétés ne prévoient aucun dispositif de faveur parce que l'*intuitus personae* est très fort – dans le cas de la SNC – ou que les associés ont la liberté contractuelle de le rendre tel – dans le cas de la SAS. Nous laisserons de côté ces sociétés. Il nous faut préalablement déterminer ce que recouvre le terme de cession<sup>1912</sup>. Celle-ci peut être définie comme l'« acte juridique entre vifs, à titre onéreux ou gratuit, par lequel un associé transporte volontairement à autrui la plénitude des

---

<sup>1909</sup> *Ibid.*

<sup>1910</sup> Fr. TERRE et Ph. SIMLER, *Régimes matrimoniaux et statut patrimonial des couples non mariés*, op. cit., n° 319.

<sup>1911</sup> NOTAIRES DE FRANCE, *Vie professionnelle et famille, place au contrat*, op. cit., n° 1177.

<sup>1912</sup> Le Professeur Bruno Dondero regrette que l'ordonnance n° 2004-604 du 24 juin 2004 ne l'ait pas définie, V. « Les clauses d'agrément dans les sociétés par actions après la réforme », *LPA* 2005, n° 189, p. 44. n° 20.

droits dont il est, en cette qualité, titulaire »<sup>1913</sup>. Les échanges, les apports<sup>1914</sup> et les donations<sup>1915</sup> font partie des cessions.

Nous examinerons le sort réservé à l'entourage concernant l'agrément en commençant par une société dans laquelle le traitement est favorable, mais peu prononcé, puis nous finirons par une société très favorable à l'entourage. Nous nous intéresserons en premier lieu à la société civile : les règles relatives à l'agrément applicables à l'entourage familial diffèrent légèrement de celles applicables au conjoint. Comme les époux sont avant tout l'objet de notre étude, nous nous pencherons en priorité sur le traitement du conjoint. L'agrément de celui-ci est légal, mais supplétif de volonté (A). Nous étudierons ensuite la SARL, dans laquelle l'agrément de l'entourage est statutaire (B), et enfin nous verrons la SA et la SCA, qui interdisent simplement son agrément (C).

## **A - L'agrément légal mais supplétif de volonté dans la société civile**

**417.** L'article 1861 du Code civil pose d'abord le principe selon lequel les parts sociales ne peuvent être cédées qu'avec l'agrément de tous les associés. Puis, une exception est énoncée : les statuts peuvent dispenser d'agrément les cessions consenties à des associés ou au conjoint de l'un d'eux<sup>1916</sup>. Si le législateur lui-même ne fait pas échapper les cessions entre époux à l'agrément, il donne cependant aux statuts la possibilité de le faire. L'agrément est ici « légal, mais supplétif de volonté »<sup>1917</sup>. Finalement, le conjoint n'apparaît pas vraiment favorisé lorsque l'on constate que l'agrément est seulement statutaire concernant les cessions à des ascendants ou descendants du cédant : sauf dispositions contraires des statuts, ces cessions ne sont pas soumises à l'agrément<sup>1918</sup>. L'agrément légal supplétif de

---

<sup>1913</sup> A. BOUGNOUX, J.-Cl. Sociétés Traité, *Sociétés en nom collectif*, Fasc. 59-20, *Parts sociales, cessions entre vifs*, n° 3.

<sup>1914</sup> Cass. com., 21 janv. 1970, *Bull. civ.* 1970, IV, n° 28 : *JCP* 1970, II, 16541, note B. OPPETIT.

<sup>1915</sup> CA Bordeaux, 4 janv. 1961 : *Rev. sociétés* 1961, p. 65.

<sup>1916</sup> Art. 1861, al. 2, C. civ. Concernant les époux ayant tous deux la qualité d'associé, v. le raisonnement effectué dans la SARL, transposable à la société civile, *infra* § n° 421.

<sup>1917</sup> A. Le RUYET, *L'agrément en droit des sociétés, contribution à une simplification du Droit*, thèse Rennes, 2017, n° 95.

<sup>1918</sup> Art. 1861, al. 2, C. civ.

volonté serait « davantage protecteur des intérêts de la société que ne l'est l'agrément statutaire » dans la mesure où les statuts pourraient ne pas avoir anticipé<sup>1919</sup>. Cette différence de traitement entre le conjoint d'une part, et les ascendants et les descendants d'autre part, est propre à la société civile. S'agissant des modalités de l'agrément, le principe consiste en l'agrément à l'unanimité des associés<sup>1920</sup>. Toutefois les statuts peuvent prévoir que l'agrément sera obtenu à une majorité qu'ils déterminent ou qu'il sera accordé par les gérants<sup>1921</sup>. Nous ne développerons pas davantage les modalités d'agrément qui ne sont pas propres au conjoint et nous renvoyons donc aux articles 1861 à 1864 du Code civil.

**418.** La loi ne précise pas la sanction applicable aux cessions de parts effectuées en violation de la procédure d'agrément. Dans un arrêt du 19 juillet 2000<sup>1922</sup>, la Cour de cassation avait décidé que le cessionnaire ne pouvait pas invoquer la violation d'une disposition statutaire prise en application de l'article 1861 du Code civil. Seuls les associés dont le consentement est requis et la société pouvaient invoquer les dispositions relatives à la clause d'agrément<sup>1923</sup>. La doctrine<sup>1924</sup> avait déduit de cet arrêt de 2000 que la sanction consistait en la nullité<sup>1925</sup>. Celle-ci étant relative, elle pouvait être couverte par une régularisation suivant les modalités désignées dans les statuts pour l'agrément ou, à défaut de précisions, par une régularisation accordée à l'unanimité des associés. Une décision

---

<sup>1919</sup> A. Le RUYET, *L'agrément en droit des sociétés, contribution à une simplification du Droit*, précit., n° 95.

<sup>1920</sup> Art. 1861, al. 1<sup>er</sup>, C. civ.

<sup>1921</sup> Art. 1861, al. 2, C. civ.

<sup>1922</sup> Cass. 3<sup>e</sup> civ., 19 juill. 2000, *Bull.* III, n° 151 : *Dr. sociétés* 2000, comm. 168 note Th. BONNEAU ; *BJS* 2000, p. 1083, note P. LE CANNU ; *Rev. sociétés* 2000, p. 737, note J.-F. BARBIERI.

<sup>1923</sup> Pour une confirmation de cette solution, v. Cass. com., 16 oct. 2019, inédit : *BJS* 2020, n° 1, p. 34, obs. Cl. BARRILLON ; *Dr. sociétés*, 2020, n° 1, comm. 2, comm. R. MORTIER ; *JCP E*, 2020, n° 23, 1215, obs. M. BUCHBERGER ; *Rev. sociétés*, 2020, p. 175, comm. N. JULLIAN.

<sup>1924</sup> V. notamment R. BESNARD GOUDET, « Le cédant de parts de société civile est irrecevable à invoquer la nullité pour défaut d'agrément », *JCP E* 2001, n° 24, p. 1001 ; B. JADAUD, « Qui décide de l'agrément à la cession d'actions ? », *JCP E* 2001, n° 49, p. 1946, spéc. n° 13 ; Th. BONNEAU, « Cession de parts sociales », *Dr. sociétés* 2000, comm. 168.

<sup>1925</sup> V. également Cass. 3<sup>e</sup> civ., 6 oct. 2004, *Bull.* III n° 166 : *JCP E* 2004, 1773, note H. HOVASSE ; *RJDA* 12/04, n° 1330 ; *D.* 2004, p. 2719, obs. A. LIENHARD ; *BJS* 2005, p. 114, note P. LE CANNU ; *Rev. sociétés* 2005, p. 152, note B. SAINTOURENS ; *Rev. sociétés* 2005, p. 411, note J.-F. BARBIERI. – Cass. 3<sup>e</sup> civ., 15 oct. 2015, inédit : *Dr. sociétés* 2016, comm. 3, note R. MORTIER ; *JCP E* 2016, 1217, n° 8, obs. M. BUCHBERGER.

récente, rendue en matière de SNC<sup>1926</sup>, fait toutefois douter de cette solution et amène à penser que l'inopposabilité aux associés et à la société devrait être la sanction<sup>1927</sup>. Dans la société civile, la volonté des associés trouve tout à fait à s'exprimer : ils peuvent prévoir dans les statuts que les cessions entre époux échappent à l'agrément. Dans la SARL, on fait le même constat concernant la volonté ; néanmoins le principe est inversé : la loi donne aux associés la possibilité de stipuler dans les statuts un agrément applicable entre les époux.

## B - L'agrément statutaire dans la SARL

**419.** Le domaine de l'agrément concernant les époux doit être étudié (I). Des modalités propres à ces derniers sont posées dans la SARL (II).

### I - Le domaine de l'agrément

**420.** En vertu de l'article L. 223-14 du Code de commerce, la cession des parts sociales à des tiers étrangers à la société est obligatoirement soumise à l'agrément<sup>1928</sup>. Cependant, l'article L. 223-13 du même code pose en son premier alinéa le principe de la liberté de transmission des parts sociales en cas de liquidation de communauté de biens entre époux et en cas de cession entre conjoints, ascendants et descendants. Comme la formulation vise uniquement la « liquidation de communautés de biens entre époux », les cessions intervenant dans le cadre de la liquidation portant sur des actions indivises aux époux mariés sous le régime de la séparation de biens sont soumises à l'agrément<sup>1929</sup>. Il aurait été

---

<sup>1926</sup> V. Cass. com., 16 mai 2018, *Bull. 2018*, IV, n° 56 : *D. 2018*, p. 1421, obs. D. SCHMIDT ; *Dr. sociétés* n° 8-9, 2018, comm. 142, obs. C. COUPET ; *JCP E* 2018, n° 28, p. 1374, obs. B. DONDERO ; *JCP G* 2018, act. 645, obs. C. BARRILLON ; *BJS* 2018, p. 422, obs. J-F. BARBIERI.

<sup>1927</sup> Cette solution n'assure pas un traitement uniforme des sociétés de personnes et des sociétés de capitaux dans lesquelles la nullité est expressément mentionnée (Art. L. 228-23, al. 5, C. com. concernant les sociétés par actions et art. L. 227-15 C. com. concernant la SAS), v. en ce sens C. COUPET, Défaut d'agrément : inopposabilité de la cession à la société et à ses associés, *Dr. sociétés* n° 8-9, 2018, comm. 142, obs. sur Cass. com., 16 mai 2018. En faveur de la transposition à la société civile de la solution rendue dans le cadre de la SNC, V. B. DONDERO, « Sanction du défaut d'agrément d'une cession de parts de SNC : inopposabilité à la société et aux associés », *JCP E* 2018, n° 28, p. 1374, obs. ss Cass. com., 16 mai 2018, n° 13.

<sup>1928</sup> Art. L. 223-14, al. 1<sup>er</sup>, C. com.

<sup>1929</sup> B. DONDERO, « Les clauses d'agrément dans les sociétés par actions après la réforme », *op. cit.*, n° 18. L'article ne traite pas de la SARL, mais des sociétés par actions. Toutefois, l'art. L. 223-13 visant la

préférable de modifier l'article L. 223-13 du Code de commerce pour désigner « la liquidation du régime matrimonial » et englober cette hypothèse, comme l'a fait l'ordonnance du 24 juin 2004<sup>1930</sup> avec l'article L. 228-23 du même code concernant les sociétés par actions<sup>1931</sup>.

De plus, le deuxième alinéa de l'article L. 223-13 énonce un tempérament : les statuts peuvent stipuler que le conjoint, un ascendant ou un descendant ne peut devenir associé qu'après avoir été agréé. Ainsi, l'agrément des tiers est impératif, tandis que l'agrément de l'entourage familial de l'associé, conjoint y compris, ne peut résulter que des statuts. Ces dispositions sont critiquées par d'aucuns, qui considèrent que « supposer l'*intuitus personae* des proches de l'associé revient à prendre parti pour sa définition, et donc, à porter atteinte à la liberté contractuelle des associés »<sup>1932</sup>. Mais existe-t-il réellement une atteinte à la liberté contractuelle dès lors que les associés peuvent conventionnellement prévoir un agrément de l'entourage familial dans les statuts ? Celui-ci ne mérite-il pas que le législateur suggère aux associés un traitement particulier pour lui ?

**421.** Par ailleurs, à titre de principe, l'article L. 223-16 du Code de commerce prévoit en son premier alinéa la liberté de cession des parts entre les associés. Dans ces conditions, qu'en est-il de l'hypothèse où deux époux sont associés de la même société, alors qu'une clause d'agrément vise les cessions entre époux ?<sup>1933</sup> En vertu de leur qualité d'associé, la cession des actions d'un époux à l'autre devrait échapper à l'agrément ; tandis qu'en vertu de leur qualité d'époux, une telle cession devrait y être soumise. On retrouve ici deux qualités en une même personne et cette superposition « soulève des difficultés quant à l'interférence des deux régimes juridiques applicables »<sup>1934</sup>. La Cour de cassation a jugé que l'article

---

« liquidation de communautés de biens entre époux » comme l'art. L. 228-23 dans son ancienne rédaction, les mêmes observations peuvent être reprises.

<sup>1930</sup> Ordonnance n° 2004-604 du 24 juin 2004 portant réforme du régime des valeurs mobilières émises par les sociétés commerciales et extension à l'outre-mer de dispositions ayant modifié la législation commerciale.

<sup>1931</sup> V. en ce sens A. Le RUYET, *L'agrément en droit des sociétés, contribution à une simplification du Droit*, précit., n° 245.

<sup>1932</sup> A. Le RUYET, *L'agrément en droit des sociétés, contribution à une simplification du Droit*, précit., n° 96.

<sup>1933</sup> V. M. STORCK, J.-Cl. Sociétés Traité, *Sociétés à responsabilité limitée*, Fasc. 73-20, *Parts sociales, cession, transmission, nantissement*, n° 36.

<sup>1934</sup> J.-B. DONNIER, « L'associé indivis », *op. cit.*, n° 2.

L. 223-13 n'autorisait une limitation statutaire que pour les cessions ou transmissions à des personnes n'étant pas déjà associées<sup>1935</sup>.

En outre, le cas de figure inverse peut se présenter. Le deuxième alinéa de l'article L. 223-16 donne la possibilité aux statuts de stipuler un agrément concernant les cessions entre associés. En l'absence de disposition des statuts soumettant à l'agrément les cessions entre époux, le principe de libre cessibilité entre eux s'applique. La qualité d'époux des deux associés leur permet-elle de faire échapper la cession à l'agrément prévu entre associés ? La réponse serait négative, car l'article L. 223-16 ne fait aucune distinction au sein des associés<sup>1936</sup>. On pourrait opposer à cet argument que l'article L. 223-13 pose lui aussi la libre cessibilité au conjoint sans distinction. Toutefois, il nous semble qu'il faut considérer que la qualité d'associé doit passer avant celle de conjoint. Or, l'agrément entre associés est utile en ce qu'il permet « d'exercer un contrôle sur la répartition des parts entre les associés »<sup>1937</sup>. Les modalités d'agrément font également l'objet d'adaptations afin de rendre les cessions à l'entourage, y compris au conjoint, plus faciles.

## II - Les modalités de l'agrément

**422.** Lorsque les statuts imposent l'agrément, il doit être obtenu aux conditions prévues à l'article L. 223-14 du Code de commerce, c'est-à-dire avec le consentement de la majorité des associés représentant au moins la moitié des parts sociales. Toutefois les statuts peuvent prévoir une majorité plus forte. Les conditions d'agrément sont les mêmes que celles d'un tiers depuis l'ordonnance du 25 mars 2004<sup>1938</sup>. Cette disposition « renforce l'*intuitus personae* de la SARL en lui conférant un caractère fermé accentué »<sup>1939</sup>. La majorité exigée par les statuts ne peut pas être plus forte que celle prévue à l'article L. 223-14<sup>1940</sup>. Lorsque

---

<sup>1935</sup> Cass. com., 28 oct. 1974, *Bull. com.* n° 286 : *D.* 1975, jurispr. p. 209, note Y. GUYON.

<sup>1936</sup> V. en ce sens M. STORCK, J.-Cl. Sociétés Traité, *Sociétés à responsabilité limitée*, fasc. précit., n° 36.

<sup>1937</sup> M. STORCK, J.-Cl. Sociétés Traité, *Sociétés à responsabilité limitée*, fasc. précit., n° 36.

<sup>1938</sup> V. A. LECOURT, « Le nouveau régime de la transmission des parts sociales de la SARL suite au décès d'un associé, réforme issue de l'ordonnance n° 2004-274 du 25 mars 2004 », *Dr. sociétés*, n° 4, 2005, étude 4, n° 10.

<sup>1939</sup> A. LECOURT, « Le nouveau régime de la transmission des parts sociales de la SARL suite au décès d'un associé, réforme issue de l'ordonnance n° 2004-274 du 25 mars 2004 », *op. cit.*, n° 13.

<sup>1940</sup> Art. L. 223-13, al. 2, C. com.

l'agrément est refusé, les associés sont tenus, dans le délai de trois mois à compter de ce refus, d'acquérir ou de faire acquérir les parts à un prix fixé dans les conditions prévues à l'article 1843-4 du Code civil<sup>1941</sup>. La société peut également décider, dans le même délai, de réduire son capital du montant de la valeur nominale des parts de cet associé et de racheter ses parts. Un délai de paiement qui ne saurait excéder deux ans peut, sur justification, être accordé à la société par décision de justice<sup>1942</sup>. Si aucune des solutions prévues à ces alinéas n'intervient dans les délais impartis, l'agrément est réputé acquis<sup>1943</sup>. L'associé cédant ne peut exiger le rachat de ses parts ou se prévaloir de l'agrément réputé acquis s'il ne détient pas ses parts depuis au moins deux ans. Les cas « de succession, de liquidation de communauté de biens entre époux, ou de donation au profit d'un conjoint, ascendant ou descendant » font figure d'exception, le cédant étant dispensé de ce délai.

Mais qu'en est-il des cessions entre époux ? Nécessitent-elles de respecter la durée de détention de deux ans de la part du cédant ? En faveur de la condition de détention pour les cessions entre époux, on peut soutenir que les exceptions doivent faire l'objet d'une interprétation stricte. Plusieurs arguments vont néanmoins dans le sens d'une dispense de la durée de deux ans : d'une part, l'article L. 223-13 du Code de commerce renvoie à l'article L. 223-14 et plus particulièrement aux dispositions posant des solutions en cas de refus d'agrément<sup>1944</sup>. L'article L. 223-13 ajoute que l'agrément est réputé acquis si aucune solution n'intervient dans les délais impartis. Or, il ne mentionne pas le délai de deux ans de détention ni ne renvoie aux alinéas de l'article L. 223-14 qui le prévoit<sup>1945</sup>. De plus, en mentionnant les cas de succession, de liquidation de communauté de biens entre époux et les donations au profit de l'entourage, on peut penser que le législateur a entendu appréhender un grand nombre de situations, sans vouloir exclure pour autant les cessions entre époux, qui sont relativement rares<sup>1946</sup>. Enfin, il convient de rappeler que les dispositions de l'article L. 223-14 sont d'ordre public, toute clause contraire étant réputée non écrite<sup>1947</sup>. On a pu

---

<sup>1941</sup> Art. L. 223-14, al. 3, C. com. applicable par le renvoi de l'art. L. 223-13, al. 2, C. com.

<sup>1942</sup> Art. L. 223-14, al. 4, C. com. applicable par le renvoi de l'art. L. 223-13, al. 2, C. com.

<sup>1943</sup> Art. L. 223-13, al. 2, C. com.

<sup>1944</sup> Art. L. 223-14, al. 3 et 4, C. com.

<sup>1945</sup> V. en ce sens *Mémento cessions de parts et actions 2019-2020*, Francis Lefebvre, 2018, n° 33140.

<sup>1946</sup> V. également en faveur de la dispense du délai de deux ans pour les cessions entre époux, M. STORCK, J.-Cl. Sociétés Traité, *Sociétés à responsabilité limitée*, fasc. précit., n° 36.

<sup>1947</sup> Art. L. 223-14, dernier al., C. com.

penser que les cessions de parts de SARL effectuées en violation de la clause d'agrément encouraient la nullité relative<sup>1948</sup>. Cependant, cette solution est peut-être remise en cause en faveur de l'inopposabilité aux associés et à la société<sup>1949</sup> par l'arrêt récent rendu en matière de SNC<sup>1950</sup>. La SA et la SCA<sup>1951</sup> apparaissent plus libérales que la SARL en ce qu'elles vont jusqu'à prohiber l'agrément dans les cessions entre époux.

### C - L'agrément interdit dans la SA et la SCA concernant les commanditaires

**423.** Les dispositions de l'article L. 228-23 du Code de commerce sont applicables aux sociétés par actions, sauf dispositions spéciales contraires. Dans les sociétés dont les actions sont admises aux négociations sur un marché réglementé, les clauses d'agrément sont exclues, sans qu'il y ait à distinguer selon que le destinataire des parts est un tiers ou un « proche » de l'actionnaire. Dans les autres sociétés, une clause des statuts peut soumettre à l'agrément de la société la cession d'actions ou de valeurs mobilières donnant accès au capital<sup>1952</sup>. Ainsi, cette clause « permet de réintroduire une dose d'*intuitus personae* dans la SA qui en est théoriquement dépourvue »<sup>1953</sup>. Elle ne peut être stipulée que si les titres sont nominatifs. L'article L. 228-23 pose une exception à l'agrément : la clause est écartée en cas de liquidation du régime matrimonial ou de cession à un conjoint, à un ascendant ou à un descendant<sup>1954</sup>.

---

<sup>1948</sup> V. notamment Cass. com., 21 mars 1995, *Bull. civ. IV*, n° 99 : *RJDA* 2/1995, n° 854 ; *JCP N* 1995, II, p. 1398 ; *BJS* 1995, p. 526, note P. LE CANNU ; *JCP E* 1995, I, 475, obs. A. VIANDIER et J.-J. CAUSSAIN, n° 12. – Cass. com., 21 janv. 2014, *Bull. civ. IV*, n° 17 : *JCP E* 2014, p. 1515 ; *BJS* 2014, p. 250, note B. SAINTOURENS.

<sup>1949</sup> En faveur de la transposition à la SARL de la solution rendue dans le cadre de la SNC V. B. DONDERO, « Sanction du défaut d'agrément d'une cession de parts de SNC : inopposabilité à la société et aux associés », *op. cit.*, n° 13. V. également *Mémento cessions de parts et actions 2019-2020*, Francis Lefebvre, 2018, n° 32452.

<sup>1950</sup> V. *infra* § n° 418.

<sup>1951</sup> Concernant les cessions d'actions de commanditaires seulement.

<sup>1952</sup> Art. L. 228-23, al. 1<sup>er</sup>, C. com.

<sup>1953</sup> J.-M. MOULIN, J.-Cl. Com., *Sociétés anonymes*, Fasc. 1484, *Droits des actionnaires*, n° 79.

<sup>1954</sup> Art. L. 228-23, al. 3, C. com.

Avant l'ordonnance du 24 juin 2004<sup>1955</sup>, ledit article excluait l'agrément en cas de « liquidation de communauté de biens entre époux ». La formulation trop restrictive avait pour conséquence de soumettre à l'agrément les cessions intervenant dans le cadre de la liquidation portant sur des actions indivises aux époux mariés sous le régime de la séparation de biens<sup>1956</sup>. La formulation actuelle qui vise « la liquidation du régime matrimonial » permet désormais d'englober ce cas de figure. De plus, avant l'ordonnance de 2004, l'article 228-23 formulait les cas d'exclusion de l'agrément en premier, avant la possibilité de prévoir un agrément en dehors de ces cas. L'ordonnance a renversé cette structure, mettant en avant le principe d'autorisation de l'agrément et faisant clairement figurer les exceptions à l'agrément dans un deuxième temps<sup>1957</sup>.

La SA étant une société ouverte, les clauses d'agrément doivent être admises restrictivement et ne sont pas envisageables en cas de cession des titres sociaux au sein de l'entourage familial. Pourtant, cette souplesse qui lui est réservée fait l'objet de critiques de la part d'une partie de la doctrine<sup>1958</sup>. Le Professeur Bernard Saintourens a pointé la différence de régime entre la SA, d'une part, et les SARL et les SAS d'autre part, en se demandant : « Quelle malédiction frappe ainsi la SA tenue d'accueillir pêle-mêle en son sein héritiers, conjoint, ascendants et descendants sans pouvoir écarter les incompetents comme les malfaisants ? »<sup>1959</sup>. Un autre auteur renchérit en écrivant : « Du fait de la subjectivité de la définition donnée par les associés à leur *intuitu personae*, il est difficile de comprendre pourquoi un descendant, un ascendant, ou le conjoint de l'un d'eux serait supposé présenter des qualités conformes à cette définition, en raison de leur seul lien familial ou matrimonial ? »<sup>1960</sup>.

---

<sup>1955</sup> Ordonnance n° 2004-604 du 24 juin 2004 portant réforme du régime des valeurs mobilières émises par les sociétés commerciales et extension à l'outre-mer de dispositions ayant modifié la législation commerciale.

<sup>1956</sup> B. DONDERO, « Les clauses d'agrément dans les sociétés par actions après la réforme », *LPA* 2005, n° 189, p. 44. n° 18.

<sup>1957</sup> V. sur ce point B. SAINTOURENS, « Le nouveau droit des clauses d'agrément », *Rev. sociétés* 2004, p. 611, n° 2.

<sup>1958</sup> V. notamment, B. SAINTOURENS, « Le nouveau droit des clauses d'agrément », *op. cit.*, n° 10. V. également A. Le RUYET, *L'agrément en droit des sociétés, contribution à une simplification du Droit*, précit., n° 98.

<sup>1959</sup> B. SAINTOURENS, « Le nouveau droit des clauses d'agrément », *op. cit.*, n° 10.

<sup>1960</sup> A. Le RUYET, *L'agrément en droit des sociétés, contribution à une simplification du Droit*, précit., n° 98.

Pourtant, dans certains cas, les cessions d'actions entre époux sont soumises à l'agrément. Une première exception concerne les époux actionnaires de la même société. On admet depuis l'ordonnance de 2004 que les cessions d'actions entre actionnaires peuvent être soumises à l'agrément<sup>1961</sup>. Cela permet d'éviter les bouleversements internes d'équilibre<sup>1962</sup>. Dans l'hypothèse où deux époux seraient actionnaires de la même société et où une clause d'agrément viserait les cessions entre associés, il faudrait raisonner comme dans le cadre de la SARL<sup>1963</sup> et considérer que l'agrément doit être obtenu. Une deuxième exception porte sur l'actionnariat salarial : lorsque la société réserve des actions à ses salariés, des clauses d'agrément peuvent concerner l'entourage de l'associé si elles ont pour objet d'éviter que ces actions soient dévolues ou cédées à des personnes non salariées de la société<sup>1964</sup>. En outre, dans certaines sociétés qui font l'objet de réglementations particulières, les clauses d'agrément sont imposées par le législateur et le conjoint n'y échapperait pas : Il est question ici des SA de commissaires aux comptes<sup>1965</sup>, des sociétés d'exercices libéral à forme anonyme, dites SELAFA<sup>1966</sup> et des sociétés exploitant une entreprise de presse<sup>1967</sup>.

**424.** Dans la SCA, il convient de distinguer le ou les associés commandités, qui sont dans la même situation juridique que les associés en nom collectif, des associés commanditaires, assimilés aux actionnaires<sup>1968</sup>. Les dispositions de l'article L. 228-23 du Code de commerce sont applicables aux commanditaires. Dans le cas où « un commandité également commanditaire souhaite céder les actions qu'il détient à ce dernier titre »<sup>1969</sup>, une

---

<sup>1961</sup> L'art. L. 228-32 prévoyait dans son ancienne rédaction que la cession d'actions à un « tiers » pouvait être soumise à l'agrément. La jurisprudence en avait déduit que les cessions entre actionnaires échappaient à ce dernier, V. Cass. com., 10 mars 1976, *Bull. civ. IV*, n° 95 : *Rev. sociétés* 1976, p. 332, note J. HEMARD ; *D.* 1977, jur., p. 455, note J.-C. BOUSQUET ; *RTD com.* 1976, p. 533, obs. R. HOUIN ; *JCP* 1976. II. 18406, note A. RABUT. – Cass. com., 24 févr. 1987, *Bull. civ. IV*, n° 55 : *D.* 1987, inf. rap. 56 ; *Bull. Joly* 1987, p. 216.

<sup>1962</sup> V. B. SAINTOURENS, « Le nouveau droit des clauses d'agrément », *op. cit.*, n° 9.

<sup>1963</sup> V. *supra* § n° 421.

<sup>1964</sup> Art. L. 228-23, al. 4, C. com.

<sup>1965</sup> Art. L. 822-9, al. 3, C. com.

<sup>1966</sup> Loi n° 90-1258 du 31 décembre 1990 relative à l'exercice sous forme de sociétés des professions libérales soumises à un statut législatif ou réglementaire ou dont le titre est protégé et aux sociétés de participations financières de professions libérales, art. 10, al. 4.

<sup>1967</sup> Loi n° 86-897 du 1 août 1986 portant réforme du régime juridique de la presse, art. 4.

<sup>1968</sup> Art. L. 226-1 C. com.

<sup>1969</sup> G. DESMURE et M. ROUSSILLE, *Études Joly Sociétés, Société en commandite par actions*, n° 44.

ancienne réponse ministérielle<sup>1970</sup> avait considéré qu'il fallait faire application des règles applicables aux cessions d'associés commandités ; et donc de l'article L. 222-8 du même code, qui pose le principe de l'agrément obligatoire des commandités. Or, la doctrine<sup>1971</sup> est d'avis de soumettre une telle cession aux règles des sociétés par actions. On appliquerait le principe de la libre cessibilité des actions et l'article L. 228-23 du Code de commerce, qui prohibe l'agrément dans les cessions à l'entourage familial de l'actionnaire. Évoquer ici la sanction du non-respect des clauses d'agrément dans les sociétés par actions n'aurait que peu d'intérêt pratique, puisque le conjoint échappe, en général, à ces clauses.

**425.** Dans la plupart des sociétés, le législateur a pris des dispositions de nature à faciliter les cessions à l'intérieur du cadre familial. La cession de droits sociaux au profit d'un tiers ayant un lien familial avec l'associé peut être dispensée d'agrément par l'effet de la loi : c'est le cas lorsqu'elle interdit l'agrément ou lorsqu'elle prévoit qu'en l'absence de stipulation statutaire contraire, la cession est libre. La dispense d'agrément peut également provenir des statuts, car l'agrément peut être légal, mais supplétif<sup>1972</sup>. Dans toutes ces hypothèses, le législateur a soit supposé que la personnalité de l'entourage familial de l'associé était compatible avec l'*intuitus personae* de la société<sup>1973</sup>, soit considéré que ce dernier était suffisamment faible pour permettre l'entrée sans contrainte du membre de la famille dans la société. Il résulte de ce dispositif général une impression de complexité due au pointillisme législatif<sup>1974</sup>. Nous nous sommes intéressée aux règles favorables applicables au conjoint en tant que membre de l'entourage familial de l'entrepreneur. Nous proposons à présent de nous pencher sur les règles qui profitent exclusivement au conjoint.

---

<sup>1970</sup> Rép. min. n° 18739 : JOAN 20 oct. 1979, p. 8599.

<sup>1971</sup> V. notamment Y. DEREU, J.-Cl. Sociétés Traité, *Sociétés en commandite par actions*, Fasc. 152-10, *Présentation générale, situation des associés, fonctionnement, gestion financière*, n° 41. V. également J.-P. BERTREL, « Intérêts de la société en commandite par actions », *BRDA* 30 nov. 1990, p. 4.

<sup>1972</sup> A. Le RUYET, *L'agrément en droit des sociétés, contribution à une simplification du Droit*, précit., n° 97.

<sup>1973</sup> *Id.*, n° 126-2.

<sup>1974</sup> *Id.*, n° 97.

## Section 2 - La souplesse bénéficiant au conjoint

**426.** La simplicité et la diversité sont des manifestations de la souplesse dont profite le conjoint. Les sociétés et les procédures collectives s'adaptent à la présence du conjoint en simplifiant leur fonctionnement (§1), tandis que le conjoint qui participe à l'entreprise se voit offrir la possibilité de choisir entre divers statuts (§2).

### §1 - La simplicité dans le fonctionnement des sociétés et des procédures collectives

**427.** Le droit des sociétés prévoit des règles particulières pour qu'un époux associé puisse aisément se faire représenter par son conjoint (A). Quant au droit des entreprises en difficulté, il pose des règles strictes de déclaration et de paiement des créances pendant la procédure collective. Il facilite pourtant le paiement de la créance de prestation compensatoire (B).

#### A - La représentation entre époux facilitée dans les sociétés

**428.** Concernant la représentation aux assemblées dans la SARL, l'article L. 223-28 du Code de commerce confère à l'associé la possibilité de se faire représenter par son conjoint. La seule exception porte sur l'hypothèse où les deux époux seraient les seuls associés de la société<sup>1975</sup>. Il n'est alors pas souhaitable que l'un des époux s'efface au profit de l'autre dans la gestion de la société. Selon la même logique, un associé peut se faire représenter par un autre associé, sauf s'ils sont au nombre de deux<sup>1976</sup>. Toute clause contraire à ces dispositions étant réputée non écrite, celles-ci sont d'ordre public<sup>1977</sup>. Toujours suivant l'article L. 223-28, l'associé « ne peut se faire représenter par une autre personne que si les statuts le permettent »<sup>1978</sup>. À défaut de stipulation des statuts, seuls le conjoint ou un autre

---

<sup>1975</sup> Art. L. 223-28, al. 2, C. com. V. Cass. com., 19 févr. 1991, *Bull. civ.* IV, n° 83 : *JCP* 91, Pan. 314 ; *Rev. sociétés* 1991. 392, obs. Y. GUYON ; *JCP E* 1991. I. 87, n° 10, obs. A. VIANDIER et J.-J. CAUSSAIN ; *Bull. Joly* 1991. 413, note P. LE CANNU ; *RTD com.* 1992. 390, obs. Cl. CHAMPAUD et D. DANET.

<sup>1976</sup> Art. L. 223-28, al. 2, C. com.

<sup>1977</sup> Art. L. 223-28, al. 5, C. com.

<sup>1978</sup> Art. L. 223-28, al. 3, C. com.

associé peuvent représenter l'associé absent. Le conjoint est un tiers à la société ; toutefois les liens du mariage l'unissant à l'associé justifient un traitement particulier. À ce sujet, il est étonnant d'observer que le partenaire de PACS n'a pas été ajouté aux côtés du conjoint, comme la doctrine<sup>1979</sup> l'avait suggéré, alors que cela a été fait s'agissant de la SA.

Dans celle-ci, l'article L. 225-106 autorise l'actionnaire à se faire représenter par un autre actionnaire, par son conjoint ou par le partenaire. Ce dernier a été ajouté par l'ordonnance du 9 juillet 2010<sup>1980</sup>. Rien n'empêcherait que l'un des époux se fasse représenter par l'autre alors qu'ils seraient les deux seuls associés d'une SA non cotée<sup>1981</sup>. La SA étant une forme sociale adaptée aux sociétés de taille importante, il semble cependant peu probable que cela se produise. L'actionnaire peut également se faire représenter par toute personne physique ou morale de son choix lorsque les actions de la société sont admises aux négociations sur un marché réglementé ou sur un système multilatéral de négociation<sup>1982</sup>. Encore une fois, les clauses contraires aux règles énoncées ci-dessus sont réputées non écrites<sup>1983</sup>. Cet assouplissement dans le choix du mandataire est dû à l'ordonnance du 9 décembre 2010. Avant celle-ci, l'article L. 225-106 ne visait comme mandataires possibles qu'un autre actionnaire ou le conjoint. On considérerait cette énumération comme limitative<sup>1984</sup>, « car le législateur [avait] voulu éviter la représentation des actionnaires par des tiers, notamment des banques ou des associations d'actionnaires qui ne seraient pas elles-mêmes actionnaires »<sup>1985</sup>.

Par ailleurs, lorsque l'actionnaire se fait représenter par une personne autre que son conjoint ou le partenaire, le mandataire doit l'informer de tout fait lui permettant de mesurer le risque qu'il existe un conflit d'intérêts<sup>1986</sup>. Les partenaires et les époux se connaissent

---

<sup>1979</sup> C. MALECKI, « Conjoints, pacsés : que reste-t-il de leurs différences en droit des sociétés après la loi n° 2006-728 du 23 juin 2006 ? », *JCP E*, n° 39, 2006, 2409, n° 21.

<sup>1980</sup> Ordonnance n° 2010-1511 du 9 décembre 2010 portant transposition de la directive 2007/36/ CE du 11 juillet 2007 concernant l'exercice de certains droits des actionnaires de sociétés cotées.

<sup>1981</sup> Dans les SA cotées, le minimum est resté à 7 associés, v. art. L. 225-1, al. 2, C. com.

<sup>1982</sup> Art. L. 225-106 II C. com.

<sup>1983</sup> Art. L. 225-106 III C. com.

<sup>1984</sup> V. J. HEMARD, F. TERRE et P. MABILAT, *Sociétés commerciales*, 1974, Dalloz, t. 2, n° 117 ; Rép. min. 10 oct. 1975, *Rev. sociétés* 1975, p. 739. Pour une opinion contraire, V. M. BOULARAN, « La représentation de l'actionnaire », *JCP* 1981. I. 3037 et *JCP E*, 1984. II. 14189.

<sup>1985</sup> Y. GUYON, *Rev. sociétés*, *Assemblées d'actionnaires*, n° 124.

<sup>1986</sup> Art. L. 225-106-1, al. 1<sup>er</sup>, C. com.

assez et éprouvent suffisamment de confiance l'un envers l'autre pour qu'une telle disposition soit inutile à leur égard. Dans tous les cas, le mandat et sa révocation, le cas échéant, doivent être écrits et communiqués à la société<sup>1987</sup>. Concernant la SAS, cette forme sociale laisse toute la place à la liberté contractuelle. Les associés sont donc entièrement libres de déterminer les conditions de représentation en cas d'absence d'un associé. La représentation d'un époux par son conjoint au sein des sociétés a été permise par le législateur ; le juge est, quant à lui, à l'origine de la faveur faite au conjoint en matière de prestation compensatoire.

## **B - Le paiement de la créance de prestation compensatoire facilité pendant une procédure collective**

**429.** La prestation compensatoire est « destinée à compenser, autant qu'il est possible, la disparité que la rupture du mariage crée dans les conditions de vie respectives des époux »<sup>1988</sup>. Comme les difficultés financières s'accompagnent souvent d'une mésentente au sein du couple, l'hypothèse qu'un époux soit débiteur d'une prestation compensatoire tout en étant soumis à une procédure collective n'est pas à exclure. Bien entendu, seul le débiteur personne physique au titre de la procédure collective peut être débiteur d'une prestation compensatoire. La créance de prestation compensatoire peut naître antérieurement ou postérieurement au jugement d'ouverture de la procédure collective, selon que le jugement de divorce qui fixe cette prestation et fait naître la créance intervient avant ou après le jugement d'ouverture. La créance de prestation compensatoire n'a pas à être déclarée par l'époux débiteur (I) et il peut même en recevoir le paiement (II).

### **I - La dispense de déclaration de la créance de prestation compensatoire**

**430.** Conformément à l'article L. 622-24 du Code de commerce, tous les créanciers<sup>1989</sup> dont la créance est née antérieurement au jugement d'ouverture doivent

---

<sup>1987</sup> Art. L. 225-106 II C. com.

<sup>1988</sup> Art. 270, al. 2, C. civ.

<sup>1989</sup> Exception faite des salariés, art. L. 622-24 C. com.

déclarer leurs créances<sup>1990</sup> dans le délai de deux mois à compter de la publication du jugement au BODACC<sup>1991</sup>. Selon le même article, les créances nées régulièrement après le jugement d'ouverture sont également soumises à déclaration. Seules les créances nées après le jugement pour les besoins du déroulement de la procédure ou de la période d'observation, ou en contrepartie d'une prestation fournie au débiteur pendant cette période échappent à la déclaration<sup>1992</sup>. La créance de prestation compensatoire n'entre pas dans ces exceptions. Par conséquent, elle devrait être déclarée par l'époux créancier quelle que soit sa date de naissance. Depuis la loi du 26 juillet 2005<sup>1993</sup>, l'absence de déclaration dans le délai requis est sanctionnée par l'impossibilité pour les créanciers de participer aux répartitions et aux dividendes<sup>1994</sup>. La sanction s'avérait plus sévère sous l'empire de la loi du 25 janvier 1985<sup>1995</sup>, puisque les créances non déclarées étaient éteintes<sup>1996</sup>. La Cour de cassation a eu à se prononcer sur le régime de la créance de prestation compensatoire dans un arrêt du 8 octobre 2003<sup>1997</sup>. L'époux débiteur de la prestation invoquait l'extinction de la créance, faute pour l'autre époux de l'avoir déclarée au passif de son redressement judiciaire. La Haute juridiction a décidé, contre toute attente, que « la créance née de la prestation compensatoire, qui présente pour partie un caractère alimentaire, n'a pas à être déclarée au passif du débiteur soumis à procédure collective et échappe ainsi à l'extinction, faute de déclaration ».

Cette décision est surprenante : comme nous l'avons vu, rien dans les textes ne justifie que la créance de prestation compensatoire soit traitée différemment des autres créances. Sa nature pour partie alimentaire fonde la solution consistant à dispenser de déclaration la

---

<sup>1990</sup> L'art. L. 622-24, relatif à la sauvegarde judiciaire, est applicable au redressement et à la liquidation judiciaire par les renvois opérés respectivement par les art. L. 631-14, al. 1<sup>er</sup> et L. 641-3, al. 4 C. com.

<sup>1991</sup> Art. R. 622-24, al. 1<sup>er</sup>, C. com.

<sup>1992</sup> L'art. L. 622-24, al. 6 C. com. renvoie aux créances mentionnées à l'art. L. 622-17 I C. com.

<sup>1993</sup> Loi n° 2005-845 du 26 juillet 2005 de sauvegarde des entreprises.

<sup>1994</sup> Art. L. 622-26, al. 1<sup>er</sup>, C. com.

<sup>1995</sup> Loi n° 85-98 du 25 janvier 1985 relative au redressement et à la liquidation judiciaires des entreprises.

<sup>1996</sup> Ancien art. L. 621-46, al. 4, C. com.

<sup>1997</sup> Cass. com., 8 oct. 2003, *Bull.* IV, n° 151 : *D.* 2004., p. 54, obs. F.-X. LUCAS et p. 1965, obs. A. DANIS-FATOME ; *JCP* 2004. II. 10012, note S. BECQUE-ICKOWICZ ; *JCP* 2004. I. 109, n° 1, obs. H. BOSSE-PLATIERE ; *JCP* 2004. I. 115, n° 56, obs. M. CABRILLAC et Ph. PETEL ; *Deffrénois* 2004. 141, obs. J. MASSIP ; *AJ fam.* 2004. 23, obs. S. D. ; *Dr. fam.* 2003, n° 132, note H. LÉCUYER ; *RTD com.* 2004. 368, obs. A. MARTIN-SERF ; *RJPF* 2003-12/34, note S. VALORY ; *Rev. proc. coll.* 2003. 353, obs. M.-P. DUMONT ; *Act. proc. coll.* 2003-18, n° 230, obs. M. STORCK. – Cass. com. 1<sup>er</sup> févr. 2005, *Bull. civ.* IV, n° 18 : *D.* 2005. 489, obs. A. LIENHARD ; 2196, note J. REVEL ; *JCP N* 2005, n° 1292, étude S. RABY ; *RTD civ.* 2005. 375, obs. J. HAUSER.

créance correspondant. Il ne faudrait pas oublier, néanmoins, que la prestation compensatoire présente également un caractère indemnitaire<sup>1998</sup>. Or, les créances correspondant à des indemnités doivent faire l'objet d'une déclaration<sup>1999</sup>. La Cour de cassation devait choisir entre le régime de l'obligation alimentaire et celui de l'obligation indemnitaire « afin d'éviter une application ventilée de deux régimes »<sup>2000</sup>. On a toutefois le sentiment que la Cour voulait appliquer le régime qu'elle jugeait préférable et qu'elle a choisi de mettre en avant le caractère le lui permettant<sup>2001</sup>. On ne peut nier que l'extinction faute de déclaration aurait été pour l'époux créancier une solution particulièrement rigoureuse<sup>2002</sup>, alors que « les créances alimentaires puisent évidemment au besoin vital de leur titulaire qu'elles tendent à satisfaire »<sup>2003</sup>. En outre, l'arrêt du 8 octobre 2003 concernait une prestation compensatoire prenant la forme d'une rente mensuelle. La doctrine s'est interrogée sur le point de savoir si le versement sous forme de capital devait, inversement, être déclaré<sup>2004</sup>.

