

AVERTISSEMENT

Ce document est le fruit d'un long travail approuvé par le jury de soutenance et mis à disposition de l'ensemble de la communauté universitaire élargie.

Il est soumis à la propriété intellectuelle de l'auteur : ceci implique une obligation de citation et de référencement lors de l'utilisation de ce document.

D'autre part, toute contrefaçon, plagiat, reproduction illicite de ce travail expose à des poursuites pénales.

Contact : portail-publi@ut-capitole.fr

LIENS

Code la Propriété Intellectuelle – Articles L. 122-4 et L. 335-1 à L. 335-10

Loi n°92-597 du 1^{er} juillet 1992, publiée au *Journal Officiel* du 2 juillet 1992

<http://www.cfcopies.com/V2/leg/leg-droi.php>

<http://www.culture.gouv.fr/culture/infos-pratiques/droits/protection.htm>



THÈSE

En vue de l'obtention du

DOCTORAT DE L'UNIVERSITÉ DE TOULOUSE

Délivré par :

Université Toulouse 1 Capitole (UT1 Capitole)

Présentée et soutenue par :

Céline LASSALLE épouse BRUNE-JAMMES

le 6 octobre 2016

Titre :

L'INCIDENCE DE L'ACTIVITE PROFESSIONNELLE SUR LE COUPLE DU CHEF
D'ENTREPRISE

École doctorale et discipline ou spécialité :

ED SJP : Droit

Unité de recherche :

Institut de Droit Privé

Directeur/trice(s) de Thèse :

Monsieur Deen GIBIRILA, Professeur émérite à l'Université Toulouse 1 Capitole
Madame Sophie PARICARD, Maître de conférences HDR à l'Université Champollion d'Albi

Jury :

Madame Solange MIRABAIL, Maître de conférences HDR à l'Université Toulouse 1 Capitole
Madame Catherine MALECKI, Professeur à l'Université de Rennes
Madame Christine LEBEL, Maître de conférences HDR à l'Université de Besançon

UNIVERSITE TOULOUSE 1 CAPITOLE
INSTITUT DE DROIT PRIVE
FACULTE DE DROIT ET SCIENCE POLITIQUE

**L'INCIDENCE DE L'ACTIVITE PROFESSIONNELLE
SUR LE COUPLE DU CHEF D'ENTREPRISE**

Thèse pour le doctorat en droit présentée et soutenue publiquement par
Céline LASSALLE, épouse BRUNE-JAMMES

Le 06 octobre 2016

Directeur de thèse

Monsieur Deen GIBIRILA

Professeur émérite à l'Université Toulouse 1 Capitole

Co-Directrice de thèse

Madame Sophie PARICARD

Maître de conférences HDR à l'Université Champollion d'Albi

Jury :

Madame Solange MIRABAIL

Maître de conférences HDR à l'Université Toulouse 1 Capitole

Madame Catherine MALECKI

Professeur à l'Université de Rennes

Madame Christine LEBEL

Maître de conférences HDR à l'Université de Besançon

A ma mère, Mireille.

A la mémoire de mon père, Michel.

LISTE DES PRINCIPALES ABREVIATIONS

AJ : Actualité Juridique

AJ : Fam. : Actualité juridique : Famille

Avr. : avril

Banq et Dt : Banque et Droit

BPI : Banque publique d'investissements

Bull. Civ : Bulletin des arrêts de la Cour de Cassation : Chambres Civiles

Bull. Joly : Bulletin mensuel Joly

Bull. Joly : Ent. Diff. : Bulletin Joly des Entreprises en Difficultés

Bull. Joly Soc : Bulletin mensuel Joly d'information des Sociétés

BRDA : Bulletin Rapide de Droit des Affaires

CA : Cour d'Appel

Cass. 1 ère Civ. : 1^{ère} Chambre Civile de la Cour de Cassation

Cass. Com : Chambre Commerciale de la Cour de Cassation

Cass. Soc. : Chambre Sociale de la Cour de Cassation

C.Civ : Code Civil

C. Co : Code de Commerce

Civ. 2 ème : 2^{ème} Chambre Civile de la Cour de Cassation

Civ. 3 ème : 3^{ème} Chambre Civile de la Cour de Cassation

Cass. Plèn : Assemblée Plénière de la Cour de Cassation

Chron. : Chronique

Cr Cass : Cour de cassation

Com : Chambre Commerciale de la Cour de Cassation

Comm. : commentaire

D. : Recueil Dalloz

Déc. : décembre

Dt et Pat. : Droit et Patrimoine

Dt Fam. : Droit de la Famille

Dt et Procéd. : Droit et Procédures

Dt des Soc. : Droit des Sociétés

EIRL : Entreprise individuelle à responsabilité limitée

EURL : Entreprise Unipersonnelle à responsabilité limitée

Fév. : février

Gaz. Pal. : La Gazette du Palais

Ibid : même endroit

Janv. : janvier

JCP : Jurisclasseur périodique / Semaine Juridique Edition Générale

JCP E / JCP Ent. : Jurisclasseur périodique Edition Entreprises

JCP N : Semaine Juridique Edition Notariale

Juill. : Juillet

LPA : Les Petites Affiches

Nov. : novembre

Obs. : observations

Oct. : octobre

p. : page

PACS : Pacte civil de solidarité

para : paragraphe

R. Banq. Et Fin. : Revue du Droit Bancaire et Financier

Rev. Procéd. Collect : Revue des Procédures Collectives

Rev des Soc. / Rev. Soc : Revue des Sociétés

RTD Civ. : Revue Trimestrielle de Droit Civil

RTD Com. : Revue Trimestrielle de Droit Commercial

RJCom. : Revue de Jurisprudence de Droit Commercial

RJDA : Revue de jurisprudence de Droit des Affaires

RJPF : Revue Juridique personnes et famille

RLDA : Revue Lamy Droit des Affaires

RLDC : Revue Lamy de Droit Civil

RTDCom : Revue trimestrielle de droit commercial

SA : Société anonyme

SARL : Société à Responsabilité Limitée

SIAGI : Société Interprofessionnelle Artisanale de Garantie d'Investissements

SCI : Société civile immobilière

SCM : Société civile de moyens

SCP : Société civile professionnelle

SEP : Société d'exercice professionnel

SEL : Société d'Exercice Libéral

SELARL : Société d'Exercice Libéral à Responsabilité limitée

Sept. : Septembre

Spéc. : Spécial

Soc. : Société

Somm. : Sommaire

TGI : Tribunal de grande Instance

SOMMAIRE

Introduction p. 8.

1ère partie : L'incidence de l'activité professionnelle sur le couple, du vivant du chef d'entreprise, p. 17.

Titre 1. La protection de la personne en couple avec le chef d'entreprise contre les incidences de la pratique des affaires, p. 18.

Chapitre 1. Les incidences de l'activité professionnelle sur le concubin et le partenaire du PACS, p. 19.

Chapitre 2. Les choix de protection à envisager concernant l'époux du chef d'entreprise, p. 101.

Titre 2. L'incidence des difficultés financières du chef d'entreprise sur son couple, p. 219

Chapitre 1. La protection du patrimoine de l'époux ou du partenaire en cas de procédure collective, p. 220.

Chapitre 2. Le cautionnement, un service risqué et à éviter, p. 268.

2ème partie : L'incidence de l'activité professionnelle au décès du chef d'entreprise, p. 293

Titre 1. La recherche difficile d'une protection pour le concubin et le partenaire de PACS en cas de décès du chef d'entreprise, p. 294

Chapitre 1. p. Les moyens de protection limités à la disposition du chef d'entreprise soucieux de préserver les intérêts à venir de son concubin, p. 295.

Chapitre 2. p. L'utilisation de clauses statutaires ou extrastatutaires, comme moyens de protection du concubin associé au chef d'entreprise, p. 309.

Titre 2. p. La qualité d'époux, meilleure garantie de sécurité pour la succession du chef d'entreprise, p. 321.

Chapitre 1.p. Le sort traditionnel du fonds ou des parts sociales en cas de décès du chef d'entreprise, p. 323.

Chapitre 2.p. Les moyens d'avantager son conjoint, p. 351.

INTRODUCTION

1. L'activité économique peut être exercée sous la forme d'une entreprise individuelle pour les activités modestes, qui représente 85 % des entreprises en France ¹, ou sous la forme de groupement, ayant la personnalité morale. Le chef d'entreprise est la personne qui gère et représente l'entreprise, sans l'avoir nécessairement fondée. Or, cette notion de chef d'entreprise n'est pas définie par le législateur et recouvre un champ hétéroclite qu'il conviendrait de rebâtir, même s'il n'est pas nécessairement synonyme de pouvoir et de propriété, tel le cas du locataire-gérant. L'objet de l'étude portera plus précisément sur le chef d'entreprise commerçant ou assimilé (salarié de son entreprise, associé en nom ou en commandite, bien que cette qualification soit controversée pour ces derniers ²), artisan, ou professionnel libéral, exerçant ou non, son activité sous une forme sociale. La création ou la reprise d'entreprise entraîne des incidences sur la vie de couple. En outre, l'activité du chef d'entreprise va avoir une incidence sur la situation patrimoniale du couple, tant parce que les revenus de celui-ci en dépendent pour tout ou partie, que du fait des interactions qui ont lieu, en pratique ou du fait de la loi, entre les patrimoines respectifs et leur patrimoine commun. Si le chef d'entreprise exerce son activité par le biais d'une entreprise individuelle, en cas d'échec, les conséquences sont très lourdes pour le chef d'entreprise et sa famille, car l'ensemble de ses biens, professionnels ou de nature privée, sont dangereusement exposé aux poursuites de tous ses créanciers. Si le chef d'entreprise est marié sous un régime de communauté, les biens communs sont également engagés et, en cas de procédure collective, celle-ci peut même, sous certaines conditions, être étendue à son conjoint commun en biens. Le droit des créanciers prime ainsi donc sur la protection du conjoint.

1) Réf. du 26/05/2016 : <http://www.chefdentreprise.com/Definitions-Glossaire/Statut-juridique-entreprise-249196.htm>

2) « Interrogations sur la qualité de commerçant de l'associé en nom », F-X Lucas, Mélanges A.Honorat, Brochet, 2002, p. 281 ; « Qualité de commerçant de l'associé en nom : un repère en discussion, J. Monnet, Dt des Soc. mars 2005, p. 3.