Cette jurisprudence a fait prendre conscience au législateur qu'aucune disposition du droit des procédures collectives ne réglait le sort de la prestation compensatoire ni plus largement, des créances alimentaires. Il a consacré la solution posée dans l'arrêt de 2003

---

<sup>1998</sup> Sur les caractères de la prestation compensatoire, V. P. MURAT (dir.), *Droit de la famille 2020/2021*, 8<sup>e</sup> éd., Dalloz action, coll. Dalloz Action, 2019, n° 145.31 et s.

<sup>1999</sup> Par ex., la créance de l'acquéreur née du défaut de conformité de la chose vendue doit être déclarée au passif de la procédure collective du vendeur. V. Cass. com., 2 oct. 2012, *Bull. civ. IV*, n° 177 : *Rev. proc. coll.* 2013, comm. 113, F. REILLE ; *RJDA* 2013, n° 55.

<sup>2000</sup> H. LECUYER, « Prestation compensatoire, pension alimentaire et procédures collectives : les premières échappent aux contraintes des secondes », *Dr. famille*, n° 11, 2003, comm. 132. V. contre la ventilation M. CABRILLAC et Ph. PETEL, « Redressement et liquidation judiciaires des entreprises », *JCP* 2004. I. 115, n° 56.

<sup>2001</sup> Pour des arrêts décidant de l'insaisissabilité de la prestation compensatoire en raison de la nature alimentaire de celle-ci, V. Cass. 2<sup>e</sup> civ., 27 juin 1985, *Bull. civ. II*, n° 131 : *D.* 1986. 230, note C. PHILIPPE et IR 112, obs. A. BENABENT IR ; *RTD civ.* 1987, p. 298, note J. RUBELLIN-DEVICHI. – Cass. 2<sup>e</sup> civ., 10 mars 2005, *Bull. civ. II*, n° 66 : *Deffrénois* 2005. 1844, note J. MASSIP ; *Dr. famille* 2005, n° 4, comm. 73, note V. LARRIBAU-TERNEYRE.

<sup>2002</sup> H. LECUYER, « Prestation compensatoire, pension alimentaire et procédures collectives : les premières échappent aux contraintes des secondes », *op. cit.* ; S. BECQUE-ICKOWICZ, « Le créancier alimentaire hors procédure », *JCP E*, 2004. II. 10012, n° 7.

<sup>2003</sup> A. LIENHARD, « Sort des créances nées de prestations compensatoires ou de pensions alimentaires », *D.* 2003, 2638, note ss Cass. com., 8 oct. 2003.

<sup>2004</sup> A. DANIS-FATOME, « Pas de déclaration de créance pour les créances alimentaires », *D.*, 2004, p. 1965, n° 6. A. MARTIN-SERF apporte une réponse positive, v. « La créance née d'une pension alimentaire n'a pas à être déclarée », *RTD com.* 2004. 368, tandis que M. CABRILLAC et Ph. PETEL, sont partagés, *JCP* 2004. I. 115, n° 56.

avec la loi du 26 juillet 2005<sup>2005</sup>. La rédaction peu claire de l'article L. 622-24 du Code de commerce a toutefois soulevé des interrogations, à l'époque. Le cinquième alinéa prévoyait que « Les créances nées régulièrement après le jugement d'ouverture, autres que [...] les créances alimentaires, sont soumises aux dispositions du présent article ». On s'est donc demandé si les seules créances alimentaires nées après le jugement d'ouverture étaient dispensées de déclaration ou si l'exception s'étendait aux créances alimentaires nées avant le jugement<sup>2006</sup>. L'ordonnance du 18 décembre 2008<sup>2007</sup> a éliminé tout doute possible en plaçant distinctement l'exception des créances alimentaires au dernier alinéa de l'article L. 622-24. Selon ledit alinéa, « Les créances alimentaires ne sont pas soumises aux dispositions du présent article ». La créance de prestation compensatoire, qui n'a pas à être déclarée à la procédure, peut, de surcroît, être payée pendant la procédure collective.

## II - L'autorisation de paiement de la créance de prestation compensatoire

**431.** Pendant la période d'observation, l'article L. 622-21 I du Code de commerce interdit aux créanciers d'exercer des poursuites individuelles tendant à la condamnation du débiteur au paiement d'une somme d'argent<sup>2008</sup>. Quant à l'article L. 622-7 I du Code de commerce, il dispose que le jugement ouvrant la procédure emporte, de plein droit, interdiction de payer toute créance née antérieurement ou postérieurement au jugement d'ouverture<sup>2009</sup>. Ces règles sont nécessaires à l'égalité des créanciers. Elles évitent que certains soient avantagés par le débiteur au détriment des autres. Une exception concerne les créances nées postérieurement à celui-ci pour les besoins du déroulement de la procédure,

---

<sup>2005</sup> Loi n° 2005-845 du 26 juillet 2005 de sauvegarde des entreprises.

<sup>2006</sup> En faveur de la dispense bénéficiant uniquement aux créances postérieures, V. D. VOINOT, « La nouvelle procédure de sauvegarde », *Gaz. Pal.*, 8 sept. 2005, numéro spécial, p. 24, spéc. n° 42. En faveur de la dispense bénéficiant également aux créances antérieures, V. P.-M. LE CORRE, *Droit et pratique des procédures collectives*, op. cit., n° 714-96.

<sup>2007</sup> Ordonnance n° 2008-1345 du 18 décembre 2008 portant réforme du droit des entreprises en difficulté.

<sup>2008</sup> L'art. L. 622-21 I, relatif à la sauvegarde judiciaire, est applicable au redressement et à la liquidation judiciaire par les renvois opérés respectivement par les art. L. 631-14, al. 1<sup>er</sup> et L. 641-3, al. 1<sup>er</sup>, C. com.

<sup>2009</sup> L'art. L. 622-7 I, al. 1<sup>er</sup>, relatif à la sauvegarde judiciaire, est applicable au redressement et à la liquidation judiciaire par les renvois opérés respectivement par les art. L. 631-14, al. 1<sup>er</sup> et L. 641-3, al. 1<sup>er</sup>, C. com.

ou en contrepartie d'une prestation fournie au débiteur<sup>2010</sup>. Nous avons cependant vu que ce n'est pas le cas de la créance de prestation compensatoire.

Le respect à la lettre de ces dispositions empêcherait donc l'époux débiteur de la prestation de s'acquitter de celle-ci. Pourtant, dans un autre arrêt du 8 octobre 2003<sup>2011</sup>, la Cour de cassation a décidé que la créance née de la pension alimentaire pouvait être payée sans avoir été déclarée au passif du débiteur soumis à la procédure collective. Ainsi, après avoir créé une catégorie de créances ne nécessitant pas de déclaration, la Cour de cassation fait échapper ces mêmes créances à la règle de l'interdiction des paiements. Pour ce faire, elle souligne que la créance d'aliment est une dette personnelle du débiteur. Il faudrait donc distinguer les dettes personnelles au débiteur, soumises à un régime dérogatoire, d'un côté, et toutes les autres dettes, y compris professionnelles, de l'autre côté.

Avec quels fonds la créance doit-elle être payée ? Le même arrêt y répond : « la créance d'aliments, qui est une dette personnelle du débiteur soumis à une procédure collective, doit être payée sur les revenus dont il conserve la disposition, ou bien être recouvrée par la voie de la procédure de paiement direct ou de recouvrement public des pensions alimentaires »<sup>2012</sup>. On obtient la formation de deux masses distinctes au sein du patrimoine du débiteur : le patrimoine que l'on pourrait qualifier de « personnel » a pour actif les revenus dont le débiteur conserve la disposition et répond des dettes « personnelles au débiteur », prestations compensatoires et pensions alimentaires ; le patrimoine « non personnel »<sup>2013</sup>, qui comprend tous les biens du débiteur, répond des autres dettes. Comme l'écrit le Professeur Hervé Lécuyer, « une universalité (actif-passif) [demeure] sous l'empire de la procédure, une autre

---

<sup>2010</sup> Les art. L. 622-21 et L. 622-7 I C. com. renvoient aux créances mentionnées à l'art. L. 622-17 I C. com.

<sup>2011</sup> Cass. com., 8 oct. 2003, *Bull.* IV n° 152 : *D.* 2003. IR 376 ; 2637, obs. A. LIENHARD ; *D.* 2004., 1965, obs. A. DANIS-FATOME ; *JCP* 2004. I. 109, n° 1, obs. H. BOSSE-PLATIERE ; *JCP* 2004. II. 10012, note S. BECQUE-ICKOWICZ ; *JCP* 2004. I. 115, n° 55, obs. M. CABRILLAC et Ph. PETEL ; *Defrénois* 2004. 141, obs. J. MASSIP ; *AJ fam.* 2004. 23, obs. S. D. ; *Dr. fam.* 2003, n° 132, note H. LÉCUYER ; *RTD com.* 2004. 368, obs. A. MARTIN-SERF ; *RJPF* 2003-12/34, note S. VALORY ; *Gaz. Pal.* 2-4 nov. 2003, p. 3, note P.-M. LE CORRE. – Cass. com. 1<sup>er</sup> févr. 2005, précit.

<sup>2012</sup> Pour une confirmation de cette solution, v. Cass. com., 13 juin 2019, *Bull.* à paraître, n° 17-24.587 : *D.* 2019, p. 1278, obs. A. LIENHARD ; *JCP G* 2019, n° 43, doct. 1099, obs. H. BOSSE-PLATIERE ; *Rev. sociétés* 2019, p. 555, obs. F. REILLE ; *LEDEN*, sept. 2019, n° 8, p. 1, obs. F.-X. LUCAS.

<sup>2013</sup> À défaut d'être qualifié de patrimoine « professionnel », car il ne se limiterait pas aux créances et aux biens professionnels.

universalité, comprenant aussi deux volets, y [échappe] »<sup>2014</sup>. Ce faisant, cet arrêt du 8 octobre 2003 « nie l'unité du patrimoine »<sup>2015</sup>. L'EIRL avait presque été consacré avant l'heure.

De plus, cette solution semble très favorable au conjoint créancier, en raison de l'absence de déclaration de créance et de l'autorisation de paiement ; cependant lui est-elle vraiment bénéfique en pratique ? Les revenus dont le débiteur conserve la disposition seront, de façon prévisible, très faibles, voire inexistants<sup>2016</sup>. La procédure de paiement direct<sup>2017</sup> peut permettre au créancier d'élargir le droit de gage qu'il aurait eu ; mais ce n'est pas le cas du recouvrement public<sup>2018</sup>. Ainsi, « il est peu probable que les ressources personnelles du débiteur lui permettent de faire face »<sup>2019</sup>. Pour cette raison, on s'est demandé si le créancier, bien qu'étant dispensé de la déclaration de créance, pouvait tout de même y procéder<sup>2020</sup>. Dans un arrêt du 13 juin 2006<sup>2021</sup>, la Cour de cassation a apporté tous les éclaircissements nécessaires sur ce point. Elle a rappelé que les créances nées d'une prestation compensatoire ou d'une pension alimentaire peuvent ne pas être déclarées avec les conséquences que l'on

---

<sup>2014</sup> H. LECUYER, « Prestation compensatoire, pension alimentaire et procédures collectives : les premières échappent aux contraintes des secondes », *op. cit.* V. également, en ce sens, A. MARTIN-SERF, *RTD com.* 2004. 368.

<sup>2015</sup> H. LECUYER, « Prestation compensatoire, pension alimentaire et procédures collectives : les premières échappent aux contraintes des secondes », *op. cit.* Pour un avis différent, considérant que l'unité du patrimoine n'est pas remise en cause, V. S. BECQUE-ICKOWICZ, « Le créancier alimentaire hors procédure », *op. cit.*, n° 16.

<sup>2016</sup> En ce sens, V. H. LECUYER, « Prestation compensatoire, pension alimentaire et procédures collectives : les premières échappent aux contraintes des secondes », *op. cit.*

<sup>2017</sup> Sur cette procédure, V. S. BECQUE-ICKOWICZ, « Le créancier alimentaire hors procédure », *op. cit.*, n° 17.

<sup>2018</sup> En ce sens, V. H. LECUYER, « Prestation compensatoire, pension alimentaire et procédures collectives : les premières échappent aux contraintes des secondes », *op. cit.* Sur la procédure du recouvrement public, V. également S. BECQUE-ICKOWICZ, « Le créancier alimentaire hors procédure », *op. cit.*, n° 18.

<sup>2019</sup> Ph. DELMAS SAINT-HILAIRE et J. HAUSER, J.-Cl. Civil Code, art. 266 à 285-1, *Effets du divorce*, Fasc. 10, *Conséquences du divorce pour les époux, effets d'ordre patrimonial, prestation compensatoire, dommages et intérêts*, n° 125.

<sup>2020</sup> H. LECUYER, « Prestation compensatoire, pension alimentaire et procédures collectives : les premières échappent aux contraintes des secondes », *op. cit.* ; J. VALLANSAN, J.-Cl. Com., *Sauvegarde, redressement et liquidation judiciaires*, Fasc. 2352, *Déclaration et admission des créances*, n° 74.

<sup>2021</sup> Cass. com., 13 juin 2006, *Bull. civ.* IV, n° 141 : *D.* 2006, p. 1969, note C. VINCENT ; *D.* 2007, p. 45, note F.-X. LUCAS et P.-M. LE CORRE ; *D.* 2006, p. 1681, obs. A. LIENHARD, *Dr. fam.* 2006. comm. 163. 17, obs. V. LARRIBAU-TERNEYRE ; *Act. proc. coll.* 2006, comm. 154, obs. J. VALLANSAN ; *RTD civ.* 2006, p. 747, obs. J. HAUSER. Pour une confirmation de cette solution, v. Cass. com., 13 juin 2019, précit.

a vues. Puis, elle a ajouté : « toutefois, lorsque le créancier les déclare aussi en vue de leur admission au passif de la procédure collective, les règles relatives à la procédure de déclaration et de vérification des créances et à l'admission dans les répartitions et dividendes leur sont applicables, sans pour autant que la non-admission à ce passif affecte ses droits de créancier d'aliments ».

Le créancier peut donc « cumuler les procédures »<sup>2022</sup>. Dans le cas où « il déclare sa créance, il pourra toujours parallèlement utiliser les voies de recouvrement de droit commun qui lui sont offertes »<sup>2023</sup>. Certains auteurs<sup>2024</sup> dénoncent une rupture d'égalité entre les créanciers. Le conjoint créancier pourrait même reprendre les poursuites après la clôture de la liquidation judiciaire pour insuffisance d'actif, par dérogation à l'article L. 643-11 du Code de commerce qui l'interdit en principe<sup>2025</sup>. Le Professeur Michel Storck s'étonne du contraste existant entre la situation du conjoint non divorcé du débiteur et celle du conjoint divorcé. Le premier « partage les conditions d'existence » du débiteur et « voit son cadre de vie altéré » par l'ouverture de la procédure collective, alors que le second « continue à percevoir, à titre privilégié par rapport à tous les autres créanciers et sans être tenu à déclaration de créance, une prestation compensatoire fixée à titre forfaitaire qui lui permet de maintenir son niveau de vie tel qu'il avait été apprécié par le juge du divorce »<sup>2026</sup> avant l'ouverture de la procédure. On pourrait dire que le conjoint divorcé n'est pas un créancier comme les autres, mais il semble qu'est surtout déterminante la qualité de créancier alimentaire. La loi du 26 juillet 2005<sup>2027</sup> a consacré en partie la solution posée par la jurisprudence en ajoutant à l'article L. 622-7 I du Code de commerce que les interdictions de paiement ne sont pas applicables aux créances alimentaires. Une maladresse de rédaction semblable à celle qui avait été faite à l'article L. 622-24 du même code a été commise, puis corrigée par la réforme de 2008.

---

<sup>2022</sup> P. MURAT (dir.), *Droit de la famille 2020/2021*, op. cit., n° 135.43.

<sup>2023</sup> *Ibid.*

<sup>2024</sup> S. BECQUE-ICKOWICZ, « Le créancier alimentaire hors procédure », *op. cit.* ; A. MARTIN-SERF, *RTD com.* 2004. 368 ; M. STORCK, J.-Cl. Com., *Sauvegarde, redressement et liquidation judiciaires*, Fasc. 3170, *Droit patrimonial de la famille et procédures collectives de paiement*, n° 36.

<sup>2025</sup> V. V. MARTINEAU-BOURGNINAUD, « Le divorce du débiteur », dossier 8, *Revue proc. coll.*, n° 1, 2013, n° 12.

<sup>2026</sup> M. STORCK, J.-Cl. Com., *Sauvegarde, redressement et liquidation judiciaires*, fasc. précit., n° 36.

<sup>2027</sup> Loi n° 2005-845 du 26 juillet 2005 de sauvegarde des entreprises.

Concernant la confrontation du droit des entreprises en difficultés avec le droit de la famille, on constate que ce dernier l'emporte, alors qu'il n'est pas rare qu'il s'incline devant le droit des entreprises en difficulté<sup>2028</sup>. Aussi le Professeur Anne Danis-Fâtome écrit-elle qu'on peut « se demander si la logique ne s'inverse pas, les spécificités du droit patrimonial de la famille justifiant parfois qu'il soit dérogé au "droit commun des procédures collectives" »<sup>2029</sup>. De plus, on a ici un bel exemple d'œuvre prétorienne de la jurisprudence, qui s'affranchit de la lettre des textes<sup>2030</sup> pour apporter au conjoint la protection qu'elle juge nécessaire au sein des procédures collectives d'une part, et un exemple de consécration de solutions jurisprudentielles par le législateur d'autre part. Ce dernier est cependant bien à l'origine des différents statuts proposés au conjoint qui participe à l'entreprise.

## §2 - La diversité des statuts proposés au conjoint participant à l'entreprise

*« ISIDORE LECHAT – C'est très gentil... les femmes... mais... en dehors de l'amour... je m'en méfie comme de la peste... Non... non... pas de femmes dans les affaires... »*

*XAVIER LECHAT – Tu as tort... Au fond, elles ne sont bonnes qu'à ça... »*<sup>2031</sup>

**432.** Un grand nombre de conjoints participent à l'entreprise commerciale, artisanale ou libérale ou à l'exploitation agricole de leur époux. Cette réalité sociologique est ancienne et, aujourd'hui comme autrefois, le conjoint reste, dans la majorité des cas, la femme. Dans les années 1970, les épouses ont commencé à faire entendre leur voix afin d'obtenir une reconnaissance sociale. N'ayant aucun statut, elles étaient considérées comme inactives ou mères au foyer alors qu'elles fournissaient dans l'exploitation un effort souvent égal à celui de leur mari. À la suite de ces revendications, le législateur a progressivement proposé plusieurs statuts au conjoint<sup>2032</sup>. En vertu de la loi du 2 août 2005 en faveur des petites et

---

<sup>2028</sup> Pour un exemple, V. *supra* § n° 128.

<sup>2029</sup> A. DANIS-FATOME, « Pas de déclaration de créance pour les créances alimentaires », *op. cit.*

<sup>2030</sup> H. LECUYER, « Prestation compensatoire, pension alimentaire et procédures collectives : les premières échappent aux contraintes des secondes », *op. cit.*

<sup>2031</sup> Octave MIRBEAU, *Les affaires sont les affaires*, 1907.

<sup>2032</sup> Loi n° 80-502 du 4 juillet 1980 d'orientation agricole (statuts de conjoint coexploitant et de conjoint collaborateur) ; loi n° 82-596 du 10 juillet 1982 relative aux conjoints d'artisans et de commerçants travaillant dans l'entreprise familiale (statuts de conjoint collaborateur, conjoint salarié, conjoint associé) ; loi n° 99-574 du 9 juillet 1999 d'orientation agricole (statut de conjoint collaborateur) ; loi

moyennes entreprises<sup>2033</sup> et de la loi d'orientation agricole du 5 janvier 2006<sup>2034</sup>, opter pour l'un des statuts est devenu obligatoire<sup>2035</sup>. Pour autant, nombreux étaient les conjoints à n'en avoir choisi aucun. Pour les inciter à le faire, une des mesures de la loi du 22 mai 2019<sup>2036</sup> relative à la croissance et la transformation des entreprises consiste à obliger le chef d'entreprise à déclarer l'activité professionnelle de son conjoint dans l'entreprise ainsi que le statut choisi par ce dernier auprès des organismes habilités à enregistrer l'immatriculation de l'entreprise.

Le conjoint du chef d'entreprise peut travailler dans l'entreprise artisanale, commerciale ou libérale en optant pour le statut de conjoint collaborateur, conjoint salarié ou encore de conjoint associé<sup>2037</sup>. Quant au conjoint du chef d'entreprise d'une exploitation agricole, il peut choisir le statut de conjoint collaborateur, de conjoint salarié ou de chef d'exploitation<sup>2038</sup>. Il s'agit de statuts de référence ; mais d'autres sont possibles. Nous allons étudier simultanément ces statuts, tout en soulignant à chaque fois les différences notables qui pourraient exister entre le droit des affaires et le droit rural. Certains statuts ne consistent qu'en une reprise du droit commun (A), d'autres présentent des spécificités (B).

## A - Les statuts repris du droit commun

**433.** Le conjoint qui participe à l'exploitation peut, comme n'importe quelle autre personne, exercer en qualité de conjoint salarié (I) ou d'associé (II).

### I - Le conjoint salarié

**434.** Le conjoint participant à l'exploitation agricole ou à l'exploitation du fonds de commerce peut être salarié du chef d'entreprise. Cette possibilité a été reconnue par la loi du

---

n° 2005-882 du 2 août 2005 en faveur des petites et moyennes entreprises (ouverture des statuts de conjoint collaborateur, salarié et associé au conjoint participant à l'entreprise libérale).

<sup>2033</sup> Loi n° 2005-882 du 2 août 2005 en faveur des petites et moyennes entreprises.

<sup>2034</sup> Loi n° 2006-11 du 5 janvier 2006 d'orientation agricole.

<sup>2035</sup> Art. L. 121-4 I C. com. et L. 321-5 C. rur.

<sup>2036</sup> Loi du 22 mai 2019 n° 2019-486 relative à la croissance et la transformation des entreprises, modifiant l'art. L. 121-4 IV C. com.

<sup>2037</sup> Art. L. 121-4 I C. com.

<sup>2038</sup> Art. L. 321-5, al. 7, C. com.

10 juillet 1982<sup>2039</sup> en matière commerciale et par la loi du 5 janvier 2006 en matière agricole<sup>2040</sup>. Les époux sont alors liés par un contrat de travail, qui se caractérise par un lien de subordination du salarié à l'employeur<sup>2041</sup>. En contrepartie du travail effectué, le conjoint salarié perçoit une rémunération. Son statut n'est donc pas différent de celui de n'importe quel salarié. De plus, en vertu de la loi du 22 mai 2019<sup>2042</sup> relative à la croissance et la transformation des entreprises, le statut de conjoint salarié est devenu le statut par défaut dans le cas où le conjoint a exercé une activité professionnelle régulière dans l'entreprise, mais sans la déclarer ou sans avoir opté pour l'un des statuts. Ce statut de salarié procurera à l'époux la protection à laquelle a droit tout salarié. Le statut peut être adopté même lorsque l'entreprise est exploitée sous la forme sociale.

## II - Le conjoint associé

**435.** Bien entendu, le conjoint peut uniquement avoir la qualité d'associé dans le cas où l'entreprise est exploitée sous la forme sociale. Le statut de conjoint associé n'est envisagé que dans le Code de commerce. Le Code rural ne le compte pas parmi les statuts proposés. Si l'évocation des sociétés amène à penser en premier lieu au secteur commercial, il n'en reste pas moins que la forme sociale est devenue très courante en matière agricole. Le conjoint qui participe à l'exploitation agricole de son époux peut, comme tout un chacun, être associé. Le seul obstacle se rencontre dans les sociétés libérales : la qualité d'associé y est subordonnée à des qualifications professionnelles. Les époux obtiennent des parts sociales en échange d'apports. Lorsque des biens communs sont apportés, la qualité d'associé est reconnue à celui des époux qui fait l'apport. Son conjoint se voit offrir la possibilité de devenir associé pour la moitié des parts souscrites<sup>2043</sup>. Les époux peuvent être les uniques associés de la société<sup>2044</sup>. Autrefois, le GAEC ne pouvait pas être constitué de

---

<sup>2039</sup> Loi n° 82-596 du 10 juillet 1982 relative aux conjoints d'artisans et de commerçants travaillant dans l'entreprise familiale, art. 11 et 12.

<sup>2040</sup> Loi n° 2006-11 du 5 janvier 2006 d'orientation agricole.

<sup>2041</sup> Sur l'application du droit du travail au conjoint salarié et en particulier sur le lien de subordination, v. A. KARM, *L'entreprise conjugale*, op. cit., n° 80 et s.

<sup>2042</sup> Loi du 22 mai 2019 n° 2019-486 relative à la croissance et la transformation des entreprises, modifiant l'art. L. 121-4 IV C. com. et l'art. L. 321-5 C. com.

<sup>2043</sup> V. *supra* § n° 166.

<sup>2044</sup> Art. 1832-1, al. 1<sup>er</sup>, C. civ. Concernant l'évolution des sociétés entre époux, v. *supra* § n° 200.

deux époux qui en auraient été les seuls associés. Cette interdiction a disparu et la constitution d'un tel groupement est désormais expressément autorisée entre deux époux, deux concubins et deux partenaires de PACS, même lorsqu'ils sont les seuls associés<sup>2045</sup>. La qualité d'époux a cessé d'être un obstacle en droit des sociétés. Au contraire, elle justifie aujourd'hui l'existence de certains traitements de faveur.

## **B - Les statuts spécifiques**

**436.** Le conjoint peut également choisir le statut de coexploitant dans une entreprise commerciale, artisanale ou libérale ou celui de chef d'exploitation dans une exploitation agricole (I). Si toute autre personne que le conjoint peut avoir la qualité de coexploitant ou de chef d'exploitation, les particularités attachées à ce statut consacré au conjoint justifient que ledit statut soit considéré comme propre au conjoint. S'agissant du statut de conjoint de collaborateur (II), nous verrons qu'il est tout à fait exorbitant du droit commun.

### **I - Le conjoint coexploitant ou chef d'exploitation**

**437.** Lorsque le conjoint participe à l'exploitation sur un pied d'égalité avec l'époux exploitant, il peut opter pour le statut de coexploitant.

#### **a - Éléments propres à l'exploitation agricole**

**438.** Pour obtenir la qualité de coexploitant, le conjoint doit être affilié au régime de protection sociale des personnes non salariées des professions agricoles et titulaire d'un droit d'exploitation reconnu par le contrôle des structures<sup>2046</sup>, notamment au regard des critères de compétence professionnelle. En pratique, le conjoint opte souvent pour le statut de conjoint collaborateur, car la cotisation est moindre que celle de chef d'exploitation<sup>2047</sup>. Cela peut poser des difficultés dans le cadre du traitement judiciaire des entreprises en difficulté.

---

<sup>2045</sup> Art. L. 323-2, al. 7, C. rur.

<sup>2046</sup> V. A. JALLAIS, J.-Cl. Not. Form., V° Exploitation agricole, *Conjoint d'exploitant agricole*, Fasc. précit, n° 14.

<sup>2047</sup> *Id.*, n° 28.

Il conviendra de déterminer si le conjoint a civilement la qualité de coexploitant pour savoir s'il a accès aux procédures collectives<sup>2048</sup>. Dans une société, les deux époux peuvent avoir la qualité d'associés coexploitants.

Lorsque le conjoint a la qualité de coexploitant ou de chef d'exploitation, les époux ont alors les mêmes pouvoirs pour effectuer les actes relatifs à l'exploitation. La loi du 4 juillet 1980<sup>2049</sup> a mis en place une présomption réciproque de mandat. À l'époque, ce mandat apparaissait novateur puisqu'il dérogeait au principe selon lequel le mari était l'administrateur de la communauté<sup>2050</sup>. Une règle des régimes matrimoniaux propre à l'entreprise est venue déroger au droit commun des régimes matrimoniaux. La qualité de coexploitant agricole a conféré à l'épouse des pouvoirs qui lui étaient refusés en temps normal. Un rapprochement peut être effectué avec la femme mariée qui était marchande publique<sup>2051</sup>. Cette qualité lui permettait de s'obliger, sans l'autorisation de son mari, pour ce qui concernait son commerce et d'engager les biens communs, d'une part, et d'administrer et de disposer des biens réservés, d'autre part. Dans les deux cas, l'exercice d'une activité commerciale ou agricole constituait un outil d'émancipation pour l'épouse. Sous le régime de la communauté légale, le mandat a perdu de son intérêt au vu des pouvoirs concurrents confiés à chacun des époux par la loi du 23 décembre 1985<sup>2052</sup>.

**439.** En vertu de l'article L. 321-1 du Code rural, « Lorsque des époux exploitent ensemble et pour leur compte une même exploitation agricole, ils sont présumés s'être donné réciproquement mandat d'accomplir les actes d'administration concernant les besoins de l'exploitation ». Cette présomption de mandat cesse de plein droit d'être applicable en cas d'absence présumée de l'un des époux, de séparation de corps ou de séparation de biens judiciaire. Elle prend également fin lorsque les conditions énoncées ci-dessus ne sont plus remplies<sup>2053</sup>. Chaque époux peut déclarer devant notaire que son conjoint ne pourra plus se prévaloir du mandat. Cette déclaration prend effet à l'égard des tiers trois mois après que la mention en a été portée en marge de l'acte de mariage des époux. En l'absence de cette

---

<sup>2048</sup> *Id.*, n° 65.

<sup>2049</sup> Loi n° 80-502 du 4 juillet 1980 d'orientation agricole.

<sup>2050</sup> V. A. JALLAIS, J.-Cl. Not. Form., V° Exploitation agricole, *Conjoint d'exploitant agricole*, Fasc. précit, n° 46.

<sup>2051</sup> V. *supra* § n° 144.

<sup>2052</sup> Loi n° 85-1372 du 23 décembre 1985.

<sup>2053</sup> Art. L. 321-2 C. rur.

mention, la présomption n'est opposable aux tiers que s'il est établi qu'ils en ont eu connaissance<sup>2054</sup>. Elle dispense dans une certaine mesure les tiers de vérifier les pouvoirs des époux et corrélativement, dispense ceux-ci de devoir justifier de leur existence. Elle apporte de la simplicité et de la rapidité dans les relations avec les tiers. De plus, chacun des époux a un pouvoir de représentation de son conjoint auprès d'organismes professionnels<sup>2055</sup>. Les démarches administratives s'en trouvent facilitées. On peut néanmoins douter de l'applicabilité de la présomption de mandat lorsque l'entreprise est exploitée sous la forme sociale<sup>2056</sup>.

### **b - Éléments propres à l'entreprise artisanale, commerciale ou libérale**

**440.** Contrairement au Code rural, le Code de commerce n'a pas inclus le statut de conjoint coexploitant dans les statuts pouvant être adoptés par le conjoint. On pourrait penser que la liste des statuts établie par le Code de commerce est limitative ; pourtant elle ne permet pas de prendre en compte toutes les situations de participation à l'entreprise. Si le conjoint perçoit des revenus de l'entreprise et qu'il participe à l'entreprise sur un pied d'égalité avec l'autre époux, il ne peut avoir le statut ni de conjoint salarié ni de conjoint collaborateur. Dans ce cas, il est bel et bien coexploitant. Il convient donc de considérer que ce statut lui est ouvert. En vertu de l'article 1421, alinéa premier, du Code civil, chacun des époux coexploitants a le pouvoir d'accomplir les actes d'administration sur les biens communs. Le mandat qui existe en matière agricole n'existe pas dans l'entreprise commerciale, artisanale ou libérale. Seule l'hypothèse de la collaboration est couverte par la présomption de mandat.

## **II - Le conjoint collaborateur**

**441.** Le conjoint doit remplir des conditions pour bénéficier de ce statut (a). Celui-ci a des conséquences sur la gestion des biens : plus précisément, certains actes accomplis par le conjoint sont couverts par un mandat similaire à celui de la coexploitation en matière

---

<sup>2054</sup> V. art. L. 321-3 C. rur.

<sup>2055</sup> V. art. L. 321-4 C. rur.

<sup>2056</sup> V. *infra* § n° 445.

agricole (b). Des conséquences successorales sont également attachées au statut de conjoint collaborateur, puisque celui-ci peut, à certaines conditions, bénéficier d'un « salaire différé » au décès de l'époux exploitant (c).

### a - Les conditions relatives au bénéficiaire du statut

**442.** La loi du 10 juillet 1982<sup>2057</sup> a créé le statut de conjoint collaborateur pour le conjoint du chef d'une entreprise artisanale ou commerciale. Ce statut a ensuite été transposé au conjoint participant à l'exploitation ou à l'entreprise agricole par la loi du 9 juillet 1999<sup>2058</sup>. Enfin, la loi du 2 août 2005<sup>2059</sup> a autorisé le conjoint du professionnel libéral à recourir à ce statut. Dans tous les cas, le conjoint doit exercer une activité professionnelle régulière dans l'entreprise<sup>2060</sup>. Cela n'exclut pas que le conjoint exerce une activité salariée en dehors de l'entreprise, tant que celle-ci n'excède pas un mi-temps<sup>2061</sup>. Il ne doit pas percevoir de rémunération ni être salarié dans l'entreprise, coexploitant ou associé<sup>2062</sup>. On ne peut s'empêcher de se demander s'il est souhaitable que figure dans notre droit un statut dont l'une des conditions est d'exercer une activité professionnelle régulière sans être rémunéré. À l'ère où même le stagiaire doit recevoir une gratification<sup>2063</sup>, est-il judicieux de proposer que le conjoint, qui est encore, dans la très grande majorité des cas, la femme, travaille dans l'entreprise ou l'exploitation sans percevoir de rémunération ? N'est-ce pas encourager la précarité des épouses au profit de leurs maris ?

On pourrait opposer que le « salaire différé » permet un rééquilibrage au moment du décès du commerçant ou de l'exploitant<sup>2064</sup> ; mais pourquoi faudrait-il attendre cet évènement ? Ces propos doivent cependant être nuancés dans la mesure où ce statut correspond à une réalité sociologique selon laquelle bon nombre de femmes aident

---

<sup>2057</sup> Loi n° 82-596 du 10 juillet 1982 relative aux conjoints d'artisans et de commerçants travaillant dans l'entreprise familiale.

<sup>2058</sup> Loi d'orientation agricole n° 99-574 du 9 juillet 1999.

<sup>2059</sup> Loi n° 2005-882 du 2 août 2005 en faveur des petites et moyennes entreprises.

<sup>2060</sup> Art. L. 121-4 I et R. 121-1 C. com et art. L. 321-5, al 7, C. rur.

<sup>2061</sup> Art. R. 121-2 C. com. (matière commerciale) et décret n° 2000-319 du 7 avril 2000, art. 3 (matière agricole).

<sup>2062</sup> Art. R. 121-1 C. com., art. R. 321-1 I 2° et L. 321-5, al. 1<sup>er</sup>, C. rur.

<sup>2063</sup> Art. L. 124-6 Code de l'éducation, créé par la loi n° 2014-788 du 10 juillet 2014 – art. 1.

<sup>2064</sup> V. *infra* § n° 448.

bénévolement leur époux au sein de l'entreprise ou de l'exploitation. Ce statut a le mérite d'offrir à ces femmes une protection sociale dont elles ne pourraient bénéficier si elles n'avaient opté pour aucun des statuts : les dispositions relatives à l'assurance obligatoire maladie, invalidité et maternité des personnes non salariées des professions agricoles sont applicables au conjoint collaborateur. En outre, on observe que ce statut n'est pas celui qui a été choisi par la loi du 22 mai 2019<sup>2065</sup> relative à la croissance et la transformation des entreprises comme le statut par défaut dans le cas où le conjoint a exercé une activité professionnelle régulière dans l'entreprise, sans la déclarer ou sans avoir opté pour l'un des statuts. Le législateur ne considère heureusement pas le statut de conjoint collaborateur comme le statut idéal ou de référence.

### 1 - Éléments propres à l'exploitation agricole

**443.** Lorsque le chef ou un associé d'une exploitation ou d'une entreprise agricole exerce également une activité artisanale, commerciale ou libérale sans être salarié et qu'il est affilié au seul régime agricole, son conjoint peut également prétendre au statut de collaborateur au titre de sa participation à l'activité non salariée non agricole<sup>2066</sup>. La diversité des activités exercées par l'époux ne constitue pas un obstacle à l'obtention du statut par le conjoint. Il ne serait pas équitable de priver ce dernier du statut au seul motif qu'il participe à une activité seulement secondaire. Le conjoint peut encore avoir la qualité de conjoint collaborateur lorsque l'exploitation agricole est constituée sous la forme d'une société et qu'il y exerce son activité professionnelle sans être associé<sup>2067</sup>. L'exploitation sous la forme sociale a été prise en compte, mais sans restriction du statut à certaines sociétés, alors même que les formes sociales initialement réservées à l'entreprise commerciale ont été transposées à l'exploitation agricole. De plus, le concubin, comme le partenaire de PACS, peut adopter le statut de collaborateur<sup>2068</sup>, ce qui est susceptible de fragiliser sa situation lorsqu'il n'exerce

---

<sup>2065</sup> Loi du 22 mai 2019 n° 2019-486 relative à la croissance et la transformation des entreprises, modifiant l'art. L. 121-4 IV C. com. et l'art. L. 321-5 C. rur.

<sup>2066</sup> Art. L. 321-5, al. 2, C. rur.

<sup>2067</sup> Art. L. 321-5, al. 3, C. com.

<sup>2068</sup> Art. L. 321-5, dernier al., C. rur.

pas d'autre activité rémunérée. Au sein de l'exploitation agricole, la spécificité du statut de conjoint collaborateur n'existe pas par rapport au concubin.

## 2 - Éléments propres à l'entreprise artisanale, commerciale ou libérale

**444.** L'article L. 121-4 II du Code de commerce prévoit, concernant les sociétés, que le statut de conjoint collaborateur n'est autorisé qu'au conjoint du gérant associé unique ou du gérant associé majoritaire d'une SARL ou d'une SELARL. Avant l'entrée en vigueur de la loi du 22 mai 2019<sup>2069</sup>, l'effectif de la société ne devait pas excéder vingt salariés<sup>2070</sup>. Cette loi a supprimé cette condition d'effectif. En permettant au conjoint du gérant associé de recourir au statut de conjoint collaborateur, le législateur s'est adapté aux formes plus courantes d'exercice du commerce. Pourtant, la condition de détention du pouvoir par l'époux associé et celle de l'effectif maximum de la société révèlent que le législateur s'est peu éloigné du modèle traditionnel selon lequel le chef d'entreprise et son conjoint sont seuls ou presque dans l'entreprise. Le législateur a souhaité « réserver le statut du conjoint collaborateur aux petites sociétés n'ayant pas les moyens financiers de donner au conjoint du chef d'entreprise un statut de salarié, compte tenu du coût en résultant, en terme de charges sociales notamment »<sup>2071</sup>. Par la suite, il est certainement apparu que la condition d'effectif empêchait certains conjoints de se prévaloir du statut et que cela était préjudiciable. Si le gérant de la SARL ou de la SELARL est minoritaire ou si la forme sociale est autre, le conjoint participant à l'entreprise doit se tourner vers le statut de conjoint salarié ou de conjoint associé.

En outre, le conjoint collaborateur doit être mentionné au registre du commerce et des sociétés ou au répertoire des métiers<sup>2072</sup>. Cette mention ne confère pas la qualité de commerçant<sup>2073</sup>. Toutefois elle fait bénéficier le conjoint d'une présomption de mandat lui

---

<sup>2069</sup> Loi du 22 mai 2019 n° 2019-486 relative à la croissance et la transformation des entreprises, entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2020.

<sup>2070</sup> Art. R. 121-3 C. com, abrogé.

<sup>2071</sup> Travaux préparatoires de la loi n° 2005-882 du 2 août 2005 en faveur des petites et moyennes entreprises, rapport du Sénat n° 333 (2004-2005) rédigé par M. G. CORNU.

<sup>2072</sup> Art. L. 121-6, al. 1<sup>er</sup>, C. com.

<sup>2073</sup> V. Cass. com., 11 févr. 2004, *Bull. civ.* 2004, IV, n° 28 : *JCP E* 2004, 1742, note I. PARACHKEVOVA ; *D.* 2004, AJ, p. 565, note A. LIENHARD ; *RTD com* 2004, p. 243, n° 1, obs. B. SAINTOURENS. « Mme X...

permettant d'accomplir certains actes<sup>2074</sup>. La spécificité du statut de conjoint collaborateur par rapport aux statuts de conjoint associé et de conjoint salarié est notamment révélée par l'impossibilité pour le concubin d'y recourir, du moins dans l'entreprise commerciale, artisanale ou libérale. Le législateur a probablement considéré que les liens du mariage et du PACS offraient une relative protection financière au conjoint ou au partenaire<sup>2075</sup> et que cette protection rendait acceptable l'absence de rémunération. Une telle protection étant absente du concubinage, cela a pu justifier que le travail bénévole du concubin ne soit pas encouragé. Le domaine *rationae personae* du statut de conjoint collaborateur ne présente pas d'uniformité dans l'entreprise commerciale et artisanale, d'une part, et dans l'exploitation agricole, d'autre part. Cependant, dans les deux cas, le statut de conjoint collaborateur entraîne une présomption de mandat.

## **b - Le mandat dans le cadre de la gestion des biens**

**445.** Un doute plane quant à savoir si la présomption de mandat peut s'appliquer dans l'entreprise exploitée sous la forme sociale. Certains auteurs<sup>2076</sup> considèrent que le contrat de société exclut ce mandat. Le fonctionnement de la société, représentée à l'égard des tiers par le gérant, s'oppose à la mise en œuvre du mandat. On ne peut pas admettre que le conjoint interfère dans la gestion sociale et dans les rapports de la société avec les tiers alors qu'il n'a pas la qualité d'associé et encore moins de gérant. Le mandat présente des spécificités selon que l'époux a le statut de conjoint collaborateur dans une exploitation agricole (1) ou dans une entreprise artisanale ou commerciale (2).

---

était mentionnée au registre du commerce et des sociétés en qualité de conjoint collaborateur (...) ; il s'ensuit qu'[elle] n'était pas immatriculée en qualité de commerçante ».

<sup>2074</sup> v. *infra* § n° 445.

<sup>2075</sup> Les partenaires s'engagent notamment à une aide matérielle et à assistance réciproques, art. 515-4, al. 1<sup>er</sup>, C. civ.

<sup>2076</sup> A. LASSAUBATJEU-ANDRE, « Le statut des époux exploitants agricoles », *Defrénois* 1981, art. 32624, p. 561 ; A. JALLAIS, J.-Cl. Not. Form., V° Exploitation agricole, *Conjoint d'exploitant agricole*, Fasc. précit., n° 49. Pour d'autres auteurs considérant que la présomption de mandat se transforme en présomption de délégation de pouvoir du dirigeant social au profit du conjoint collaborateur, v. F. COLLARD et Fr. VINCKEL, J.-Cl. Sociétés Traité, *Capacité des contractants*, fasc. précit., n° 111.

## 1 - Éléments propres à l'exploitation agricole

**446.** En vertu de l'article L. 321-1 du Code rural, le conjoint collaborateur « est présumé avoir reçu de l'exploitant le mandat d'accomplir les actes d'administration concernant les besoins de cette exploitation ». La présomption de mandat cesse pour les mêmes causes et dans les mêmes conditions que dans la coexploitation<sup>2077</sup>. De plus, chacun des époux a un pouvoir de représentation de son conjoint auprès d'organismes professionnels<sup>2078</sup>, comme dans la coexploitation.

## 2 - Éléments propres à l'entreprise artisanale ou commerciale

**447.** L'article L. 121-6 du Code de commerce prévoit qu'à condition d'être immatriculé au registre du commerce et des sociétés ou au répertoire des métiers, le conjoint collaborateur est réputé avoir reçu du chef d'entreprise le mandat d'accomplir au nom de ce dernier les actes d'administration concernant les besoins de l'entreprise. La présomption de mandat cesse pour les mêmes causes et dans les mêmes conditions que la présomption de mandat en matière agricole. La seule différence notable réside en ce que la mention de la déclaration notariée mettant fin à la présomption est portée au registre du commerce et des sociétés et non en marge de l'acte de mariage des époux. De plus, lorsque le législateur a souhaité accorder au conjoint du professionnel libéral la possibilité de recourir au statut de conjoint collaborateur établi dans l'entreprise artisanale et commerciale, il a fallu adapter certaines dispositions. L'exercice d'une profession libérale étant soumise à des qualifications professionnelles, il n'a pas été possible d'accorder au conjoint le mandat dont bénéficie le conjoint de l'artisan et du commerçant.

---

<sup>2077</sup> V. *supra* § n° 439.

<sup>2078</sup> V. art. L. 321-4 C. rur. A. Jallais considère, à juste titre nous semble-t-il, que ce pouvoir de représentation concerne aussi bien la coexploitation que la simple collaboration, car l'art. exige seulement une participation des époux, V. J.-Cl. Not. Form., V° Exploitation agricole, *Conjoint d'exploitant agricole*, fasc. précit., n° 37 et 60.

### **c - Les conséquences successorales du statut : le « salaire différé »**

**448.** Lorsque l'un des époux a participé sans rémunération à l'exploitation de l'entreprise agricole, du fonds de commerce, du fonds artisanal appartenant à l'autre époux ; ou encore lorsqu'il a participé à l'activité de professionnel libéral de son époux, il peut obtenir au décès de ce dernier une compensation financière. Une des conditions du statut de collaborateur étant de ne pas percevoir de rémunération, le conjoint collaborateur pourra parfois bénéficier de ladite compensation. Celle-ci est qualifiée par facilité de « salaire différé », par rapprochement avec le contrat de travail à salaire différé qui bénéficie au descendant de l'exploitant agricole<sup>2079</sup>. Pourtant, la compensation financière allouée au conjoint n'évoque en rien un tel contrat. Nous nous intéresserons au domaine et au régime de celle-ci (1), avant de mentionner les critiques qui lui sont adressées (2).

#### **1 - Le domaine et le régime du « salaire différé »**

**449.** Nous verrons à quelles conditions le conjoint peut être créancier de ce prélèvement minimal (i), puis nous pencherons sur le régime de celui-ci (ii).

##### **i - Les bénéficiaires du « salaire différé »**

**450.** Les conjoints d'artisans et de commerçants peuvent bénéficier du « salaire différé » grâce à l'article 14 de la loi du 31 décembre 1989<sup>2080</sup> relative au développement des entreprises commerciales et artisanales et à l'amélioration de leur environnement économique, juridique et social. La loi d'orientation agricole du 9 juillet 1999<sup>2081</sup> a étendu au conjoint de l'exploitant agricole le bénéfice du « salaire différé ». Les dispositions relatives audit salaire sont désormais codifiées à l'article L. 321-21-1 du Code rural. Le conjoint de l'entrepreneur libéral a également droit à cette compensation depuis la loi du 2 août 2005<sup>2082</sup>. Les dispositions applicables au conjoint du commerçant et de l'artisan lui sont

---

<sup>2079</sup> Art. L. 321-13 C. rur.

<sup>2080</sup> Loi n° 89-1008 du 31 décembre 1989.

<sup>2081</sup> Loi n° 99-574 du 9 juillet 1999 d'orientation agricole.

<sup>2082</sup> Loi n° 2005-882 du 2 août 2005 en faveur des petites et moyennes entreprises, art. 16.

applicables. Les conditions relatives aux bénéficiaires sont identiques, quel que soit le secteur. Le conjoint doit prouver par tout moyen qu'il a participé directement et effectivement à l'activité de l'entreprise ou de l'exploitation pendant au moins dix années. Une participation pendant une durée inférieure n'est pas suffisante pour bénéficier du « salaire différé ». La participation peut concerner des travaux manuels traditionnels ; mais aussi des tâches intellectuelles comme la gestion administrative ou comptable<sup>2083</sup>. Il a été tenu compte des évolutions des professions de commerçant, d'artisan et d'agriculteur, qui vont désormais bien au-delà du seul travail manuel.

**451.** De plus, le conjoint ne doit pas avoir reçu de rémunération ni avoir été associé aux bénéfices et aux pertes<sup>2084</sup>. Le conjoint séparé de biens peut remplir cette condition, notamment s'il a le statut de collaborateur. En revanche, les couples coexploitants sont exclus d'office, parce qu'ils partagent les bénéfices et les pertes d'exploitation. Les époux mariés sous un régime de communauté ou de participation aux acquêts subissent le même sort, car ils profitent des bénéfices. Finalement, seul le conjoint séparé de biens, n'ayant pas été associé ni rémunéré peut bénéficier du « salaire différé ». Peu importe alors qu'il ait participé en ayant le statut de conjoint collaborateur ou sans statut. Comme l'exercice d'une activité commerciale ou agricole comporte une part de risque, nombreux devraient être les époux mariés sous le régime de la séparation à partir du moment où ils n'avaient pas envisagé de coexploiter ou d'être tous les deux associés. Quant aux pacsés et aux concubins, la législation relative au « salaire différé » ne leur est pas applicable. Seul le conjoint survivant<sup>2085</sup> non divorcé peut bénéficier du « salaire différé ». Il est indifférent que les époux soient séparés de corps ou de fait. L'exclusion du conjoint divorcé se justifie par le fait que « la prestation compensatoire a vocation à prendre en compte la collaboration du conjoint »<sup>2086</sup>. Si le conjoint décède après l'époux chef d'entreprise ou d'exploitation sans

---

<sup>2083</sup> A. JALLAIS, J.-Cl. Not. Form., V° Exploitation agricole, *Conjoint d'exploitant agricole*, fasc. précit., n° 80.

<sup>2084</sup> Art. 14 de la loi n° 89-1008 du 31 décembre 1989 relative au développement des entreprises commerciales et artisanales et à l'amélioration de leur environnement économique, juridique et social et art. L. 321-21-1 C. rur.

<sup>2085</sup> Le conjoint prémourant ne peut bénéficier du « salaire différé », V. en ce sens A. JALLAIS, J.-Cl. Not. Form., V° Exploitation agricole, *Conjoint d'exploitant agricole*, fasc. précit., n° 77.

<sup>2086</sup> NOTAIRES DE FRANCE, *Vie professionnelle et famille, place au contrat*, op. cit., n° 1408.

avoir fait valoir son droit de créance, celle-ci est transmise aux héritiers<sup>2087</sup>. Nous en arrivons à présent au régime de ce droit de créance.

## ii - Le régime du « salaire différé »

**452.** Le conjoint survivant « bénéficie d'un droit de créance d'un montant égal à trois fois le salaire minimum de croissance annuel<sup>2088</sup> en vigueur au jour du décès », sans que ce montant excède 25 % de l'actif successoral. De plus, le paiement de cette créance est garanti par le privilège mobilier général inscrit à l'article 2331 du Code civil<sup>2089</sup>, par le privilège immobilier général inscrit à l'article 2375 du même code et par une hypothèque légale sur les immeubles. Une différence concerne les règles d'imputation du montant de la créance du conjoint survivant. L'article 14 de la loi du 31 décembre 1989 prévoit que le cas échéant, ce montant s'impute sur celui des droits propres du conjoint dans les opérations de partage successoral et de liquidation du régime matrimonial. En vertu de l'article L. 321-21-1 du Code rural, le montant de la créance de « salaire différé » s'impute seulement sur les droits propres du conjoint dans les opérations de partage successoral. La réserve des descendants apparaît comme une limite imposée au montant de la créance de « salaire différé ». Les limitations de montant font partie, entre autres, des critiques que la doctrine formule à l'égard du « salaire différé » du conjoint.

## 2 - Les critiques adressées au « salaire différé »

**453.** Certaines critiques remettent en cause l'existence même du prélèvement minimal accordé au conjoint (i), d'autres portent sur le domaine et le régime de ce prélèvement (ii).

---

<sup>2087</sup> V. en ce sens M. DAGOT, « Le prélèvement minimal du conjoint survivant du commerçant », *JCP N*, n° 37, 1990, 101111, n° 42 ; A. JALLAIS, J.-Cl. Not. Form., V° Exploitation agricole, *Conjoint d'exploitant agricole*, fasc. précit., n° 76. Concernant le décès concomitant des époux, V. M. DAGOT, article précit., n° 43 à 46.

<sup>2088</sup> Sur cette référence au SMIC annuel, V. A. JALLAIS, J.-Cl. Not. Form., V° Exploitation agricole, *Conjoint d'exploitant agricole*, fasc. précit., n° 88.

<sup>2089</sup> Art. 2331 4° C. civ.

## **i - Les critiques relatives à l'existence du « salaire différé »**

**454.** Les droits successoraux légaux qui sont à présent accordés au conjoint rendraient obsolète l'indemnité qui lui est allouée pour avoir participé à l'activité de l'entreprise ou de l'exploitation ( $\alpha$ ). De plus, on peut se demander si le « salaire différé » n'encourage pas l'absence de rémunération du conjoint pendant le mariage ( $\beta$ ).

### ***$\alpha$ - La remise en cause du « salaire différé » par l'instauration de droits successoraux***

**455.** Avant la réforme successorale de 2001, le conjoint survivant héritait seulement à défaut de parents, quel que fût leur degré de parenté. Le conjoint qui avait participé à l'activité de son époux sans percevoir de rémunération, et qui était la femme dans l'écrasante majorité des cas, pouvait se trouver fort démunie au décès de celui-ci. Le « salaire différé » a été créé pour pallier l'absence de vocation successorale du conjoint. La loi du 3 décembre 2001<sup>2090</sup> a changé la donne en lui accordant cette vocation. En présence d'enfants ou de descendants du *de cuius*, le conjoint survivant bénéficie d'une option entre l'usufruit de la totalité des biens existants ou la propriété du quart des biens lorsque tous les enfants sont issus des deux époux et la propriété du quart en présence d'un ou plusieurs enfants qui ne sont pas issus des deux époux<sup>2091</sup>. À défaut d'enfants ou de descendants, en présence des père et mère du défunt, le conjoint survivant recueille la moitié des biens. Quand le père ou la mère est prédécédé, la part qui lui serait revenue accroît celle du conjoint survivant<sup>2092</sup>. En l'absence d'enfants ou de descendants du défunt et de ses père et mère, le conjoint survivant recueille toute la succession, évinçant même les collatéraux<sup>2093</sup>. Par ailleurs, à défaut de descendant, il est réservataire d'un quart des biens<sup>2094</sup>. La loi de 2001 a conféré au conjoint survivant une véritable vocation successorale, améliorant considérablement son sort. Ces nouveaux droits successoraux du conjoint amènent à se demander si le « salaire

---

<sup>2090</sup> Loi n° 2001-1135 du 3 décembre 2001 relative aux droits du conjoint survivant et des enfants adultérins et modernisant diverses dispositions de droit successoral.

<sup>2091</sup> Art. 757 C. civ.

<sup>2092</sup> Art. 757-1 C. civ.

<sup>2093</sup> Art. 757-2 C. civ.

<sup>2094</sup> Art. 914-1 C. civ.

différé » n'a pas perdu son utilité<sup>2095</sup>. À présent que le conjoint reçoit tout ou partie de la succession de son époux, quel est l'intérêt de lui accorder un « salaire différé » ? De surcroît, ce dernier ne peut pas permettre à l'époux de recevoir davantage que ses droits successoraux ordinaires, puisque, comme on l'a vu, le montant de la créance de salaire s'impute sur les droits propres du conjoint. Le « salaire différé » peut néanmoins continuer à jouer un rôle non négligeable lorsque le *de cuius* a des descendants, puisque dans ce cas, le conjoint n'étant pas réservataire, il pourrait être exhéredé. Le « salaire différé » lui assure alors de recevoir un minimum... mais seulement au décès.

### ***β - Un encouragement à l'absence de rémunération pendant le mariage***

**456.** Nous nous étions déjà demandé, concernant le statut de conjoint collaborateur, s'il était bon d'encourager le travail gratuit du conjoint qui est encore très souvent la femme. Les interrogations que nous avons alors formulées peuvent être reprises ici concernant le « salaire différé »<sup>2096</sup>. En outre, le fait de repousser la revendication d'une compensation financière au décès ne risque-t-il pas de créer des désaccords, en particulier avec les descendants ? Il est difficile de contester une juste rémunération attribuée au conjoint pendant qu'il participe à l'exploitation ; cependant la mémoire des héritiers, surtout s'ils ne sont pas communs, risque d'être défaillante plusieurs dizaines d'années après la participation du conjoint. D'autres critiques, sans aller jusqu'à remettre en cause le principe même du « salaire différé », visent son domaine ou son régime.

### **ii - Les critiques relatives au domaine et au régime du « salaire différé »**

**457.** D'une part, la créance de « salaire différé » ne peut bénéficier ni aux concubins ni aux partenaires de PACS. Cela engendre une inégalité entre les couples non mariés et les couples mariés, au détriment de ces derniers (α). D'autre part, le salaire différé qui existe pour les descendants en matière agricole comporte des différences de régime par rapport au

---

<sup>2095</sup> V. A. JALLAIS, J.-Cl. Not. Form., V° Exploitation agricole, *Conjoint d'exploitant agricole*, fasc. précit., n° 92. V. également NOTAIRES DE FRANCE, *Vie professionnelle et famille, place au contrat*, op. cit., n° 1407.

<sup>2096</sup> V. *supra* § n° 442.

« salaire différé » du conjoint, ce qui crée une inégalité entre les descendants ayant participé à l'exploitation agricole et le conjoint qui est dans la même situation. Cette inégalité s'avère une fois encore en défaveur de l'époux ( $\beta$ ).

### ***$\alpha$ - L'inégalité du conjoint et des concubins ou pacsés***

**458.** Les statuts proposés au conjoint participant à l'entreprise commerciale, artisanale ou libérale de son époux sont applicables au partenaire de PACS<sup>2097</sup>. Quant aux statuts dont peut bénéficier le conjoint participant à l'exploitation agricole, ils profitent également au partenaire, mais aussi au concubin<sup>2098</sup>. Or, la loi mentionnant seulement le conjoint, ni l'un ni l'autre ne peuvent être créanciers d'un « salaire différé ». Ils peuvent cependant exercer l'action *de in rem verso* et la somme obtenue peut alors être plus importante que celle qui aurait été obtenue avec la créance de « salaire différé »<sup>2099</sup>. La mise à l'écart des partenaires et des concubins semble finalement tourner à leur avantage, au détriment des conjoints qui ne peuvent pas se tourner vers l'action *de in rem verso* en raison de sa subsidiarité.

### ***$\beta$ - L'inégalité du conjoint et du descendant***

**459.** Le décret-loi du 29 juillet 1939 a accordé une compensation financière dans la succession du *de cuius* au descendant qui a participé à l'exploitation agricole sans percevoir de rémunération, en le réputant bénéficiaire d'un contrat de travail<sup>2100</sup>. Ce salaire différé a ensuite été transposé au conjoint de l'artisan et du commerçant avant d'être étendu au conjoint de l'exploitant agricole et du professionnel libéral. Pour pouvoir prétendre au « salaire différé », nous avons vu que le conjoint doit avoir participé pendant dix ans à l'exploitation agricole de son époux. Or, une telle condition de durée n'existe pas pour le

---

<sup>2097</sup> Art. L. 121-8 C. com.

<sup>2098</sup> Art. L. 321-5 C. rur.

<sup>2099</sup> V. A. JALLAIS, J.-Cl. Not. Form., V° Exploitation agricole, *Conjoint d'exploitant agricole*, fasc. précit., n° 96. V. également NOTAIRES DE FRANCE, *Vie professionnelle et famille, place au contrat*, op. cit., n° 1407. Pour un exemple, V. TGI Poitiers, 24 janv. 2000 : *RD rur.* 2000, p. 369, le conjoint survivant ayant obtenu 576 000 F quand la créance de salaire différé aurait été d'environ 220 000 F. En l'espèce, l'action *de in rem verso* avait été exercée avant l'entrée en vigueur de la loi du 9 juillet 1999 instaurant le « salaire différé ».

<sup>2100</sup> Décret-loi du 29 juill. 1939, art. 63 s.

salaire différé du descendant, dont le montant est déterminé en fonction de la durée effective de participation<sup>2101</sup>. De plus, le montant du droit de créance du conjoint ne peut excéder le quart de l'actif successoral. Il s'agirait de l'actif net, après déduction de toutes les charges de la succession<sup>2102</sup>. Le montant s'impute sur les droits que le conjoint tire des opérations de partage successoral. Cette imputation revient parfois à anéantir la compensation pécuniaire du conjoint<sup>2103</sup>. Quant à la créance du descendant, son montant ne peut pas dépasser la somme représentant le montant de la rémunération due pour une période de dix années<sup>2104</sup> ni donner lieu au paiement d'une soulte à la charge des cohéritiers ; toutefois aucune autre limite n'est posée. Certains sont d'avis que l'équité aurait consisté « à prendre en compte les droits différés du conjoint sans limitation »<sup>2105</sup>. La différence de traitement entre le conjoint et le descendant s'explique certainement par la fonction qu'on a voulu octroyer initialement aux deux créances : véritable salaire différé pour le descendant et succédané de droits successoraux pour le conjoint. Il reste que le descendant apparaît nettement préféré au conjoint par le législateur. L'inégalité est d'autant plus criante que le conjoint du descendant peut bénéficier du salaire différé aux mêmes conditions que le descendant<sup>2106</sup>. Il en résulte que le conjoint du descendant est mieux traité que le conjoint de l'exploitant.

**460. Bilan.** – La faveur faite aux époux n'est pas particulièrement visible dans les statuts de salarié ou d'associé. Néanmoins, elle se retrouve tant dans l'obligation faite au conjoint de choisir l'un des statuts que dans la pluralité de ceux-ci et dans le caractère dérogatoire de certains par rapport au droit commun ; on pense ici en particulier au statut de conjoint collaborateur. Les quelques développements qui lui ont été consacrés nous ont amenée à observer que la faveur n'est parfois pas à l'abri des critiques. Au-delà de la question de l'utilité de certaines mesures de faveur compte tenu des évolutions législatives, on peut se demander si la faveur accordée au conjoint ne se retourne pas parfois contre lui

---

<sup>2101</sup> Art. L. 321-13 C. rur.

<sup>2102</sup> V. en ce sens R. LE GUIDE, « Les apports de la loi n° 99-574 du 9 juillet 1999 d'orientation agricole relatifs au statut du conjoint de l'exploitant », *RD rur.* 1999, p. 350, n° 7.

<sup>2103</sup> A. JALLAIS, J.-Cl. Not. Form., V° Exploitation agricole, *Conjoint d'exploitant agricole*, fasc. précit., n° 90 ; NOTAIRES DE FRANCE, *Vie professionnelle et famille, place au contrat*, op. cit., n° 1407.

<sup>2104</sup> Art. L. 321-17, al. 3, C. rur.

<sup>2105</sup> NOTAIRES DE FRANCE, *Vie professionnelle et famille, place au contrat*, op. cit., n° 1407.

<sup>2106</sup> Art. L. 321-15, al. 1<sup>er</sup>, C. rur.

d'une part, et si elle est suffisante au regard du meilleur sort réservé à d'autres membres de la famille dans des situations proches d'autre part. Il serait certainement utile de réfléchir à ce qu'on attend du salaire différé aujourd'hui afin de mieux redéfinir son rôle et sa place.

## Récapitulatif des statuts du conjoint et du régime qui y est attaché<sup>2107</sup>

Statuts	Matière	Structure	Mandat	Bénéfice aux partenaires et aux concubins	
				statut	« salaire différé »
Salarié	<b>agricole</b>	EI et société	non	partenaires et concubins	
	<b>commerciale</b>				
Associé	agricole	Société	non	partenaires et concubins	
	<b>commerciale</b>				
Coexploitant	<b>Agricole</b>	EI et société	EI : oui	partenaires et concubins	
	Commerciale		société : non		
Collaborateur	<b>agricole</b>	EI et société	EI : oui	partenaires et concubins	non
	<b>commerciale</b>	EI et certaines sociétés	société : non	partenaires	non

En définissant des statuts de référence pour le conjoint qui participe à l'entreprise agricole et à l'entreprise commerciale, le législateur a pu laisser à penser qu'il existe une uniformité dans les statuts applicables au conjoint au sein de l'entreprise. Toutefois, cette uniformité n'apparaît ni dans les statuts de référence proposés au conjoint ni dans les régimes applicables. Certes, le statut de conjoint salarié et celui de conjoint collaborateur sont communs aux statuts proposés par les articles L. 321-5 du Code rural et L. 121-4 du Code de commerce ; pourtant le statut de conjoint associé, qui est un statut de référence dans l'entreprise commerciale et passe donc pour un statut propre à celle-ci, peut également être adopté par le conjoint dans l'entreprise agricole. Cela vaut également pour le statut de conjoint coexploitant, qui semble propre à l'entreprise agricole, mais qui peut être choisi par le conjoint dans l'entreprise commerciale. Suivant les matières, le législateur n'a pas mis en avant les mêmes statuts. Cette différence de choix pourrait être justifiée par la nécessité de tenir compte de certains particularismes au sein de la matière agricole et de la matière

<sup>2107</sup> EI : entreprise individuelle. La matière agricole ou commerciale figure en gras lorsque le statut fait partie des statuts de référence.

commerciale. Cependant, la forme sociale, initialement réservée au secteur commercial, est devenue très répandue dans le secteur agricole. De même, la coexploitation se rencontre souvent en matière commerciale. Ainsi, on peut douter que le choix de statuts de références différents soit réellement justifié.

De plus, la différence de régime entre un même statut, faisant office de statut de référence dans une matière et laissé de côté dans l'autre, ajoute en confusion : le conjoint coexploitant dans l'entreprise agricole bénéficie d'une présomption de mandat, le conjoint coexploitant dans l'entreprise commerciale en est privé. Cette hétérogénéité pourrait s'expliquer par le fait que le statut de conjoint coexploitant dans l'entreprise commerciale n'a pas été envisagé en tant que tel par le législateur : le conjoint, comme n'importe qui, peut être coexploitant. On s'aperçoit néanmoins que cette explication ne permet pas de justifier la différence de traitement, car lorsqu'on examine le statut de conjoint collaborateur, qui est un statut de référence dans l'entreprise commerciale comme dans l'entreprise agricole, les différences de traitement sont encore flagrantes : le statut de collaborateur peut être adopté dans toutes les sociétés agricoles sans restriction, alors que ce statut ne peut être choisi que dans certaines sociétés en matière commerciale, artisanale et libérale. Cela apparaît d'autant plus surprenant que ce statut est le seul réellement spécifique au conjoint. Une unification ne serait-elle pas à propos ?

En outre, on ne retrouve pas non plus d'unité globale entre le traitement de l'entreprise individuelle et le traitement de la société. La différence quant à l'accessibilité au statut de conjoint collaborateur a déjà été soulignée. On peut ajouter que la présomption de mandat n'a pas vocation à s'appliquer dans la société. De plus, le statut de conjoint associé est, comme son nom l'indique, exclu dans l'entreprise individuelle, alors que tous les autres statuts y sont admis, indépendamment du secteur de l'entreprise. Enfin, le traitement des partenaires et des concubins contribue à mettre en évidence l'absence de cohérence d'ensemble : ceux-ci peuvent bénéficier du statut de conjoint collaborateur dans l'entreprise agricole ; mais les concubins sont exclus de ce statut dans l'entreprise commerciale. De surcroît, les partenaires et les concubins se voient refuser le « salaire différé ». Cette différence variable de traitement entre, d'une part, les concubins et les partenaires de PACS et, d'autre part, les époux, montre bien que le législateur ne s'est positionné en faveur d'une spécificité du régime des époux que ponctuellement, sans réflexion d'ampleur sur la

cohérence d'ensemble. On peut tenter de justifier l'absence d'uniformité par les spécificités de telle structure ou de tel secteur. Cette explication s'avère néanmoins peu convaincante.

## Conclusion du chapitre 2

**461.** Le conjoint du commerçant ou de l'agriculteur apparaît comme un associé au sens large du terme : il participe souvent à l'exploitation agricole ou à l'exploitation du fonds de commerce avec des modalités mises en place par le législateur qui lui sont favorables ; il peut représenter l'époux associé au sein des assemblées générales de la société, faire facilement son entrée dans celle-ci ou encore devenir cotitulaire du bail rural avec son époux. Le rôle de continuateur peut également être endossé par le conjoint, puisqu'il fait partie des rares personnes pouvant être cessionnaires du bail rural et subrogées dans l'exercice du droit de préemption du preneur rural. Le conjoint est aussi un contre-pouvoir<sup>2108</sup> : lorsqu'il participe à l'exploitation de l'entreprise, un certain nombre d'actes sont soumis à cogestion. S'agissant de la créance de prestation compensatoire, la faveur accordée au conjoint est davantage liée à la nature pour partie alimentaire de cette créance, plutôt qu'à la qualité d'époux.

Les quelques développements sur les différents statuts nous amènent à une observation concernant le traitement des couples qui ne sont pas liés par le mariage. La loi d'orientation agricole du 5 janvier 2006<sup>2109</sup> a étendu le bénéfice des statuts du conjoint du chef de l'exploitation agricole au partenaire de PACS ainsi qu'au concubin<sup>2110</sup>. Quant à la loi de modernisation de l'économie du 4 août 2008<sup>2111</sup>, elle a seulement fait bénéficier le partenaire des statuts du conjoint du commerçant, de l'artisan ou du professionnel libéral<sup>2112</sup>. On peut s'interroger sur le fondement de cette assimilation des partenaires et des concubins aux

---

<sup>2108</sup> Ces rôles du conjoint d'associé, de continuateur et de contre-pouvoir sont développés par S. CREVEL, « Les couples dans le statut du fermage », *op. cit.*

<sup>2109</sup> Loi n° 2006-11 du 5 janvier 2006 d'orientation agricole.

<sup>2110</sup> Art. L. 321-5, dernier al., C. rur.

<sup>2111</sup> Loi n° 2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie.

<sup>2112</sup> Art. L. 121-8 C. com.

époux. Pour le Professeur Raymond Le Guidec, ce fondement réside en ce qu'ils devraient avoir des droits égaux dès lors que leur situation est égale au titre de l'exploitation<sup>2113</sup>. Par conséquent, on peut penser qu'il faudrait étendre au concubin du commerçant, de l'artisan ou du professionnel libéral les dispositions relatives au conjoint comme cela a été fait en matière agricole<sup>2114</sup>.

Nous avons pu remarquer dans le chapitre précédent que la plupart du temps, la méfiance envers le conjoint s'exprime de la même façon à l'égard de l'entourage familial. Le traitement du conjoint présente peu de spécificités. En revanche, il en va autrement des manifestations de la bienveillance du législateur : on trouve un certain équilibre entre d'une part, les dispositions relatives à l'entourage familial qui s'appliquent au conjoint, mais ne lui sont pas propres, et d'autre part, les dispositions relatives au seul conjoint. Celui-ci apparaît comme un membre de la famille privilégié. Le législateur incite l'époux entrepreneur à former avec son conjoint une équipe telle qu'elle ne peut exister avec un autre membre de son entourage.

---

<sup>2113</sup> R. LE GUIDE, « Couples et exploitation agricole. – Par la loi d'orientation, le droit rural accueille la modernité », *RD rur.*, n° 344, Juin 2006, étude 21, n° 14.

<sup>2114</sup> V. en ce sens R. LE GUIDE, « Couples et exploitation agricole. – Par la loi d'orientation, le droit rural accueille la modernité », *op. cit.*, n° 14. Même en matière agricole, l'assimilation des époux et des partenaires n'est pas parfaite, V. *supra* § n° 193.

## Conclusion de la deuxième partie

---

**462.** Le statut d'époux et le statut d'entrepreneur peuvent tout à fait être conciliés grâce à diverses pratiques et, notamment, celles tirées du droit des régimes matrimoniaux. Les événements de la vie des époux constituent une forme de risque pour l'entreprise. La mésentente, l'incapacité ou le divorce peuvent pousser à la ruine l'entreprise individuelle ou la société, et par ricochet, bien entendu, les époux. Le droit des régimes matrimoniaux offre une grande diversité de mécanismes afin que les époux trouvent des issues aux crises ou qu'ils puissent suffisamment prévoir pour éviter des difficultés à venir. Les époux disposent même d'outils pour organiser au mieux leurs intérêts patrimoniaux dans un contexte international.

La conciliation des statuts d'époux et d'entrepreneur passe également par l'utilisation qui est faite du droit de l'entreprise par les époux. L'entreprise représente un risque pour les biens personnels des époux. Or, de nombreux mécanismes permettent à ceux-ci de se lancer dans l'entrepreneuriat tout en courant peu de risque. Si le droit rural est bienveillant à l'égard du conjoint, ce ne semble pas être le cas, au premier abord, du droit des sociétés et du droit des procédures collectives. En raison de la communauté d'intérêts unissant les époux, le conjoint peut être plus tenté qu'un autre de faire échapper aux créanciers des actifs de l'époux débiteur. De plus, lorsqu'une interdiction ou une procédure particulière s'applique à l'un des époux, il serait aisé pour son conjoint de contourner la règle en accomplissant l'acte lui-même. Conscient des enjeux pour l'entreprise individuelle ou la société et les créanciers, le législateur a mis en place des garde-fous dissuasifs. Cela n'empêche pas le droit des sociétés et le droit des procédures collectives de faire preuve d'une souplesse remarquable à l'égard des époux. Nous avons pu constater que la souplesse qui profite au conjoint se manifeste principalement lorsqu'il participe à l'exploitation agricole ou à l'entreprise.

Un autre constat important concerne la protection des droits des tiers. Là où la première partie de cette étude mettait surtout en évidence les rapports entre les époux, la seconde partie prend en compte les rapports entre les époux et les tiers. Il en est ainsi au travers du choix

du régime matrimonial, avant ou au cours du mariage, et ce aussi bien dans l'ordre interne que dans l'ordre international, au travers, encore, du mandat de protection future et de tous les mécanismes de l'entreprise permettant une protection du patrimoine personnel ou professionnel. Quant aux dispositions instaurant de la méfiance vis-à-vis des époux, leur finalité est la protection des créanciers. Même au sein des dispositions favorables aux époux, le législateur a pris soin de traiter des rapports avec les tiers, notamment en ce qui concerne les différents statuts du conjoint participant à l'exploitation.

Enfin, nous avons pu constater l'importance prise par l'entourage familial, qui est, tout comme le conjoint, à la fois objet de méfiance et de bienveillance de la part du législateur. Le conjoint se retrouve parfois traité comme un « proche » parmi d'autres ; c'est le cas, par exemple, concernant les infractions. De plus, il arrive qu'un dispositif favorable dont le conjoint bénéficie s'applique également à un autre membre de la famille, mais avec des conditions moins contraignantes. On pense ici au « salaire différé », ainsi qu'à la disposition en matière agricole qui prévoit que le preneur peut exercer le droit de préemption pour faire assurer l'exploitation du fonds par son conjoint ou par un descendant ; ce dernier se voit dispensé des années de participation qui sont, en revanche, exigées du conjoint<sup>2115</sup>. Dans ces deux cas, à situation égale, il a été démontré que le conjoint et d'autres membres de la famille ne sont pas traités de façon égalitaire. Cela nous amène à la déduction qu'il conviendrait de repenser la place du conjoint au sein du groupe familial. Cela passerait par une analyse permettant de déterminer si le conjoint mérite véritablement d'être moins bien traité que d'autres membres de la famille ; nous ne le pensons pas pour notre part ; puis il faudrait réfléchir à un régime plus cohérent et plus juste, si nécessaire en tenant compte des spécificités présentées par la qualité de conjoint.

---

<sup>2115</sup> Art. L. 412-5, al. 2, C. rur.

## Conclusion

---

**463. Absence d'incompatibilité entre le mariage et l'entreprise.** – Arrivés au terme de notre étude, nous pouvons nous demander si l'entrepreneur, ou futur entrepreneur, devrait renoncer à se marier. Nous ne pensons pas que cette conclusion profondément pessimiste s'impose. L'incompatibilité entre le mariage et l'entreprise aurait pu être d'ordre normatif ou d'ordre fonctionnel. L'incompatibilité normative résulterait des difficultés trop nombreuses qui ressortent de l'application des règles des régimes matrimoniaux à l'entrepreneur et de l'application des règles de l'entreprise aux époux. Toutefois, nous avons vu que bon nombre de difficultés d'articulation entre le statut d'époux et le statut d'entrepreneur ont été résolues concernant la qualification des biens, leur gestion et le droit de poursuites des créanciers. Par exemple, l'application aux époux de dispositions appartenant au droit des entreprises en difficulté a soulevé de nombreuses interrogations auxquelles la jurisprudence a répondu<sup>2116</sup>.

Quant à l'incompatibilité fonctionnelle, elle résulterait des trop grands risques qui surgissent lorsque l'on cumule la qualité d'époux et la qualité d'entrepreneur. L'immixtion du conjoint dans la gestion de l'entreprise, la mésentente des époux ou leur divorce entravent le bon fonctionnement de l'entreprise ou nuisent aux intérêts de celle-ci. Inversement, les créanciers professionnels de l'époux entrepreneur représentent une menace pour les biens du conjoint. Néanmoins, le droit de l'entreprise et le droit des régimes matrimoniaux établissent certaines règles qui leur permettent d'atténuer ces différents risques<sup>2117</sup> et ils mettent à la disposition des époux des mécanismes autorisant une organisation « sur

---

<sup>2116</sup> V. la question de la gestion des biens communs par le conjoint *in bonis*, n° 206 ; celle du droit de poursuite sur les biens communs du chef du conjoint *in bonis*, n° 128, et sur les salaires de ce conjoint, n° 209. V. également la question du paiement de la prestation compensatoire pendant la procédure collective, n° 429 et s.

<sup>2117</sup> Le maintien judiciaire dans l'indivision et l'attribution préférentielle peuvent faciliter la reprise de l'entreprise par l'époux entrepreneur en cas de divorce, v. n° 214 et s. et n° 217 et s. Le juge peut faire supporter la charge exclusive des dettes nées de la gestion d'une entreprise à l'époux qui conserve cette dernière, v. n° 218 et s.

mesure » portant sur l'entreprise et sur leurs biens non professionnels<sup>2118</sup>. Le droit des régimes matrimoniaux s'adapte donc à l'entreprise et le droit de l'entreprise s'adapte aux époux. Cependant, quelques zones d'ombres subsistent : l'application de certaines règles soulève encore des questions<sup>2119</sup> ; la liberté d'organisation n'est pas totale<sup>2120</sup> et les risques ne disparaissent pas totalement<sup>2121</sup>. Ces zones d'ombre ne justifient pas, à notre sens, de conclure que l'entrepreneur devrait renoncer au mariage. En outre, le législateur lui-même encourage la collaboration des époux au sein de l'entreprise par de nombreuses dispositions<sup>2122</sup>. Le mariage et l'entreprise ne peuvent pas être considérés comme incompatibles. Pourtant, force est de constater que les dispositions qui traitent des deux en même temps ne sont pas toujours pleinement satisfaisantes.

**464. Faiblesses de certaines dispositions articulant le statut d'époux et le statut d'entrepreneur.** – Les difficultés apparues à la suite de la création de dispositions articulant les deux statuts font prendre conscience de la gageure que constitue la rédaction de dispositions claires et complètes. L'article 1832-2, alinéa trois, du Code civil en offre une bonne illustration : il permet au conjoint de demander à être associé lorsque des biens communs ont été employés pour l'acquisition des parts sociales. La finalité première de cet article est d'offrir au conjoint la possibilité de devenir associé lorsque son époux est entré dans la société grâce à un apport de biens communs. Or, souvent, le conjoint a invoqué cette disposition pendant le divorce afin d'importuner son époux associé. On s'est ainsi demandé jusqu'à quel moment il pouvait revendiquer la qualité d'associé et quels moyens étaient de nature à l'empêcher de le faire tardivement pour de mauvaises raisons<sup>2123</sup>. Un autre exemple porte sur l'article 1387-1 du Code civil, dont la rédaction obscure peut donner lieu à deux

---

<sup>2118</sup> V. les mécanismes du droit des régimes matrimoniaux, § n° 253 et s. et les mécanismes du droit de l'entreprise, n° 327 et s.

<sup>2119</sup> V. par ex. l'application de l'art. 1424 du Code civil dans le cadre des procédures collectives, n° 171.

<sup>2120</sup> V. l'impossibilité pour les époux de maintenir dans le contrat de mariage les avantages matrimoniaux révocables en cas de divorce, § n° 272 ; v. la limitation des choix possibles quant à la loi applicable au régime matrimonial dans l'ordre international § n° 293 et s. et § n° 300.

<sup>2121</sup> V. l'efficacité des mécanismes de protection du droit des affaires, § n° 332 (fiducie), § n° 339 (SCI), § n° 352 (EIRL) et § n° 362 (insaisissabilité).

<sup>2122</sup> V. les statuts du conjoint qui participe à l'entreprise, § n° 432 ; v. dans le droit rural la facilité d'installation, § n° 397 ; dans le droit des sociétés, la facilité de la représentation, § n° 428 et la simplicité de cession des droits sociaux, § n° 416.

<sup>2123</sup> V. § n° 166 et s.

interprétations très différentes, dans le sens de la modification de la contribution à la dette ou de l'obligation à celle-ci. Les conséquences pour les tiers sont radicalement différentes<sup>2124</sup>.

De plus, l'article L. 624-6 du Code civil permettait, dans le cadre d'une procédure collective, au mandataire judiciaire ou à l'administrateur de prouver que les biens acquis par le conjoint du débiteur l'avaient été par des valeurs fournies par celui-ci. Il pouvait alors obtenir que les acquisitions faites soient réunies à l'actif. Le Conseil constitutionnel a considéré que le législateur n'avait pas encadré les conditions dans lesquelles la réunion à l'actif est possible. Il pouvait résulter de ces dispositions une atteinte au droit de propriété du conjoint du débiteur, atteinte disproportionnée au regard du but poursuivi. Ici, c'est le manque de précision des dispositions qui ont conduit à leur abrogation pour inconstitutionnalité<sup>2125</sup>. Dans une moindre mesure, on peut également évoquer les statuts du conjoint participant à l'entreprise. L'ouverture des statuts au conjoint de l'associé n'a pas été suivie de toutes les précisions nécessaires et des questions se posent par rapport à l'articulation du mandat du conjoint collaborateur avec le fonctionnement social<sup>2126</sup>. Dans tous les cas, la volonté d'articulation du législateur s'avère louable ; mais il ne semble pas pleinement conscient de la complexité qui réside en la création de dispositions liant de façon appropriée le statut d'époux et le statut d'entrepreneur. L'entreprise étant exploitée sous différentes structures et officiant dans divers secteurs, l'articulation n'est pas aisée.

**465. Le traitement des entrepreneurs, entre différences irréductibles et uniformité.** – Deux distinctions peuvent être faites : l'entreprise exploitée sous la forme individuelle doit être opposée à l'entreprise exploitée sous la forme sociale ; l'entreprise agricole doit être comparée à l'entreprise commerciale, artisanale ou libérale. Tout d'abord, l'entreprise individuelle et la société obéissent à des logiques fondamentalement différentes qui ne permettent pas d'appliquer aux époux les mêmes règles. Les époux dont l'un est associé ne peuvent se voir appliquer des règles identiques à celles qui sont applicables aux époux dont l'un est entrepreneur individuel. Le droit des entreprises en difficultés comprend

---

<sup>2124</sup> V. § n° 218 et s.

<sup>2125</sup> V. § n° 211.

<sup>2126</sup> V. § n° 445.

dans son domaine *rationae personae* les personnes physiques exerçant une activité professionnelle indépendante et les personnes morales de droit privé. Il semble donc se positionner en faveur d'un traitement identique de ces personnes. Pourtant, la propriété directe dont les biens professionnels et personnels font l'objet dans l'entreprise individuelle amène inmanquablement le législateur à prendre des dispositions spécifiques applicables seulement à cette forme d'entreprise. Une certaine uniformité peut également être relevée : de nombreuses règles s'appliquent à l'entreprise exploitée sous la forme individuelle et à l'entreprise exploitée sous la forme sociale. On peut citer les règles de qualification et de gestion des biens, applicables aux biens de l'entreprise individuelle comme aux parts sociales, les règles du droit pénal et celles relatives aux statuts du conjoint. Le législateur a parfois fait très nettement la démarche d'étendre à la forme sociale les règles applicables à l'entreprise individuelle<sup>2127</sup>.

Quant au traitement de l'entrepreneur et de son conjoint dans l'entreprise agricole et dans l'entreprise commerciale, artisanale ou libérale, on peut encore remarquer une certaine diversité dans les règles applicables. Celle-ci se justifie par les spécificités agricoles. Par exemple, en raison du caractère souvent familial de l'exploitation agricole, le bail rural est cessible à l'intérieur du cadre familial<sup>2128</sup>, tandis que le bail commercial se distingue par sa libre cessibilité aux tiers. Une certaine uniformité se dessine pourtant : elle est due notamment à l'application à l'entreprise agricole du droit des régimes matrimoniaux, du droit des sociétés éventuellement et du droit des entreprises en difficulté. Mais cette uniformité résulte également du choix du législateur ou du juge de rapprocher les statuts des époux, qu'on soit en présence d'une exploitation agricole ou d'une exploitation commerciale, artisanale ou libérale. On peut citer les règles relatives aux statuts du conjoint participant à l'entreprise<sup>2129</sup>. Une même logique dans l'articulation du statut d'entrepreneur et du statut d'époux peut être observée dans les entreprises des deux secteurs. Cependant, la complexité à articuler ces deux statuts est accrue dès lors que l'entreprise peut être exploitée au travers de structures toujours plus nombreuses et variées.

---

<sup>2127</sup> V. l'ouverture du statut de conjoint collaborateur au conjoint participant à l'activité de l'entreprise exploitée sous la forme sociale, § n° 443 (exploitation agricole) et § n° 444 (entreprise commerciale).