S'il choisit la forme sociétaire, sa responsabilité sera limitée aux apports de capital, exception faite de sa responsabilité civile et pénale en cas de faute de gestion. Or, si l'activité économique prospère peut bénéficier à la famille du chef d'entreprise, en cas de difficultés financières de l'entreprise en revanche, les répercussions sur le patrimoine de son dirigeant peuvent constituer un danger pour sa famille, et plus particulièrement sur la personne qui partage sa vie, pour les raisons qui seront étudiées. La théorie classique du principe de l'unicité du patrimoine d'Aubry et Rau, selon lequel le patrimoine est l'émanation de la personnalité et que toute personne a un patrimoine et ne peut en avoir qu'un seul, semble fragile : comme le constate le professeur Alain Sériaux ¹, le terme patrimoine signifie « qui vient des pères » et le véritable titulaire des biens patrimoniaux pourrait être considéré comme n'étant plus l'individu personne physique, mais sa famille. Cette idée est confortée par la présence d'une masse commune pour les personnes mariées sous les régimes communautaires ou en indivision. Celle-ci sera prise en considération chaque fois que l'une d'elles rencontrera des difficultés financières graves, d'origine domestiques ou professionnelles ², d'où l'importance de la création d'une société pour exercer l'activité et faire écran, ou de l'utilisation d'un patrimoine d'affectation, lorsque cela est possible. Pour pallier aux risques et inciter à la création d'entreprise et donc à l'emploi, le législateur a œuvré pour limiter la responsabilité du chef d'entreprise ³. Tout d'abord, avec la loi n° 85-697 du 11 juillet 1985 ⁴, qui a donné naissance en droit français à une entreprise véritablement individuelle mais à forme sociale : l'entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée (EURL). Depuis la loi n° 2003-721 du 1^{er} août 2003 ⁵ sur l'initiative économique, dite loi *Dutreil*, les exigences de capital minimum sont amoindries et, afin de pallier l'inconvénient

1) « La notion juridique du patrimoine, brèves notations civilistes sur le verbe avoir », A. Sériaux, RTDCiv. 1994, p.801.

2) « Le principe d'unité du patrimoine à l'épreuve de la responsabilité financière d'une personne mariée sous le régime de la communauté », S. Lambert-Wiber, Defrénois 1999, p. 1153.

3) « Patrimoine familial et risque de l'entreprise : stratégies de prévention », Petites Affiches 10 décembre 2014, n°246, V. Legrand.

4) Loi n° 85-697 du 11 juillet 1985, Journal Officiel du 12 juillet 1985, rectificatif JORF 13 juillet 1985.

5) Loi n° 2003-721 du 1^{er} août 2003, Journal officiel du 5 août 2003.

que présenteraient de faibles capitaux propres, il est possible de prévoir une libération progressive des apports en capitaux. Il suffit de libérer 1/5^e des capitaux à la souscription pour constituer la société et pour l'immatriculer. Le solde pouvant être libéré dans les cinq ans, cela permet de supporter un effort financier plus important, mais plus étalé, pour l'associé fondateur. C'est aussi en 2003 qu'une nouvelle étape décisive a été franchie. Le législateur a introduit un mécanisme d'insaisissabilité de la résidence principale, étendu en 2008 par la loi LME à tous les immeubles, bâtis ou non, dès lors qu'ils ne sont pas affectés à l'activité professionnelle. Enfin, le législateur a lancé une ultime tentative pour motiver les entrepreneurs avec l'institution de l'EIRL, entrepreneur individuel à responsabilité limitée, par la loi n°2010-658 du 15 juin 2010 ¹.

2. La notion de famille a beaucoup évolué au fil des siècles. Si elle a longtemps été considérée comme l'ensemble des personnes unies par les liens du sang ou par le mariage, elle pourrait s'entendre aujourd'hui dans un sens plus large comme le couple avec ou sans enfants, avec les phénomènes des familles recomposées, par exemple. D'un point de vue juridique, la parenté est fondée sur la filiation par le sang ou sur la filiation adoptive.

3. A l'époque romaine, les citoyens avaient d'ailleurs bien compris l'utilité du stratagème de l'adoption dans le monde des affaires, s'agissant de la transmission d'une activité prospère. D'un point de vue du droit notarial, la parenté s'analyse au niveau de la ligne et du degré ². L'alliance constitue aussi un lien juridique qui relie les époux entre eux et entre leurs parents.

4. Les conjoints sont définis par le dictionnaire Larousse ³, par des personnes unies dans le même droit ou la même obligation. Il serait possible d'en déduire que cette expression peut être utilisée pour les époux, mais aussi pour les partenaires de PACS, mais exclurait les concubins. Or, dans le code

1) Loi n°2010-658 du 15 juin 2010, Journal officiel du 16 juin 2010.

2) Réf. du 31/05/2016 : <http://www.dictionnaire-juridique.com/definition/conjoint.php>.

3) Le dictionnaire Larousse de poche plus , Edition 2017.

civil, le vocable de « conjoints » se retrouve à plusieurs articles consacrés aux époux, par exemple à l'article 2203-31. De même, dans le code de commerce, le terme est clairement dévolu aux personnes mariées : l'article L 121-3 est explicite, puisqu'il dispose que « le conjoint d'un commerçant n'est réputé lui-même commerçant que s'il exerce une activité commerciale séparée de celle de son époux ». D'ailleurs, la volonté du législateur de désigner par le mot « conjoint » la personne mariée sans assimilation au partenaire de PACS, est confortée par l'ajout au terme « conjoint » dans le titre de certaines sections, de l'expression « ou du partenaire lié au chef d'entreprise par un pacte civil de solidarité »¹.