<sup>2128</sup> V. § n° 405.

<sup>2129</sup> V. § n° 432 et s.

**466. Multiplication des structures de l'entreprise et régimes matrimoniaux.** – Il fut un temps où le seul choix qui s'offrait à l'entrepreneur était d'entreprendre seul et donc sous la forme individuelle ou d'entreprendre avec d'autres personnes et, par conséquent, sous la forme sociale. Afin que l'entrepreneur puisse protéger son patrimoine personnel tout en restant seul à la tête de l'entreprise, de nouvelles structures ont été créées : les sociétés unipersonnelles et le régime de l'EIRL<sup>2130</sup>. On peut ajouter l'insaisissabilité<sup>2131</sup>, même si ce n'est pas une structure à proprement parler, mais plutôt un mécanisme. Le droit des affaires essaie de répondre toujours mieux à la fois aux aspirations entrepreneuriales et aux aspirations de protection du patrimoine personnel. Les considérations économiques mènent à des fantaisies juridiques, qui donnent finalement lieu économiquement à un même résultat : l'entrepreneur individuel qui possède des biens professionnels et personnels de faible valeur ou la société à capital social d'un euro n'ont pas de crédibilité auprès de leurs cocontractants. Il en est de même pour l'EIRL qui n'a pas de biens professionnels affectés et pour l'entrepreneur individuel dont tous les biens immobiliers sont insaisissables<sup>2132</sup>.

Le droit des affaires se complexifie et il en va de même de la situation des époux. Les règles établies étaient initialement relatives à l'entreprise individuelle ou à l'entreprise exploitée sous la forme sociale. Ainsi, les règles relatives aux époux dans l'entreprise individuelle et dans la société ont dû être adaptées à l'EIRL<sup>2133</sup>, car celle-ci a un fonctionnement hybride. L'ajout de nouvelles structures et de nouveaux mécanismes risque d'aboutir à des incohérences dans les règles applicables aux époux, alors que la plus-value économique de ces nouveautés s'avère moindre. Quant aux régimes matrimoniaux, ils offrent beaucoup plus de stabilité et sont épargnés par la frénésie législative. Ils déchaînent moins les passions que l'entreprise. Le divorce, en revanche, a subi maintes réformes. Les dispositions nouvelles concernent bien entendu l'époux entrepreneur qui divorce. Elles n'ont pourtant pas d'impact sur l'entreprise spécifiquement. L'étude des époux et de l'entreprise nous a également amené à des réflexions d'ordre plus général concernant le mariage et sa spécificité par rapport au PACS.

---

<sup>2130</sup> V. § n° 350.

<sup>2131</sup> V. § n° 360.

<sup>2132</sup> Par l'effet de l'insaisissabilité de plein droit s'agissant de la résidence principale et par l'effet de la déclaration d'insaisissabilité s'agissant des autres biens.

<sup>2133</sup> V. par ex. l'application de l'art. 1424 dans le cadre de l'EIRL, § n° 180.

**467. La place du mariage à côté du PACS.** – En 1999, alors que le mariage n'était pas accessible aux couples de personnes de même sexe, le législateur a souhaité mettre à la disposition de ceux-ci une autre union : le PACS. Jusqu'en 2013, le régime de ce dernier s'est beaucoup rapproché de celui du mariage, si bien que des auteurs l'ont qualifié de « mariage bis »<sup>2134</sup> ou encore de « quasi-mariage »<sup>2135</sup>. Ce rapprochement tendait à réduire les inégalités entre les époux hétérosexuels et les couples homosexuels pacsés et il a été observé dans l'entreprise à plusieurs reprises<sup>2136</sup>. Toutefois, le « mariage pour tous », introduit par la loi du 17 mai 2013, devrait changer la donne en ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe. Les couples hétérosexuels comme les couples homosexuels peuvent s'unir par le mariage. Le PACS a perdu son monopole sur les couples homosexuels ainsi que sa fonction de succédané du mariage. Ces couples étant désormais en mesure de se marier, il n'y a plus de raison d'aligner son régime sur celui du mariage. L'uniformisation des personnes pouvant recourir au mariage et au PACS devrait logiquement amener à une différenciation des régimes de ces deux unions. La coexistence de celles-ci s'avèrerait inutile en cas d'alignement des régimes. Il apparaît que le PACS doit à présent trouver sa voie à côté du mariage, afin que ce dernier conserve sa spécificité. Si nous avons pu plaider pour un alignement ponctuel du PACS sur le mariage lorsque la cohérence le justifie<sup>2137</sup> ou que le traitement par rapport à l'entourage familial est inéquitable<sup>2138</sup>, nous pensons toutefois qu'il serait utile de mener une réflexion plus globale sur leurs rôles respectifs. À notre sens, il faudrait conserver une gradation dans l'engagement et l'entreprise, par la multitude de situations qu'elle génère, semble un très bon cadre pour la mettre en place. Comme l'écrit Madame Laurence Francoz Terminal : « il y a suffisamment de place dans le droit matrimonial français pour trois niveaux d'engagement,

---

<sup>2134</sup> J. CARBONNIER, *Droit civil*, vol. 1, Introduction, *Les personnes, La famille, l'enfant, le couple*, PUF coll. Quadrige, 2004, n° 658 et 662 vérif.

<sup>2135</sup> Ph. SIMLER et P. HILT, « Le nouveau visage du Pacs : un quasi-mariage », *JCP N* 2006, I, 161, n° 32.

<sup>2136</sup> V. dans la facilité d'installation, la dispense d'autorisation préalable par le contrôle des structures, § n° 398 ; les exceptions au droit de préemption de la SAFER, § n° 400 ; la possibilité de céder le bail rural, § n° 405 ; la possibilité de refuser le renouvellement du bail, § n° 406 ; le droit de préemption du preneur, § n° 413 et § n° 414 ; les statuts du conjoint, § n° 432 et s. ; la constitution des GAEC, § n° 435.

<sup>2137</sup> V. l'accord pour la cession du bail en cas de participation à l'exploitation, § n° 193 ; les exceptions au sein du GFA et GFR, § n° 402 ; la représentation aux assemblées, § n° 428.

<sup>2138</sup> Les partenaires sont parfois mieux traités que l'entourage familial sans que ce soit justifié, V. le détournement d'actifs du débiteur, § n° 373 et les conventions interdites, § n° 387.

trois voies, trois statuts juridiques »<sup>2139</sup>, en comptant le concubinage. Pour autant, l'époux entrepreneur doit garder à l'esprit que l'engagement est toujours synonyme de risque.

**468. Le risque, rançon du succès.** – La réflexion que nous avons conduite invite à revoir le rapport qu'entretient l'entrepreneuriat avec le risque. La protection de l'entrepreneur individuel semble découler de la volonté du législateur de protéger la famille. Or, à croire qu'on peut *tout* gagner sans *rien* risquer, on se berce d'illusions. Il faut bien que le risque de l'entreprise soit supporté par quelqu'un. Si l'entrepreneur ne le supporte pas, il en transfère la charge aux créanciers. Cependant il est peu probable qu'ils l'acceptent. En pratique, les régimes matrimoniaux et les techniques du droit des affaires peuvent permettre de risquer peu, mais pas de ne courir aucun risque. On peut également s'interroger sur les rapports entretenus par le mariage et le risque. Le mariage peut être synonyme d'intense bonheur et de prospérité ; toutefois il risque aussi d'être obscurci par la mésentente ou la perspective d'un divorce. Notre société voudrait tout à la fois que l'entrepreneur soit indépendant de son conjoint, qu'il partage avec lui les richesses de l'entreprise, qu'il le protège des créanciers, que son entreprise lui revienne sans difficulté en cas de divorce et que ce dernier ne lui cause pas de perte financière importante. En essayant à tout prix de gommer les conséquences néfastes d'un divorce pour l'entrepreneur et l'entreprise, ne cherche-t-on pas à effacer un risque consubstantiel au mariage ? Oscar Wilde écrivait bien que « Le mariage est la principale cause de divorce ».

Finalement, il faudrait entreprendre et se marier en étant certain de ne risquer aucun déboire pécuniaire ni aucune contrariété d'aucun ordre. On a parfois le sentiment qu'on voudrait tout essayer, tout vivre et en même temps pouvoir balayer d'un revers de la main toutes les conséquences fâcheuses. C'est peut-être plus largement le rapport de notre société au risque qui devrait faire l'objet d'une réflexion.

---

<sup>2139</sup> L. FRANCOZ TERMINAL, « L'avenir du pacs après la légalisation du mariage des couples de personnes de même sexe », *Gaz. Pal.*, 2016, n° 15, p. 48.

La formule du Professeur Didier Guével<sup>2140</sup> relative à l'entreprise et au risque nous semble pleine de justesse et nous proposons un ajout relatif au mariage :

« S'il n'y a pas de risque,  
Il n'y a pas d'aventure,  
Il n'y a pas de courage,  
Il n'y a pas d'entreprise »  
... Il n'y a pas de mariage !

---

<sup>2140</sup> D. GUEVEL, « L'encouragement légal de l'irresponsabilité entrepreneuriale », *D.*, 2019, n° 43, p. 2345.





## Bibliographie

---

### 1 - Manuels et ouvrages

- AUBRY (Ch.) et RAU (Ch.)**, *Droit civil français*, t. VIII, *Régimes matrimoniaux*, par A. PONSARD, Librairie techniques, 7<sup>e</sup> éd., 1973.
- BARABE-BOUCHARD (V.) et HERAIL (M.)**, *Droit rural*, 2<sup>e</sup> éd., Ellipses, 2011.
- BATIFFOL (H.) et LAGARDE (P.)**, *Traité de droit international privé*, t. II, 7<sup>e</sup> éd., LGDJ, 1983.
- BENABENT (A.)**, *Droit de la famille*, 5<sup>e</sup> éd., LGDJ, coll. Précis Domat Droit privé, 2020.
- BLAISE (J.-B.) et DESGORCES (R.)**, *Droit des affaires : commerçants, concurrence, distribution*, 10<sup>e</sup> éd., LGDJ, 2019.
- BRENNER (Cl.) et MALAURIE (Ph.)**, *Droit des successions et des libéralités*, 9<sup>e</sup> éd., LGDJ, 2020.
- CABRILLAC (R.)**, *Droit des régimes matrimoniaux*, 10<sup>e</sup> éd., LGDJ, coll. Précis Domat Droit privé, 2019.
- CARBONNIER (J.)**,
- *Droit civil*, vol. 1, Introduction, *Les personnes, La famille, l'enfant, le couple*, PUF, coll. Quadrige, 2004,
  - *Essais sur les lois*, Defrénois, 1979.
- COLOMER (A.)**,
- *Droit civil : régimes matrimoniaux*, 12<sup>e</sup> éd, Litec, 2004.
  - *Les régimes matrimoniaux et le droit commercial*, t. I, *Le fonds de commerce et les régimes matrimoniaux*, Defrénois, 1977.
  - *Les régimes matrimoniaux et le droit commercial*, t. II, *Les sociétés commerciales et les régimes matrimoniaux*, Defrénois, 1984.
- CORNU (G.)**, *Les régimes matrimoniaux*, 9<sup>ème</sup> éd., PUF, 1997.
- COZIAN (M.), VIANDIER (A.) et DEBOISSY (F.)**, *Droit des sociétés*, 33<sup>e</sup> éd., Lexisnexis, 2020.
- DAURIAC (I.)**, *Droit des régimes matrimoniaux et du PACS*, 5<sup>e</sup> éd., LGDJ, 2017.

- DELEBECQUE (Ph.), BINCTIN (N.) et ANDREU (L.),** *Traité de droit commercial*, t. 4, *Les sociétés commerciales*, G. RIPERT ET R. ROBLOT (dir.), 18<sup>e</sup> éd., LGDJ lextenso, coll. Traité, 2018.
- DERRUPE (J.),** *Le fonds de commerce*, Dalloz, 1994.
- DESGORCES (R.) et BLAISE (J.-B.),** *Droit des affaires*, LGDJ, 10<sup>e</sup> éd., 2019.
- DIDIER (P.) et DIDIER (Ph.),** *Droit commercial*, t. 1 : *Introduction générale, l'entreprise commerciale*, Economica, 2004.
- DONDERO (B.),** *Les groupements dépourvus de personnalité juridique en droit privé : Contribution à la théorie de la personnalité morale*, PUAM, 2006.
- FLOUR (J.) et CHAMPENOIS (G.),** *Les régimes matrimoniaux*, 2<sup>e</sup> éd., A. Colin, 2001.
- GAUDEMET (S.), LEQUETTE (Y.) et TERRE (Fr.),** *Les successions, les libéralités*, Précis Dalloz, 4<sup>e</sup> éd., 2013.
- GRIMALDI (M.),** *Droit des successions*, 7<sup>e</sup> éd., Lexisnexis, 2017.
- HAFTEL (B.),** *Droit international privé*, Dalloz, 7<sup>e</sup> éd., 2018.
- HEMARD (J.), TERRE (F.) et MABILAT (P.),** *Sociétés commerciales*, 1974, Dalloz, t. 2.
- JACQUEMONT (A.), BORGA (N.) et MASTRULLO (T.),** *Droit des entreprises en difficulté*, 11<sup>e</sup> éd., LexisNexis, 2019.
- LE CORRE (P.-M.),** *Droit et pratique des procédures collectives 2019-2020*, 10<sup>e</sup> éd., Dalloz, coll. Dalloz Action, 2018.
- LEQUETTE (Y.),** *Le droit international privé de la famille à l'épreuve des conventions internationales*, Recueil des cours, Collected courses of the Hague Academy of International Law, II, 1994, t. 146, Martinus Nijhoff Publishers.
- MALAUURIE (Ph.), AYNES (L.) et JULIENNE (M.),** *Les biens*, 8<sup>e</sup> éd., LGDJ lextenso, coll. Droit civil, 2019.
- MALAUURIE (Ph.), AYNES (L.) et PETERKA (N.),** *Droit des régimes matrimoniaux*, 7<sup>e</sup> éd., LGDJ, coll. Droit civil, 2019.
- MARTY (G.) et RAYNAUD (P.),** *Droit civil, Les régimes matrimoniaux*, 2<sup>e</sup> éd., Sirey, 1985.
- MAZEAUD (H.), (L.) et (J.) et JUGLART (M.),** *Leçons de droit civil*, t. 4, *Régimes matrimoniaux*, 5<sup>e</sup> éd., Montchrestien, 1982.
- MERLE (Ph.) et FAUCHON (A.),** *Droit commercial : sociétés commerciales*, 24<sup>e</sup> éd., Dalloz, coll. Précis Dalloz, 2020.

- MENJUCQ (M.)**, *Droit commercial et des affaires*, 13<sup>e</sup> éd., Gualino, coll. Mémentos, 2020.
- LE CANNU (P.) et DONDERO (B.)**, *Droit des sociétés*, 8<sup>e</sup> éd., LGDJ, coll. Précis Domat droit civil, 2019.
- LE CANNU (P.) et ROBINE (D.)**, *Droit des entreprises en difficulté*, 8<sup>e</sup> éd., Dalloz, coll. Précis, 2020.
- PATARIN (J.) et MORIN (G.)**, *La réforme des régimes matrimoniaux : étude de la loi n° 65-570 du 13 juillet 1965*, t. I, 4<sup>e</sup> éd., Defrénois, 1977.
- PEROCHON (F.)**, *Entreprises en difficulté*, 10<sup>e</sup> éd., LGDJ, 2014.
- PETERKA (N.) et GUIGUET-SCHIELE (Q.)**, *Régimes matrimoniaux*, 6<sup>e</sup> éd., Dalloz, coll. Hypercours, 2020.
- PIEDELIEVRE (S.)**, *Instruments de paiement et de crédits*, 11<sup>e</sup> éd., Dalloz, coll. Cours Dalloz, 2020
- PLANCKEEL (F.) et BERT (D.)**, *Cours de Droit commercial et des affaires*, 4<sup>e</sup> éd., Gualino, coll. Amphi LMD, 2018.
- REVEL (J.)**, *Les régimes matrimoniaux*, 10<sup>e</sup> éd., Dalloz, coll. Cours Dalloz, 2020.
- REVILLARD (M.)**, *Droit international privé et européen : pratique notariale*, Defrénois, 9<sup>e</sup> éd., 2018.
- SAINT-ALARY-HOUIN (C.)**, *Droit des entreprises en difficulté*, 12<sup>e</sup> éd., LGDJ, coll. Précis Domat Droit privé, 2020.
- TERRE (Fr.), GOLDIE-GENICON (Ch.) et FENOUILLET (D.)**, *Droit civil, la famille*, 9<sup>e</sup> éd., Dalloz, coll. Précis Dalloz, 2018.
- TERRE (Fr.) et SIMLER (Ph.)**, *Régimes matrimoniaux et statut des couples non mariés*, 8<sup>e</sup> éd., Dalloz, coll. Précis, 2019.
- VOIRIN (P.) et GOUBEAUX (G.)**, *Droit civil, t. 2, régimes matrimoniaux, successions-libéralités*, 31<sup>e</sup> éd., LGDJ, 2020.

## 2 - Thèses

- ANTONINI-COCHIN (L.)**, *La situation du conjoint d'un débiteur soumis à une procédure collective*, thèse Nice, 1999.

- BUCHBERGER (M.)**, *Le contrat d'apport : essai sur la relation entre la société et son associé*, thèse Paris II, préface M. GERMAIN, Éd. Panthéon Assas, 2011.
- CARBONNIER (J.)**, *Le régime matrimonial ; sa nature juridique sous le rapport des notions de société et d'association*, thèse Bordeaux, Impr. de l'Univ. Y. Cadoret, 1932.
- CHAMOULAUD-TRAPIERS (A.)**, *Les fruits et revenus en droit patrimonial de la famille*, thèse Limoges, PULIM, 1999.
- COLL DE CARRERA (S.)**, *Le mandat de protection future*, thèse Montpellier, 2016.
- KARM (A.)**, *L'entreprise conjugale*, thèse Paris II, Doctorat & Notariat, préface P. CATALA, Defrénois 2004.
- L'HOTE (D.)**, *Essai d'une théorie générale de l'interposition de personne, de l'action en nom propre pour le compte d'autrui*, thèse Nancy, 2002.
- Le RUYET (A.)**, *L'agrément en droit des sociétés, contribution à une simplification du Droit*, thèse Rennes, 2017.
- ROBINNE (S.)**, *Contribution à l'étude de la notion de revenus*, thèse Montpellier, Presses universitaires de Perpignan, 2003.
- RUBELLIN (P.)**, *Régimes matrimoniaux et procédures collectives*, thèse Strasbourg, 1999.
- VIAL-PEDROLETTI (B.)**, *L'interposition dans les sociétés commerciales*, thèse Aix-en-Provence, 1986.

### **3 - Ouvrages collectifs, actes de colloques et contributions dans des mélanges**

- AGRESTI (J.-P.)**, « Jalons pour une histoire de la liberté du mariage », in *La liberté fondamentale du mariage*, dir. O. LELUCQ et J.-LEMOULAND, PUAM, 2009.
- ASSOCIATION HENRI CAPITANT, CORNU (G.) (dir.)**, *Vocabulaire juridique*, 13<sup>e</sup> éd., PUF, coll. Quadrige, 2020.
- BEIGNIER (B.)**, **CABRILLAC (R.)**, **LECUYER (H.)** et **DUBOST (S.) (dir.)**, *Lamy Droit des régimes matrimoniaux, successions et libéralités*, Wolters Kluwer, coll. Lamy Droit civil, 2017.
- CABRILLAC (M.)**, « Vers la disparition du droit commercial ? », in *Mélanges Jacques Foyer*, PUF, 1997.

- CHARVERIAT (A.)**, *Mémento cessions de parts et actions 2019-2020*, Francis Lefebvre, 2018.
- CHARVERIAT (A.), SEBIRE (M.-E.), DONDERO (B.) et GILBERT (Fr.)**, *Mémento Sociétés commerciales 2020*, Francis Lefebvre, 2019.
- DAURIAC (L.)**, « Les avantages matrimoniaux, Pertinence d'une technique ? » in *Quelle association patrimoniale pour le couple ?*, dir. I. DAURIAC, S. GAUDEMET et C. GRARE-DIDIER, Dalloz, coll. Thèmes & commentaires, 2010, p. 25.
- DEKEUWER-DEFOSSEZ (Fr.)**, « Mariage, divorce, incapacité... du chef d'entreprise », in *L'entreprise et le droit civil*, actes du colloque de Toulouse du 28 avril 2017, *RLDC*, 2017, n° 152.
- FASQUELLE (D.), FASQUELLE-LEONETTI (M.-A.), BERTREL (J.-P.)**, *Droit de l'entreprise 2014-2015*, Wolters Kluwer, 19<sup>e</sup> éd., 2014.
- GRIMALDI (M.) (dir.)**, *Droit patrimonial de la famille 2018-2019*, 6<sup>e</sup> éd., Dalloz, coll. Dalloz Action, 2017.
- GRIMALDI (M.)**, « Les limites de la protection du logement familial », in *Indépendance financière et communauté de vie*, Colloque LERADP, Univ. Lille II, 1989, LGDJ.
- HAUSER (J.)**, « L'enfance du mandat de protection future », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Raymond Le Guidec*, LexisNexis, 2014, p. 709.
- KARM (A.)**, « Les mutations des créances entre époux », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Gérard Champenois*, Defrénois, 2012, p. 453.
- LAMBOLEY (A.)**, « Entreprise libérale et régimes matrimoniaux, un droit encore incertain », in *Mélanges offerts à André Colomer*, Litec, 1993.
- LECUYER (H.)**, « Le Conseil constitutionnel, protecteur des époux ou fossoyeur des procédures collectives ? L'introuvable équilibre », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Gérard Champenois*, Defrénois 2012, p. 499.
- LEVENEUR (L.)**, « Intérêts et limites du mandat de protection future », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Gérard Champenois*, Defrénois 2012, p. 571.
- Mémento Concurrence, consommation 2020*, Francis Lefebvre, 2019.
- MURAT (P.) (dir.)**, *Droit de la famille 2020/2021*, 8<sup>e</sup> éd., Dalloz action, coll. Dalloz Action, 2019.

**NOTAIRES DE FRANCE,**

- *Couple, patrimoine : les défis de la vie à deux*, 106<sup>e</sup> Congrès des notaires de France, Bordeaux, 30 mai - 2 juin 2010, LexisNexis 2010.
- *Le statut matrimonial du Français*, 75<sup>e</sup> Congrès des notaires de France, t. 1, Paris, Librairies techniques, 1978.
- *Propriétés incorporelles de l'entreprise*, 105<sup>e</sup> Congrès des notaires de France, Lille, 17-20 mai 2009.
- *Vie professionnelle et famille, place au contrat*, 110<sup>e</sup> Congrès des notaires de France, Marseille, 15-18 juin 2014, LexisNexis 2014.

**PETERKA (N.)**, « Le logement du majeur protégé. Brèves réflexions autour de l'articulation de l'autonomie et de la protection », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Raymond Le Guidec*, LexisNexis, 2014, p. 805.

**PILLEBOUT (J.-F.)**, « Les biens professionnels sous le régime de la participation aux acquêts », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Gérard Champenois*, Defrénois, 2012, p. 655.

**REVILLARD (M.)**, « Premier bilan d'application de la convention de La Haye du 14 mars 1978 sur la loi applicable aux régimes matrimoniaux », in *E Pluribus unum, Liber amicorum G. Droz*, Martinus Nijhoff Publishers, 1996, p. 385.

**SIMLER (Ph.)**, « L'industrie personnelle des époux déployée au bénéfice d'un patrimoine propre, une "valeur empruntée" à la communauté ? », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Gérard Champenois*, Defrénois, 2012, p. 790.

#### 4 - Articles, notes et observations sous arrêt

**ANTONINI-COCHIN (L.)**, « "Pour le meilleur et pour le pire..." ou les droits du conjoint du débiteur soumis à une procédure collective », *JCP G* 2010, n° 21, doct. 584.

**BARRIERE (Fr.)**, « La fiducie : brèves observations sur sa refonte et sa retouche par la loi de modernisation de l'économie », *JCP E* 2008, n° 35, act. 385.

**BAZAILLE (J.)**, « La protection du logement familial face à une procédure de vente forcée », note ss Cass. 1<sup>re</sup> civ., 3 avr. 2019, *LEDIU* 2019, n° 6, p. 5.

**BECQUE-ICKOWICZ (S.)**, « Le créancier alimentaire hors procédure », *JCP E* 2004. II. 10012.

**BEIGNIER (B.)**,

- « Administration des biens communs dans une liquidation judiciaire prononcée à l'encontre d'un des époux », *Dr. famille* 2005, n° 11, comm. 250, note ss Cass. com., 4 oct. 2005,
- « Application de l'article 1415 du Code civil à l'aval d'un billet à ordre donné par un époux », *JCP G* 1997, n° 41, II, 22922, note ss Cass. com., 4 févr. 1997,
- « Notion de gestion concurrente et mise en location-gérance d'un fonds commun », *Dr. famille* 2000, comm. 114, note ss Cass. 1<sup>re</sup> civ., 16 mai 2000.

**BENILSI (S.)**, « Constitutionnalité des interdictions d'offres d'acquisition : *Homo juridicus* vs. *Homo economicus* », *BJE* juill. 2014, n° 111f0, p. 237, obs. ss arrêt Cass. com., 18 févr. 2014.

**BERTREL (J.-P.)**, « Intérêts de la société en commandite par actions », *BRDA* 30 nov. 1990, p. 4.

**BESNARD GOUDET (R.)**,

- « Le cédant de parts de société civile est irrecevable à invoquer la nullité pour défaut d'agrément », *JCP E* 2001, n° 24, p. 1001,
- « Les dividendes constituent des fruits civils », *JCP E* 2000, n° 14, p. 612.

**BONNAUD (M.)**, « La femme à la fin du Moyen Âge au croisement des sources juridiques (registres d'audience) et narratives (farces) », *Miscellanea Juslittera*, n° 2, 2017.

**BONNEAU (Th.)**, « Cession de parts sociales », *Dr. sociétés* 2000, comm. 168.

**BORGA (N.)**, « L'EIRL et la constitution de sûretés personnelles », *BJE* mars-avr. 2011, p. 76.

**BOULARAN (M.)**, « La représentation de l'actionnaire », *JCP* 1981. I. 3037 et *JCP E*, 1984. II. 14189.

**BOURASSIN (M.)**, « Les sûretés sur le logement du majeur protégé », *RTD civ.* 2011, p. 433.

**BOUVIER (D.)**, « De l'exploitation agricole à l'entreprise agricole », *RD rur.* 1997, p. 108.

**BREMOND (V.)**, « Chaud et froid sur l'article 1415 du Code civil », *JCP N* 2006, n° 39, p. 1310.

**CABRILLAC (M.) et PETEL (Ph.)**, « Redressement et liquidation judiciaires des entreprises », *JCP* 2004, I, 115.

**CAGNOLI (P.)**, « L'obligation alimentaire est-elle une dette spécifique au regard du droit des procédures collectives d'entreprise ? », *LPA* 2010, n° 125, p. 37.

**CASEY (J.) et COMBRET (J.)**, « Le mandat de protection future (1<sup>re</sup> partie) », *RJPF*, 2007, n° 7-8, p. 8.

**CASTAGNE (S.)**, « Femmes, soyez soumises... ! - Après la loi de sauvegarde des entreprises du 26 juillet 2005 », *JCP N* 2006, n° 25, 1225.

**CHAMPENOIS (G.)**,

- *Defrénois*, 1983, art. 33180, p 1595 n° 132, note ss Cass. 1<sup>re</sup> civ., 4 oct. 1983,
- *Defrénois* 1986, art. 33808, n° 97, p. 1259, note ss Cass. 1<sup>re</sup> civ., 11 mars 1986,
- *Defrénois* 2001, art. 37453, p. 1519, note ss Cass. 1<sup>re</sup> civ., 2 mai 2001, *Bull. civ. I*, n° 110,
- *Defrénois* 2016, n° 4, p. 17, note ss Cass. 1<sup>re</sup> civ., 4 mars 2015,
- « Le logement de la famille en SCI et conditions d'application de l'article 215, alinéa 3 », *Defrénois* 2018, n° 40, p. 31, note ss Cass. 1<sup>re</sup> civ., 14 mars 2018.

**CHAMPENOIS (G.) et COMBRET (J.)**, « Quelle place pour la société d'acquêts dans les régimes matrimoniaux ? », *Defrénois* 2012, n° 24, n° 1.

**CHAZAL (J.-P.) et FERRE-ANDRE (S.)**, « L'incroyable destin de l'article 1387-1 du code civil », *D.* 2006, p. 316.

**COLOMER (A.)**, « La nature juridique des parts de sociétés au regard du régime matrimonial », *Defrénois* 1979, art. 32034, p. 897.

**COQUELET (M.-L.)**, « De l'exercice individuel de l'expertise de gestion », *Dr. sociétés* 2008, n° 3, comm. 46, note ss Cass. com., 4 déc. 2007.

**COUPET (C.)**, « Défaut d'agrément : inopposabilité de la cession à la société et à ses associés », *Dr. sociétés* 2018, n° 8-9, comm. 142, obs. sous Cass. com., 16 mai 2018.

**COURET (A.)**, « Le directeur général qui consent sans autorisation régulière un engagement au nom de la société n'engage pas sa responsabilité personnelle », *JCP E* 1998, p. 2025, note ss Cass. com., 20 oct. 1998.

**CREVEL (S.)**, « Les couples dans le statut du fermage », *RD rur.* 2013, n° 409, colloque 5.

**CROCQ (P.)**, « Les bons sentiments ne font pas les bons textes (à propos du nouvel article 1387-1 du Code civil) », *D.* 2005, p. 2025.

**CRONE (R.)**, « Le changement automatique de la loi applicable au régime matrimonial : une bombe à retardement », *Defrénois* 2001, p. 1026.

**DAGOT (M.)**,

- « L'information du conjoint du commerçant », *JCP N* 2004, n° 13, 1165,
- « Le prélèvement minimal du conjoint survivant du commerçant », *JCP N* 1990, n° 37, 101111.

**DANIS-FATOME (A.)**, « Pas de déclaration de créance pour les créances alimentaires », *D.* 2004, p. 1965.

**DAURIAC (I.) et GRARE-DIDIER (Cl.)**, « Projet d'EIRL : l'enjeu pour la famille », *Defrénois* 15 avr. 2010, p. 819.

**DELMAS (Ph.) et HAUSER (J.)**, « Volonté et ordre public dans le nouveau divorce : un divorce entré dans le champ contractuel ? », *Defrénois* 2005, art. 38115, p. 357.

**DEPONDY (A.)**, « Pour un renouveau des contrats de mariage », *Gaz. Pal.* 17 mars 2012, p. 20.

**DERRUPPE (J.)**,

- « Fonds de commerce, Communauté, Bien propre par accessoire », *RTD com.* 1991, p. 379,
- « Régime de communauté et droit des sociétés », *JCP G* 1971, I, 2403.

**DINH (E.)**, « L'EIRL, un hybride en droit français », *JCP E* 2010, n° 46, p. 1979.

**DONDERO (B.)**,

- « La représentation des propriétaires indivis d'actions à une assemblée sur le fondement d'un mandat tacite », *Rev. sociétés* 2005, p. 650, note ss Cass. com., 16 nov. 2004,
- « Les clauses d'agrément dans les sociétés par actions après la réforme », *LPA* 2005, n° 189, p. 44,
- « Sanction du défaut d'agrément d'une cession de parts de SNC : inopposabilité à la société et aux associés », *JCP E* 2018, n° 28, p. 1374, obs. ss Cass. com., 16 mai 2018.

**DONNIER (J.-B.)**, « L'associé indivis », *Dr. sociétés* 2016, n° 3, dossier 6.

**DOUSSET (Ch.)**, « Commerce et travail des femmes à l'époque moderne en France », Journée d'étude sur « Nouvelles approches historiques du travail », Framespa, équipe production, 14 avril 2005, consulté en ligne sur <https://journals.openedition.org/framespa/57>, dernière consultation le 22 mai 2020.

**DROZ (G.)**, *Rev. crit. DIP* 1992, p. 666.

**DUCHANGE (N.)**, « Participation aux acquêts, avantage matrimonial et biens professionnels », *JCP N* 2013, n° 41, p. 1240.

**DUMONT (G.)**, « Chronique de jurisprudence de droit privé du patrimoine », *Gaz. Pal.* 3 févr. 2015, n° 34, p. 27.

**DUMONT-LEFRAND (M.-P.) et LISANTI (C.)**, « Feu l'article L. 624-6 du Code de commerce », *Rev. proc. coll.* 2012, étude 8.

**EDEL (V.)**, « L'application de l'article 1387-1 du Code civil, chronique d'une mort annoncée », *LPA* 15-16 août 2007, p. 10, note ss TGI Évreux, 17 nov. 2006.

**FABRE (H.)**, « Application pratique des nouveaux mandats en droit des sociétés, le cas du mandat de protection future », *JCP N* 2009, n° 52, p. 1359.

**FABRE (H.) et SCHILLER (S.)**, « L'indivision des droits sociaux », *JCP N* 2014, n° 45-46.

**FELIX (Ch.)**, « Cession de parts sociales de sociétés civiles, formules », *JCP N* 1991, n° 16, 100380.

**FENARDON (Cl.)**, « La participation aux acquêts et la protection des biens professionnels – Des billevesées ? », *JCP N* 2009, n° 30-34, p. 1245.

**FENOUILLET (D.)**, « Le mandat de protection future ou la double illusion », *Deffrénois*, 2009, n° 2, p. 142.

**FLOUR (Y.)**, « La qualité d'actionnaire et l'indivision », *Rev. Sociétés* 1999, p. 569.

**FOYER (J.)**, « Introduction au droit des sociétés agricoles », *RD rur.*, juin 2008, n° 364, dossier 23.

**FONGARO (É.)**,

- « Chronique de droit international privé notarial », *JCP N* 2012, n° 43-44, 1358,

- « Le choix de la loi applicable au régime matrimonial », étude, *JCP N* 2018, n° 16, 1166.

**GAUDEMET (S.)**, « Révocation ou maintien de la réversion d'usufruit et des avantages matrimoniaux lors d'un divorce, la mise en ordre proposée par le Congrès des notaires », *RDC* 2010, n° 4.

- GRIMALDI (M.)**, « Commentaire de la loi du 23 décembre 1985 relative à l'égalité des époux dans les régimes matrimoniaux et des parents dans la gestion des biens des enfants mineurs », *Gaz. Pal.* 1996, 1, p. 529.
- GUEDE (X.) et LETELLIER (Fr.)**, « L'absence d'uniformité du régime des créances conjugales, source d'insécurité juridique », *JCP N* 2015, n° 18, p. 1144.
- GUERIN (E.)**, « Mandats conventionnels et risques patrimoniaux du chef d'entreprise : un rendez-vous en demi-teinte », *Gaz. Pal.* 2013, n° 267.
- GUIGUET-SCHIELE (Q.)**, « L'avantage matrimonial révocable en participation aux acquêts », *D. actu*, 23 janv. 2020, obs. ss Cass. 1<sup>re</sup> civ., 18 déc. 2019.
- HILT (P.)**,
- « De la prétendue simplicité du régime juridique applicable aux créances entre époux », *JCP G* 2016, n° 23, doctr. 669,
  - « L'article 1415 du code civil suppose, pour trouver application, un cautionnement ou un emprunt », *AJ Fam.* 2006, p. 164, note ss Cass. 1<sup>re</sup> civ., 17 janv. 2006,
  - « La présomption de communauté ne peut pas être invoquée pour la première fois devant la Cour de cassation », *AJ Fam.* 2010, p. 548, note ss Cass. 1<sup>re</sup> civ., 20 oct. 2010.
- HONORAT (J.)**, « La renonciation du conjoint d'un associé à revendiquer la qualité d'associé et ses conséquences », *Rev. Sociétés* 1994, p. 55, note ss Cass. com., 12 janv. 1993.
- HOVASSE (H.)**,
- « Désignation du mandataire représentant les indivisaires de droits sociaux », *Dr. sociétés* 2011, n° 3, comm. 48,
  - « Époux et valeurs mobilières », *Dr. et patr.* avr. 2002, n° 103.
- INFOREG** - Service juridique de la Chambre de Commerce et d'Industrie de Paris, « Retour sur la notion de dividendes appréhendés par des associés personnes physiques, au regard de la jurisprudence récente », *Cah. dr. entr.* 2011, n° 4, prat. 17.
- JADAUD (B.)**, « Qui décide de l'agrément à la cession d'actions ? », *JCP E* 2001, n° 49, p. 1946.
- JOURDAIN-THOMAS (F.)**, « Le mandat de protection future : aspects pratiques et sociétés », *JCP N* 2011, n° 49, p. 1317.

**KARM (A.)**, « Le patrimoine affecté de l'EIRL et le droit des régimes matrimoniaux », *Defrénois* 2011, n° 6, p. 576.

**LABARDIN (P.) et ROBIC (P.)**, « Épouses et petites entreprises, Permanence du XVIII<sup>e</sup> au XX<sup>e</sup> siècle », *Revue française de gestion*, 2008, n° 188-189, p. 97, consulté en ligne sur <https://www.cairn.info/revue-francaise-de-gestion-2008-8-page-97.htm#pa41>, dernière consultation le 22 mai 2020.

**LAMBERT-PIERI (M.-Cl.)**, « L'avenir de la distinction du titre et de la finance dans la communauté légale (à propos des clientèles civiles et des offices ministériels) », *D.* 1982, chron. p. 65.

**LARRIBAU-TERNEYRE (V.)**, « Le créancier se trouva fort dépourvu quand le divorce fut venu [ou le nouvel article 1387-1 du Code civil] », *Dr. famille* 2005, étude 21.

**LASSAUBATJEU-ANDRE (A.)**, « Le statut des époux exploitants agricoles », *Defrénois* 1981, art. 32624, p. 561.

**LASSERRE CAPDEVILLE (J.)**, « Les apports en droit pénal de l'ordonnance du 18 décembre 2008 portant réforme du droit des entreprises en difficulté », *AJ pénal* 2009, 351.

**LECOURT (A.)**,

- « La délicate articulation du droit des procédures collectives et du droit de la famille », *RTD com.* 2004, 1,
- « Le nouveau régime de la transmission des parts sociales de la SARL suite au décès d'un associé, réforme issue de l'ordonnance n° 2004-274 du 25 mars 2004 », *Dr. sociétés* 2005, n° 4, étude 4.

**LECUYER (H.)**,

- « Commentaire de la loi en faveur des PME : aspects de droit commun des sociétés », *Dr. sociétés* nov. 2005, étude 12,
- « Droit patrimonial de la famille et entreprises en difficulté : les pouvoirs des époux », *LPA* 24 avr. 2003, p. 25,
- « Garanties de passif et droit patrimonial de la famille », *BJS* 2009, p. 892,
- « Prestation compensatoire, pension alimentaire et procédures collectives : les premières échappent aux contraintes des secondes », *Dr. famille* 2003, n° 11, comm. 132.

**LECUYER (H.)**, **SENECHAL (M.)**, **ZATTARA (A.-F.)**, **FROEHLICH (Ph.)** et **LUCAS (F.-X.)**, « La loi de sauvegarde, article par article [1<sup>re</sup> partie] », *LPA* 8 févr. 2006, n° 28, p. 4.

**LE GUIDEC (R.)**,

- « Couples et exploitation agricole. – Par la loi d'orientation, le droit rural accueille la modernité », *RD rur.* juin 200., n° 344, étude 21,
- « Droit patrimonial de la famille », *JCP N* 1998, n° 21, p. 811,
- « Les apports de la loi n° 99-574 du 9 juillet 1999 d'orientation agricole relatifs au statut du conjoint de l'exploitant », *RD rur.* 1999, p. 350, n° 7.

**LEPROVAUX (J.)**, « Statut matrimonial et procédures collectives », *Rev. proc. coll.* 2010, n° 6, dossier 4.

**LEROND (S.) et COURET (A.)**, « Comment concilier le mandat de protection future avec les exigences du droit des sociétés en matière de représentation des associés aux assemblées générales ? », *RJDA* 2008, p. 219.

**LEROY (P.)**, « L'acquêt de communauté supplanté par la règle de l'accessoire ? », *D.* 1994, p. 93.

**LETELLIER (Fr.)**, « La clause d'exclusion des biens professionnels sous le régime de la participation aux acquêts à l'épreuve du divorce - Quelques éléments de réponse à une question angoissante », *JCP N* 2008, n° 12, p. 1150.

**LIENHARD (A.)**,

- « L'insaisissabilité de la résidence principale de l'entrepreneur individuel », *D.* 2003, p. 1898,
- « Les dividendes n'existent pas juridiquement avant la décision de distribution », *D.* 2006, p. 3055, note ss Cass. com., 28 nov. 2006,
- « Sort des créances nées de prestations compensatoires ou de pensions alimentaires », *D.* 2003, 2638, note ss Cass. com., 8 oct. 2003.

**LISANTI (C.)**,

- « EIRL, régimes matrimoniaux et procédures collectives », *Rev. proc. coll.* 2011, comm. 78,
- « Nullités de la période suspecte, action paulienne, donation de biens communs », *Rev. proc. coll.* 2010, n° 3, comm. 143.

**LUCAS (F.-X.)**,

- « Désignation du mandataire représentant des parts sociales indivises », *BJS* 2011, n° 5, p. 73, note ss Cass. 1<sup>re</sup> civ., 15 déc. 2010,
- « Précisions sur la qualification de portage », *JBS* 2007, n° 5, p. 610, obs. ss Cass. com., 23 janv. 2007,
- « Qualité d'associé de l'époux d'un associé de société civile commun en biens », *Dr. sociétés* mai 2002, n° 5, note ss Cass. 3<sup>e</sup> civ., 20 févr. 2002,

- Réunion à l'actif du débiteur de biens appartenant à son conjoint *in bonis*, *RD banc. fin.* 2006, 111.

**LUCET (F.)**, « L'avantage matrimonial, retranchement ou révocation (à propos de l'arrêt de la première chambre civile de la Cour de cassation du 10 juillet 1990) », *JCP N* 1992, n° 19, 100806.

**MALECKI (C.)**,

- « Conjoints, pacsés : que reste-t-il de leurs différences en droit des sociétés après la loi n° 2006-728 du 23 juin 2006 ? », *JCP E* 2006, n° 39, 2409,
- « La loi pour l'initiative économique et l'insaisissabilité de la résidence principale de l'entrepreneur individuel », *D.* 2003, p. 2220.

**MANTEAU (L.)**, « Droit des sociétés agricoles – 2<sup>e</sup> partie : aménagements de la réglementation des sociétés agricoles », *Dr. sociétés* 2007, n° 12, étude 13.

**MARTIN-SERF (A.)**,

- « EIRL : attention aux actions en responsabilité pour insuffisance d'actif ! », *Rev. proc. coll.* 2011, n° 2, dossier 31, n° 4,
- « La créance née d'une pension alimentaire n'a pas à être déclarée », *RTD com.* 2004, 368, note ss Cass. com. 8 oct. 2003.

**MARTINEAU-BOURNINAUD (V.)**, « Le divorce du débiteur », dossier 8, *Rev. proc. coll.* 2013, n° 1.

**MASSIP (J.)**,

- « Le mandat de protection future (1<sup>re</sup> partie) », *Gaz. Pal.* 2008, n° 166, p. 5,
- « Le mandat de protection future (2<sup>e</sup> partie) », *Gaz. Pal.* 2008, n° 169, p. 5,
- « Quelques réflexions sur les formules de mandat de protection future », *Deffrénois* 2010, n° 4, p. 441.