5. Le législateur a procédé de la même manière à propos du concubin². L'article 828 du code de procédure civile, datant du décret du 28 décembre 1998, dispose que parmi les personnes susceptibles d'assister ou de représenter les parties devant le tribunal d'instance ou la juridiction de proximité, se trouvent « leur conjoint ou concubin ».

6. Il faut donc en conclure que juridiquement, le terme « conjoint » désigne exclusivement la personne unie à une autre par le mariage. Pourtant dans notre société, il est banal d'employer le terme pour désigner la personne en couple, sans accorder d'importance à la nature, ou même à l'existence d'un lien juridique. C'est donc pour des raisons de commodité et pour suivre l'évolution des mentalités, tendant à reconnaître le même statut social à toutes les catégories de couples, que l'époux, le partenaire et le concubin, seront, parfois, réunis sous le même vocable de « conjoint » dans les développements. La réalité de cette tendance à l'assimilation s'est illustrée récemment par l'interdiction faite à l'administration de désigner une femme par le titre Mademoiselle. Aujourd'hui, quel que soit son statut, une femme doit être appelée Madame, ce qui démontre que la situation maritale n'a pas à être

1) Pour exemple, voir section II, chapitre I, Livre Premier du code de commerce.

2) Voir l'ordonnance du 15 octobre 2015 incluant le concubin dans la liste des personnes aptes à pouvoir gérer le patrimoine d'un incapable et loi du 16 février 2015 Réf. du 27/05/2016 :

http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do;jsessionid=45DCD993E7EB61AE920D2FDABD891F94.tpdila09v_2?cidTexte=JORFTEXT000030248562&dateTexte=20151120)

source de discrimination. Cette évolution poursuit l'exigence de prohibition de la distinction entre enfants légitimes, naturels et adultérins opérée par la loi du 4 mars 2002, ce qui tendrait à l'unification du statut familial.

7. Si la famille a traditionnellement reposé sur le mariage, il semble que cette idée puisse aujourd'hui être nuancée. En effet, le mariage est considéré par la doctrine ¹ tantôt comme un acte, un contrat qui lie les époux et leur confère des droits et des devoirs, tantôt comme une institution, « une espèce de corps social dépassant les volontés individuelles » des époux ². L'objectif de cette institution est de permettre aux époux de fonder une famille, d'éduquer les enfants, ce qui est révélateur de la morale chrétienne présente dans la société. La famille constitue le noyau de toute société, ce qui explique l'intervention de l'état dans la formation du mariage, son existence et à sa dissolution. En réalité, les aspects contractuels et institutionnels vont de pair ³ : le mariage est une convention spécifique qui permet d'accéder à une institution légale et qui confère surtout une protection à chaque époux.

8. Le code civil régit la famille et le mariage sans à aucun moment les définir. A sa lecture, se trouve en revanche une définition claire du concubinage ⁴ et du PACS ⁵, qui conduisent fréquemment à la création d'une famille. Le code civil a beaucoup évolué depuis l'époque napoléonienne, preuve que le droit sait s'adapter aux pratiques contemporaines, la reconnaissance des couples de même sexe, tant dans le mariage que dans le PACS et le concubinage, prouve que le droit suit l'évolution des mentalités dans une société. Dans un esprit de justice et d'équité, les notions d'enfant

1) P. Courbe et F. Jault-Seseke, « Les personnes, la famille, les incapacités », droit civil, mémento Dalloz, LMD, 8^{ème} édition.

2) J. Carbonnier, « La famille, l'enfant, le couple », droit civil, tome II, 21^{ème} édition, PUF, 2002, p.391.

3) 1) J. Arènes, B. Barthelet, P. Benoit, G. Eid, J-M Ghitti, X. Lacroix, « Quel avenir pour la famille? Le coût du non-mariage », Bayard, 2006.

4) Article 515-8 du C.Civ : « 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 ».

5) Article 515-1 du C.Civ : « Un pacte civil de solidarité est un contrat conclu par deux personnes physiques majeures, de sexe différent ou de même sexe, pour organiser leur vie commune.

naturel et adultérin ont disparu, ce qui a d'heureuses conséquences en matière successorale. Cependant, il demeure aujourd'hui que le droit privilégie la famille issue du mariage, du moins du point de vue des époux, puisque seul ce statut leur garantit une protection efficace d'un point de vue du droit social et du droit civil et successoral. L'objet de l'analyse consistera à se demander ce qu'il en est, du point de vue du droit des affaires, dans le code de commerce et le code des sociétés. La question se pose également au sujet des concubins et des partenaires de PACS, l'efficacité de la protection est loin de paraître de manière évidente dans la législation qui ne prévoit aucune obligation pour les premiers, ou des obligations moins contraignantes pour les seconds. Peuvent-ils trouver meilleur traitement dans la jurisprudence ? Peuvent-ils se prévaloir de droits et dans l'affirmative quels sont-ils ? De plus, les temps ont bien changé depuis l'époque napoléonienne fondatrice de notre législation : si la famille a pendant longtemps été le spectre de la toute-puissance paternelle, aujourd'hui la femme est pleinement concernée dans les affaires du mari, au terme d'une longue évolution allant de la loi n° 65-570 du 13 juillet 1965 consacrant l'égalité entre époux, en passant par la loi n° 70-459 instituant l'administration conjointe de la famille, ou la loi n° 75-620 relative à l'égalité dans le choix de la résidence, et surtout, la loi n° 85-1372 supprimant la prédominance du mari dans l'administration de la communauté. Cette évolution s'est inscrite dans la durée en raison de la lenteur de celle des mœurs. Longtemps, les femmes ont travaillé en tant qu'agricultrices, nourrices ou ouvrières. Avec la seconde guerre mondiale, les femmes subissent l'idéologie du Maréchal Pétain « Travail, Famille, Patrie » et les écoles non mixtes encouragent l'enseignement des travaux manuels et ménagers pour les filles qui sont formées à la couture, au repassage, au lavage, à la cuisine ; tandis que les garçons sont formés aux métiers de forgerons, menuisiers, maçons ¹. Une contradiction apparaît quant à la politique du régime vis à vis du travail des femmes. En effet, s'inscrivant dans cette idéologie de la famille, Vichy promulgue une loi le 11 octobre 1940, qui prévoit que les femmes mariées et de plus de 50 ans soient exclues du

1) Réf. du 19/07/2016 : http://www.wiki-brest.net/index.php/Histoire_de_l%27%C3%A9volution_de_la_condition_de_la_femme

service public. De même dans le secteur privé, la non-embauche est incitée. Cette politique subit un revirement en 1942. La loi est suspendue à cause du service de travail obligatoire. La France manque de main d'œuvre et les femmes de 18 à 35 ans n'ayant pas d'enfants légitimes sont astreintes au travail obligatoire, mais il faudra attendre les années 60¹, pour voir l'explosion du salariat des femmes qui bien souvent jusque là travaillaient pour leurs conjoints par la perception de leurs salaires par leurs maris, ou durement mais bénévolement, au titre de l'entraide familiale.

9. A l'époque contemporaine la famille semblerait dépasser le cadre des liens du sang ou d'alliance. Dans ces temps de crises économiques généralisées, il ressort des enquêtes que la famille est un lieu de refuge privilégié pour les individus².

10. Beaucoup entendent simplement créer leur famille selon leur propre valeur d'indépendance et de liberté, tel est le cas des partenaires de PACS et à *fortiori* des concubins. Aujourd'hui avec l'augmentation des divorces, de l'union libre et des familles recomposées, la famille reposerait sur les liens affectifs, sur la volonté de vivre ensemble, mais librement et d'un point de vue individuel pour beaucoup. La tendance née dans les années cinquante à faire l'amalgame entre famille et ménage, entendu comme famille nucléaire classique, est à l'heure actuelle obsolète³. Famille paraît rimer avec sentiments, tant du point de vue de la personne avec qui l'on partage sa vie, que l'on soit marié ou pas, qu'avec les enfants qui sont élevés dans le cadre des familles recomposées⁴. La notion de couple a elle aussi évolué et semble tout simplement désigner deux personnes unies par un sentiment amoureux, sans considération de l'existence d'un lien juridique les unissant, ni

1) Réf. du 20/07/2016 : http://www.alternatives-economiques.fr/-depuis-toujours-les-femmes-travaillent-_fr_art_1101_55106.html

2) B. Beignier, « Régimes matrimoniaux, PACS, concubinage », Montchrestien, Lextenso éditions, 2012.

3) C. Bonvalet, A. Gotman, Y. Grafmeyer, I. Bertaux-Wiame, D. Maison, L. Ortalda

4) « La famille et ses proches, l'aménagement des territoires », Travaux et documents, PUF diffusion, 1999, p. 28.

de l'existence d'obligations, comme en témoigne l'ampleur du phénomène de la non cohabitation des personnes en union libre ¹. Or, l'activité professionnelle exercée par le chef d'entreprise peut avoir des conséquences positives (sur le patrimoine du couple) ou négatives sur la personne en couple avec lui, selon la prospérité que connaît l'activité, ou les difficultés qu'elle rencontre (procédure collective, souscription d'emprunts, existence de dettes, conflits entre associés). Il convient donc de s'interroger sur les conséquences de l'activité professionnelle du chef d'entreprise sur la personne en couple avec lui et notamment sur le statut le plus protecteur ? Par ailleurs, l'existence même de l'activité peut se trouver perturbée par l'évolution du couple avec l'adoption d'un nouveau lien juridique ou la modification de celui-ci, mais surtout rupture, ou décès du chef d'entreprise car celui-ci entraîne bon nombre d'incidences sur la personne qui partage sa vie et est régit par un droit particulier, qui est celui des successions. D'où la nécessité d'envisager au gré des hypothèses, les meilleurs moyens de protection qui concernent la personne en couple avec le chef d'entreprise, ce dernier et l'entreprise elle-même, une des difficultés tenant à l'autonomie que celle-ci revêt en tant que sujet de droit indépendant du chef d'entreprise.

11. L'incidence de l'activité du chef d'entreprise sur son couple et les moyens de protection à envisager seront étudiées, tant dans de son vivant (**1^{ère} partie**), que lors de son décès (**2^{ème} partie**).

1) Réf. du 16/06/2016 : http://www.insee.fr/fr/themes/document.asp?ref_id=ip1435.

**1^{ère} Partie : L'incidence de l'activité
professionnelle sur le couple, du vivant du chef
d'entreprise**

12. L'activité du chef d'entreprise entraîne de nombreuses conséquences pour la personne qui partage sa vie : répercussions positives ou négatives concernant le patrimoine de cette personne durant ou après l'union, droits sociaux ou droits à la retraite si elle travaille avec lui, droits ... Il conviendra donc d'envisager les incidences de la pratique des affaires et les moyens de protection pour la personne en couple avec le chef d'entreprise (**titre 1**), *a fortiori* en cas de difficultés financières (**titre 2**).