**MENJUCQ (M.)**, « Le fonds de commerce dans la communauté entre époux », *JCP N* 1996, n° 29, p. 1081.

**MICHA GOUDET (R.)**, « Nature juridique des dividendes », *JCP E* 1998, n° 3, p. 68.

**MONTANIER (J.-C.)**, « Les gains et salaires des époux communs en biens », *JCP N* 1985, I, 170.

**MONTREDON (J.-Fr.)**, « La SCI, moyen de protection du patrimoine privé ? », *Deffrénois* 2018, n° 130x4, p. 23.

- MORTIER (R.)**, « Le mystère de la naissance des droits sociaux », *Dr. sociétés* 2015, n° 3, comm. 43.
- MULON (E.)**, « Logement et famille », *Gaz. Pal.* 2010, n° 142, p. 8.
- MURAT (P.)**, « Les régimes matrimoniaux et les régimes “pacsimoniaux” à l'épreuve de la rupture des couples », *JCP N* 2011, n° 25-26, p. 1206.
- NAUDIN (E.)**,
- « Application de l'article 1387-1 du Code civil : premier arrêt de la Cour de cassation », *BJS* 2018, n° 12, p. 682, note ss Cass. com., 5 sept. 2018,
  - « La protection du logement familial détenu par une société civile immobilière », *Rev. sociétés* 2019, p. 59,
  - « Renforcer l'autonomie professionnelle des époux », *JCP N* 2019, 1285.
- NOURISSAT (C.) et REVILLARD (M.)**, « Règlements européens du 24 juin 2016 sur les régimes matrimoniaux et les effets patrimoniaux des partenariats enregistrés », *Defrénois* 2016, n° 17, p. 878.
- PEROCHON (F.) et REILLE (F.)**, « La neutralisation du statut de l'EIRL », *Cah. dr. entr.* 2011, n° 3, dossier 19.
- PETRONI-MAUDIERE (N.)**, « Condition de la nullité d'un partage », *LEFP* 2018, n° 11, note ss Cass. 1<sup>re</sup> civ., 17 oct. 2018.
- PIEDELIEVRE (S.)**,
- « L'entreprise individuelle à responsabilité limitée », *Defrénois* 2010, art. 39134,
  - « L'insaisissabilité de la résidence principale de l'entrepreneur individuel », *JCP G* 2003, I, 165,
  - « L'aménagement des libéralités entre époux par la loi du 36 mai 2004 », *D.* 2004, p. 2512, n° 19, note 32,
  - « Le nouvel article 1387-1 du Code civil (ou de l'utilisation d'un pavé par un ours) », *D.* 2005, p. 2138,
  - « Résidence principale et insaisissabilité de droit », *RD banc. et fin.* 2015, 161.
- PIERRE (J.-L.)**, « L'entreprise à patrimoine affecté : la résurgence d'un serpent de mer », *JCP E* 2009, n° 51-52, p. 2184,
- POTENTIER (P.)**, « Le domaine du mandat de protection future », *JCP N* 2007, p. 1262.

- POUDEROUX (J.)**, « Les clauses aménageant ou supprimant le droit à récompense », *Dr. et patr.*, juin 1996, p. 37.
- PRIEUR (J.) et VALLANSAN (J.)**, « La protection du patrimoine privé du chef d'entreprise : le rôle du notaire », *JCP N* 2014, n° 45-46, p. 1332.
- RANDOUX (D.)**, « EURL et bien commun », *Rev. Sociétés* 2006, p. 90, note ss Cass. 1<sup>re</sup> civ., 19 avr. 2005.
- RAOUL-CORMEIL (G.)**, « Le mandat de protection future, un contrat pour préserver les biens professionnels ou l'intérêt de la famille », *LPA* 2014, n° 110, p. 43.
- REINHARD (Y.)**, « Dividendes versés postérieurement à une transmission de droits d'associé », *D.* 1991, p. 173, note ss Cass. com., 23 oct. 1990.
- REVEL (J.)**, « Droit des sociétés et régime matrimonial : préséance et discrétion », *D.* 1993, p. 33.
- REVILLARD (M.)**, « La convention de La Haye du 14 mars 1978 sur la loi applicable aux régimes matrimoniaux (a) », *Deffrénois* 1992, n° 5, p. 257.
- REYGROBELLET (A.)**, « Aspects de droit des affaires de la loi Macron », *JCP N* 2016, n° 36, p. 1157.
- RICHAUD (J.-P.)**, « Le notaire, le conjoint associé et l'article 1832-2 du Code civil », *Deffrénois* 1<sup>er</sup> mai 2014, n° hors-série.
- RUBELLIN (P.)**, « Précisions sur la demande en licitation de la résidence familiale indivise », *LEDEN* 2019, n° 5, p. 4, note ss Cass. 1<sup>re</sup> civ., 3 avr. 2019.
- SAINT-ALARY-HOUIN (C.)**, « Éditorial - Ne tirez plus sur le conjoint ! Pour une abrogation de l'article L. 624-8 du Code de commerce... voire plus ! », *BJE* 2012, n° 5, p. 269.
- SAINTOURENS (B.)**, « Le nouveau droit des clauses d'agrément », *Rev. sociétés* 2004, p. 611.
- SAUVAGE (F.)**, « L'insaisissabilité de la résidence principale de l'entrepreneur individuel à l'épreuve de son régime matrimonial », *JCP N* 2004, 1120.
- SIMLER (Ph.)**,

- « Composition, Biens propres par accessoire, 1° Véhicule, accessoire d'un cabinet d'assurances, 2° Fonds de commerce acquis pendant le mariage, incorporé à un fonds de commerce », *JCP N* 1991, II, p. 161,
- « EIRL et communauté de biens entre époux », *JCP G* 2011, n° 1-2, 4,
- « Régime juridique de la société d'acquêts adjointe à une séparation de biens », *Deffrénois*, 2012, n° 24.

**SIMLER (Ph.) et HILT (P.)**, « Le nouveau visage du Pacs : un quasi-mariage », *JCP N* 2006, I, 161.

**STREIFF (Y.)**, « La nature juridique des dividendes », *BJS* 1989, n° 11, p. 901.

**THOMAT-RAYNAUD (L.)**, « L'entrepreneur individuel à responsabilité limitée : naissance d'une nouvelle catégorie de personne physique ? », *Dr. famille* 2011, étude 15.

**TISSERAND-MARTIN (A.)**, « Chronique », *JCP G* 2005, n° 36, doct. 163, n° 15.

**VALLANSSAN (J.)**, « L'EIRL en difficulté, les principes de l'ordonnance du 9 décembre 2010 portant adaptation eu droit des entreprises en difficulté et des procédures de traitement de surendettement à l'EIRL », *Rev. proc. coll.* 2011, n° 1.

**VAREILLE (B.)**,

- « Communauté, composition active : accession et annexion », *RTD civ.* 1996, p. 969, note ss Cass. 1<sup>re</sup> civ., 4 janv. 1995,
- « Communauté de meubles et acquêts, composition active : les meubles propres par subrogation à un immeuble propre », *RTD Civ.* 1998, p. 454,
- « La société civile immobilière chasse l'article 215, alinéa 3 », *RTD civ.* 2018, p. 469,
- « Régimes de communauté, cautionnement : l'article 1415 est applicable à l'aval d'un billet à ordre et à la garantie à première demande », *RTD civ.* 1997, p. 728.

**VAUVILLE (F.)**, « L'institutrice et l'artisan (à propos du nouvel article 1387-1 du code civil) », *RJPF* nov. 2005, p. 14.

**VERGARA (O.)**,

- « Les mandats du chef d'entreprise en prévision des ruptures familiales », *LPA* 2014, n° 93, p. 44,
- « Quand le logement de la famille est détenu par une SCI... », *Gaz. Pal.* 2018, n° 29, p. 52.

**VOINOT (D.)**, « La nouvelle procédure de sauvegarde », *Gaz. Pal.*, 8 sept. 2005, numéro spécial, p. 24.

## 5 - Répertoires et encyclopédies

### **BESNARD GOUDET (R.),**

- J.-Cl. Banque – Crédit – Bourse, *Actions indivises et actions démembrées*, Fasc. 1795, 2017,
- J.-Cl. Sociétés Traité, Fasc. 10-10, *Théorie des apports - Notion d'apport en société*, mäj 2017.

**BOUGNOUX (A.)**, J.-Cl. Sociétés Traité, *Sociétés en nom collectif*, Fasc. 59-20, *Parts sociales, cessions entre vifs*, 2019 (actualisé par H. AZARIAN).

### **BREMOND (V.),**

- J.-Cl. Civil Code, Art. 1421 à 1432, *Communauté légale*, Fasc. 10, *Administration des biens communs - Répartition ordinaire des pouvoirs*, 2016,
- J.-Cl. Civil Code, Art. 1387-1, *Divorce*, fasc. unique, *Sort des dettes professionnelles des époux*, 2014.

**CERF-HOLLENDER (A.)**, J.-Cl. Com., *Sauvegarde, redressement et liquidation judiciaires*, Fasc. 2930, *Banqueroute et autres infractions*, mäj 2018.

**CHAMOULAUD-TRAPIERS (A.)**, Rép. civ. Dalloz, *Communauté légale : dissolution*, mäj 2019.

**CHAMOULAUD-TRAPIERS (A.) et YILDIRIM (G.)**, Rép. civ. Dalloz, *Communauté légale : actif des patrimoines*, mäj 2019.

**COLLARD (F.) et VINCKEL (Fr.)**, J.-Cl Sociétés Traité, *Capacité des contractants*, Fasc. 8-30, *Associé marié ou partenaire*, 2018.

**CRUVELIER (E.)**, J.-Cl. Civil Code, Art. 1708 à 1762, *Bail commercial*, Fasc. 1505, *Fiscalité, loyers, indemnités versées au locataire sortant, indemnités versées au bailleur, enregistrement et publicité foncière*, 2017, mäj 2019.

**DAGOT (M.)**, J.-Cl. Entreprise individuelle, *Déclaration d'insaisissabilité et insaisissabilité légale*, Fasc. 952, mäj 2019 (actualisé par Ch. LEBEL).

**DAIGRE (J.-J.)**, Rép. com. Dalloz, *Entreprise en difficulté : personnes morales et dirigeants*, mäj 2018.

- DELMAS SAINT-HILAIRE (Ph.) et HAUSER (J.),** J.-Cl. Civil Code, art. 266 à 285-1, *Effets du divorce*, Fasc. 10, *Conséquences du divorce pour les époux, effets d'ordre patrimonial, prestation compensatoire, dommages et intérêts*, mäj 2020.
- DEREU (Y.),** J.-Cl. Sociétés Traité, *Sociétés en commandite par actions*, Fasc. 152-10, *Présentation générale, situation des associés, fonctionnement, gestion financière*, mäj 2018 (actualisé par J.-J. ANSAULT).
- DESMURE (G.) et ROUSSILLE (M.),** Études Joly Sociétés, *Société en commandite par actions*, mäj 2018.
- DISSAUX (N.),** Rép. civ. Dalloz, *Séparation de corps*, mäj 2019.
- DONNIER (J.-B.),** J.-Cl. Civil Code, Art. 816 à 824, *Partage*, Fasc. unique, *Dispositions communes, demandes en partage*, 2016.
- DROSS (W.),** J.-Cl. Civil Code, Art. 2276 et 2277, *Prescription et possession*, Fasc. unique, *Prescription des choses mobilières*, 2018.
- DUMONT-LEFRAND (M.-P.),** J.-Cl. Com., *Sauvegarde et redressement judiciaire*, Fasc. 2325, *Situation du débiteur*, mäj 2017.
- FOYER (J.),**
- J.-Cl. rur., Agriculture, Fasc. 120, *Introduction historique au droit rural - Ancien droit français*, 2015,
  - J.-Cl. rur., Agriculture, Fasc. 130, *Le droit rural classique*, 2016.
- GIBIRILA (D.),**
- J.-Cl Civil Code, Art. 1832 à 1844-17, *Société*, Fasc. 10, *Dispositions générales, constitution de la société : contrat de société*, 2017,
  - J.-Cl. Com., *Dirigeants sociaux*, Fasc. 1053, *Responsabilité civile*, 2019 (actualisé par AZARIAN H.),
  - J.-Cl. Com., *Sociétés anonymes*, Fasc. 1394, *Conventions conclues avec la société anonyme, Champ d'application de la réglementation*, 2019 (actualisé par H. AZARIAN),
  - J.-Cl. Com., *Sociétés anonymes*, Fasc. 1419, *Assemblée des actionnaires, règles communes à toutes les assemblées*, 2011.
- GOFFAUX-CALLEBAUT (G.),** Rép. sociétés, *Apport*, mäj 2017.

**GRIMONPREZ (B.)**, J.-Cl. Baux Ruraux, *Bail à ferme*, Fasc. 120, *L'exploitation agricole dans le droit rural*, māj 2019.

**GUYON (Y.)**, Rép. sociétés, *Assemblées d'actionnaires*, māj 2020.

**HAUSER (J.) et DELMAS SAINT-HILAIRE (Ph.)**, J.-Cl. Civil Code, Art 263 à 265-2, Effets du divorce, fasc. 20, Conséquences du divorce pour les époux, effets d'ordre patrimonial, sort des avantages matrimoniaux, sort des libéralités entre époux, 2017.

**HUGUET (H.)**, J.-Cl. Not. Form., V° Sociétés, *Sociétés en nom collectif, sociétés en commandite simple*, Fasc. G-48, *Constitution, formalités de publicité et autres*, 2019.

**JALLAIS (A.)**, J.-Cl. Not. Form., V° Exploitation agricole, *Conjoint d'exploitant agricole*, Fasc. 30, māj 2010.

**KARM (A.)**,

- J.-Cl. Civil Code, Art. 212 à 215, *Mariage*, Fasc. 30, *Organisation de la communauté conjugale et familiale, communauté de résidence (art 215, al. 2 et 3)*, 2019,

- J.-Cl. Civil Code, Art. 216 à 226, *Mariage*, Fasc. 30, *Régime matrimonial primaire, représentation des époux l'un par l'autre (C. civ., art. 218 et 219 ; C. rur. pêche marit., art. L. 321-1 à L. 321-3 ; C. com., art. L. 121-6 et L. 121-7)*, 2019,

- J.-Cl. Civil Code, Art. 216 à 226, *Mariage*, Fasc. 40, *Régime matrimonial primaire, modifications judiciaires des pouvoirs (art. 217, 220-1 à 220-3)*, 2019.

**LAMARCHE (M.) et LEMOULAND (J.-J.)**, Rép. Civ. Dalloz, *Mariage : effets*, māj 2019.

**LAMBOLEY (A.)**, J.-Cl. Civil Code, Art. 1387 à 1393, *Contrat de mariage*, fasc. unique, *Liberté des conventions matrimoniales*, māj 2017.

**LE CORRE (P.-M.)**, J.-Cl. Com., *Liquidation judiciaire*, Fasc. 2706, *Réalisation de l'actif, considérations communes aux réalisations d'actifs en liquidation judiciaire*, 2019.

**LEFEBVRE (D.) et MONNET (J.)**, J.-Cl. Civil Code, Art. 1400 à 1403, *Communauté légale*, Fasc. 20, *Actif commun*, māj 2017.

**LEGRAND (V.)**, J.-Cl. Not. Form., V° Entreprise, *Entreprise*, Fasc. 250, *Entrepreneur individuel à responsabilité limitée (EIRL) en difficulté*, māj 2018.

**LE GUIDEZ (R.)**, J.-Cl. Entreprise individuelle, *Régimes matrimoniaux*, Fasc. 1150, *Exploitation du fonds de commerce*, 2014.

**LE GUIDE C. (R.) et CHABOT (G.),** Rép. civ. Dalloz, *Succession : dévolution*, 2009.

**MALECKI (C.),** Rép. sociétés Dalloz, *Conventions réglementées*, māj 2019.

**MATHIEU (M.),**

- J.-Cl. Liquidations - Partages, *Communauté entre époux*, Fasc. 220, *Communauté conventionnelle, composition des patrimoines, clauses particulières*, māj 2016,
- J.-Cl. Not. Form., V° Contrat de mariage, Fasc. 20, *Prélèvement moyennant indemnité, préciput, partage inégal, attribution intégrale*, māj 2017,
- J.-Cl. Not. Form., *Communauté entre époux*, Fasc. 30, *Biens propres par origine*, māj 2019.

**MERCIER (V.),** J.-Cl. Civil Code, Art. 582 à 599, *Usufruit*, Fasc. 10, *Prérogatives de l'usufruitier - Droit de l'usufruitier (usage et jouissance)*, 2019.

**MONNET (J.),** J.-Cl. Civil Code, Art. 1400 à 1403, *Communauté légale*, Fasc. 10, *Actif commun, généralités*, māj 2017.

**MOREAU (J.-P.),** J.-Cl. Not. Form., V° Prémption, *Baux ruraux*, Fasc. 300, *Droit de préemption, preneur de baux ruraux, champ d'application*, māj 2020 (actualisé par B. GRIMONPREZ).

**MOULIGNER-BAUD (N.),** J.-Cl. Civil Code, Art. 1409 à 1420, *Communauté légale*, Fasc. unique, *Passif propre et passif commun, obligation et contribution à la dette en régime légal*, māj 2017.

**MOULIN (J.-M.),** J.-Cl. Com., *Sociétés anonymes*, Fasc. 1484, *Droits des actionnaires*, māj 2019.

**NAUDIN (E.),** Études Joly Sociétés, *Capacité et situation conjugale de l'associé*, māj 2018.

**PAGNUCCO (J.-C.) et WICKER (G.),** Rép. Civ. Dalloz, *Personne morale*, māj 2018.

**RAOUL-CORMEIL (G.),** J.-Cl. Civil Code, Art. 494-1 à 494-12, *Majeurs protégés*, Fasc. unique, *Habilitation familiale, mesure judiciaire de protection juridique*, 2020.

**REVEL (J.) et TAUDIN (L.),** J.-Cl. Sociétés Form., *Droit général des sociétés*, Fasc. C-18, *Formation du contrat de société, société entre époux*, māj 2018 (actualisé par B. LABORRIER).

**REVILLARD (M.)**, J.-Cl. Civil Code, art. 1387 à 1581, *Régimes matrimoniaux*, Fasc. unique, *Droit international privé français, système de droit commun, système issu de la convention de La Haye*, 2018.

**ROUSSEL (F.)**, J.-Cl. Not. Form., V° Sociétés, *Groupements Fonciers Ruraux (GFR)*, Fasc. E-240, 2017.

**SALATI (O.)**, J.-Cl. Voies d'ex., *Biens insaisissables*, Fasc. 490, *Biens insaisissables en dehors du Code des procédures civiles d'exécution*, 2019 (actualisé par E. BOTREL).

**SAUVAGE (F.)**, Rép. civ. Dalloz, *Mandat de protection future*, mäj 2019.

**SIMLER (Ph.)**,

- J.-Cl. Civil Code, Art. 1387-1, *Divorce*, fasc. unique, *Sort des dettes professionnelles des époux*, 2019,
- J.-Cl. Civil Code, Art. 1421 à 1432, *Communauté légale*, Fasc. 10, *Administration des biens communs, Répartition légale des pouvoirs*, 2019,
- J.-Cl. Civil Code, Art. 2288 à 2320, *Cautonnement*, Fasc. 15, *Différentes sortes de cautionnement*, 2019.

**STORCK (M.)**,

- J.-Cl. Civil Code, Art. 1527, *Communauté conventionnelle*, Fasc. unique, *Nature juridique des avantages matrimoniaux*, 2018,
- J.-Cl. Civil Code, Art. 1536 à 1543, *Séparation de biens*, Fasc. 20, *Gestion des patrimoines des époux, dissolution, liquidation du régime*, mäj 2019,
- J.-Cl. Com., *Sauvegarde, redressement et liquidation judiciaires*, Fasc. 3170, *Droit patrimonial de la famille et procédures collectives de paiement*, mäj 2019,
- J.-Cl. Sociétés Traité, *Sociétés à responsabilité limitée*, Fasc. 74-10, *Gérance, organisation, pouvoirs*, mäj 2017,
- J.-Cl. Sociétés Traité, *Sociétés à responsabilité limitée*, Fasc. 73-20, *Parts sociales, cession, transmission, nantissement*, mäj 2017.

**VALLANSAN (J.)**, J.-Cl. Com., *Sauvegarde, redressement et liquidation judiciaires*, Fasc. 2352, *Déclaration et admission des créances*, mäj 2019.

**VAREILLE (B.)**, Rép. civ. Dalloz, *Communauté légale : liquidation et partage*, mäj 2019.

**VATINET (R.)**, J.-Cl. Com., *Expertise de gestion*, Fasc. 1079, mäj 2010.

**WITZ (C.)**,

- J.-Cl. Banque - Crédit - Bourse, *Fiducie*, Fasc. 785, *Introduction et constitution*, 2012,
- J.-Cl. Banque - Crédit - Bourse, *Fiducie*, *Effets et extinction*, Fasc. 786, 2012.

**YILDIRIM (G.)**, Rép. civ. Dalloz, *Séparation de biens*, m<sup>à</sup>j 2019.

**ZATTARA-GROS (A.-F.)**, J.-Cl. Not. Form., *Proc. co.*, Fasc. 20, *Pratique notariale*, 2016.

## 6 - Jurisprudence

(Classement par ordre chronologique)

Cass. civ., 4 janv. 1853 : *DP* 1853, I, p. 73 ; *S.* 1853, 1, p. 568.

Cass. req., 13 nov. 1860 : *DP* 1861, 1, p. 198.

Cass. civ., 18 nov. 1865 : *S.* 1865, 1, p. 317 ; *DP* 1865, 1, p. 341.

Cass. req., 6 janv. 1880 : *DP* 1880, I, p. 361 ; *S.* 1881, 1, p. 49, note X. LABBÉ.

Req., 13 avr. 1921, *DP* 1921, 1, p. 167.

CA Paris 26 févr. 1923 : *Gaz. Pal.* 1923, I, 422.

Cass. civ., 21 oct. 1931 : *DH* 1931, p. 553 ; *DP* 1933, 1, p. 100, note P. CORDONNIER.

Cass. civ., 18 déc. 1935 : *DP* 1936, I, p. 129, note M. FREJAVILLE ; *S.* 1937, I, 57, note P. DURAND ; *J. Soc.* 1937, 476, note A. CHARRON.

Cass. req., 4 juin 1935, *Zelcer* : *Rev. crit. DIP* 1936, p. 755, note J. BASDEVANT ; *S.* 1936, p. 377, rapp. PILON, note NIBOYET ; *DP* 1936, 1, 7, rapp. PILON, note R. SAVATIER.

Cass. req., 15 févr 1937 : *DP* 1938, 1, p.13, note P. CORDONNIER ; *S.* 1937, 1, p. 169, note H. ROUSSEAU ; *Rev. Gen. Dr. Com.* 1938, p. 164, note G. LAGARDE.

Cass. req., 3 nov. 1941 : *JCP G* 1942, II, 1972 ; *Gaz. Pal.* 1942, 1, jurispr. 82.

CA Douai 26 janv. 1948 : *S.* 1949, 2, 1, note RAYNAUD ; *JCP* 1950, II, 5438 bis, note VOIRIN.

Cass. soc., 15 juin 1951, *Bull. civ.* 1951, n° 473 : *D.* 1951, p. 669 ; *Gaz. Pal.* 1951, 2, p. 163.

Cass. soc. 29 juin 1951, *Bull. civ.* III, n° 531.

Cass. soc. 2 juill. 1953, inédit : *JCP* 1954. II. 8234, note M. de JUGLART.

Cass. soc., 13 mai 1955, inédit : *JCP N* 1955, II, 8818, J. LACOSTE ; *D.* 1956, p. 537, note R. SAVATIER ; *Rev. fermages* 1955, p. 237.

Cass. soc., 26 janv. 1956, inédit : *JCP* 56, II, 9268, note P. OURLIAC et M. de JUGLART.

Cass. civ., 19 mars 1957 : *D.* 1958, jurispr. p. 170, LE GALCHER-BARON ; *JCP G* 1958, II, 10517, note D. BASTIAN.

Cass. soc., 27 févr. 1958, *Bull. civ.* IV, n° 301 et 302 : *JCP* 1958, II, 10892 note P. OURLIAC et M. de JUGLART.

Cass. crim., 11 févr. 1959, *Bull. crim.* 1959, n° 96 : *JCP G* 1959, IV, 30 ; *D.* 1959, p. 227 ; *RTD com.* 1959, p. 504, obs. R. HOUIN.

Cass. 1<sup>re</sup> civ., 21 oct. 1959 : *JCP G* 1959, II, 11353, note S. BECQUÉ ; *Gaz. Pal.* 1960, I, p. 44.

Cass. 1<sup>re</sup> civ., 15 mars 1960, *Bull. civ.* I, n° 154.

CA Bordeaux, 4 janv. 1961 : *Rev. sociétés* 1961, p. 65.

Cass. soc., 16 févr. 1961, *Bull. civ.* IV, n° 213 : *JCP G* 1961, II, 12177, P. OURLIAC et M. de JUGLART ; *D.* 1961, 548 ; *RTD civ.* 1961, p. 514, J. CARBONNIER.

Cass. 1<sup>re</sup> civ., 28 févr. 1961, *Bull. civ.* 130 : *D.* 1961, 607 ; *JCP* 1961, II, 12232, note R. SAVATIER ; *Defrénois* 1962, 28180.

Cass. 1<sup>re</sup> civ., 28 déc. 1962, *Bull. civ.* I, n° 571.

Cass. soc., 21 nov. 1963, *Bull. civ.* 1963, IV, n° 813.

Cass. 1<sup>re</sup> civ., 8 déc. 1964, *Bull. civ.* 1964, I, n° 549.

Cass. crim., 30 avr. 1965, *Bull. crim.* 1965, n° 122.

TGI Annecy, 13 mai 1966 : *RTD civ.* 1967, p. 379, obs. R. NERSON ; *Gaz. Pal.* 1966, 2, 87.

Cass. 1<sup>re</sup> civ., 14 févr. 1967 : *D.* 1967, somm. p. 74 ; *Defrénois* 1967, art. 28950, p. 252, note A. BRETON ; *RTD civ.* 1967, p. 666, obs. R. SAVATIER.

Cass. com., 28 oct. 1968, *Bull.*, n° 293 : *JCP G* 1969, II, 15884, note J. PRIEUR ; *Banque* 1969, p. 503, obs. X. MARIN.

Cass. com., 24 juin 1969 : *JCP G* 1970, II, 16221, J. PRIEUR.

Cass. 1<sup>re</sup> civ., 1<sup>er</sup> déc. 1969, *Bull. civ.* I, n° 374.

Cass. 1<sup>re</sup> civ., 22 déc. 1969 : *JCP G* 1970, II, 16473, note J. PATARIN ; *D.* 1970, p. 668, note G. MORIN.

Cass. com., 21 janv. 1970, *Bull. civ.* 1970, IV, n° 28 : *JCP* 1970, II, 16541, note B. OPPETIT.

Cass. 3<sup>e</sup> civ., 5 nov. 1970, *Bull. civ.* 1970, III, n° 568.

TGI Paris, 16 déc. 1970 : *D.* 1971, somm. 61, *Gaz. Pal.* 1971, 1, 115.

Cass. com., 20 janv. 1971 : *JCP G* 1971, II, 16795, note J.-D.

Cass. 3<sup>e</sup> civ., 4 mars 1971, *Bull. civ.* III, n° 151 : *JCP G* 1971, II, 16903, P. OURLIAC et M. DE JUGLART ; *D.* 1971, somm. p. 154.

Cass. 1<sup>re</sup> civ., 7 juill. 1971, *Bull. civ.* I, n° 230 : *D.* 1972, p. 294, *Defrénois* 1972, art. 30094, p. 549, obs. J.-L. AUBERT.

Cass. 1<sup>re</sup> civ., 16 juill. 1971, *Chelly* : *Rev. crit. DIP* 1972, p. 612, note G. DROZ ; *JDI* 1972, p. 287, note LEHMAN ; *D.* 1972, jurispr. p. 633, note Ph. MALAURIE ; *GAJFDIP* 2006, p. 344.

Cass. 1<sup>re</sup> civ., 1<sup>er</sup> févr. 1972, *Goutherz* : *JCP G* 1972, II, 17096, concl. GEGOUT ; *JDI* 1972, p. 594, note Ph. KAHN ; *Defrénois* 1972, art. 30020, note Ph. MALAURIE ; *Rev. crit. DIP* 1972, p. 644, note G. WIEDERKEHR ; *Journ. not.* 1973, p. 681 s., note G. DROZ et art. 51182, note G. DROZ.

Cass. 1<sup>re</sup> civ., 14 mars 1972, *Bull. civ.* 1972, I, n° 81.

Cass. com., 8 nov. 1972, *Lempereur* : *D.* 1973, p. 753, Ph. MALAURIE ; *Gaz. Pal.* 1973, 1, p. 143, D. MARTIN ; *RTD civ.* 1973, p. 294, J. HOUIN.

Cass. 1<sup>re</sup> civ., 15 févr. 1973 : *JCP* 1973, 17580, note R. SAVATIER.

Cass. com., 4 juin 1973, *Bull. civ.* 1973, IV, n° 191 : *Banque* 1974, p. 309, obs. M. MARTIN.

Cass. 1<sup>re</sup> civ., 15 mai 1974, *Bull. civ.* 1974, I, n° 148 : *JCP G* 1975, II, 17910, note A. PONSARD ; *D.* 1974, somm. p. 104 ; *Journ. not.* 1975, p. 678, note VIATTE.

Cass. com., 28 oct. 1974, *Bull. com.* n° 286 : *D.* 1975, jurispr. p. 209, note Y. GUYON.

Cass. com., 10 mars 1976, *Bull. civ.* IV, n° 95 : *Rev. sociétés* 1976, p. 332, note J. HÉMARD ; *D.* 1977, jur., p. 455, note J.-C. BOUSQUET ; *RTD com.* 1976, p. 533, obs. R. HOUIN ; *JCP* 1976. II. 18406, note A. RABUT.

Cass. 3<sup>e</sup> civ., 1<sup>er</sup> févr. 1977, *Bull. civ.*, III, n° 53 : *JCP N* 1978, prat. 6784 ; *Defrénois* 1977, art. 31397, p. 687, A. BOULARAN ; *Gaz. Pal.* 1977, 1, somm. p. 167.

Cass. 1<sup>re</sup> civ., 24 oct. 1977, *Bull. 1<sup>re</sup> civ.*, n° 382 : *D.* 1978, jurispr. p. 290, note POISSON-DROCOURT.

Cass. 1<sup>re</sup> civ., 8 févr. 1978, *Bull. civ.* I, n° 53 : *D.* 1978, IR 238, obs. D. MARTIN ; *Defrénois* 1978, 31764, obs. G. CHAMPENOIS ; *RTD civ.* 1979, 952, obs. R. NERSON ; *JCP N* 1981, II, 114, note H. THUILLIER.

Cass. com., 9 oct. 1978, *Bull. civ.* 1978, IV, n° 214 : *JCP G* 1978, IV, 340.

Cass. 1<sup>re</sup> civ., 21 nov. 1978, *Bull. civ.* 1978, I, n° 353 : *Defrénois* 1979, art. 32038, p. 954 obs. G. CHAMPENOIS ; *JCP G* 1980, II, 19451, note R. LE GUIDE.

Cass. 1<sup>re</sup> civ., 9 janv. 1979, *Bull. civ.* I, n° 11 et 30 mai 1979, *Bull. civ.* I, n° 161 : *D.* 1981, p. 241, note A. BRETON ; *Defrénois* 1980, art. 32174, note A. PONSARD ; *RTD civ.* 1980, p. 349, obs. R. NERSON et J. RUBELLIN-DEVICHI ; *Journ. not.* 1979, art. 55216, obs. J. VIATTE.

Cass. 1<sup>re</sup> civ., 23 janv. 1979, *Bull. civ.* I n° 32 : *Defrénois* 1979, art. 31954, p. 624, note A. COLOMER.

Cass. 1<sup>re</sup> civ., 6 févr. 1979, *Bull. civ.* 1979, I, n° 43 : *Defrénois* 1980, art. 32363, p. 958, n° 55.

Cass. 1<sup>re</sup> civ., 12 juin 1979 : *D.* 1980, jurispr. p. 202, note BOULANGER ; *Rev. crit. DIP* 1981, p. 491, note H. BATIFFOL.

Cass. com., 2 juill. 1979, *Bull. com.* 1979, n° 220.

Cass. com., 21 janv. 1980, *Bull. civ.* 1980, IV, n° 33 : *JCP G* 1980, IV, 129 ; *D.* 1981, inf. rap. p. 34, obs. J.-C. BOUSQUET ; *RTD com.* 1980, p. 67, obs. J. DERRUPPE.

Cass. 1<sup>re</sup> civ., 6 févr. 1980, *Bull. civ.*, I, n° 49 : *Rev. sociétés* 1980, p. 521, note A. VIANDIER.

Cass. com., 20 févr. 1980, *Bull. civ.* 1980, IV, n° 87 : *D.* 1982, p. 19, obs. D. MARTIN.

Cass. 1<sup>re</sup> civ., 18 mars 1980, *Bull. civ.* 1980, I, n° 92.

CA Aix-en Provence, 2<sup>e</sup> ch., 29 avr. 1980 : *D.* 1983, inf. rap. p. 69, obs. J.-C. BOUSQUET.

Cass. 1<sup>re</sup> civ., 21 juill. 1980, *Bull. civ.* 1980, I, n° 227 : *Defrénois* 1980, art. 32503, note G. CHAMPENOIS ; *Gaz. Pal.* 1981, 2, p. 450, note E. DE LA MARNIERRE ; *RTD civ.* 1981, p. 189, obs. J. PATARIN.

Cass. com., 19 janv. 1981, *Bull. civ.* 1981, IV, n° 32.

Cass. 1<sup>re</sup> civ., 18 févr. 1981, *Bull. civ.* 1981, I, n° 60 : *Defrénois* 1981, art. 32697, p. 964, obs. G. CHAMPENOIS ; *JCP N* 1981, II, p. 155, note Ph. RÉMY.

Cass. 3<sup>e</sup> civ., 19 mai 1981, *Bull. civ.* III, n° 100 : *JCP G* 1981, IV, p. 277 ; *RTD civ.* 1982, p. 409, obs. R. NERSON.

Cass. 1<sup>re</sup> civ., 2 juin 1981, *Bull. civ.* I, n° 187 : *Defrénois* 1981, art. 32750, p. 1320, obs. G. CHAMPENOIS.

Cass. mixte, 10 juill. 1981, *Bull. ch. mixte*, n° 7 : *D.* 1981, p. 637 ; *RTD civ.* 1982, p. 460, note J. NORMAND ; *Rev. sociétés* 1982, p. 84, note C. MOULY.

CA Paris, 21 avr. 1982 : *JCP G* 1983, 325 ; *JCP N* 1984, II, 200 ; *Journ. not.* 1982, art. 56870, p. 1435, obs. crit. RAISON ; *D.* 1983, p. 227, note Ph. RÉMY.

Cass. 1<sup>re</sup> civ., 27 avr. 1982, *Bull. civ.* 1982, I, n° 145 : *JCP G* 1982, IV, 236.

Cass. 1<sup>re</sup> civ., 17 mai 1982, *Bull. civ.* 1982, I, n° 182 : *JCP G* 1982, IV, 264.

Cass. 1<sup>re</sup> civ., 26 oct. 1982, *Bull. civ.* I, n° 302 : *JCP G* 1983, II, 19992, note Fr. TERRÉ ; *Defrénois* 1983, art 33033, obs. G. CHAMPENOIS.

Cass. com., 20 déc. 1982, *Bull. civ.* 1982, IV, n° 417 : *D.* 1983, jurispr. p. 365, note M. VASSEUR ; *RTD com.* 1983, p. 446, obs. M. CABRILLAC et B. TEYSSIE.

Cass. 3<sup>e</sup> civ., 19 avr. 1983, *Bull. civ.* 1983, III, n° 89.

Cass. 1<sup>re</sup> civ., 28 juin 1983 : *JCP* 1985, II, 20330, note J.-F. PILLEBOUT ; *D.* 1984, 255, note G. MORIN.

Cass. 1<sup>re</sup> civ., 4 oct. 1983, *Bull. civ. I*, n° 217 ; *JCP N* 1985, p. 150, note Y. CHARTIER, *Defrénois*, 1983, art. 33180, p 1595 n° 132, obs. G. CHAMPENOIS.

Cass. com., 3 nov. 1983, inédit, n° 81-16.238.

Cass. com., 18 janv. 1984, *Bull. com.* 1984, IV, n° 25.

Cass. 1<sup>re</sup> civ., 31 janv. 1984, *Bull. civ.* 1984, I, n° 38 : *D.* 1984, inf. rap. p. 273, obs. D. MARTIN.

Cass. 1<sup>re</sup> civ., 14 mars 1984, *Bull. civ.* n° 99 : *D.* 1984. 385, *Defrénois*, 1984, p. 783, note A. BRETON ; *JCP N* 1985, II. 29, note Ph. RÉMY.

Cass. com., 23 oct. 1984, *Bull.* 1984, IV, n° 281 : *Bull. Joly* 1985, p. 97 ; *Rev. sociétés* 1986, p. 97, note J.-J. DAIGRE.

Cass. 1<sup>re</sup> civ., 3 janv. 1985 : *Rev. crit. DIP* 1985, p. 652, note H. BATIFFOL.

Cass. 1<sup>re</sup> civ., 30 avr. 1985, *Bull. civ. I*, n° 135 : *JCP G* 1986, II, 20653, note M. DAGOT.

Cass. 2<sup>e</sup> civ., 27 juin 1985, *Bull. civ. II*, n° 131 : *D.* 1986. 230, note C. PHILIPPE et IR 112, obs. A. BENABENT IR ; *RTD civ.* 1987, p. 298, note J. RUBELLIN-DEVICHI.

Cass. 3<sup>e</sup> civ., 19 nov. 1985, inédit : *JCP N* 1986. II. 206, obs. J.-P. MOREAU.

Cass. 1<sup>re</sup> civ., 3 déc. 1985, *Bull. civ.* 1985, I, n° 328 p. 295 : *JCP N* 1986, II, p. 246, note Ph. SIMLER.

Cass. 1<sup>re</sup> civ., 4 mars 1986, *Bull. civ.* 1986, I, n° 50 p. 46 : *JCP N* 1986, II, p. 245, note Ph. SIMLER ; *JCP G* 1987, II, 20717, note M. HENRY ; *Defrénois* 1987, art. 34120, p. 1500, obs. G. CHAMPENOIS.

Cass. 1<sup>re</sup> civ., 11 mars 1986, *Bull. civ.* 1986, I, n° 62 : *Defrénois* 1986, art. 33808, n° 97, p. 1259, obs. G. CHAMPENOIS.

Cass. 1<sup>re</sup> civ., 28 avr. 1986, *Bull.* 1986, I, n° 108 : *D.* 1986, IR p. 396.

Cass. 3<sup>e</sup> civ., 6 nov. 1986, *Bull. civ. III*, n° 151 : *D.* 1986, inf. rap. 455 ; *Gaz. Pal.* 1987, 1, pan. jur. 20.

Cass. com., 24 févr. 1987, *Bull. civ. IV*, n° 55 : *D.* 1987, inf. rap. 56 ; *Bull. Joly* 1987, p. 216.

Cass. 1<sup>re</sup> civ., 8 déc. 1987, *Bull. civ.* 1987, I, n° 333 : *D.* 1989, p. 61, note P. MALAURIE ; *JCP G* 1989, II, 21336, obs. Ph. SIMLER ; *Defrénois* 1983, art. 533, obs. G. CHAMPENOIS.

Cass. com., 31 mai 1988, *Bull.* 1988, IV n° 180 p. 126 : *RTD com* 1988, p. 609, obs. J. DERRUPPE ; *JCP E* 1988, I, 17656 ; *Gaz. Pal.*, Rec. 1988, pan. cass. p. 228.

Cass. 1<sup>re</sup> civ., 18 avr. 1989, *Bull.* 1989, I, n° 153, p. 101 : *JCP N* 1989, prat. 1125, p. 502.

Cass. 3<sup>e</sup> civ., 12 juill. 1989, *Bull. civ. III*, n° 165 p. 90 : *RD rur.* 1989, p. 468 ; *JCP N* 1990, II, p. 74, n° 2, obs. J.-P. MOREAU.

TGI de Grenoble, 25 juill. 1989 : *D.* 1989, p. 536, note G. CHAMPENOIS.

Cass. 1<sup>re</sup> civ., 8 nov. 1989, *Bull.* 1989, I, n° 340 p. 229 : *JCP N* 1991, II, p. 161, obs. Ph. SIMLER.

Cass. 1<sup>re</sup> civ., 2 mai 1990, inédit : *JCP N* 1991, II, p. 161, obs. Ph. SIMLER ; *RTD com.* 1991, p. 379, obs. J. DERRUPPÉ.

Cass. 1<sup>re</sup> civ., 9 oct. 1990, *Bull. civ.* I, n° 209 : *Deffrénois* 1991, p. 808, n° 35076, note X. SAVATIER ; *JCP G* 1991, II, 21641, note P. SIMLER ; *JCP N* 1991, II, p. 43, note P. SALVAGE ; *RTD civ.* 1991, p. 380, obs. J. PATARIN.

Cass. 1<sup>re</sup> civ., 23 oct. 1990, *Bull. civ.* I, n° 218 : *D.* 1990 ; *IR* 257 ; *JCP N* 1991, II, 61, obs. Ph. SIMLER.

Cass. com., 23 oct. 1990, *Bull.* 1990, IV, n° 247, p. 171 : *D.* 1991, p. 173, note Y. REINHARD ; *JCP E* 1991, II, 127, note P. SERLOOTEN.

Cass. 1<sup>re</sup> civ., 18 déc. 1990, *Bull. civ.* 1990, I, n° 292 : *Deffrénois* 1992, art. 35303, p. 847, obs. G. CHAMPENOIS ; *D.* 1992, p. 37, note R. LE GUIDEC ; *D.* 1992, somm. p. 221, obs. M. GRIMALDI.

Cass. com., 19 févr. 1991, *Bull. civ.* IV, n° 83 : *JCP* 91, Pan. 314 ; *Rev. sociétés* 1991. 392, obs. Y. GUYON ; *JCP E* 1991. I. 87, n° 10, obs. A. VIANDIER et J.-J. CAUSSAIN ; *Bull. Joly* 1991. 413, note P. LE CANNU ; *RTD com.* 1992. 390, obs. Cl. CHAMPAUD et D. DANET.

Cass. 1<sup>re</sup> civ., 5 mars 1991, *Bull. civ.* 1991, I, n° 80 p. 53 : *D.* 1991, p. 565, note R. LE GUIDEC ; *Deffrénois* 1992, art. 35220, p. 400, obs. G. CHAMPENOIS ; *D.* 1992, somm. p. 221, obs. M. GRIMALDI ; *RTD civ.* 1992, p. 439, obs. F. LUCET et B. VAREILLE.

CJCE, 23 avr. 1991, *Höfner et Elser*, aff. C-41/90, Rec. I. 1979, RJS 7/91, n° 908 : *JDI* 1992, 467, obs. M.-A. HERMITTE.

Cass. 1<sup>re</sup> civ., 11 juin 1991, *Bull. civ.* 1991, I, n° 190 : *JCP G* 1992, II, 21899, note G. PAISANT ; *JCP N* 1992, II, p. 208, obs. Ph. SIMLER ; *Deffrénois* 1992, art. 35408, n° 162, obs. G. CHAMPENOIS.