Titre 1 : La protection de la personne en couple avec le chef d'entreprise contre les incidences de la pratique des affaires

13. En France, 29,6 millions de personnes vivent en couple, dont 24,8 millions de personnes mariées, 4,8 millions en concubinage et près d'un million de « pacsés »¹.

14. La question du choix du statut social du couple du chef d'entreprise est primordiale. En cas de prospérité ou de problèmes financiers de l'activité professionnelle, les incidences patrimoniales sont différentes pour le concubin, le partenaire (**chapitre 1**), ou l'époux (**chapitre 2**). Les moyens de protection existants en cours d'union ou en cas de rupture seront envisagés afin de déterminer les solutions les plus efficaces.

1) Référence du 22/10/2014 :
http://www.uniondesfamilles.org/chiffres_sur_evolution_familles.htm

Chapitre 1 : Les incidences de l'activité professionnelle sur le concubin et le partenaire du PACS

15. Parce qu'il n'existe pas de lien de droit entre eux, la protection du concubin du chef d'entreprise peut sembler parfaite en cas de difficultés financières de celui-ci. Pourtant, en pratique, cette absence de lien va desservir le concubin intéressé aux affaires, ce qui révèle des moyens de protection limités (**section 1**). L'existence d'un lien de droit par le biais du PACS (**section 2**) à mi-chemin entre le concubinage et le mariage, paraît offrir plus d'avantages.

Section 1) Des moyens de protection limités pour le concubin

16. Napoléon a déclaré « Les concubins ignorent la loi, la loi les ignorent » car à l'époque les mentalités étaient marquées par le catholicisme qui les suspectaient d'immoralité. Pourtant, Loysel, juriste du 16^{ème} siècle, décrivait le concubinage par un adage resté célèbre et qui dans une certaine mesure, en droit des affaires et en droit civil, est toujours d'actualité : « boire, manger, coucher ensemble, c'est mariage ce me semble ». En effet, même si les concubins semblent souhaiter échapper à un statut juridique, le droit leur accorde une certaine bienveillance en leur attribuant des droits, dans un souci de justice. Rien de plus normal pour un concubin qui aurait partagé sa vie pendant de nombreuses années avec un chef d'entreprise et d'autant plus, s'il a participé à son activité professionnelle. Avant d'envisager les solutions en cas de séparation pour un concubin non averti ayant participé à l'exploitation (§2), les moyens de protection en cas de prêt par le concubin au chef d'entreprise pour son activité (§1) seront examinés.

§ 1. Les moyens pour le concubin de préserver ses intérêts en cas de prêt au chef d'entreprise

17. A la différence des époux pour lesquels le partage des biens est facilité par l'encadrement de la loi en cas de séparation, des difficultés peuvent survenir lors de la rupture de la vie commune des concubins : si chacun récupère en théorie les biens provenant de ses revenus, d'une succession ou d'une libéralité, il se peut bien souvent que leurs patrimoines respectifs se soient mélangés, en particulier lorsque l'un a avancé des deniers à l'autre, qu'ils ont cofinancés un bien appartenant à l'un d'eux, ou que l'un ait voulu effacer la dette de l'autre, ce qui génère des conflits. Un concubin charitable peut-il récupérer ce qu'il a payé ? En la matière, tout est question de preuve (I). Le concubin qui peut prouver sa propriété sur un bien le récupèrera sans difficulté, à défaut le bien sera présumé indivis, hypothèse complexe qui sera étudié plus tard ¹. Quoiqu'il en soit, diverses techniques juridiques sont à sa disposition pour obtenir gain de cause (II).

1) Voir page 37.

I. La problématique de la preuve en matière de prêts entre concubins

18. La propriété d'un bien immobilier se prouve sur titre, avec application de la théorie de l'accessoire de l'article 555 du code civil en cas de construction financée par l'un des membres du couple sur le terrain de l'autre, de telle sorte que le propriétaire du terrain sera aussi propriétaire de la construction, à défaut d'une convention relative au sort de celle-ci ¹, sous réserve d'éventuelles indemnités.

19. La propriété en matière mobilière est régie par les articles 2276 et 2279 du code civil qui prévoient qu'en fait de meuble « possession vaut titre » si la possession est paisible, continue, apparente et non équivoque. Ainsi, un chef d'entreprise qui aurait joui de la bienfaisance de son compagnon pour créer ou développer son activité, allèguera que le bien ou les sommes versées, lui ont été donnés et qu'il n'a donc rien à rembourser ou à restituer.

20. Le concubin généreux va se trouver en mauvaise posture pour récupérer ce qu'il estime être son dû, en raison de la présomption de don manuel opérée par certaines juridictions, la jurisprudence demeurant fluctuante sur la question.

21. Ainsi, dans sa décision du 30 mars 1999, la première chambre civile de la Cour de Cassation a fait bénéficier le concubin possesseur, de l'intention libérale ². L'auteur d'un virement devra rapporter la preuve de l'absence de don autrement dit l'existence d'un prêt, à défaut de quoi le bénéficiaire conservera les sommes.