Cass. 1<sup>re</sup> civ., 9 juill. 1991, *Bull. civ.* I, n° 232 : *Deffrénois* 1991. 1333, obs. P. LE CANNU ; *JCP N* 1992, II, p. 378, n° 11, obs. Ph. SIMLER ; *Bull. Joly* 1991, p. 1030, note D. BRELET et M.-P. MADIGNIER.

Commission CE n° 92/96, 14 janv. 1992, *JOCE*, n° L 37, 14 févr., *Assurpol*.

Cass. 1<sup>re</sup> civ., 21 janv. 1992, *Bull.* I, n° 24 : *JCP G* 1992, I, 3614, n° 4, obs. G. WIEDERKEHR, *Deffrénois* 1992, art. 35303, p. 844, obs. G. CHAMPENOIS ; *RTD civ.* 1992, p. 812, obs. F. LUCET et B. VAREILLE ; *D.* 1993, somm. comm. p. 218, obs. F. LUCET.

Cass. 1<sup>re</sup> civ., 31 mars 1992, *Praslicka*, *Bull. civ.* I, n° 95 : *Deffrénois* 1992, art. 31349, n° 117, obs. G. CHAMPENOIS ; *JCP* 1992. I. 3614, n° 6, obs. Ph. SIMLER, *RTD civ.* 1992. 632, obs. F. LUCET et B. VAREILLE ; *RTD civ.* 1995. 171, obs. B. VAREILLE.

Cass. 1<sup>re</sup> civ., 31 mars 1992, *Bull. civ.* 1992, I, n° 96 : *JCP G* 12 mai 1993, n° 19, II, 22041, note A. TISSERAND ; *JCP N* 16 oct. 1992, n° 42, 101446, note J.-F. PILLEBOUT ; *Deffrénois* 1992, art. 35348, note G. CHAMPENOIS.

Cass. 1<sup>re</sup> civ., 14 mai 1992, *Bull. civ. I*, n° 141 : *D.* 1993. 226, obs. M. GRIMALDI.

Cass 1<sup>re</sup> civ., 16 juin 1992, *Bull. civ. I*, n° 185 ; *JCP N* 1993. II. 111, obs. G. WIEDERKEHR ; *Defrénois* 1992, art. 35349, note G. CHAMPENOIS ; *RTD civ.* 1993. 636, obs. F. LUCET et B. VAREILLE.

Cass. 1<sup>re</sup> civ., 30 juin 1992, inédit, n° 90-19346 : *JCP G* 1993, I, 3656, n° 11 obs. A. TISSERAND ; *RTD civ.* 1993, p. 410, obs. F. LUCET et B. VAREILLE.

TPI, 2 juill. 1992, *Dansk Pelsdyravlereforening*, aff. T-61/89, Rec. II. 1931 : *Europe* 1992, n° 329, note L. IDOT ; *JDI* 1993. 434, obs. M.-A. HERMITTE ; *RTD com.* 1993. 430, obs. C. BOLZE ; *RTD eur.* 1995. 39, obs. J.-B. B. et L. I.

Commission CE n° 93/3, 4 déc. 1992, JOCE, n° L 4, 8 janv. 1993, *Lloyd's Underwriters' Association*.

Cass. com., 12 janv. 1993, *Gustin c/ Force 7*, *Bull. civ.* 1993, IV, n° 9 : *Bull. Joly* 1993, p. 364, note J. DERRUPPE ; *Defrénois* 1993, p. 508, obs. P. LE CANNU ; *Dr. sociétés* 1993, n° 45 obs. Th. BONNEAU ; *JCP N* 1993, II, p. 273, note H. LE NABASQUE ; *Rev. sociétés* 1994 p. 55, note J. HONORAT.

Cass. com., 19 janv. 1993, *Bull.* 1993, IV, n° 25 : *D.* 1993, p. 331, note A. HONORAT et J. PATARIN ; *RTD com.* 1993, p. 377, obs. A. MARTIN-SERF ; *RTD civ.* 1993, p. 581, obs. J. MESTRE ; *JCP G* 1993, II, 22056, Ph. PETEL ; *Defrénois* 1993, p. 1220, obs. N. SÉNÉCHAL ; *JCP G* 1994, I, 3733, Ph. SIMLER ; *Rev. proc. coll.* 1993, p. 71, obs. C. SAINT-ALARY-HOUIN.

Cass. 1<sup>re</sup> civ., 5 avr. 1993, *Bull.* 1993, I, n° 137 : *Defrénois* 1993, art. 35578, p. 800 obs. G. CHAMPENOIS ; *RTD civ.* 1993, p. 638, obs. F. LUCET et B. VAREILLE ; *JCP G* 1994, I, 3733, n° 20, obs. A. TISSERAND.

Cass. com., 25 mai 1993, *Bull.* IV, n° 208 : *BJS* 1993, p. 760, note Y. CHAPUT ; *RJDA* 12/93 n° 1047.

Cass. 1<sup>re</sup> civ., 12 janv. 1994, *Bull. civ.* 1994, I, n° 10 : *D.* 1994, p. 311, note R. CABRILLAC ; *D.* 1995, somm. p. 41, obs. M. GRIMALDI ; *Defrénois* 1994, art. 430, obs. L. AYNÈS ; *JCP G* 1994, I, 3785, obs. Ph. SIMLER ; *JCP N* 1994, II, 329, note J.-Fr. PILLEBOUT ; *RTD civ.* 1996, p. 229, obs. B. VAREILLE.

Cass. 1<sup>re</sup> civ., 12 janv. 1994, *Bull. civ.* 1994, I, n° 11 : *D.* 1994, p. 311, note R. CABRILLAC ; *D.* 1995, somm. p. 41, obs. M. GRIMALDI ; *JCP G* 1994, I, 3785, obs. Ph. SIMLER ; *JCP N* 1994, II, 329, note J.-Fr. PILLEBOUT ; *RTD civ.* 1996, p. 229, obs. B. VAREILLE.

Cass. com., 8 mars 1994, *Bull.* IV, n° 99 : *RJDA* 7/94 n° 813.

Cass. com., 5 avr. 1994, V, n° 145 : *RD rur.* 1994, jur. p. 386.

Cass. 1<sup>re</sup> civ., 18 mai 1994, *Bull. civ. I*, n° 172 : *D.* 1995, somm. p. 43 obs. M. GRIMALDI ; *JCP G* 1995, I, 3821, n° 19, obs. Ph. SIMLER ; *Defrénois* 1995, art. 36040, p. 442, obs. G. CHAMPENOIS ; *RTD civ.* 1994, p. 930, obs. B. VAREILLE.

Cass. ass. plén., 23 déc. 1994, *Bull. A. P.* n° 7 : *Defrénois* 1995, p. 444, obs. G. CHAMPENOIS ; *D.* 1995, p. 145, note F. DERRIDA ; *RTD com.* 1995, p. 657, obs. A. MARTIN-SERF ; *JCP G* 1995, II, 22401, O. RANDOUX ; *JCP G* 1995, 3869, n° 8, Ph. SIMLER.

Cass. 1<sup>re</sup> civ., 4 janv. 1995, *Bull. civ.* I, n° 4 : *D.* 1995. Somm. 328, obs. M. GRIMALDI ; *JCP G* 1995. I. 3869, n° 7, obs. Ph. SIMLER ; *RTD civ.* 1996. 969, obs. B. VAREILLE.

Commission CE n° 95/188, 30 janv. 1995, *JOCE*, n° L 122, 2 juin, *COAPI : CCC* 1995, obs. L. VOGEL ; *Europe* 1995, n° 310, note L. IDOT ; *JCP E* 1996. I. 574, n° 3, obs. Y. REINHARD, S. DANA-DEMARET et F. SERRAS ; *RTD eur.* 1996. 571, n° 10, obs. J.-B. B.

Cass. 1<sup>re</sup> civ., 28 févr. 1995, *Bull. civ.* 1995, I, n° 104 : *D.* 1995, somm. p. 326, obs. M. GRIMALDI ; *JCP G* 1995, II, 3869, n° 11, obs. Ph. SIMLER ; *Defrénois*, 1995, p. 1489, obs. G. CHAMPENOIS ; *RTD civ.*, 1996, p. 462, obs. B. VAREILLE.

Cass. com., 21 mars 1995, *Bull. civ.* IV, n° 99 : *RJDA* 2/1995, n° 854 ; *JCP N* 1995, II, p. 1398 ; *BJS* 1995, p. 526, note P. LE CANNU ; *JCP E* 1995, I, 475, obs. A. VIANDIER et J.-J. CAUSSAIN, n° 12.

Cass. 1<sup>re</sup> civ., 10 mai 1995, inédit : *JCP N* 1993, II, n° 3, p. 794, obs. G. WIEDERKEHR.

Cass. 1<sup>re</sup> civ., 18 juill. 1995, *Bull. civ.* I, n° 329 : *D.* 1995. 208 ; *JCP N* 1996. II. 935, note J. PIEDELIEVRE-DELGADO.

Cass. com., 24 oct. 1995, inédit, n° 93-11322 : *BJS* févr. 1996, n° 49, p. 158, note P. SCHOLER ; *Dr. sociétés* 1995, comm. 238, note Y. CHAPUT.

Cass. 1<sup>re</sup> civ., 19 déc. 1995, *Bull. civ.* I, n° 477 : *D.* 1996, Somm. p. 327, obs. R. LIBCHABER ; *Contrats conc. consom.* 1996, 38, note L. LEVENEUR.

CA Aix-en-Provence, 1<sup>re</sup> ch. A, 29 janv. 1996 : *JCP G* 1996, IV, 2366.

Cass. com., 19 mars 1996, *Bull.* 1996 IV n° 91 p. 77 : *BJS* 1996, note A. COURET ; *Rev. sociétés* 1996, p. 840, note T. BRUGUIER ; *Defrénois* 1996, p. 835, obs. P. LE CANNU.

Cass. com., 14 mai 1996, *Bull.* 1996, IV, n° 129 : *JCP G* 1996, I, 3962, n° 13, Ph. SIMLER ; *JCP G* 1996, I, 3960, Ph. PÉTEL ; *RTD civ.* 1996, p. 666, obs. P. CROCQ ; *Defrénois* 1996, art. 36394, note F. DERRIDA ; *D.* 1996, p. 388, obs. S. PIEDELIEVRE.

Cass. 1<sup>re</sup> civ., 11 juin 1996, *Bull. civ.* 1996, I, n° 251 : *Dr. sociétés* 1996, comm. 160, obs. Th. BONNEAU ; *JCP G* 1996, I, 3962, n° 10, obs. Ph. SIMLER ; *Bull. Joly* 1996, p. 1034, note J. DERRUPPÉ.

Cass. 1<sup>re</sup> civ., 10 juill. 1996, *Bull. civ.* 1996, I, n° 314 : *D.* 1996, jurispr. p. 394, obs. M. GRIMALDI ; *Dr. et patr.*, 1996, 1463, p. 69, obs. A. BENABENT ; *JCP N* 1997, I, 252, obs. Ph. SIMLER ; *RTD civ.* 1998, p. 454, note B. VAREILLE.

Cass. 1<sup>re</sup> civ., 17 déc. 1996, *Bull. civ.* 1996, I, n° 449 : *JCP G* 1997, I, 4047, n° 16, obs. Ph. SIMLER ; *Defrénois* 1997, art. 36526, p. 411, obs. M. GRIMALDI.

Cass. 1<sup>re</sup> civ., 17 déc. 1996, *Bull. civ.* 1996, I, n° 452 : *JCP N* 1998, p. 811.

Cass. com., 4 févr. 1997, *Bull. civ.* 1997, IV, n° 39 : *JCP G* 1997, II, 22922 ; *JCP E* 1997, II, 1012, note B. BEIGNIER ; *D.* 1997, p. 478, note S. PIEDELIÈVRE ; *D.* 1997, somm. p. 261, obs. M. CABRILLAC ; *RTD civ.* 1997, p. 728, obs. B. VAREILLE, *Defrénois* 1997, p. 1440, obs. G. CHAMPENOIS.

Cass. com., 10 juin 1997, *Bull. com.* 1997, IV n° 186 : *D.* 1999, jurispr. p. 89, note H. CAUSSE ; *Bull. Joly* 1997, § 311, p. 858, obs. J.-J. DAIGRE ; *Dr. sociétés* 1997, p. 134, obs. H. HOVASSE.

Cass. com., 18 nov. 1997, *Bull. civ.* IV, n° 298 : *BJS* 1998, p. 221, note J. DERRUPPE ; *Dr. famille* 1998, comm. 5, H. LECUYER ; *D.* 1998, somm. p. 394, obs. J.-C. HALLOUIN ; *D.* 1999, somm. p. 238, obs. V. BRÉMOND ; *LPA* 1er juill. 1998, p. 28, note D. PONSOT ; *JCP G* 1998, I, 135, Ph. SIMLER ; *JCP E* 1998, 517, D. VIDAL ; *JCP N*, 15 mai 1998, p. 789, S. ROUXEL ; *RTD civ.* 1998, p. 889, J. HAUSER.

Cass. com., 17 mars 1998, inédit, n° 95-10.931 : *Dr. et patr.* 1999, p. 110, obs. F. ROUSSEL ; *RJDA* 1998, n° 878, p. 699.

Cass. com., 20 oct. 1998, *Bull.* IV, n° 254 : *JCP E* 1998, p. 2025, note A. COURET.

Cass. com., 5 oct. 1999, *Bull. civ.* 1999, IV, n° 163 : *RJDA* 1999, n° 34, p. 38 ; *Rev. sociétés* 2000, p. 286, note H. LE NABASQUE, note R. BESNARD-GOUDET ; *D.* 2000, jurispr. p. 552, note G. MORRIS-BECQUET ; *Dr. sociétés* 2000, n° 1, obs. T. BONNEAU ; *RD bancaire et bourse* 1999, p. 249, obs. GERMAIN et M.-A. FRISON-ROCHE, obs. A. VIANDIER et J.-J. CAUSSAIN ; *Defrénois* 2000, p. 40, obs. P. LE CANNU ; *RTD com.* 2000, p. 138, obs. M. STORCK ; *Dr. sociétés* 1999, comm. 183, note H. HOVASSE.

TGI Poitiers, 24 janv. 2000 : *RD rur.* 2000, p. 369.

CEDH, 1<sup>er</sup> févr. 2000, *Mazurek* : *LPA* 21 juill. 2000, p. 20, note M. CANAPLE ; *RTD civ.* 2000, p. 311, obs. J. HAUSER ; *Defrénois* 2000, p. 654, obs. J. MASSIP ; *JCP G* 2000, II, 10286, note A. GOUTTENOIRE-CORNUT et F. SUDRE ; *RJPF*, mars 2000, p. 24, obs. J. CASEY, *RTD civ.* 2000, 612, obs. J. PATARIN ; *JCP N* 2001, 245, obs. R. LE GUIDEDEC ; *D.* 2000, p. 332, note J. THIERRY.

Cass. 1<sup>re</sup> civ., 3 mai 2000, *Bull. civ.* 2000, I, n° 125 : *JCP N* 2000, p. 1615, note S. ; PIEDELIÈVRE ; *D.* 2000, p. 546, note J. THIERRY ; *Defrénois* 2000, art. 37242, p. 1185, obs. G. CHAMPENOIS.

Cass. 1<sup>re</sup> civ., 16 mai 2000, *Bull. civ. I*, n° 144 : *Defrénois* 2001, 460 obs. G. CHAMPENOIS, *RTD civ.* 2001, 416, obs. B. VAREILLE.

Cass. 1<sup>re</sup> civ., 16 mai 2000, inédit, n° 98-12.894 : *Dr. famille* 2000, comm. 114, note B. BEIGNIER ; *RJPF* 2000-10/17, obs. F. VAUVILLE.

Cass. 3<sup>e</sup> civ., 19 juill. 2000, *Bull.* III, n° 151 : *Dr. sociétés* 2000, comm. 168, note Th. BONNEAU ; *BJS* 2000, p. 1083, note P. LE CANNU ; *Rev. sociétés* 2000, p. 737, note J.-F. BARBIERI.

Cass. com., 3 oct. 2000, inédit, n° 97-17.210, 97-17.211 : *RD rur.* 2001, p. 175.

Cass. 3<sup>e</sup> civ., 21 févr. 2001, inédit, n° 99-14.820 : *JCP N* 2001, p. 1122, note J. CASEY ; *JCP G* 2001, I, 103, obs. Ph. SIMLER ; *RJPF* juin 2001, p. 26, note Fr. VAUVILLE ; *RD rur.* 2004, chron. 3, n° 3, par H. BOSSE-PLATIERE et R. LE GUIDEDEC.

Cass. 1<sup>re</sup> civ., 3 avr. 2001, *Bull. civ.* 2001, I, n° 92 : *JCP G* 2002, I, 103, n° 13, obs. Ph. SIMLER et II, 10080, note BOURDAIRE ; *RTD civ.* 2001, p. 943, obs. B. VAREILLE ; *Deffrénois* 2001, art. 37406, p. 1129, obs. G. CHAMPENOIS.

Cass. 1<sup>re</sup> civ., 29 mai 2001 : *JCP G* 2002, I, 103, n° 22, M. STORCK.

Cass. 1<sup>re</sup> civ., 3 juill. 2001, *Bull. civ.* 2001, I, n° 198 : *D.* 2002, p. 1102, note L. COMANGÈS ; *D.* 2002, p. 3262, obs. J.-C. HALLOUIN ; *JCP* 2002, I, 103, obs. Ph. SIMLER ; *JCP N* 2002, 1206, note V. BRÉMOND ; *Deffrénois* 2002, p. 397, obs. G. CHAMPENOIS ; *RTD civ.* 2001, p. 941, obs. B. VAREILLE.

CJCE, 29 nov. 2001, *Conte*, aff. C-221/99, Rec. I. 9359 : *CCC* 2002, n° 33, note S. PERUZZETTO ; *Europe* 2002, n° 23, note L. IDOT ; *RTD eur.* 2002. 108, obs. L. IDOT

CA Bordeaux, 6<sup>e</sup> ch., 10 janv. 2002, n° 00/06336, JurisData n° 2002-171314.

CJCE, 19 févr. 2002, *Wouters*, aff. 309/99.

Cass. 3<sup>e</sup> civ., 20 févr. 2002, *Bull.* 2002, III, n° 42 : *Dr. sociétés* n° 5, mai 2002, n° 86, obs. F.-X. LUCAS.

Cass. 3<sup>e</sup> civ., 13 mars 2002, inédit, n° 00-13-741 : *RJDA* 6/2002, n° 612 ; *JCP G* 2002, I, 167, n° 8, obs. Ph. SIMLER.

CA Versailles, 2 mai 2002 : *BJS*, oct. 2002, p. 1035, obs. P. SCHOLER ; *LPA* 2003, 18 juin 2003, p. 13, note B. DONDERO ; *Deffrénois* 2003, art. 37808, note V. BREMOND.

Cass. 3<sup>e</sup> civ., 5 févr. 2003, *Bull. civ.* III, n° 28 : *JCP N* 2003, 1339, B. GRIMONPREZ ; *Act. proc. coll.* 2003, comm. 75, obs. C. REGNAUT-MOUTIER ; *Rev. Loyers* 2003, p. 161, obs. B. PEIGNOT ; *LPA* 14 juill. 2003, p. 8 note Ph. ROUSSEL GALLE ; *D.* 2003, p. 3349, obs. A. LIENHARD.

Cass. 1<sup>re</sup> civ., 18 févr. 2003, *Bull. civ.* I, n° 48 : *D.* 2003, somm. p. 1865, obs. V. BRÉMOND, *JCP G* 2003, I, 158, n° 9 ; *RTD civ.* 2003, p. 536, obs. B. VAREILLE, *Bull. Joly* 2003, n° 5, p 570 obs. J.-J. DAIGRE.

Cass. com., 1<sup>er</sup> juill. 2003, inédit, n° 99-19.328 : *Rev. sociétés* 2004. 337, note B. LECOURT ; *Bull. Joly* 2003. 1137, note A. CONSTANTIN.

Cass. com., 8 oct. 2003, *Bull.* IV, n° 151 : *D.* 2004., p. 54, obs. F.-X. LUCAS et p. 1965, obs. A. DANIS-FATOME ; *JCP* 2004. II. 10012, note S. BECQUE-ICKOWICZ ; *JCP* 2004. I. 109, n° 1, obs. H. BOSSE-PLATIERE ; *JCP* 2004. I. 115, n° 55, obs. M. CABRILLAC et Ph. PETEL ; *Deffrénois* 2004. 141, obs. J. MASSIP ; *AJ fam.* 2004. 23, obs. S. D. ; *Dr. fam.* 2003, n° 132, note H. LECUYER ; *RTD com.* 2004. 368, obs. A. MARTIN-SERF ; *RJPF* 2003-12/34, note S. VALORY ; *Rev. proc. coll.* 2003. 353, obs. M.-P. DUMONT ; *Act. proc. coll.* 2003-18, n° 230, obs. M. STORCK.

Cass. com., 8 oct. 2003, *Bull.* IV n° 152 : *D.* 2003. IR 376 ; 2637, obs. A. LIENHARD ; *D.* 2004., 1965, obs. A. DANIS-FATOME ; *JCP* 2004. I. 109, n° 1, obs. H. BOSSE-PLATIERE ; *JCP* 2004. II. 10012, note S. BECQUE-ICKOWICZ ; *JCP* 2004. I. 115, n° 55, obs. M. CABRILLAC et Ph. PETEL ; *Defrénois* 2004. 141, obs. J. MASSIP ; *AJ fam.* 2004. 23, obs. S. D. ; *Dr. fam.* 2003, n° 132, note H. LÉCUYER ; *RTD com.* 2004. 368, obs. A. MARTIN-SERF ; *RJPF* 2003-12/34, note S. VALORY ; *Gaz. Pal.* 2-4 nov. 2003, p. 3, note P.-M. LE CORRE.

Cass. com., 11 févr. 2004, *Bull. civ.* 2004, IV, n° 28 : *JCP E* 2004, 1742, note I. PARACHKEVOVA ; *D.* 2004, AJ, p. 565, note A. LIENHARD ; *RTD com* 2004, p. 243, n° 1, obs. B. SAINTOURENS.

Cass. 1<sup>re</sup> civ., 17 févr. 2004, *Bull. civ.* 2004, I, n° 45 : *JCP E* 2004, 575 ; *D.* 2004, somm. p. 2260, obs. V. BREMOND ; *Dr. famille* mai 2004, comm. 84, note B. BEIGNIER.

Commission CE 24 juin 2004, *Ordre des architectes belges*, JOUE 2005 L 4 p. 10.

Cass. 3<sup>e</sup> civ., 6 oct. 2004, *Bull.* III n° 166 : *JCP E* 2004, 1773, note H. HOVASSE ; *RJDA* 12/04, n° 1330 ; *D.* 2004, p. 2719, obs. A. LIENHARD ; *BJS* 2005, p. 114, note P. LE CANNU ; *Rev. sociétés* 2005, p. 152, note B. SAINTOURENS ; *Rev. sociétés* 2005, p. 411, note J.-F. BARBIERI.

Cass. 1<sup>re</sup> civ., 19 oct. 2004, inédit, n° 02-13671 : *D.* 2005, p. 209, note J.-J. LEMOULAND et D. VIGNEAU.

Cass. 3<sup>e</sup> civ., 26 janv. 2005, *Bull. civ.* 2005, III, n° 14.

Cass. com., 1<sup>er</sup> févr. 2005, *Bull. civ.* IV, n° 18 : *D.* 2005. 489, obs. A. LIENHARD ; 2196, note J. REVEL ; *JCP N* 2005, n° 1292, étude S. RABY ; *RTD civ.* 2005. 375, obs. J. HAUSER.

Cass. 2<sup>e</sup> civ., 10 mars 2005, *Bull. civ.* II, n° 66 : *Defrénois* 2005. 1844, note J. MASSIP ; *Dr. famille* 2005, n° 4, comm. 73, note V. LARRIBAU-TERNEYRE.

Cass. 1<sup>re</sup> civ., 5 avr. 2005, *Bull. civ.* I, n° 169 : *D.* 2005, pan. jurispr. p. 2121, obs. V. BRÉMOND ; *RTD civ.* 2005, p. 801, obs. T. REVET.

Cass. 1<sup>re</sup> civ., 19 avr. 2005, *Bull. civ.* 2005, I, n° 186 : A. TISSERAND-MARTIN, *JCP G* n° 36, 2005, doct. 163 ; *RJPF* nov. 2005, p. 30, obs. F. VAUVILLE ; *Rev. Sociétés* 2006, p. 90, note D. RANDOUX.

Cass. com., 4 oct. 2005, *Bull.* IV, n° 193 : *JCP G* 2005, IV, 3371 ; *JCP E* 2006, comm. 250, B. BEIGNIER ; *Act. proc. coll.* 2005, comm. 230, obs. C. REGNAUT-MOUTIER.

Cass. 1<sup>re</sup> civ., 18 oct. 2005, *Bull. civ.* 2005, I, n° 373 : *JCP G* 2006, 1, 141, n° 17, obs. Ph. SIMLER ; *Defrénois* 2006, art. 177, note J. SOUHAMI ; *AJ Fam.* 2006, p. 115, obs. P. HILT ; *RJPF* 2006, 2/30, note F. VAUVILLÉ.

CA Paris, 25 oct. 2005 : JurisData n° 2005-288188, n° 04/23368.

Cass. 1<sup>re</sup> civ., 22 nov. 2005, *Bull. civ.* 2005, I, n° 431 : *Defrénois* 2006, art. 38414, p. 1046, note M. FARGE ; *JDI* 2006 , p. 970, note I. BARRIÈRE-BROUSSE.

Cass. mixte, 2 déc. 2005, *Bull. civ.* 2005, Ch. mixte, n° 7 : *JCP G* 2005, II, 10183, note PH. SIMLER ; *Dr. famille* 2006, étude 13, par B. BEIGNIER ; *Defrénois* 2006, art. 38469, p. 1601, obs. G. CHAMPENOIS ; *RTD civ.* 2006, p. 594, obs. P. CROCQ et p. 357, obs. B. VAREILLE.

Cass. com., 10 janv. 2006, *Bull. IV*, n° 3 : *RD banc. et fin.* 2006, 111, F.-X. LUCAS ; *JCP N* 2006, 1170, V. BRÉMOND ; *JCP N* 2006, 1229, M. STORCK.

Cass. 1<sup>re</sup> civ., 17 janv. 2006, *Bull. civ.* 2006, I, n° 13 : *JCP G* 2006, IV, 1267 ; *D.* 2006, p. 1277, note V. BRÉMOND ; *RTD civ.* 2006, p. 359, obs. B. VAREILLE ; *AJ Fam.* avr. 2006, p. 163, obs. P. HILT.

Cass. 1<sup>re</sup> civ., 17 janv. 2006, *Bull. civ.* 2006, I, n° 14 ; *AJ Fam.* 2006, p. 164, obs. P. HILT.

Cass. 1<sup>re</sup> civ., 17 janv. 2006, *Bull. civ.* 2006, I, n° 15 : *JCP N* 2006, 1310, V. BRÉMOND ; *JCP G* 2006, I, 141, n° 13, Ph. SIMLER ; *D.* 2006, p. 2660, note F. BICHERON.

Cass. com., 21 févr. 2006, *Bull. IV*, n° 46 : *JCP E* 2006, 1569, obs. M. CABRILLAC ; *JCP N* 2006, p. 2143, obs. F. VAUVILLE ; *LPA* 27 avr. 2006, note Ch. LEBEL ; *D.* 2006, p. 719, obs. A. LIENHARD ; *RTD com.* 2006, p. 482, obs. J.-L. VALLENS.

Cass. 1<sup>re</sup> civ., 28 févr. 2006, inédit, n° 03-11.060.

Cass. 1<sup>re</sup> civ., 28 févr. 2006, *Bull. civ.* I, n° 106 : *JCP G* 2006, I, 193, n° 19, obs. A. TISSERAND ; *RTD civ.* 2006, p. 360, obs. B. VAREILLE ; *AJ Fam.* 2006, p. 208, obs. P. HILT.

Cass. com., 13 juin 2006, *Bull. civ.* IV, n° 141 : *D.* 2006, p. 1969, note C. VINCENT ; *D.* 2007, p. 45, note F.-X. LUCAS et P.-M. LE CORRE ; *D.* 2006, p. 1681, obs. A. LIENHARD, *Dr. fam.* 2006, comm. 163. 17, obs. V. LARRIBAU-TERNEYRE ; *Act. proc. coll.* 2006, comm. 154, obs. J. VALLANSAN ; *RTD civ.* 2006, p. 747, obs. J. HAUSER.

Cass. 1<sup>re</sup> civ., 20 juin 2006, *Bull.* 2006, I, n° 313, p. 271 : *Dr. famille* 2006, comm. 168, B. BEIGNIER ; *JCP N* 2006, 1310, V. BRÉMOND ; *D.* 2006, p. 1815, note V. AVENAROBARDET ; *RTD civ.* 2006, p. 593, obs. P. CROCQ ; *RD banc. et fin.* juill.-août 2006, obs. D. LEGEAIS ; *LPA* 25 juin 2007, p. 14, note N. MOULIGNER ; *JCP G* 2006, II, 10141, S. PIEDELIEVRE ; *JCP G* 2006, I, 193 (n° 12) et 195 (n° 9), Ph. SIMLER ; *RTD civ.* 2006, p. 816, obs. B. VAREILLE.

TGI Évreux, 17 nov. 2006 : *LPA* 15-16 août 2007, p. 10, comm. V. ÉDEL ; *Defrénois* 2008, art. 38719, p. 316, G. CHAMPENOIS.

Cass. com., 28 nov. 2006, *Bull. civ.* 2006, IV, n° 235 : *D.* 2006, p. 3055, note A. LIENHARD ; *JCP G* 2007, II, 10008, note D. GALLOIS-COCHET ; *RTD civ.* 2007, p. 147, note T. REVET.

Cass. 1<sup>re</sup> civ., 12 déc. 2006, *Bull. civ.* 2006, I, n° 536, p. 477 : *Dr. sociétés* 2007, comm. 32, obs. J. MONNET ; *Bull. Joly* 2007, § 83, p. 363 note Th. REVET ; *D.* 2007, p. 318.

Cass. com., 10 juill. 2007, *Bull. IV*, n° 193 : *JCP G* 2008, II, 10198 , note J.-P. LEGROS.

Cass. com., 18 sept. 2007, inédit, n° 05-20.708.

Cass. 1<sup>re</sup> civ., 28 nov. 2007, inédit, n° 06-15.443 : *RD rur.* 2008, comm. 16.

Cass. com., 4 déc. 2007, *Bull. com.* 2007, IV, n° 259 : *Dr. sociétés* 2008, comm. 46, note M.-L. COQUELET ; *RJDA* 2008, n° 291 ; *D.* 2008, p. 79, note A. LIENHARD ; *JCP G* 2008, I, 147, obs. J.-J. CAUSSAIN, Fl. DEBOISSY et G. WICKER ; *RTD com.* 2008, p. 133, obs. P. LE CANNU et B. DONDERO.

Cass., 1<sup>re</sup> civ., 12 déc. 2007, *Bull.* I, n° 390 : *JCP G* 2008, I, 144, n° 24, obs. M. STORCK ; *JCP N* 2008, 1252, note R. LE GUIDEC ; *AJ Fam.* févr. 2008, p. 85, obs. P. HILT ; *RTD civ.* 2008, p. 695, obs. T. REVET.

CA Bourges, 24 janv. 2008, n° 07/00638 : CA Bourges, 24 janv. 2008, n° 07/00638 : *RJPF* 2009-6/25, obs. J. CASEY.

CA Reims, 10 mars 2008, n° 189, JurisData n° 2008-001244.

Cass. com., 17 juin 2008, *Bull.*, IV, n° 125 : *D.* 2008. 1818, obs. A. LIENHARD ; *D.* 2009. 1172, obs. M. LAROCHE ; *Rev. sociétés* 2008. 826, n J.-F. BARBIERI ; *RTD. com.* 2008. 588, obs. M.-H. MONSERIE-BON.

Cass. 1<sup>re</sup> civ., 24 sept. 2008, *Bull.*, I, n° 213 : *Dr. famille* 2008, comm. 174, note T. DOUVILLE ; *JCP G* 2008, I, 2002, n° 18, obs. M. STORCK ; *D.* 2008, p. 3050, note V. BARABÉ-BOUCHARD ; *AJ Fam.* nov. 2008, p. 437, obs. P. HILT ; *RJPF* 2008-12/25, obs. F. VAUVILLÉ ; *RTD civ.* 2009, p. 162, obs. B. VAREILLE.

CJCE, 18 déc. 2008, *Coop de France bétail et viande/Commission*, aff. jointes C-101/07 P et C-110/07 P, Rec. I. 10193 : *Concurrences* 2009/1, 105, obs. M. DEBROUX et 187, obs. A. MAITREPIERRE ; *CCC* 2009, n° 53, note G. DECOCQ ; *Europe* 2009, n° 94, note L. IDOT.

Cass. com., 13 janv. 2009, *Bull. com.* 2009, IV, n° 4 : *Dr. sociétés* 2009, comm. 86, note J.-L. PIERRE ; *D. fisc.* 2009, n° 11, comm. 243, note Ph. DE GUYENRO ; *RJF* 2009, n° 519.

CA Bordeaux, 24 févr. 2009, n° 08/04449.

Cass. com., 5 mai 2009, *Bull. civ.* 2009, IV, n° 66 ; *Rev. sociétés* 2009, p. 580, note M. DUBERTRET ; *Dr. sociétés* n° 7, juillet 2009, comm. 137, H. HOVASSE.

Cass. 1<sup>re</sup> civ., 4 juin 2009, inédit, n° 08-15.228 : *JCP G* 2009, n° 44, 391, n° 16, obs. Ph. SIMLER ; *D.* 2009, p. 2510, obs. V. BRÉMOND.

Cass. com., 16 juin 2009, *Bull.* 2009, IV, n° 82 : *JCP E* 2010, chron. 1011, n° 3, obs. Ph. PÉTEL ; *Act. proc. coll.* 2009, comm. 209, obs. J. VALLANSAN et P. CAGNOLI ; *Gaz. Pal. Proc. coll.* 2009, n° 3, p. 19, obs. N. FRICERO ; *D.* 2009, p. 1756, note A. LIENHARD ; *RTD civ.* 2009, p. 576, n° 2, obs. R. PERROT.

Cass. 1<sup>re</sup> civ., 8 juill. 2009, *Bull.* 2009, I, n° 163 : *JCP G* 2009, note 353, E. NAUDIN ; *JCP N* 2009. 1329, note Th. DOUVILLE ; *Dr. Fam.* Déc. 2009, 34, étude C. ASSIMOPOULOS ; *Deffrénois* 2010, p. 913, note M. BEAUBRUN ; *D.* 2010, p. 360, note F. CHENEDE.

CA Amiens, 25 août 2009, n° 08/02102.

Cass. crim., 4 nov. 2009, inédit, n° 09-80818 : *Dr. sociétés* 2010, n° 35, obs. R. SALOMON ; *Rev. sociétés* 2010, p. 379, note L. GODON.

Cass. 3<sup>e</sup> civ., 12 mai 2010, *Bull. civ. III*, n° 95 : A. CHAMOULAUD-TRAPIERS, *Deffrénois* 2010, n° 22, p. 2384 ; *JCP N* 2010, p. 1320, n° 17, obs. S. PIEDELIEVRE.

Cass. 1<sup>re</sup> civ., 27 mai 2010, inédit, n° 09-11.894 : *JCP N* 2011, 1001, n° 13, obs. Ph. SIMLER, *Dr. sociétés* 2010, comm. 195, obs. M.-L. COQUELET ; *Gaz. Pal.* 10 sept. 2010, p. 53, obs. J. CASEY ; *AJ Fam.* 2010, p. 400, obs. P. HILT.

Cass. 3<sup>e</sup> civ., 29 sept. 2010, *Bull. III*, n° 176 : *RD rur.* 2010, comm. 128, note S. CREVEL ; *Rev. Loyers* 2010, p. 430, obs. B. PEIGNOT.

Cons. const., 6 oct. 2010, n° 2010-39 QPC : *Gaz. Pal.*, note H. LÉCUYER.

Cass. 1<sup>re</sup> civ., 20 oct. 2010, inédit : *JCP G* 2011, doct. 503, Ph. SIMLER ; *Gaz. Pal.* 4 févr. 2011, p. 33, obs. J. CASE ; *AJ Fam.* 2010, p. 548, obs. P. HILT.

Cass. com., 16 nov. 2010, *Bull.* 2010, IV, n° 176 : *AJ Famille* 2011, p. 113, P. HILT. ; *Rev. proc. coll.* 2011, comm. 70, note M.-P. DUMONT-LEFRAND.

CA Nîmes, 18 nov. 2010, n° 09/00838.

Cass. com., 15 déc. 2010, *Bull. com.* 2010, I, n° 268 : *Dr. sociétés* 2011, comm. 48, note H. HOVASSE ; *BJS* 2011, p. 373, note F.-X. LUCAS.

Cass. 1<sup>re</sup> civ., 9 févr. 2011, *Bull.* 2011, I, n° 27 : *JCP N* 2011, 1191, note J.-P. GARÇON ; *Dr. sociétés* 2011, comm. 64, note M.-L. COQUELET.

Cass. 1<sup>re</sup> civ., 23 févr. 2011, *Bull.* I, n° 39 : *JCP N* 2011, n° 28, 1217, note R. LE GUIDEC et H. BOSSE-PLATIERE ; *Dr. famille* 2011, comm. 57, obs. B. BEIGNIER ; *AJ fam.* 2011. 272, obs. P. HILT ; *D.* 2011. 2624, obs. J. REVEL.

CA Paris, 27 avr. 2011, n° 10/08818 : N. DUCHANGE, *JCP N* n° 41, 2013, p. 1240.

CA Versailles, 5 mai 2011, n° 10/04467 et n° 10/04467.

Cass. 2<sup>e</sup> civ., 9 juin 2011, *Bull.* 2011, II, n° 129 : *JCP G* 2011, 1298, H. PERINET-MARQUET ; *JCP N* 2011, act. 542 ; *Procédures* 2011, comm. 262, R. PERROT ; *Deffrénois* 2012, art. 40316, p. 79, A. CHAMOULAUD-TRAPIERS.

Cass. com., 28 juin 2011, *Bull. civ.* 2011, IV, n° 109 : *JCP E* 2011, 1551, F. PEROCHON ; *JCP E* 2011, 1596, n° 7, obs. Ph. PETEL ; *JCP N* 2011, n° 36, 1238, Ch. LEBEL ; *D.* 2011, p. 1751, obs. A. LIENHARD ; *D.* 2011, p. 2201, obs. P.-M. LE CORRE ; *Gaz. Pal.* 7-8 oct. 2011, p. 11, note L. ANTONINI-COCHIN ; *LEDEN* 2011, p. 1, F.-X. LUCAS ; *Bull. Dict. perm. entr. diff.*, n° 328, p. 1, J.-P. REMERY et p. 4, Ph. ROUSSEL GALLE ; *Rev. sociétés* 2011, p. 526, Ph. ROUSSEL GALLE ; *LPA* 23 nov. 2011, p. 8, F. REILLE ; *Dr. et proc. déc.* 2011, *cah. dr. entr. diff.*, p. 16, obs. F. REILLE ; *Dr. et patr.* 2011, n° 11, p. 74, obs. P. CROCQ ; *Dr. et proc.* 2011, p. 234, obs. F. VINCKEL.

Cass. 1<sup>re</sup> civ., 29 juin 2011, *Bull.* I, n° 32 : *BJE* 2011, n° 5 obs. P. RUBELLIN.

CA Aix-en-Provence, 2 août 2011, n° 10/11007.

Cass. 1<sup>re</sup> civ., 26 oct 2011, *Bull.*, I, n° 187 : *RTD civ.* 2012, p. 140, obs. B. VAREILLE ; *Deffrénois* 2012, n° 6, p. 291 ; *RJPF* 2011, n° 12, obs. F. VAUVILLE ; *LPA* 6 févr. 2013, p. 14,

note N. MOULIGNER-BAUD, *LPA* 15 mars 2012, n° 54, p. 7, note J.-D. BASCUGNANA ; *Defrénois* 2012, n° 6, p. 291, note G. CHAMPENOIS.

Cons. conc., 29 nov. 2011, n° 95-D-76, *Grands travaux dans le secteur du génie civil*.

Cons. const., 20 janv. 2012, n° 2011-212 QPC : « Le Conseil constitutionnel protecteur des époux ou fossoyeur des procédures collectives ? L'introuvable équilibre », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Gérard Champenois*, Defrénois, 2012, p. 499, obs. H. LÉCUYER ; *D.* 2012, p. 2199, obs. F.-X. LUCAS ; *RTD com.* 2012, p. 198, obs. A. MARTIN-SERF ; *JCP E* 2012, 1227, n° 6, obs. Ph. PETEL ; *BJE* 2012, p. 120, concl. R. BONHOMME, note S. BECQUE-ICKOWICZ et S. CABRILLAC ; *Gaz. Pal.* 27-28 avr. 2012, p. 41, obs. ANTONINI-COCHIN.

CA Paris, 26 janv. 2012, n° 09/17059 : JurisData n° 2012-001229.

Cass. 3<sup>e</sup> civ., 7 févr. 2012, n° 10-17.812 : *Rev. sociétés* 2012. 623, note A.-L. CHAMPETIER DE RIBES-JUSTEAU.

Cass. com., 13 mars 2012, *Bull.* 2012, IV, n° 53 : *Procédures* 2012, comm. 184, B. ROLLAND ; *Dr. et proc.* mai 2012, *cah. dr. entr. diff.*, p. 5, obs. Ph. ROUSSEL GALLE ; *D.* 2012, p. 807, obs. A. LIENHARD ; *D.* 2012, p. 1460, obs. F. MARMOZ ; *D.* 2012, p. 2201, obs. P.-M. LE CORRE ; *Rev. sociétés* 2012, p. 394, L.-C. HENRY ; *BJS* 2012, p. 495, obs. M.-H. MONSERIE-BON.

Cass. 1<sup>re</sup> civ., 14 mars 2012, *Bull.* 2012, I, n° 58 : *Defrénois* 2012, 836, note N. LEBLOND.

Cass. 1<sup>re</sup> civ., 14 mars 2012, *Bull.* I, n° 56 : *JCP N* 2012, n° 15, 1182, note Cl. BRENNER ; *JCP N* 2013, n° 21, 1146, note Ch. LESBATS ; *D.* 2012, 1386, obs. J. MARROCHELLA, note A. POSEZ ; *AJ fam.* 2012, 223, obs. S. DAVID ; *RTD Civ.* 2012, p. 357 obs. M. GRIMALDI.

Cass. 1<sup>re</sup> civ., 12 avr. 2012, *Bull. civ.* I, n° 90 : *JDI* 2012, comm. 14, p. 950, note I. BARRIERE-BROUSSE ; *Defrénois* 2012, p. 696, note M. REVILLARD ; *AJ Fam.* juin 2012, note A. BOICHE.

Cass. 1<sup>re</sup> civ., 4 mai 2012, *Bull.* I, n° 99 : *JCP G* 2012, 821, Y.-M. SERINET ; *RTD civ.* 2012, p. 526, obs. B. FAGES ; *Gaz. Pal.* 8 sept. 2012, p. 26, J. THERON, S. AMRANI-MEKKI.