22. Elle a pourtant considéré par la suite ³, que c'est au concubin bénéficiaire d'une donation de rapporter la preuve de l'existence de celle-ci, en l'absence de quoi la présomption d'onérosité trouve à s'appliquer ⁴.

1) Cass. 1 ère Civ. 25 février 1997, Dt Famille 1997, n°116, H. Lecuyer ; Cass. 3 ème Civ. 2-10-2002 n° 01-00.002 : « Une telle convention ne peut se déduire de la seule situation de concubinage ».

2) Cass. 1 ère Civ. 30 mars 1999, Bull. Civ. I, n°112 ; JCP G 2000, II, n° 10274, note P. Cagnoli.

3) Cass. 1 ère Civ. 21 février 2006, n° 04-19667 ; Voir aussi CA Toulouse, 12 juillet 2001, RTDCiv. 2002, p.274.

4) CA Toulouse 5 janvier 1999, Dt Famille 1999, n°53 ; CA Grenoble 1^{er} septembre 1998, RTDCiv. 1998, 885, J. Hauser.

23. Pour se préserver de l'incertitude relative au remboursement, un concubin qui aurait avancé des fonds au chef d'entreprise lui permettant d'acquérir un bien, s'acquitter d'une dette, ou financer des travaux d'amélioration de son entreprise, prendra la précaution de se constituer la preuve de l'existence d'un prêt.

24. L'article 1341 du code civil impose une preuve écrite lorsque la somme dont il est question est supérieure à 1500 euros. En deçà de cette somme, la preuve s'établira par tous moyens : bon de commande, facture, relevés de compte, photocopie de chèque, attestation¹.

25. S'il ne peut pas rapporter de preuve, le concubin pourra tenter d'invoquer l'impossibilité morale de se constituer une preuve littérale du prêt. Cependant, la jurisprudence est le plus souvent sévère dans cette appréciation.

26. Elle considère que le seul état de concubinage ne saurait suffire à démontrer l'impossibilité morale, les juges du fond devant considérer les circonstances particulières qui établissent l'impossibilité². Parfois, les juges du fond se montrent conciliants s'agissant des circonstances³. La cour d'appel de Paris a par exemple considéré, que le fait pour les parties d'être en concubinage et parents d'un enfant commun reconnu avant la naissance, avait été de nature à empêcher une concubine de réclamer un écrit pour constater le prêt fait à son concubin⁴.

27. Pour obtenir remboursement du prêt, il est donc indispensable pour le concubin de prendre des garanties. Il conviendrait autant que possible d'établir ce contrat de prêt dans un écrit qui stipulerait que le remboursement devra s'opérer sur simple demande du prêteur et de prévoir des sanctions. Il est possible de penser au nantissement de l'article 1866 du code civil pour garantir le prêt, ou encore à la dation en paiement : le concubin débiteur se

1) « Mariage, PACS, union libre : Bien choisir le statut juridique de votre couple », S. Meaux, Les essentiels, p.125.

2) Limoges 20 avril 1995, RTDCiv. 1995, p.867, n°9, obs. J. Hauser ; Cass. 1 ère Civ. 25 février 1997, n° 94-22.022P.

3) Versailles, 22 octobre 1999, D. 2000, somm. comm. N°418, note J-J Lemouland.

4) Paris, 16 février 1999, Dt Fam.1999, comm. N°96, note H. Lecuyer.

libère ainsi par un autre moyen que l'objet de l'obligation, notamment par l'attribution des parts sociales, ce qui est très incitatif à honorer sa dette. Le concubin prêteur peut idéalement proposer une alternative au prêt, en s'attribuant la nue-propiété des parts sociales, tout en laissant leur usufruit au concubin exploitant l'activité. Il conviendra alors de spécifier dans les statuts, que le droit de vote est attribué à l'usufruitier et d'inclure la possibilité d'une gérance successive : une clause subordonnera les héritiers du concubin exploitant dans la société, à l'agrément préalable de l'associé survivant, en application de l'article 1870 alinéa 1 du code civil.

28. Il est également envisageable de constituer une société à capital faible entre les concubins, avec un financement de l'opération par avance en compte courant. La chambre commerciale de la Cour de Cassation, dans un arrêt du 8 décembre 2009 ¹, a admis le remboursement à première demande du compte courant, sans possibilité d'avancer des problèmes financiers rencontrés par la société, étant donné le principe selon lequel les comptes courant d'associés sont, sauf convention contraire, remboursables à tout moment. La clause selon laquelle le remboursement du compte courant d'associés n'est valable que si la trésorerie de la société le permet, n'est applicable que si la décision ne dépend pas exclusivement d'une décision de la société, ce qui est un gage d'objectivité. Cette jurisprudence a été confirmée par la chambre commerciale dans un arrêt du 10 mai 2011 ², qui a relevé que si l'article 1900 du code civil offre au juge la possibilité de fixer un terme pour la restitution d'un prêt, il n'est pas applicable au compte courant d'associé, dont la caractéristique essentielle, en l'absence de convention particulière ou statutaire le régissant, est d'être remboursable à tout moment. Ce principe a d'ailleurs été récemment conforté par une décision de la cour d'appel de Paris en date du 24 février 2015 ³. Le remboursement du compte courant d'associés pourra être anticipé par un emprunt bancaire, dont les intérêts sont

1) Cass. Com. 8 décembre 2009, n°08-16418. Référence du 21/11/2015 : <http://www.net-iris.fr/blog-juridique/113-nathalie-malkes-koster/28226/quelles-limites-au-remboursement-a-vue-du-compte-courant>

2) Cass. Com. 10 mai 2011, n° 10-18.749. Référence du 22/11/2015 : <http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000024172144&fastReqlD=80184655>

3) CA Paris, 24 février 2015. Référence du 23/11/2015 : http://www.legalis.net/spip.php?page=jurisprudence-decision&id_article=4510

fiscalement déductibles des revenus, en application de l'article 31 du CGI. Un important arrêt du Conseil d'Etat, en date du 28 mars 2014 ¹, a d'ailleurs précisé que la déductibilité des intérêts pour le rachat d'avances en compte courant d'associés, comprend les prêts consentis à titre gratuit, ce qui facilite le remboursement effectif de la dette.