Cass. 3<sup>e</sup> civ., 13 juin 2012, *Bull.* III, n° 93 : *JCP N* 2012, n° 38-39, act. 839 ; *Rev. Loyers* 2012, p. 306, note B. PEIGNOT ; *AJDI* 2012. 764, obs. S. PRIGENT ; *Rev. Proc. Coll.* 2012, comm. 162, note C. LEBEL.

Cass. com., 2 oct. 2012, *Bull. civ.* IV, n° 177 : *Rev. proc. coll.* 2013, comm. 113, F. REILLE ; *RJDA* 2013, n° 55.

Cass. crim., 5 déc. 2012, *Bull. crim.* 2012, n° 271 : *Act. proc. coll.* 2013-2, comm. 28, obs. A. CERF ; *Dr. pénal* 2013, comm. 36, obs. R. SALOMON ; *LEDEN* 2013-1, p. 7, obs. J. LASSERRE-CAPDEVILLE ; *D.* 2012, p. 2958 ; *D.* 2012, p. 2958, obs. A. LIENHARD ; *Gaz. pal.* 1-4 mai 2013, p. 46, obs. C. ROBACZEWSKI.

Cass. com., 8 janv. 2013, *Bull.* 2013, IV, n° 2 : *BRDA* 3/13, n° 9, p.5 ; *D.* 2013, p. 173, note A. LIENHARD.

CA Colmar, 13 févr. 2013, n° 11/06108.

Cass. com., 14 mai 2013, *Bull. IV*, n° 81 : *JCP N* 2013, n° 22, act. 625 ; *JCP N* 2013, n° 40, 1235, note H. HOVASSE ; *JCP E* 2013, act. 408 ; *D.* 2013, p. 1270 ; *Dr. famille* 2013, comm. 135, note J.-R. BINET ; *RTD civ.* 2013, p. 527, obs. M.-H. MONSERIE-BON.

Cass. 1<sup>re</sup> civ., 29 mai 2013, *Bull. I*, n° 114 : *Dr. famille* 2013, comm. 119, B. B. BEIGNIER ; *Gaz. Pal.* 2013, n° 236, p. 33, obs. J. CASEY ; *Gaz. Pal.* 2013, n° 267, p. 31, obs. G. DUMONT.

CA Paris, 6 juin 2013, *Le Gefil*, n° 12/02945 : *CCC* 2013 comm. n° 219 obs. G. DECOCQ.

Cass. 3<sup>e</sup> civ., 15 oct. 2013, inédit, n° 12-23.618 : *Defrénois*, 2014, n° 3, p. 145, obs. D. KRAJESKI ; *RD rur.*, 2013, p. 418, comm. 227, obs. S. CREVEL ; *RD rur.*, 2014, n° 421, comm. 42, obs. J.-J. BARBIERI.

Cass. 2<sup>e</sup> civ., 5 déc. 2013, *Bull. civ. II*, n° 231 ; *BJS* 2014, p. 184, note F.-X. LUCAS ; *BJE* 2014, p. 78, note J.-P. SORTAIS ; *JCP E* 2014, n° 14, 1173, obs. Ph. PÉTEL ; *JCP G* 2014, 96, note Ph. ROUSSEL GALLE.

Cass. com., 21 janv. 2014, *Bull. civ. IV*, n° 16 : *JCP N* 2014, n° 6, act. 257 ; *JCP N* 2014, n° 27, 1242, obs. S. LE NORMAND-CAILLERE ; *Dr. sociétés* 2014, comm. 59, note R. MORTIER ; *JCP E* 2014, 1069, note A. COURET ; *D. rur.* 2014, comm. 132, note J. CAYRON.

Cass. com., 21 janv. 2014, *Bull. civ. IV*, n° 17 : *JCP E* 2014, p. 1515 ; *BJS* 2014, p. 250, note B. SAINTOURENS.

Cass. 1<sup>re</sup> civ., 12 févr. 2014, inédit, n° 12-29.297 : *Dr. famille* 2014, p. 35, M. FARGE.

Cass. com., 18 févr. 2014, inédit, n° 13-40071 : *LEDEN* avr. 2014, p. 4, n° 58, obs. T. FAVARIO ; *BJE* juill. 2014, n° 111f0, p. 237, obs. S. BENILSI.

Cass. com., 1<sup>er</sup> avr. 2014, *Bull. IV*, n° 65 : *D.* 2014, p. 869, obs. A. LIENHARD ; *Defrénois* 15 mars 2015, n° 119a1, p. 246, note F. VAUVILLE ; *Gaz. Pal.* 2014, n° 182, p. 31, note Ph. ROUSSEL GALLE ; *JCP E* 2014, p. 1346, note C. LEBEL ; *RTD com.* 2014, p. 695, A. MARTIN-SERF ; *BJS* 2014, p. 412, note B. BRIGNON.

Cass. 3<sup>e</sup> civ., 7 mai 2014, *Bull. civ. III*, n° 54 : *JCP N* 2014, n° 20, act. 608 ; *JCP N* 2014, n° 28, p. 1248, obs. J.-J. BARBIERI ; *Gaz. Pal.* 2014, n° 317, p. 18, obs. B. PEIGNOT et J.-B. MILLARD.

Cass. 1<sup>re</sup> civ., 9 juill. 2014, *Bull.* 2014, I, n° 128 : *JCP E* 2014, 1449, T. DOUVILLE ; *JCP G* 2014, 1012, A. ZELCEVIC-DUHAMEL ; *Dr. sociétés* 2014, comm. 160, R. MORTIER ; *BJS* 2014, n° 10, p. 367, note J.-F. BARBIERI ; *Defrénois* 2014, n° 19, p. 1020, obs. H. LECUYER ; *Gaz. Pal.* 2014, n° 273, p. 19, obs. M. LEROY ; *LPA* 12 mai 2015, p. 7, obs. N. MOULIGNER-BAUD ; *Rev. sociétés* 2015, p. 126, note E. NAUDIN.

Cass. 1<sup>re</sup> civ., 24 sept. 2014, n° 13-17593, inédit : *JCP N* 2014, n° 43, act. 1106 ; *Defrénois* 2014, chron. n° 118e6, spéc. n° 118h4, obs. P. CALLE.

Cass. 1<sup>re</sup> civ., 8 oct. 2014, *Bull. civ.* 2014, I, n° 161 : *Dr. sociétés* mars 2015, n° 3, comm. 43, obs. R. MORTIER ; *JCP G* 2015, n° 12, note G. CHAMPENOIS ; *AJ Fam.* nov. 2014, n° 11, note P. HILT ; *Defrénois* 2015, n° 2, A. RABREAU.

Cass. 1<sup>re</sup> civ., 8 oct. 2014, *Bull. civ.* 2014, I, n° 162 : *Gaz. Pal.* 3 févr. 2015 n° 34, p. 27, chron., G. DUMONT, M. LEROY et S. LEROND ; *Dr. sociétés* 2014, comm. 184, note H. HOVASSE ; *Dr. sociétés* 2015, p. 249, note E. NAUDIN.

Cass. 1<sup>re</sup> civ., 22 oct. 2014, *Bull.* I, n° 171 : *RLDA* 2015, p. 10, note D. BERT ; *D.* 2014, p. 2541, obs. T. CLAY ; *D.* 2015, p. 56, note B. DONDERO ; *JCP G* 2014, p. 1138, obs. B. LE BARS ; *Dr. sociétés* 2015, comm. 3, R. MORTIER ; chron. Cession de droits sociaux, *JCP E* 2015, p. 1186, spéc. n° 10, obs. M. CAFFIN-MOI.

Cass. 1<sup>re</sup> civ., 4 mars 2015, *Bull.* I, n° 50 : *RTD civ.* 2015, p. 690, B. VAREILLE, *Defrénois* 2016, n° 4, p. 17, G. CHAMPENOIS ; *LPA* 2017, n° 106, p. 11, G. YILDIRIM ; *Dr. Famille* 2015, comm. n° 102, p. 35, note B. BEIGNIER.

Cass. com., 10 mars 2015, *Bull.* 2015, IV, n° 47 : *JCP E* 2015, 1261, note B. DONDERO ; *Dr. sociétés* 2015, comm. 164, note R. MORTIER ; *BJS* 2015, p. 244, note I. PARACHKEVOVA.

Cass. com., 24 mars 2015, *Bull.* 2015, IV, n° 56 : *D.* 2015, p. 799, obs. A. LIENHARD ; *RD banc. et fin.* 2015, comm. 130, obs. S. PIEDELIEVRE ; *JCP E* 2015, 1245, note A. CERATI-GAUTHIER ; *Procédures* 2015, comm. 187, Ch. LAPORTE.

Cass. com., 2 juin 2015, *Bull.* IV, n° 94 : *JCP G* 2015, act. 723, obs. V. ORIF ; *JCP G* 2015, 888, note F. DUMONT, *D.* 2015, p. 1205, obs. A. LIENHARD ; *D.* 2015, p. 1970, obs. P.-M. LE CORRE ; *BJE* sept. 2015, p. 269, n° 112q1, éditorial P.-M. LE CORRE, et *BJE* sept. 2015, p. 313, n° 112q3, note A. DONNETTE-BOISSIERE ; *JCP E* 2015, 1422, n° 7, obs. P. PETEL, 1489, note C. LEBEL et 1522, note S. Le GAC-PECH ; *Act. proc. coll.* 2015-12, repère n° 184, repère F.-X. LUCAS ; *DPDE* juill. 2015, *Bull.* 372, p. 13, note L.-C. HENRY ; *Gaz. Pal.* 20 oct. 2015, n° 243y6, note I. ROHART-MESSAGER.

Cass. 1<sup>re</sup> civ., 10 juin 2015, n° 14-18.944 et 14-25.420 : *JCP N* 2015, 1219, obs. H. PERINET-MARQUET ; *RTD civ.* 2015, p. 672, obs. M. GRIMALDI.

Cass. com., 16 juin 2015, *Bull.* 2015, IV, n° 105 : *BJS* sept. 2015, n° 113x8, p. 458, note E. MOUIAL BASSILANA ; *D.* 2015, p. 1366, obs. A. LIENHARD ; *BJE* sept. 2015, n° 112r2, p. 282, note L. LEMESLE ; *Rev. sociétés* 2015, p. 545, obs. P. ROUSSEL-GALLE ; *JCP E* 2015, 1422, spéc. n° 1, obs. P. PETEL ; *Gaz. Pal.* 20 oct 2015, n° 243y5, p. 27 obs. F. REILLE.

Cass. 3<sup>e</sup> civ., 15 oct. 2015, inédit, n° 14-17.517 : *Dr. sociétés* 2016, comm. 3, note R. MORTIER ; *JCP E* 2016, 1217, n° 8, obs. M. BUCHBERGER.

Cass. 1<sup>re</sup> civ., 12 nov. 2015, *Bull.*, n° 839 : *RTD com.* 2016, p. 175, note D. LEGEAIS.

Cass. 1<sup>re</sup> civ., 13 janv. 2016, *Bull.* 2016, I, n°8 : *JCP N* 2016, n° 4, act. 208 ; *Dr. famille* 2016, comm. 62, M. NICOD ; *D. actu.* 26 janv. 2016, obs. R. MESA.

Cass. com., 2 nov. 2016, inédit, n° 15-13006 : *D.* 2016, p. 2278 ; *Rev. sociétés* 2017, p. 49, obs. P. PISONI ; *BJS* févr. 2017, n° 116a9, p. 143, E. MOUIAL-BASSILANA.

Cass. com., 15 nov. 2016, *Bull.* IV, n° 142 : *Act. proc. coll.* 2017, comm. 12, obs. V. LEGRAND ; *JCP N* 2017, 1043, note J.-L. PUYGAUTHIER ; *JCP G* 2017, 21, note A. DUMERY ; *RD banc. et fin.* 2017-1, comm.30, obs. S. PIEDELIEVRE ; *Gaz. Pal.* 2017, n° 2, p. 52, obs. P.-M. LE CORRE ; *Gaz. Pal.* 2017, n° 2, p. 69, obs. D. VOINOT ; *LPA* 26 janv. 2017, n° 19, p. 8, note D. DEBOST ; *D. actu* 17 nov. 2016, obs. A. LIENHARD ;

*LEDEN* 2016-11, p. 1, obs. F.-X. LUCAS ; *JCP E* 2017, 1164, n° 18, obs. P. PETEL ; *D. actu* 17 nov. 2016, obs. A. LIENHARD ; *RTD com.* 2017, p. 186, obs. A. MARTIN-SERF ; *Rev. Sociétés* 2017, p. 177, obs. P. ROUSSEL GALLE DEBOST ; *BJE* 2017-2, p. 107, note N. BORGA.

Cass. com., 31 janv. 2017, *Bull.* 2017, IV, n° 16 : *RD banc. et fin.* n° 2, Mars 2017, comm. 73, *D. LEGEAIS* ; *D.* 2017 p. 738, note D. HOUTCIEFF.

Cass. com., 22 févr. 2017, *Bull.* 2017, IV, n° 26 : *D.* 2017, 2119, obs. V. BREMOND ; *D.* 2017, 2176 obs. D. R. MARTIN et H. SYNDET ; *JCP G* 2017, 511, n° 9, obs. Ph. SIMLER ; *JCP N* 2017, 1201, note V. BOUCHARD ; *RJPF* 2017, 4/29, note J. DUBARRY ; *Deffrénois* 2017, n° 19, p. 31, obs. S. CABRILLAC ; *Deffrénois* 2018, n° 5, p. 28, obs. G. CHAMPENOIS.

Cass. 3<sup>e</sup> civ., 24 mai 2017, inédit, n° 16-13.434 : *RD rur.* 2018, n° 460, comm. 21, S. CREVEL ; *Gaz. Pal.* 2017, n° 39, page 32, B. PEIGNOT et J.-B. MILLARD.

Cass. 1<sup>re</sup> civ., 27 sept. 2017, *Bull.* 2017, I, 205 : *JCP N* 2018, n° 21-22, 1194, note Ch. LESBATS ; *D.* 2018. 641, obs. M. DOUCHY ; *AJ fam.* 2017. 592, obs. J. HOUSSEIER ; *RTD civ.* 2018. 84, obs. A.-M. LEROYER ; *Dr. fam.* 2017, n° 220, note J.-R. BINET ; *Gaz. Pal.* 2017. 3268, obs. T. DOUVILLE et L. MAUGER-VIELPEAU.

Cass. 1<sup>re</sup> civ., 29 nov. 2017, inédit, n° 16-29.056 : *JCP G* 2018, 554, M. STORCK ; *AJ fam.* 2018, p. 55, obs. N. LEVILLAIN ; *RTD civ.* 2018, p. 201, obs. B. VAREILLE.

Cass. 1<sup>re</sup> civ., 13 déc. 2017, inédit, n° 16-24.772 : *JCP G* 2018, 554, Ph. SIMLER.

Cass. com., 21 déc. 2017, *Bull.* 2017, III, n° 146 : *JCP E* 2018, 1077, note C. BARILLON ; *JCP G* 2018, 115, note J. KLEIN ; *Dr. sociétés* 2018, comm. 43, obs. H. HOVASSE ; *BJS* 2018, p. 74, note J.-F. BARBIERI ; *D.* 2018, p. 147, note A. COURET.

Cass. com., 7 févr. 2018, *Bull.* 2018, IV, n° 20 : *D. actu.*, 9 févr. 2018, obs. A. LIENHARD ; *LEDEN* mars 2018, n° 111k6, p. 5, obs. P. RUBELLIN ; *Dict. perm. entr. diff.*, 7 mars 2018, note P. ROUSSEL GALLE ; *LEDC* mars 2018, n° 111h0, p. 1, obs. N. LEBLOND ; *JCP G* 2018, 279, note J.-D. PELLIER ; *BJS* 2018, p. 226, note B. SAINTOURENS ; *Gaz. Pal.* 17 avr. 2018, n° 321n2, p. 51, F. REILLE.

Cass. 1<sup>re</sup> civ., 14 mars 2018, *Bull.* 2018, I, n° 48 : *JCP G* 2018. doct. 554, n° 2 obs. G. WIEDERKEHR ; *Deffrénois* 2018, n° 40, p. 31, obs. G. CHAMPENOIS ; *BJS* 2018, n° 118q2, p. 342, obs. N. PETERKA ; *Dr. famille* 2018, comm. 147, obs. C. BERTHIER ; *Dr. famille* 2018, comm. 152, obs. S. TORRICELLI-CHRIFI ; *Gaz. Pal.*, 2018, n° 29, p. 52, obs. O. VERGARA ; *Rev. sociétés*, 2019, p. 59, obs. E. NAUDIN ; *RTD civ.* 2018, p. 469, obs. B. VAREILLE.

Cass. 3<sup>e</sup> civ., 5 avr. 2018, inédit, n° 17-13.512 : *RD rur.* 2018, n° 464, comm. 96, S. CREVEL.

Cass. com., 16 mai 2018, *Bull.* 2018, IV, n° 56 : *D.* 2018, p. 1421, obs. D. SCHMIDT ; *Dr. sociétés* n° 8-9, 2018, comm. 142, obs. C. COUPET ; *JCP E* 2018, n° 28, p. 1374, obs. B. DONDERO ; *JCP G* 2018, act. 645, obs. C. BARRILLON ; *BJS* 2018, p. 422, obs. J.-F. BARBIÈRI.

Cass. com., 24 mai 2018, *Bull.* 2018, IV, n° 64 : *Act. proc. coll.* 2018, comm. 177, obs. P. CAGNOLI ; *LEDEN* juill. 2018, p. 1, obs. F.-X. LUCAS ; *BJS* juill. 2018, p. 430, note M.-H. MONSERIE-BON ; *Rev. proc. coll.* n° 6, 2018, comm. 202, A. MARTIN-SERF.

Cass. com., 5 sept. 2018, Bull. à paraître, n° 17-23.120 : *AJ fam.* 2018, 610, obs. S. THOURET ; *BJS* 2018, n° 12, p. 682, obs. E. NAUDIN ; *D.* 2018, 2292, note B. LOTTI ; *Gaz. Pal.* 2019, n° 1, p. 56, obs. S. FATHI ; *LPA* 2018, n° 216, p. 11, obs. V. LEGRAND ; *RTD civ.* 2018, p. 959, obs. M. NICOD.

Cass. 1<sup>re</sup> civ., 3 oct. 2018, Bull. à paraître, n° 16-19.619 : *Dr. famille* 2018, comm. 278, note S. TORRICELLI-CHRIFI ; *JCP N* 2018, n° 42, act. 810, obs. Ph. PIERRE ; *D.* 2018, p. 2474, obs. E. ROUSSEAU ; *Gaz. Pal.* 2019, p. 54, obs. P. PELTZMAN ; *RTD civ.* 2018, p. 957, obs. B. VAREILLE ; *AJ fam.* 2018, p. 621, obs. P. HILT.

Cass. 1<sup>re</sup> civ., 7 nov. 2018, inédit, n° 17-17.857 : *Defrénois* 2019, n° 6, p. 30, obs. P. CALLE ; *JCP G* 2019, n° 20, p. 554, obs. G. WIEDERKEHR.

Cass. 1<sup>re</sup> civ., 3 avr. 2019, Bull. à paraître, n° 18-15.177 : *LEDIU* 2019, n°6, p. 5, note J. BAZAILLE ; *LEDEN* 2019, n° 5, p. 4, note P. RUBELLIN ; *LPA*, 2019, n° 196, p. 12, obs. C. RIEUBERNET ; *Gaz. Pal.*, 2019, n° 25, p. 75, obs. L. ANTONINI-COCHIN ; *Dr. famille*, 2019, n° 6, comm. 127, obs. S. TORRICELLI-CHRIFI ; *JCP N*, 2019, n° 19, act. 406, obs. S. BERNARD ; *RTD Civ.*, 2019, p. 613, note W. DROSS.

Cass. com., 17 avr. 2019, Bull. à paraître, n° 18-14.250 : *D.* 2019, p. 1412, obs. J.-J. LEMOULAND et D. NOGUERO ; *AJ fam.* 2019, 414, obs. V. MONTOURCY ; *JCP G* 2019, n° 23, p. 593, note G. RAOUL-CORMEIL ; *JCP N* 2019, 1237, note N. PETERKA ; *RTD Civ.* 2019, n° 3, p. 55, note A.-M. LEROYER.

Cass. 1<sup>re</sup> civ., 22 mai 2019, Bull. à paraître, n° 18-16.666 : *D.*, 2019, 1643, note E. ROUSSEAU ; *AJ fam.* 2019, 413, obs. N. LEVILLAIN ; *Defrénois* 2019, n° 40 p. 27, note M. SOULIE ; *Dr. famille* 2019, comm. 178, obs. S. TORRICELLI-CHRIFI ; *JCP G* 2019, n° 27, p. 730, obs. N. KILGUS ; *LEDIU*, n° 7, p. 5 S. LAMBERT ; *LEFP* 2019, n° 7, p. 4, obs. L. MAUGER-VIELPEAU ; *RTD civ.* 2019, p. 641, obs. B. VAREILLE.

Cass. com., 13 juin 2019, Bull. à paraître, n° 17-24.587 : *D.* 2019, p. 1278, obs. A. LIENHARD ; *JCP G* 2019, n° 43, doct. 1099, obs. H. BOSSE-PLATIERE ; *Rev. sociétés* 2019, p. 555, obs. F. REILLE ; *LEDEN*, sept. 2019, n° 8, p. 1, obs. F.-X. LUCAS.

Cass. 3<sup>e</sup> civ., 27 juin 2019, Bull. à paraître, n° 18-17.662 : *RTD Com.* 2019, 711, obs. M.-H. MONSÉRIÉ-BON ; *AJ fam.* 2019, 537, obs. J. CASEY ; *RTD com.* 2019, 672, obs. A. LECOURT ; *JCP E* 2019, n° 42, 1467, obs. R. MORTIER ; *Dr. sociétés*, 2019, n° 8-9, comm. 143, obs. H. HOVASSE ; *BJS* 2019, n° 10, p. 22, obs. J. HEINICH ; *LEDC*, 2019, n° 8, p. 7, obs. J.-F. HAMELIN.

Cass. com., 10 juillet 2019, Bull. à paraître, n° 18-16.867 : *BJE* 2019, n° 6, p. 21, obs. C. LISANTI ; *Defrénois* 2020, n° 6, p. 31, obs. F. VAUVILLE ; *Gaz. Pal.* 2019, n° 35, p. 65, obs. L. ANTONINI-COCHIN ; *AJ fam.* 2019, p. 530, J. CASEY ; *Rev. proc. coll.* 2019, étude 14, spé. n° 4, F. PETIT ; *Act. proc. coll.* 2019, repère 221, P. ROUSSEL GALLE.

Cass. 1<sup>re</sup> civ., 11 juill. 2019, inédit, n° 18-20.235 : *AJ fam.*, 2019, p. 542, obs. N. LEVILLAIN ; *D.*, 2019, p. 2216, obs. S. GODECHOT-PATRIS et Cl. GRARE-DIDIER ; *JCP G*, 2019, n° 47, doct. 1202, obs. Ph. SIMLER.

Cass., 1<sup>re</sup> civ., 3 oct. 2019, Bull. à paraître, n° 18-20.430 : *JCP G* 2019, n° 49, 1254 note Fr. SAUVAGE ; *JCP G* 2019, doct. 1202, n° 13, obs. A. TISSERAND-MARTIN ; *JCP N* 2019,

n° 42, act. 812 obs. S. BERNARD ; *Gaz. Pal.* 2019, n° 41, p. 60, obs. S. DEVILLE ; *LPA* 2020, n° 60, p. 13, obs. P.-L. NIEL.

Cass. 1<sup>re</sup> civ., 3 oct. 2019, inédit, n° 18-22.945 : *Dr. famille* 2019, comm. 257, M. FARGE ; *Deffrénois flash* n° 42-2019, p. 5, 152z6 ; *JCP G* 2019, n° 47, doct. 1202, obs. G. WIEDERKEHR.

Cass. com., 16 oct. 2019, inédit, n° 17-18.494 : *BJS* 2020, n° 1, p. 34, obs. Cl. BARRILLON ; *Dr. sociétés*, 2020, n° 1, comm. 2, comm. R. MORTIER ; *JCP E*, 2020, n° 23, 1215, obs. M. BUCHBERGER ; *Rev. sociétés*, 2020, p. 175, comm. N. JULLIAN.

Cass. 1<sup>re</sup> civ., 18 déc. 2019, Bull. à paraître, n° 18-26.337 : *Deffrénois* 2019, n° 48, p. 27, comm. G. CHAMPENOIS ; *Dr. famille* 2020, n° 3, comm. 44, comm. S. TORRICELLI-CHRIFI ; *JCP G* 2020, n° 9, 225, note J.-R. BINET ; *JCP N* 2020, n° 1-2, act. 116, obs. A. KARM.

## 7 - Rapports

(Classement par ordre chronologique)

VON OVERBECK (A.-E.), Rapport explicatif sur la Convention-Régimes matrimoniaux de 1978, Actes et Documents de la treizième session 1976, t. 2, régimes matrimoniaux, p. 328 s.

CHARTIER (Y.), Rapport dans le bulletin d'information n° 402 du 15 mars 1995 de la Cass., sur ass. plén. 23 déc. 1994.

Rapport de l'Assemblée Nationale n° 1038, fait au nom de la commission d'enquête sur l'activité et le fonctionnement des tribunaux de commerce, t. 1, rédigé par M. A. MONTEBOURG, déposé le 2 juillet 1998.

Travaux préparatoires de la loi du 1<sup>er</sup> août 2003 pour l'initiative économique, rapport du Sénat n° 217 (2002-2003) rédigé par M. J.-J. HYEST, Mme A. BOCANDE et M. R. TREGOUËT.

Travaux préparatoires de la loi n° 2005-882 du 2 août 2005 en faveur des petites et moyennes entreprises, rapport du Sénat n° 333 (2004-2005) rédigé par M. G. CORNU.

Travaux préparatoires de la loi du 23 juin 2006 portant réforme des successions et des libéralités, rapport du Sénat n° 343, fait au nom au nom de la Commission des lois constitutionnelles, de la législation, du suffrage universel, du règlement et d'administration générale, t. 2, rédigé par H. DE RICHEMONT.

Travaux préparatoires de la loi du 5 mars 2007 portant réforme de la protection juridique des majeurs :

- rapport de l'Assemblée Nationale n° 3557 rédigé par M. E. BLESSIG, déposé le 10 janvier 2007.

- rapport du Sénat n° 2012 (2006-2007) rédigé par M. H. DE RICHEMONT, déposé le 7 février 2007.

Travaux préparatoires de la loi du 15 juin 2010 instaurant l'EIRL, rapport du Sénat n° 362 (2009-2010) rédigé par M. J.-J. HYEST, déposé le 24 mars 2010.

Agreste, La statistique agricole, Le statut juridique des exploitations agricoles : évolutions 1970-2010, *Les Dossiers* n° 20, juin 2014, p. 8.

Travaux préparatoires de la loi du 22 mai 2019 relative à la croissance et à la transformation des entreprises, rapport de l'Assemblée Nationale n° 1761 rédigé par M. J.-N. BARROT, déposé le 7 mars 2019.



## Index

Les numéros renvoient aux pages.

### A

#### **Accroissements de l'entreprise commerciale**, 80 à 84

#### **Accroissements de l'exploitation agricole**, 84 à 89

#### **Agrément pour la cession des droits sociaux**

- acte de disposition, 114
- attribution préférentielle, 244
- généralités, 29
- obstacle au droit de préemption du coïndivisaire, 121, 159
- revendication de la qualité d'associé par le conjoint, 172, 184, 185
- SA, 453 à 456
- SARL, 29, 449 à 453
- SCA, 453 à 456
- société civile, 447 à 449

#### **Apport à la communauté**, 293, 294

#### **Apport à une société d'acquets**, 295 à 297

#### **Apport en industrie**, 60 à 63, 78

#### **Apport en nature**

- apport effectué par le mandataire de protection future, 345
- dispense d'autorisation du contrôle des structures (exploitation agricole), 432
- dispense du droit de préemption (exploitation agricole), 442
- EIRL, 386, 387
- emploi de biens communs, 172, 173, **181 à 187**, 197, 202, 214, 225, 227, 270, 282
- emploi de biens propres ou de biens personnels, 121
- évaluation, 386, 387
- logement de la famille, 96, 128, 129

- qualification des droits sociaux reçus, 89 à 91

- SCI, 375 à 377, 379, 380

#### **Apport en numéraire**

- emploi de biens communs, 172, 173, 183 à 187
- GFA et GFR, 434
- qualification des droits sociaux reçus, 55 à 60, 78
- SCI, 378

#### **Apport en société**

- définition, 56
- insuffisance des apports, 390
- reprise des apports, 114
- responsabilité limitée de l'associé, 30, 32, 380, 384, 420, 426

#### **Ascendants** *V. entourage familial*

#### **Assemblée générale de société**

- contrôle de l'activité du dirigeant, 360
- distribution des bénéfices, 67, 69, 279, 280
- représentation de l'indivision par un mandataire, 111 à 115
- représentation par le conjoint, 457 à 459, 487
- représentation par le mandataire de protection future, 340, 345, 362

#### **Attribution préférentielle**, 239, **243 à 246**, 258, 292, 303, 304

#### **Autorisation judiciaire**

- indivision, 114
- mandat de protection future, 343 à 354, 366
- régime primaire, 266 à 272, 343, 348, 358

#### **Aval**, 147, 271, 418 à 421

#### **Avantage matrimonial**

- loi applicable, 319
- notion, 291, 301, 308
- révocation, 25, 291 à 295, 301 à 303, 305 à 308, 312, 313, 367

## **Avantage remis en cause dans le cadre d'une procédure collective, 414 à 417**

### **B**

#### **Bail commercial**

- attribution préférentielle, 244
- cession, 104 à 106, 195
- cogestion, 201, 202, 269
- cogestion (participation du conjoint), 103, 218 à 220, 271
- cotitularité, 438
- élément du fonds de commerce, 75, 77, 79
- mandat de protection future, 345
- qualification, 79

#### **Bail rural**

- attribution préférentielle, 244
- cession dans le cadre familial, 436, 437
- cogestion, 102, 201, 202, 269
- cogestion (participation du conjoint), 213 à 220, 271
- cotitularité, 437, 438, 487
- droit de préemption du preneur, 440 à 446, 487
- généralités, 436
- mandat de protection future, 345
- qualification, 166 à 168
- renouvellement dans le cadre familial, 439, 440

#### **Banqueroute, 409, 410, 413**

#### **Biens communs**

- acquêts provenant de l'industrie personnelle, 52 à 63
- apport à la communauté, 293, 294
- audition du conjoint, 187 à 193
- biens réservés, 20
- clause d'administration conjointe, 98, 99, 193
- clause de prélèvement moyennant indemnité, 303
- cogestion, 105, 190, **194 à 212**, 329
- cogestion (participation du conjoint), 103, 104, 218, 219
- détournement d'actifs du débiteur, 411

- droit de poursuite, 19, **136 à 141, 144 à 156**, 233 à 235, 385, 394
- droit de poursuite, procédure collective, 141 à 144
- droit de préemption du preneur à bail rural, 444
- faute dans la gestion, 101, 153, 177, **281 à 285**
- fraude dans la gestion, 152, 153, 285
- fruits et revenus des propres, 63 à 71
- gestion concurrente, 65, **97 à 106**, 140, 157, 159, 164, 175, 177, 189, 191, 194, 198, 231, 232, 276, 277, 281, 394
- gestion exclusive, 18, 98, 103 à 105, **173 à 178**, 229
- gestion par le conjoint *in bonis*, 230 à 233
- information sur les risques subis, 180 à 183
- interdiction de reprendre l'entreprise cédée, 425
- mandat de protection future, 343, 348, 352
- mesures de crise, 266 à 278
- présomption d'acquêt, 71 à 79
- présomption de pouvoir mobilière, 122 à 124
- récompense, 309 à 312
- revendication de la qualité d'associé par le conjoint, 172, 183 à 187, 225, 227

#### **Biens personnels** (régime de la séparation de biens)

- gestion exclusive, 96, 121, 137
- mesures de crise, 273
- modification de la charge des dettes professionnelles, 249, 250, 252
- présomption de pouvoir mobilière, 122
- présomption mucienne, 235, 236
- société d'acquêts, 99

#### **Biens propres**

- Ancien droit, 18
- apport à la communauté, 293
- caractère personnel, 165, 166
- distinction du titre et de la finance, 168 à 173

- droit de poursuite, 136, 137, 139 à 145, 149, 153, 177, 207, 228
- droit de poursuite, procédure collective, 235, 236
- droit de préemption du preneur à bail rural, 444
- fruits et revenus, 63
- gestion exclusive, 20, 98, 121, 394
- mandat de protection future, 343
- mesures de crise, 272, 274, 278, 279
- par accessoire, 79 à 89
- par subrogation, 89 à 92
- présomption de pouvoir mobilière, 122
- procédure d'emploi, 55
- stipulation de propre, 289 à 293, 302

## C

### Cautionnement

- conventions interdites, 418 à 422
- EIRL, 387, 388
- mandat de protection future, 356
- modification de la charge des sûretés professionnelles, 250 à 253, 255
- pouvoir d'engager la communauté, 145 à 152, 155, 157, 271

### Cautionnement réel, 148, 203

### Cessation des paiements, 372, 378, 400, 407, 408

### Cession

- bail commercial, 104 à 106, 195, 212, 219
- bail rural, 167, 196, 213 à 215, 271, 436, 437, 487
- biens, procédure collective, 188, 190
- droits indivis, 108, 109
- droits sociaux, 29, **101, 120**, 206, 207, 225, 433, 442, **446 à 456**
- droits sociaux, impossibilité de céder le droit au bail rural, 436
- droits sociaux, logement de la famille, 129, 130, 135
- entreprise, 423 à 426
- exploitation agricole, 433
- fonds de commerce, 102, 195, 196, 197, 269, 270, 271, 345

### Changement de régime matrimonial,

22, 109, **288**, 306, 330 à 332, 335, 337, 396

### Clause alsacienne *V. clause de reprise des apports*

### Clause commerciale *V. clause de prélèvement moyennant indemnité*

### Clause d'administration conjointe de la communauté, 98, 99, 154, 155, 194

### Clause de prélèvement moyennant indemnité, 303 à 308, 397

### Clause de reprise des apports, 294, 295

### Clientèle agricole/commerciale

- accroissements de l'entreprise commerciale, 81 à 84
- accroissements de l'exploitation agricole, 88
- cession d'éléments isolés du fonds de commerce, 196
- cession du bail commercial, 105
- création et cession du fonds de commerce, 75 à 77
- élément du fonds de commerce, 75

### Clientèle civile, 168 à 170, 173, 290

### Cogestion

- biens communs, 98, 100, 102, 105, 148, 171, 176, 182, 183, 189, **194 à 212**, 233, 282, 289, 329, 343, 348, 352, 388
- biens communs, mesures de crise, 269 à 271, 277
- logement de la famille, 124 à 134
- participation du conjoint à l'entreprise, 102 à 104, 176, **213 à 220**, 487
- participation du conjoint à l'entreprise, mesures de crise, 271, 272

### Collatéraux *V. entourage familial*

### Communauté conventionnelle *V. également communauté universelle*

- aménagement des créances entre époux, 309, 313 à 318
- aménagement des récompenses, 309 à 313
- apport à la communauté, 293, 294
- clause d'administration conjointe de la communauté, 98, 99, 194

- clause de prélèvement moyennant indemnité, 303 à 308
- communauté de meubles et acquêts, 415
- dérogation à la présomption d'acquêt, 78
- devoir de conseil du notaire, 403
- généralités, 22
- pouvoir de passer un acte, 267
- stipulation de propre, 289 à 293, 302

### **Communauté universelle**, 22, 293, 415

#### **Concubin**

- autorisation judiciaire de passer un acte, 269
- avantages remis en cause dans le cadre d'une procédure collective, 417
- concubins membres d'un GAEC, 226
- conventions interdites, 421
- détournement d'actifs du débiteur, 408, 409
- généralités, 26, 27, 40
- infraction connexe à la banqueroute, 410
- mandat de protection future, 340
- partenaires membres d'un GAEC, 469
- réunion à l'actif des biens dans le cadre de la procédure collective, 236
- salaire différé, 478, 481, 482, 486
- statuts du conjoint du chef d'entreprise, 473, 475, 486 à 488

#### **Conjoint associé**

- cogestion, 103, 218
- conditions du statut, 468, 469, 474, 486
- généralités, 466, 467, 483, 485

#### **Conjoint coexploitant**

- absence de profession séparée, 176
- cogestion, 104
- conditions du statut, 469
- généralités, 466, 467, 469, 471, 485
- présomption de mandat, 470, 471, 486

#### **Conjoint collaborateur**

- cogestion, 103, 216, 218
- conditions du statut, 312, 471 à 475, 486

- dettes, 140
- généralités, 466, 467, 483, 485, 486
- présomption de mandat, 140, 357, 359, 474, 475
- profession séparée de l'autre époux, 104, 175
- salaire différé, 471, 476 à 483, 489

#### **Conjoint salarié**

- cogestion, 103, 218
- conditions du statut, 467, 468, 474
- dettes, 140
- généralités, 466, 467, 483, 485
- profession séparée de l'autre époux, 104, 175

#### **Contrat de mariage**, 18, 22, 78, 98, 288, 293, 294, 302, 305, 306, 314, 319, 321, 322, 323, 326, 330, 331, 414, 416, 417

#### **Conventions interdites**, 418, 419, 421, 422

#### **Créance entre époux**, 308, 309, 313 à 318

## **D**

#### **Décès**

- action en retranchement, 308, 319
- attribution préférentielle, 304
- clause de prélèvement moyennant indemnité, 304, 305
- clause de reprise des apports, 294
- exclusion des aspects successoraux, 42, 43
- fiducie, 373, 374, 383
- insaisissabilité, 396
- mandat de protection future, 365
- preneur à bail rural, 167
- salaire différé du conjoint, 477, 479 à 481
- stipulation de propre, 292

#### **Déclaration d'insaisissabilité V. insaisissabilité**

#### **Descendants V. entourage familial**

#### **Détournement d'actifs du débiteur**, 408 à 412

#### **Dirigeant social**

- agrément, 448
- banqueroute, 409
- cautionnement, 156, 252

- conventions interdites, 418 à 422
- faute de gestion, 284, 369
- fraude dans la gestion de la communauté, 285
- généralités, 29, 41
- interdiction de reprendre l'entreprise cédée, 423, 424
- logement de la famille, 135
- mandat de protection future, 338, 341, 352 à 356, 360, 363, 364
- pouvoirs, 226
- pouvoirs, logement de la famille, 130, 131, 133
- recours aux procédures collectives, 39
- SCI, 376
- statuts du conjoint du chef d'entreprise, 474, 475
- Dissolution du régime matrimonial**
  - clause de prélèvement moyennant indemnité, 303, 304
  - clause de reprise des apports, 294
  - conservation des instruments de travail, 165
  - indivision, 295
  - insaisissabilité, 396 à 398
  - loi applicable au régime, 327, 329, 330
  - modification de la charge des dettes professionnelles, 249
  - participation aux acquêts, 297 à 299
  - revendication par le conjoint de la qualité d'associé, 184
  - révocation des avantages matrimoniaux, 291, 292, 300, 302, 303, 306, 307, 312
  - vente de biens indivis, 187
- Dividendes, 66 à 71**, 78, 92, 100, 119, 120, 280
- Divorce**
  - aménagements de la prestation compensatoire, 300
  - clause de prélèvement moyennant indemnité, 303 à 305
  - clause de reprise des apports, 294
  - généralités, 24 à 26
  - loi applicable, 337
  - modification de la charge des dettes professionnelles, 247 à 258
  - modification des règles du partage, 239 à 246, 258
  - prestation compensatoire, 459 à 466
  - revendication par le conjoint de la qualité d'associé, 184
  - révocation des avantages matrimoniaux, 291, 292, 294, 295, 300 à 303, 305 à 308, 312, 313, 317, 318, 367, 416
  - Droit de poursuite**, 28, **136 à 156**, 231, 232, **233 à 237**, 238, 247 à 250
  - Droit de préemption de la SAFER**, 431, 433, 434, 444
  - Droit de préemption du coïndivisaire**, 109, 120, 121
  - Droit de préemption du preneur à bail rural**, 440 à 446, 487
  - Droits sociaux**
    - acquisition par la SAFER, 433
    - attribution préférentielle, 244
    - bénéfiques, 66 à 71, 228, 279
    - cession, 120, 129, 130, 135, 206, 207, 436
    - cession entre époux, 225, 433, 436
    - droit de préemption de la SAFER, 433, 434
    - droit de préemption du preneur à bail rural, 442
    - faute dans la gestion de la communauté, 282 à 284
    - fiducie, 382
    - garantie de passif, 206
    - généralités, 50, 51
    - indivision, 110 à 121
    - interdiction de céder le bail rural, 436
    - interdiction de reprendre l'entreprise cédée, 424
    - logement de la famille, 129, 130, 132, 135
    - loi applicable, 323, 338
    - maintien dans l'indivision, 242
    - mandat de protection future, 340, 351
    - mesures de crise, 274, 280
    - obtention en contrepartie d'un apport en industrie, 60 à 63

- obtention en contrepartie d'un apport en numéraire, 55 à 60
- obtention en contrepartie d'un apport en nature, 89 à 91
- présomption d'acquêt, 73, 74
- stipulation de propre, 289

#### **Droits sociaux négociables**, 196, 207

- agrément, 453 à 456
- cession entre époux, 453 à 456
- cogestion, 204
- convention de portage, 206
- généralités, 30
- gestion concurrente, 100, 101
- libération des apports, 57, 59
- mesures de crise, 275
- qualification, 51
- représentation aux assemblées générales, 458, 459

#### **Droits sociaux non négociables**

- agrément, 447 à 453
- cession entre époux, 447 à 453
- cogestion, 100, 190, **195, 196**, 207, 209, 219, 343
- dispense de déclaration préalable au contrôle des structures (exploitation agricole), 432
- distinction du titre et de la finance, 51, 171 à 173
- droit de poursuite, 139, 150, 154
- généralités, 29
- libération des apports, 58, 59
- mandat de protection future, 352
- mesures de crise, 269
- représentation aux assemblées générales, 457, 458
- revendication de la qualité d'associé par le conjoint, 172, 173, 183 à 187, 227, 228, 258, 468
- SCI, 376

#### **Droits successoraux du conjoint survivant**, 320, 480, 481, 483

### **E**

#### **EIRL**

- affectation de biens communs, 180, 182, 197 à 199, 210 à 212, 270

- détournement d'actifs du débiteur, 410
- généralités, 33, 34, 221
- interdiction de reprendre l'entreprise cédée, 423, 424
- ouverture aux agriculteurs, 34, 35
- protection contre le risque, 381, 383 à 393, 400

#### **Emploi** (procédure), 55, 57, 74, 89, 426

#### **Emprunt**

- conventions interdites, 418
- droit de poursuite dans le cadre des procédures collectives, 142
- gestion des droits sociaux indivis, 114
- pouvoir d'engager la communauté, 145, 146, 150, 151, 157, 271
- prêt, comparaison avec l'apport en numéraire, 56
- solidarité ménagère, 140

#### **Entourage familial**

- agrément à la cession des droits sociaux, 447 à 456
- bail rural, 167, 436 à 445
- conventions interdites, 418, 420, 421, 422
- définition, 405
- détournement d'actifs du débiteur, 408 à 414
- facilité d'installation (exploitation agricole), 430 à 434
- généralités, 429, 490
- interdiction de reprendre l'entreprise cédée, 423 à 426
- stabilité de l'exploitation agricole, 434 à 446

#### **EURL**, 32, 282, 283, 384

#### **Extension de la procédure collective**

- EIRL, 388, 389
- SCI, 378, 379

### **F**

#### **Famille V. entourage familial**

#### **Faute dans la gestion de la**

- communauté**, 101, 153, 177, **281 à 285**

**Faute de gestion du dirigeant**, 369, 390, 391

**Fermage** *V. bail rural*

**Fiducie**

- protection contre le risque, 370 à 374, 380 à 383, 400
- transfert d'un bien commun, **204 à 210**, 269, 270
- transfert d'un bien du mandant de protection future, 354, 355, 358

**Fonds de commerce**

- accroissements, 80 à 84
- cogestion pour les actes graves, 102, 105, 189, **195, 196**, 197, 199, 208, **218 à 220**, 343
- cogestion pour les actes graves, mesures de crise, 269 à 271, 277
- création ou acquisition pendant le mariage, 62, 74 à 79, 92
- droit de poursuite, 139, 140, 155
- éléments isolés, 104 à 106, 165, 166
- faute dans la gestion, 282, 283
- gestion par le mandataire de protection future, 345, 352
- location-gérance, 102 à 104
- notion, 75, 76

**Fraude**

- gestion de la communauté, 152, 153, 177, 275, 277, 285, 291
- insaisissabilité, 395
- interdiction de reprendre l'entreprise cédée, 424, 425
- mesures de crise, 275, 277
- procédures collectives, avantages, 416 à 418
- procédures collectives, biens du conjoint *in bonis*, 237
- procédures collectives, EIRL, 386, 389
- procédures collectives, fiducie, 372
- procédures collectives, SCI, 376
- protection du logement de la famille, 128

**Fruits**, 49, 52, **63 à 71**, 78, 92, 108, 120, 280

**G**

**GAEC**, 33, 172, 226, 429, 468

**Garantie autonome**, 148, 149, 271

**Gérant social**

- agrément, 448
- conventions interdites, 419
- généralités, 29
- pouvoirs, 226
- recours aux procédures collectives, 39
- SCI, 376
- statuts du conjoint du chef d'entreprise, 474, 475

**Gestion concurrente**, 65, **97 à 106**, 140, 157, 159, 164, 175, 177, 189, 191, 194, 198, 231, 232, 276, 277, 281, 394

**Gestion exclusive**

- biens communs professionnels, 98, 101 à 105, 140, 170, **174 à 178**, 189, 196 à 198, 212, 227, 230, **232, 233**, 268, 269, 273, 277, 279, 281, 289, 292
- biens propres ou personnels, 121, 137, **164 à 173**, 289, 292, 343, 394
- droit antérieur, 18, 229

**GFA**, 33, 433 à 435

**GFR**, 33, 433 à 435

**H**

**Habilitation judiciaire**, 269, 271, **272 à 274**, 276, 343, 344, 348, 351, 358

**Hypothèque** *V. sûreté réelle*

**I**

**Incapacité juridique de la femme mariée**, 17 à 19, 97, 163

**Indivision**

- divorce, 239 à 246, 258
- droit de préemption du coindivisaire, 109, 110
- gestion des biens, 106 à 109
- gestion des droits sociaux, 110 à 121
- indivision post-communautaire, 97, 238, 282
- logement de la famille, 125, 127, 128
- mesures de crise, 269, 273, 275
- origine, 238

- présomption d'indivision, 73

- séparation de biens, 295, 296

**Industrie personnelle**, 28, 52 à 54, **60 à 63**, 88, 170, **310 à 312, 316, 317**, 368

**Insaisissabilité**, 33, 34, 135, 156, 375, **393 à 400**

**Interposition de personne**

- conventions interdites, 420, 421

- interdiction de reprendre l'entreprise cédée, 424

- réunion à l'actif des biens du conjoint dans le cadre de la procédure collective, 236

## L

**Libéralité**

- action en retranchement, 319

- apport d'un bien à une société d'acquêts, 296

- autorisation judiciaire, 346, 347, 356

- clause d'entrée en communauté, 54

- cogestion, 203, 204

- contrat de société, 225

- créance entre époux, 316 à 318

- dette personnelle, 136

- droit de préemption de la SAFER, 434

- droit de préemption du preneur à bail rural, 442

- droits sociaux, 447

- participation aux acquêts, 299

- procédure collective, 415, 418

- SCI, 379

- séparation de biens, 296

**Liquidation judiciaire**

- accord du conjoint pour la vente du logement de la famille, 126, 127

- audition du conjoint pour la vente de biens communs, 187 à 193

- déclaration de créance, 143, 459 à 462, 464, 465

- détournement d'actifs du débiteur, 408 à 414

- domaine, 38, 39, 407

- droit de préemption du preneur à bail rural, 441

- EIRL, 386, 388, 389

- Extension de procédure, 378, 379, 389

- faillite personnelle, 391 à 393

- fiducie, 372, 373, 383, 383

- gestion des biens communs par le conjoint *in bonis*, 230 à 233

- insaisissabilité, 398 à 400

- interdiction de reprendre l'entreprise cédée, 423 à 426

- période suspecte, 372, 377, 378, 388, 400, 418

- poursuites sur les biens communs, 141 à 144, 157, 233 à 234

- prestation compensatoire, 459 à 466

- remise en cause des avantages, 414 à 417

- responsabilité pour insuffisance d'actif, 390, 391

- réunion à l'actif des biens acquis par le conjoint *in bonis*, 235 à 238

- SCI, 377 à 379

- suspension des poursuites, 141 à 144

**Logement de la famille**, **124 à 135**, 156, 157, 217, 320, 348, 393

**Logement du mandant de protection future**, 346 à 349

## M

**Maintien judiciaire dans l'indivision**, **239 à 244**, 246, 258

**Mandat de gestion des biens indivis**, 107, 108, **111 à 115**, 119

**Mandat de protection future**, **267, 286 à 367**, 490

**Mandat de représentation aux assemblées générales de sociétés**, 362, 458, 459

**Mandat du conjoint du chef d'entreprise** *V. présomption de mandat du conjoint du chef d'entreprise*

**Mandat social** *V. dirigeant social*

**Marchande publique**, 19, 20, 163

## N

**Nantissement** *V. sûreté réelle*

## O

**Office ministériel, 168 à 170, 173, 290**

## P

**PACS V. partenaire de PACS**

**Partage, 127, 128, 165, 169, 238 à 246, 254, 296, 306, 307, 398, 478, 483**

**Partenaire de PACS**

- autorisation judiciaire de passer un acte, 269
- avantages remis en cause dans le cadre d'une procédure collective, 417
- bail rural, 167, 215, 436, 437, 439, 440, 443 à 445
- conventions interdites, 421
- créance entre partenaires, 315
- détournement d'actifs du débiteur, 409, 410
- dispense d'autorisation du contrôle des structures (exploitation agricole), 432
- exception au droit de préemption de la SAFER, 434
- généralités, 26, 27, 40
- infraction connexe à la banqueroute, 410
- mandat de protection future, 340
- partenaires membres d'un GAEC, 226, 469
- régimes du GFA et du GFR, 435
- représentation aux assemblées générales de sociétés, 458
- réunion à l'actif des biens dans le cadre de la procédure collective, 236
- salaire différé, 478, 481, 482, 486
- statuts du conjoint du chef d'entreprise, 473, 475, 486, 487

**Participation aux acquêts, 23, 95, 136, 155, 291 à 303, 309, 311, 368, 396, 478**

**Période suspecte**

- déclaration notariée d'insaisissabilité, 400
- EIRL, 388
- fiducie, 372
- libéralités, 418

- SCI, 377, 378

**Présomption d'acquêt**

- caractère réfragable, 73
- droit de poursuite, 136, 138
- droits sociaux, 57
- fonds de commerce, 74 à 79
- parts sociales, 186
- utilité, 71 à 73

**Présomption d'indivision, 73, 106, 109**

**Présomption de mandat du conjoint du chef d'entreprise, 140, 357, 359, 470, 471, 475, 476, 486**

**Présomption de pouvoir mobilière, 100, 121 à 124, 156, 157**

**Présomption mucienne, 235, 416**

**Prestation compensatoire**

- cas de divorce, 25, 307
- charge des dettes professionnelles, 254, 256, 257
- collaboration du conjoint, 478
- finalité, 23, 25
- loi applicable, 320
- participation aux acquêts, 300
- procédures collectives, 459 à 465, 487

**Prêt V. emprunt**

**Procédures collectives V. sauvegarde judiciaire, redressement judiciaire et liquidation judiciaire**

**Profession séparée, 20, 98, 101, 103, 104, 140, 163, 173, 175, 176, 178, 186, 189, 194, 196, 198, 232, 268, 273, 277**

## R

**Récompense, 309**

- absence de récompense, 293, 299, 316
- acquisition de biens, 55, 62, 78, 82, 165, 169 à 171, 296
- amélioration de biens, 290
- aménagements conventionnels, 296, 308 à 313
- indemnité pour faute de gestion, 285
- stipulation de propre, 291, 292

**Redressement judiciaire**

- accord du conjoint pour la vente du logement de la famille, 126, 127

- audition du conjoint pour la vente de biens communs, 187 à 193
- déclaration de créance, 143, 459 à 462, 464, 465
- détournement d'actifs du débiteur, 408 à 414
- domaine, 38, 39, 407
- EIRL, 386, 388, 389
- extension de procédure, 378, 379, 389
- fiducie, 372, 373, 382, 383
- gestion des biens communs par le conjoint *in bonis*, 230 à 233
- insaisissabilité, 398 à 400
- interdiction de reprendre l'entreprise cédée, 423 à 426
- période suspecte, 372, 377, 378, 388, 400, 418
- poursuites sur les biens communs, 141 à 144, 157, 233 à 235
- prestation compensatoire, 459 à 466
- remise en cause des avantages, 414 à 417
- réunion à l'actif des biens acquis par le conjoint *in bonis*, 235 à 238
- SCI, 377 à 379
- suspension des poursuites, 141 à 144

**Régime primaire impératif, 21, 22, 214, 121 à 136, 265 à 275, 319, 320, 343, 344, 348, 358**

**Remploi, 55, 57, 89 à 92, 426**

## S

### SA

- agrément, 453 à 455
- conventions interdites, 419, 422
- garantie de passif, 207
- généralités, 30
- logement de la famille, 130
- représentation aux assemblées générales, 458
- représentation aux assemblées générales (indivision), 111
- représentation de l'associé par le mandataire de protection future, 362
- SEL, 31

- société commerciale par la forme, 355

**SAFER V. droit de préemption de la SAFER**

**Salaire différé du conjoint, 472, 477 à 486, 490**

### Salaires

- biens acquis sans emploi des salaires, 60 à 62
- conjoint *in bonis*, 234, 235
- droit de poursuite, 137 à 140, 145, 155, 177
- droit de poursuite, conjoint *in bonis*, 233
- emploi pour acquérir des biens communs, 20, 52, 55, 60
- libre disposition, 163
- qualification, 53, 54

### SARL

- agrément, 449 à 455
- apport en industrie, 60
- apports en nature, 387
- conventions interdites, 419
- forme unipersonnelle, 32
- garantie de passif, 207
- gérant, 226
- libération de l'apport en numéraire, 58
- nature hybride, 29
- qualification des parts sociales, 171, 172
- représentation aux assemblées générales, 457
- représentation de l'associé par le mandataire de protection future, 362
- revendication de la qualité d'associé par le conjoint, 185
- SEL, 31
- société commerciale par la forme, 355
- statut de conjoint collaborateur, 474

### SAS

- agrément, 446, 454
- apport en industrie, 60
- conventions interdites, 419
- forme unipersonnelle, 32
- garantie de passif, 207
- généralités, 30

- représentation aux assemblées générales, 459
- SEL, 31
- société commerciale par la forme, 355

### **Sauvegarde judiciaire**

- accord du conjoint pour la vente du logement de la famille, 126, 127
- audition du conjoint pour la vente de biens communs, 187 à 193
- déclaration de créance, 143, 459 à 462, 464, 465
- domaine, 38, 39, 407
- fiducie, 382
- poursuites sur les biens communs, 141 à 144, 157, 233 à 235
- prestation compensatoire, 459 à 466
- remise en cause des avantages, 414 à 417
- réunion à l'actif des biens acquis par le conjoint *in bonis*, 235 à 238
- suspension des poursuites, 141 à 144

### **SCA**

- agrément, 453, 455
- apport en industrie, 60
- conventions interdites, 419
- généralités, 30
- représentation de l'associé par le mandataire de protection future, 361
- responsabilité de l'associé, 150
- SEL, 31
- société commerciale par la forme, 355

### **SCI**

- droit de poursuite, 139
- logement de la famille, 129, 132, 133
- protection contre le risque, 375 à 380, 400
- régime primaire, 274, 275

### **SCS**

- apport en industrie, 60
- généralités, 29
- procédures collectives, 39
- qualification des parts sociales, 171
- représentation de l'associé par le mandataire de protection future, 361
- responsabilité de l'associé, 150

- revendication de la qualité d'associé par le conjoint, 185
- société commerciale par la forme, 355

### **Séparation de biens V. également société d'acquêts**

- agrément, 449, 454
- autorisation judiciaire de passer un acte, 269
- avantage matrimonial, 301
- créances entre époux, 309, 314, 316
- droit de poursuite, 136, 155, 235
- généralités, 23
- gestion des biens indivis, 97, 106 à 121
- indépendance dans la gestion, 95, 99
- indivision, 295
- industrie personnelle, 316, 368
- industrie personnelle du conjoint, 311
- libéralité, 296
- logement de la famille, 125
- mandat de protection future, 344
- partage des biens indivis, 238 à 246, 396
- présomption d'indivision, 73
- présomption de pouvoir mobilière, 122
- régime primaire, 273, 275

### **SNC**

- agrément, 446, 449
- apport en industrie, 60
- garantie de passif, 207
- généralités, 29
- procédures collectives, 39
- qualification des parts sociales, 171
- représentation de l'associé par le mandataire de protection future, 361, 362
- responsabilité de l'associé, 139, 150, 151, 228
- revendication de la qualité d'associé par le conjoint, 185
- société commerciale par la forme, 355

### **Société à risque illimité V. SNC et société civile**

### **Société à risque limité V. SARL, SA et SAS**

### **Société civile**

- agrément, 447 à 449
- apport en industrie, 60
- GAEC, 226
- garantie de passif, 207
- généralités, 29
- GFA, 434
- GFR, 435
- qualification des parts sociales, 171
- responsabilité de l'associé, 139, 150, 151, 154, 155
- revendication de la qualité d'associé par le conjoint, 185

**Société d'acquêts**, 23, 51, **98, 99**, 219, 223, 294, **295 à 297**, 368

**Société entre époux**, 224, 225, 226, 468, 469

**Sociétés de personnes** V. *SNC, SCS, société civile*

**Sociétés par actions** V. *SA, SCA, SAS*

**Solidarité**, 29, **138, 140, 141**, 142, 152, **153 à 156**, 157, 228, 247, 320, 387

**Stipulation de propre**, 289 à 293, 297

### **Sûreté réelle**

- cogestion, 199, 208, 209
- EIRL, 387, 388
- hypothèque, 18, 199, 209, 479
- nantissement, 101, 199, 201, 376
- transfert dans un patrimoine fiduciaire, 204, 373
- transfert de la charge à un époux, 247, 250, 253, 254

**Sûreté réelle consentie pour garantir la dette d'un tiers**, 148, **203, 204**, 209, 271, 354, 355, 358, V. *également cautionnement réel*

## Table des matières

<b>Introduction</b> .....	<b>15</b>
<b>PREMIÈRE PARTIE LES DIFFICULTÉS DE CONGRUENCE ENTRE LE STATUT D'ÉPOUX ET LE STATUT D'ENTREPRENEUR</b> .....	<b>47</b>
<b>TITRE 1 - L'APPLICATION DE RÈGLES GÉNÉRALES DES RÉGIMES MATRIMONIAUX À L'ENTREPRISE</b> .....	<b>49</b>
<b>Chapitre 1 - La qualification des biens de l'entreprise</b> .....	<b>51</b>
Section 1 - L'actif commun.....	52
§1 - Les biens communs comme étant des acquêts .....	52
A - Les biens acquêts provenant de l'industrie personnelle des époux.....	52
I - Les biens acquis au moyen des gains et salaires .....	53
a - La nature commune des gains et salaires.....	53
b - Une acquisition à titre onéreux pendant la durée du mariage.....	54
1 - Les conditions de l'acquisition à titre onéreux pendant la durée du mariage .....	54
2 - L'application aux droits sociaux obtenus en contrepartie d'un apport en numéraire .....	55
i - L'apport en numéraire assimilable à une acquisition à titre onéreux.....	55
ii - L'apport en numéraire effectué pendant la durée du mariage.....	57
II - Les biens acquis sans emploi des gains et salaires .....	60
a - L'apport en industrie à l'origine de l'attribution d'un bien commun.	60
b - Les droits sociaux provenant de l'industrie personnelle <i>stricto sensu</i>	61
B - Les fruits et revenus des biens propres.....	63
I - La terminologie .....	63
II - La qualification .....	64
III - L'application aux bénéfices distribués par la société.....	66
a - Les bénéfices distribués au titre des fruits et revenus .....	66

b - Les dividendes confrontés à la définition classique des fruits et revenus	68
§2 - Les biens réputés acquêts de communauté	71
A - La présomption d'acquêt, source d'accroissement de la communauté	72
I - L'utilité de la présomption d'acquêt	72
II - Une présomption réfragable	73
B - Le fonds de commerce réputé acquêt de communauté	74
Section 2 - L'actif propre	79
§1 - Les biens propres par accessoire	79
A - Les accroissements de l'entreprise commerciale	80
I - L'application de la théorie de l'accession aux accroissements de l'entreprise commerciale	80
II - L'application de la théorie de l'accessoire aux accroissements de l'entreprise commerciale	81
a - Le critère économique de l'unité d'exploitation	82
b - Le critère juridique de la clientèle	83
B - Les accroissements de l'exploitation agricole	84
I - La définition incertaine de l'exploitation agricole à l'origine de difficultés de qualification	85
II - L'application de la théorie de l'accessoire aux accroissements de l'exploitation agricole	86
a - Le critère économique de l'unité d'exploitation	87
b - Le critère juridique de la clientèle	88
§2 - Les biens propres par le mécanisme de la subrogation réelle : les droits sociaux reçus en contrepartie d'un apport en nature	89
A - La spécificité de l'apport en nature à l'origine de difficultés	89
B - La consécration d'un principe général de subrogation réelle	90
<b>Conclusion du chapitre 1</b>	<b>92</b>
<b>Chapitre 2 - La gestion des biens de l'entreprise et le droit de poursuite des créanciers professionnels</b>	<b>95</b>
Section 1 - La gestion des biens de l'entreprise	95

§1 - Des règles différentes selon les régimes .....	96
A - La gestion des biens communs en régimes communautaires .....	97
I - Le principe de gestion concurrente des biens communs.....	97
II - La gestion concurrente appliquée à certains biens communs de l'entreprise .....	100
a - La gestion des droits sociaux négociables de l'entreprise exploitée sous la forme sociale .....	100
b - La gestion des biens de l'entreprise commerciale exploitée sous la forme individuelle .....	101
1 - La location-gérance.....	102
2 - La cession du droit au bail commercial.....	104
B - La gestion des biens indivis en régime de séparation .....	106
I - Les principes de la gestion indivise appliqués aux époux .....	107
II - La gestion indivise appliquée aux droits sociaux.....	110
a - L'exercice des droits politiques attachés aux droits sociaux indivis	111
1 - Le droit de vote .....	111
i – Les modalités de désignation du mandataire.....	111
ii - Les pouvoirs du mandataire.....	113
2 - La demande d'une expertise de gestion .....	116
b - L'exercice des droits pécuniaires attachés aux droits sociaux indivis .....	119
1 – La perception des dividendes et autres sommes .....	120
2 - La cession des droits sociaux indivis .....	120
§2 - Des règles communes à tous les régimes : le régime primaire impératif...	121
A – La présomption de pouvoir en matière mobilière .....	122
B - La protection du logement de la famille.....	124
I – Les biens et les actes visés par la protection .....	125
a – Les aliénations volontaires du logement de la famille.....	126
b – L'apport à une société du bien constituant le logement de la famille .....	128
c – La cession des droits sociaux assurant le logement de la famille....	129
d – La cession par la société du bien abritant le logement de la famille	130

II – Les biens et les actes échappant à la protection .....	134
Section 2 - Le droit de poursuite des créanciers professionnels .....	136
§1 – Le principe de l’engagement des biens communs et des seuls biens propres de l’époux débiteur .....	136
A – L’exposé du principe.....	137
B – Le principe appliqué à l’entreprise.....	139
I - Le principe appliqué aux dettes nées d’une entreprise individuelle et d’une société.....	139
II - Le principe difficilement applicable dans le cadre des procédures collectives.....	141
§2 – Les exceptions au principe de l’engagement des biens communs et des seuls biens propres de l’époux débiteur.....	144
A - Le gage des créanciers réduit ou anéanti concernant certains actes .....	144
I - La réduction du gage du fait de la nature des actes.....	145
a - Les actes placés sous la protection de l’article 1415 du Code civil..	145
1 - Le prêt non repris par la société en formation.....	146
2 - L’aval.....	147
3 - La garantie autonome.....	148
b - Un acte exclu de la protection de l’article 1415 du Code civil : l’engagement indéfini de l’associé au passif social .....	150
II - La disparition du gage du fait de la fraude .....	152
B – L’extension du droit de poursuite des créanciers.....	153
I - L’extension du gage provenant du régime matrimonial.....	154
II - L’extension du gage provenant des engagements pris par les époux ..	155
<b>Conclusion du chapitre 2.....</b>	<b>156</b>
<b>Conclusion du Titre 1.....</b>	<b>159</b>
<b>TITRE 2 - L’ENTREPRISE À L’ORIGINE DE RÈGLES DES RÉGIMES MATRIMONIAUX SPÉCIFIQUES .....</b>	<b>161</b>
<b>Chapitre 1 - L’indépendance des époux à l’origine de règles des régimes     matrimoniaux spécifiques à l’entreprise .....</b>	<b>163</b>
Section 1 - L’indépendance de l’époux entrepreneur.....	164

§1 - L'indépendance par la qualification de biens propres : titres composant les biens ou biens eux-mêmes propres par nature.....	164
A - Les biens et droits entièrement propres.....	164
I - Les biens meubles corporels de caractère personnel : les instruments de travail.....	165
II - Les droits attachés à la personne : le droit au bail rural .....	166
B - Les biens partiellement propres .....	168
I - Les offices ministériels et les clientèles civiles.....	168
II - Les parts sociales.....	171
§2 - L'indépendance par la gestion exclusive des biens professionnels .....	173
A - Le domaine de la gestion exclusive des biens professionnels .....	174
I - Les biens et les actes soumis à la gestion exclusive .....	174
II - L'époux bénéficiaire de la gestion exclusive.....	175
B - Le régime de la gestion exclusive des biens professionnels.....	176
I - Les conséquences des actes accomplis en vertu de la gestion exclusive .....	176
II - La sanction des actes accomplis en violation de la gestion exclusive.	177
Section 2 - Les exceptions à l'indépendance de l'époux entrepreneur.....	179
§1 - L'information ou la consultation du conjoint non-entrepreneur .....	179
A - L'information au début de l'activité entrepreneuriale .....	179
I - L'information concernant les risques subis par les biens communs ....	180
II - L'information à l'acquisition de parts sociales au moyen de biens communs.....	183
B - L'audition du conjoint lors de la mauvaise santé de l'entreprise.....	187
§2 - Le recours au double consentement des époux .....	193
A - Le recours à la cogestion justifié par l'importance de certains actes et de certains biens .....	194
I - La cogestion réservée à certains actes sur des biens particuliers .....	195
a - L'aliénation et la constitution de droits réels sur certains biens .....	195
1 - Les actes d'aliénation.....	195
2 - La constitution de droits réels.....	199
b - La constitution de baux sur certains biens.....	201

II - La cogestion réservée à certains actes sans distinction selon les biens concernés .....	202
a - L'affectation d'un bien en garantie de la dette d'autrui .....	203
b - Le transfert d'un bien dans un patrimoine fiduciaire .....	204
1 - La fiducie-gestion .....	205
2 - La fiducie-sûreté .....	208
c - L'affectation d'un bien dans le patrimoine professionnel d'un EIRL .....	210
B - Le recours au double consentement des époux justifié par la participation du conjoint à l'exploitation .....	213
I - Le consentement du conjoint de l'agriculteur .....	213
a - Le domaine de l'article L. 411-68 du Code rural .....	213
b - L'esprit de l'article L. 411-68 du Code rural .....	215
c - La sanction de l'article L. 411-68 du Code rural .....	217
II - Le consentement du conjoint du commerçant et de l'artisan .....	218
<b>Conclusion du chapitre 1.....</b>	<b>221</b>
<b>Chapitre 2 - L'entreprise à l'origine de modifications dans le fonctionnement classique des régimes matrimoniaux .....</b>	<b>223</b>
Section 1 - Les modifications résultant du fonctionnement social.....	224
§1 - Les modifications à l'origine de l'interdiction passée des sociétés entre époux .....	224
§2 - Les modifications des pouvoirs et de la composition des patrimoines.....	226
A - Les modifications des pouvoirs .....	226
B - Les modifications de la répartition de l'actif et du passif .....	228
Section 2 - Les modifications résultant de règles relatives à l'entreprise.....	229
§1 - Les modifications dans le cadre des procédures collectives .....	229
A - Les modifications dans la gestion des biens communs par le conjoint <i>in bonis</i> .....	230
I - La modification certaine des pouvoirs du conjoint <i>in bonis</i> .....	230
II - La modification incertaine des pouvoirs du conjoint <i>in bonis</i> chef d'entreprise .....	232

B - Les modifications du droit de poursuite des créanciers .....	233
I - Le traitement des salaires du conjoint <i>in bonis</i> .....	234
II - La réunion à l'actif des biens acquis par le conjoint <i>in bonis</i> , une modification avortée.....	235
§2 - Les modifications dans le cadre du divorce .....	238
A - La modification des règles du partage .....	239
I - La modification des règles du droit au partage : le maintien judiciaire dans l'indivision.....	240
a - Le domaine du maintien dans l'indivision.....	240
b - L'issue de la demande de maintien de l'indivision.....	243
II - La modification de la répartition des biens : l'attribution préférentielle .....	244
B - Les modifications de la charge des dettes professionnelles.....	247
I - Le pouvoir du juge de modifier l'obligation à la dette ?.....	248
a - Les dettes .....	248
b - Les sûretés .....	250
II - Le pouvoir du juge de modifier la contribution à la dette .....	253
a - Les dettes .....	253
b - Les sûretés .....	254
<b>Conclusion du chapitre 2.....</b>	<b>257</b>
<b><i>Conclusion de la première partie.....</i></b>	<b><i>259</i></b>
<b><i>DEUXIÈME PARTIE PRATIQUES CONCILIANT LE STATUT D'ÉPOUX ET LE STATUT D'ENTREPRENEUR.....</i></b>	<b><i>261</i></b>
<b>TITRE 1 - PRATIQUES ISSUES DU DROIT DES RÉGIMES MATRIMONIAUX ET DU DROIT DE L'ENTREPRISE .....</b>	<b>263</b>
<b>Chapitre 1 - L'utilisation du droit des régimes matrimoniaux et du droit de la famille au profit de l'entreprise.....</b>	<b>265</b>
Section 1 - L'utilisation de mécanismes légaux .....	265
§1 - Le régime primaire impératif.....	266
A - L'accroissement des pouvoirs de l'époux fiable.....	266
I - L'autorisation judiciaire.....	266

a - Présentation de l'article 217 du Code civil.....	266
b - Hypothèses de blocages résolus par l'article 217 du Code civil .....	269
II - L'habilitation judiciaire.....	272
B - La restriction des pouvoirs de l'époux défaillant .....	274
§2 - Le régime légal.....	276
A - Le contrôle de la gestion pour l'avenir .....	276
I - Le retrait des pouvoirs de l'époux défaillant .....	276
II - La substitution à l'époux défaillant autorisée judiciairement.....	278
B - Le contrôle de la gestion pour le passé .....	281
I - La faute dans la gestion .....	281
II - La fraude dans la gestion.....	285
Section 2 - L'utilisation de mécanismes conventionnels.....	286
§1 - La grande liberté relative aux régimes matrimoniaux .....	287
A - Les aménagements du régime matrimonial dans l'ordre interne.....	287
I - Les aménagements prenant effet pendant le régime matrimonial.....	288
a - La clause d'exclusion des biens professionnels de la communauté sous le régime de la communauté conventionnelle .....	289
b - La clause d'inclusion des biens professionnels dans la communauté ou dans une société d'acquêts.....	293
1 - L'inclusion des biens professionnels dans la communauté sous le régime de la communauté conventionnelle .....	293
2 - L'inclusion des biens professionnels dans une société d'acquêts sous le régime de la séparation.....	295
II - Les aménagements prenant effet à la dissolution du régime matrimonial .....	297
a - Les clauses tenant à la propriété des biens professionnels à la dissolution .....	297
1 - Les clauses d'exclusion ou d'inclusion des biens professionnels sous le régime de la participation aux acquêts .....	298
i - L'utilisation des clauses d'exclusion ou d'inclusion.....	298
ii - La remise en cause des clauses d'exclusion ou d'inclusion..	299
α - La remise en cause pour iniquité .....	300

β - La révocabilité en cas de divorce .....	300
2 - La clause de prélèvement moyennant indemnité sous le régime de la communauté .....	303
i - L'utilisation de la clause de prélèvement moyennant indemnité.....	303
ii - La révocabilité de la clause de prélèvement moyennant indemnité en cas de divorce.....	305
b - Les clauses aménageant les récompenses et les créances entre époux .....	309
1 - L'aménagement du droit à récompense sous la communauté	309
2 - L'aménagement du droit à créance entre époux sous la communauté ou la séparation de biens.....	313
i - Les modalités d'évaluation légales des créances entre époux.....	313
ii - Les aménagements utiles des créances entre époux.....	315
iii - La révocabilité en cas de divorce.....	317
B - Le choix de la loi applicable au régime matrimonial dans l'ordre international .....	319
I - Le droit commun .....	321
a - La difficile recherche de la volonté des époux en l'absence de contrat de mariage.....	321
b - La grande liberté dans le choix de la loi applicable par contrat de mariage .....	322
II - La convention de La Haye .....	324
a - Les dangers relatifs à l'absence de choix explicite de la loi applicable au régime matrimonial.....	324
1 - La complexité des rattachements concernant la loi initialement applicable.....	325
2 - La mutabilité automatique de la loi applicable contraire à la prévisibilité .....	326
b - Les avantages attachés à la désignation de la loi applicable au régime matrimonial .....	327

1 - Les rapports entre les époux : de la liberté à la complexité ...	328
i - Les choix possibles dans la désignation de la loi applicable avant le mariage.....	328
ii - Les choix possibles dans la désignation de la loi applicable au cours du mariage.....	329
2 - Les rapports entre les époux et les tiers : sécurité .....	331
III - Le règlement européen du 24 juin 2016.....	332
a - Les rapports entre les époux : simplicité et liberté réduite .....	333
1 - La détermination de la loi applicable à défaut de choix explicite .....	333
2 - Les choix possibles dans la désignation de la loi applicable .....	334
b - Les rapports entre les époux et les tiers : sécurité .....	336
§2 - L'utilisation du mandat de protection future.....	338
A - La formation du mandat : le choix du conjoint comme mandataire .....	339
I - La discrétion du choix du mandataire par le mandant.....	339
II - L'exigence de compétences particulières pour la gestion de l'entreprise individuelle ou des droits sociaux.....	340
B - La mise en œuvre du mandat : l'influence de la qualité de conjoint du mandataire .....	342
I - L'étendue des pouvoirs du mandataire de protection future.....	342
a - Des pouvoirs limités par les règles relatives au mandat de protection future .....	343
1 - Les actes possibles sans autorisation judiciaire.....	343
2 - Les actes soumis à autorisation judiciaire.....	344
i - Les actes soumis à autorisation en raison de la forme sous signature privée du mandat.....	344
ii - Les actes soumis à autorisation malgré la forme notariée du mandat.....	346
α - Les actes de disposition sur le logement .....	346
β - Les opérations sur les comptes et livrets .....	349
iii - Les actes soumis à autorisation indépendamment de la forme du mandat.....	350

3 - L'incertitude des actes interdits .....	354
b - La limitation des pouvoirs par les règles des régimes matrimoniaux et par les autres mandats antérieurs.....	358
c - La limitation des pouvoirs par le droit des sociétés .....	360
1 - La possibilité de représentation du dirigeant social par le mandataire à titre d'exception .....	360
2 - L'incertitude autour de la représentation de l'associé par le mandataire .....	361
II - L'opposabilité aux tiers du mandat de protection future.....	363
III - Le contrôle de l'exécution du mandat et la responsabilité du mandataire .....	364
<b>Conclusion du chapitre 1.....</b>	<b>367</b>
<b>Chapitre 2 - L'utilisation du droit de l'entreprise aux fins de protection des époux .....</b>	<b>369</b>
Section 1 - L'isolement du patrimoine aux fins de protection du risque.....	370
§1 - Le transfert des biens personnels dans un patrimoine fiduciaire.....	370
A - L'utilisation du mécanisme .....	370
B - L'efficacité douteuse du mécanisme .....	371
I - L'extension du gage au patrimoine du constituant en cas d'insuffisance du patrimoine fiduciaire .....	371
II - Le droit des procédures collectives .....	372
III - Le décès du constituant .....	373
§2 - L'apport de biens immobiliers personnels à une SCI.....	375
A - L'utilisation du mécanisme .....	375
B - L'efficacité du mécanisme en cas d'utilisation précautionneuse.....	376
I - Le droit des procédures collectives.....	377
a - La nullité de l'apport effectué en période suspecte.....	377
b - L'extension de la procédure collective à la SCI .....	378
II - Les sanctions pénales pour organisation d'insolvabilité .....	380
Section 2 - Les techniques agissant sur le risque aux fins de protection .....	381
§1 - L'isolement de la source du risque : la fiducie et l'EIRL .....	381

A - Le transfert des biens professionnels dans un patrimoine fiduciaire .....	381
I - L'utilisation du mécanisme.....	381
II - L'inefficacité du mécanisme.....	382
B - L'EIRL .....	383
I - La présentation du mécanisme .....	383
II - L'efficacité du mécanisme en cas d'utilisation normale .....	385
a - En dehors des procédures collectives.....	385
1 - La surévaluation des biens affectés à l'activité professionnelle .....	386
2 - Les sûretés prises sur les biens non affectés en garantie des dettes professionnelles .....	387
b - Le droit des procédures collectives.....	388
1 - L'extension de la procédure collective au patrimoine personnel .....	389
2 - La responsabilité pour insuffisance d'actif.....	390
3 - La faillite personnelle .....	391
§2 - La neutralisation des effets du risque : l'insaisissabilité .....	393
A - La présentation de l'insaisissabilité .....	393
B - L'efficacité de l'insaisissabilité en cas d'utilisation normale.....	395
I - La dissolution du régime matrimonial.....	396
II - Le droit des procédures collectives .....	398
<b>Conclusion du chapitre 2.....</b>	<b>400</b>
<b>Conclusion du titre 1 .....</b>	<b>403</b>
<b>TITRE 2 - PRATIQUES CONCILIATRICES ENCOURAGÉES ET PRATIQUES NON CONCILIATRICES LIMITÉES PAR LE DROIT DE L'ENTREPRISE..</b>	<b>405</b>
<b>Chapitre 1 - Pratiques non conciliatrices limitées par le droit de l'entreprise..</b>	<b>407</b>
Section 1 - Les infractions et paralysies d'actes visant exclusivement l'entourage familial.....	408
§1 – Le détournement d'actifs du débiteur .....	408
A - Les personnes concernées .....	408
B - Les éléments constitutifs de l'infraction adaptés à l'entourage familial..	410

I - L'élément matériel.....	411
II - L'élément moral .....	412
C - Les peines .....	413
§ 2 - La paralysie d'avantages bénéficiant au conjoint.....	414
A - Les avantages concernés .....	414
B - Une méfiance injustifiée à l'égard des époux ? .....	416
Section 2 - Les interdictions étendues à l'entourage familial .....	418
§1 - Les conventions interdites dans la société.....	418
A - Les personnes concernées.....	418
I - Les dirigeants et associés .....	419
II - L'entourage familial .....	420
B - Les sanctions .....	422
§2 - L'interdiction de reprendre l'entreprise cédée .....	423
A - Les personnes concernées.....	423
B - Les exceptions à l'interdiction .....	424
<b>Conclusion du chapitre 1.....</b>	<b>426</b>
<b>Chapitre 2 - Les pratiques conciliatrices encouragées par le droit de l'entreprise</b> .....	<b>429</b>
Section 1 - La souplesse bénéficiant à l'entourage familial.....	430
§1 - La simplicité dans le droit rural : la facilité d'installation et la stabilité de l'exploitation.....	430
A - La facilité d'installation de l'entourage familial.....	431
I - La dispense d'autorisation préalable par le contrôle des structures .....	431
II - Les exceptions au droit de préemption de la SAFER.....	433
B - La stabilité de l'exploitation familiale.....	434
I - Les exceptions au sein du GFA et du GFR.....	434
II - Les facultés et les exceptions au sein du statut du fermage.....	436
a - Le régime du bail rural .....	436
1 - La possibilité de céder le bail, la stabilité assurée .....	436
2 - Le refus de renouvellement du bail dans l'intérêt du bailleur ou de sa famille, une exception à la stabilité.....	439

b - Le droit de préemption du preneur .....	440
1 - Le domaine quant aux actes .....	441
i - Les actes soumis au droit de préemption.....	441
ii - Les actes exclus du droit de préemption.....	441
2 - Les conditions relatives au preneur ou au membre de la famille subrogé .....	442
i - Les conditions relatives au preneur.....	443
ii - Les conditions relatives au membre de la famille subrogé.....	445
§2 - La simplicité dans le droit des sociétés : les cessions de droits sociaux ...	446
A - L'agrément légal mais supplétif de volonté dans la société civile .....	447
B - L'agrément statutaire dans la SARL.....	449
I - Le domaine de l'agrément .....	449
II - Les modalités de l'agrément.....	451
C - L'agrément interdit dans la SA et la SCA concernant les commanditaires .....	453
Section 2 - La souplesse bénéficiant au conjoint .....	457
§1 - La simplicité dans le fonctionnement des sociétés et des procédures collectives.....	457
A - La représentation entre époux facilitée dans les sociétés.....	457
B - Le paiement de la créance de prestation compensatoire facilité pendant une procédure collective.....	459
I - La dispense de déclaration de la créance de prestation compensatoire.....	459
II - L'autorisation de paiement de la créance de prestation compensatoire .....	462
§2 - La diversité des statuts proposés au conjoint participant à l'entreprise ....	466
A - Les statuts repris du droit commun.....	467
I - Le conjoint salarié .....	467
II - Le conjoint associé.....	468
B - Les statuts spécifiques.....	469
I - Le conjoint coexploitant ou chef d'exploitation .....	469
a - Éléments propres à l'exploitation agricole .....	469
b - Éléments propres à l'entreprise artisanale, commerciale ou libérale.....	471

II - Le conjoint collaborateur.....	471
a - Les conditions relatives au bénéficiaire du statut.....	472
1 - Éléments propres à l'exploitation agricole.....	473
2 - Éléments propres à l'entreprise artisanale, commerciale ou libérale.....	474
b - Le mandat dans le cadre de la gestion des biens.....	475
1 - Éléments propres à l'exploitation agricole.....	476
2 - Éléments propres à l'entreprise artisanale ou commerciale ..	476
c - Les conséquences successorales du statut : le « salaire différé ».....	477
1 - Le domaine et le régime du « salaire différé ».....	477
i - Les bénéficiaires du « salaire différé ».....	477
ii - Le régime du « salaire différé ».....	479
2 - Les critiques adressées au salaire différé ».....	479
i - Les critiques relatives à l'existence du « salaire différé »...	480
α - La remise en cause du « salaire différé » par l'instauration de droits successoraux .....	480
β - Un encouragement à l'absence de rémunération pendant le mariage.....	481
ii - Les critiques relatives au domaine et au régime du « salaire différé ».....	481
α - L'inégalité du conjoint et des concubins ou pacsés .....	482
β - L'inégalité du conjoint et du descendant .....	482
<b>Conclusion du chapitre 2.....</b>	<b>487</b>
<b>Conclusion de la deuxième partie.....</b>	<b>489</b>
<b>Conclusion.....</b>	<b>491</b>
<b>Bibliographie.....</b>	<b>501</b>
<b>Index.....</b>	<b>545</b>
<b>Table des matières.....</b>	<b>557</b>





## Résumé

Le mariage entraîne l'application de règles propres aux époux, tandis que l'activité d'entrepreneur provoque également l'application de règles spécifiques à l'entreprise. La présente étude analyse la situation dans laquelle l'un des époux est entrepreneur, mais aussi la situation dans laquelle le conjoint participe à l'entreprise. Le double statut d'époux et d'entrepreneur est source de complexité, car le droit des régimes matrimoniaux et le droit de l'entreprise ont des logiques et des objectifs différents. Il convient donc de les concilier en sauvegardant à la fois l'intérêt des époux et l'intérêt de l'entreprise. Les deux statuts s'adaptent l'un à l'autre ; cependant cela ne se fait pas sans difficultés. De plus, le mariage crée des liens financiers étroits entre les époux et ce quel que soit leur régime matrimonial. Or, l'activité professionnelle d'au moins un des époux au sein de l'entreprise a nécessairement des conséquences sur le plan financier. L'entreprise peut constituer une source de richesse pour les époux. Pourtant elle représente également un risque. De même, la mésentente conjugale constitue un risque dans la mesure où elle peut mettre l'entreprise en péril et ainsi faire perdre des revenus à l'époux entrepreneur. Les époux trouvent au sein du droit des régimes matrimoniaux et du droit de l'entreprise des mécanismes d'organisation permettant de limiter ces divers risques. Ces mécanismes donnent aux époux la possibilité de concilier le statut d'époux et le statut d'entrepreneur. Toutefois nous montrerons que cette liberté reste encadrée.

Descripteurs : régimes matrimoniaux, époux, conjoint, entreprise, droit des affaires, droit des sociétés, droit rural, droit des entreprises en difficulté, droit des sûretés, collaboration.

## Title and Abstract

### **Spouses and undertaking: matrimonial aspects**

The research analyses the situation in which a spouse is also an entrepreneur, as well as the case in which the other spouse is involved in the business. While marriage leads to the application of specific rules to spouses, working in an undertaking as an entrepreneur also triggers the application of specific legislation. However, matrimonial regimes and business law share different logics and aims. As such, dual status is a source of complexity, and balancing these diverging logics by safeguarding the interest of both the spouses and the undertaking is necessary. The two status can adapt one another; however, this adaptation can give rise to difficulties. Further, marriage generates close financial ties between spouses, regardless of their matrimonial regime. The professional activity of at least one of the spouses in the undertaking necessarily encompasses financial consequences: the undertaking may be a source of wealth for the household, but it also entails certain risks. Likewise, marital disagreement also raises certain risks as it can jeopardise the company's viability and, lead to a loss of income for the entrepreneur. Specific mechanisms are implemented by matrimonial regimes and business law to limit the consequences of such hazard. These mechanisms can be used by spouses to conciliate their dual status, of spouse and of entrepreneur. However, this freedom may be limited.

Keywords: matrimonial regimes, spouses, undertaking, business law, commercial law, rural law, insolvency law, law security, spouses cooperation.