II. Les actions envisageables pour obtenir gain de cause

29. A défaut d'écrit ou plus généralement de dispositions préventives, d'autres techniques juridiques plus ou moins efficaces s'offrent au concubin pour récupérer son dû : la société créée de fait, l'enrichissement sans cause ou la gestion d'affaires.

30. Lorsqu'un immeuble a été acheté par un concubin, mais que l'autre l'a aidé à acquérir ce bien, ce dernier essaye quelquefois de faire établir la reconnaissance d'une société créée de fait, c'est-à-dire une société conçue sans statuts, ni formalités, mais avec un comportement des protagonistes induisant la qualité d'associé. Le but est de parvenir à la liquidation, à la restitution des sommes payées et pourquoi pas, à l'attribution préférentielle de l'immeuble.

31. Les juridictions apprécient très rigoureusement la présence des conditions cumulatives pour que cette forme de société soit avérée entre concubins: existence d'apports, intention de collaborer sur un pied d'égalité à la réalisation d'un projet commun et volonté de contribuer aux bénéfices, économies ou pertes découlant de l'activité. L'*affectio societatis* sera particulièrement difficile à prouver pour convaincre le juge, qui est le plus souvent hostile à sa reconnaissance.

32. Ainsi, dans un arrêt du 20 janvier 2010 ², la première chambre civile de la Cour de Cassation a retenu que « l'intention de s'associer en vue d'une

1) CE 28 mars 2014. Référence du 23/11/2015 : http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.do?oldAction=rechJuriAdmin&idTexte=CETA_TEXT000028792299&fastReqId=293284442&fastPos=1

2) Cass. 1 ère Civ. 20 janvier 2010, n°08-13200, Dt Fam. 2010, n°25, note V. Larribau-Terneyre.

entreprise commune ne peut se déduire de la participation financière à la réalisation d'un projet immobilier et est distincte de la mise en commun d'intérêts inhérents au concubinage ».

33. A contrario, dans un arrêt en date du 11 février 1997, la première chambre civile de la Cour de Cassation ¹ avait admis l'existence d'une société créée de fait, en raison de « la mise en commun des ressources et d'un cautionnement pour la construction du logement familial ».

34. Si le recours à cette technique est incertain pour obtenir le remboursement des sommes prêtées par le concubin au chef d'entreprise, il y trouvera grand intérêt, dans le cas où il aurait participé bénévolement à l'activité professionnelle.

35. Le concubin généreux peut tenter de recourir à la théorie de l'enrichissement sans cause, pour parvenir à récupérer après la séparation, des fonds qu'il considère avoir versé indûment. Il s'agit d'une action subsidiaire, elle ne peut être introduite que si aucune autre action n'est recevable. S'il est relativement facile d'établir l'enrichissement de l'un, l'appauvrissement de l'autre et le lien de causalité en découlant, le concubin aura le plus grand mal à réussir à prouver l'absence de cause. Cette action dite aussi « *de in rem verso* » a par exemple été accueillie, s'agissant d'une somme d'argent remise par un concubin à sa compagne pour apurer une dette personnelle ². Il ne faudra donc pas que le paiement découle d'un contrat ou d'une compensation. La théorie pourra être invoquée dans des cas particuliers, ne concernant pas les charges de la vie commune, pour ne pas que le concubinage ne bénéficie de l'article 214 du code civil (contribution aux charges du ménage selon les facultés respectives), uniquement applicable aux époux.

36. Le recours à cette technique peut être plus facilement envisageable lorsque le concubin a collaboré à l'activité du chef d'entreprise, comme il sera constaté plus tard ³.

1) Cass. 1 ère Civ. 11 février 1997, LPA 7 juillet 1997, note D. Gibirila.

2) Cass. 1 ère Civ. 4 mars 1997, n°94-21.976, Dt Fam. 1997, n°67, note H. Lécuyer.

3) Cf. page 51.

37. Reste à savoir si le concubin trouvera meilleure fortune en invoquant la gestion d'affaires ? ¹ Un concubin a géré les affaires de l'autre et veut récupérer les fonds engagés pour réaliser des dépenses utiles et nécessaires, peut y recourir. Là encore les tribunaux exigent la réunion des éléments caractéristiques de cette action : si l'utilité de la gestion sera bien souvent aisément rapportée, il sera moins commode de prouver l'intention de gérer et d'agir pour le compte et l'intérêt d'autrui, dans une intention désintéressée et non calculée. Il est arrivé que la gestion d'affaires soit reconnue s'agissant d'un remboursement des dépenses ², ou pour des travaux d'entretien et d'investissement ³.

38. Ces trois techniques revêtent plus d'utilité pour le concubin ayant participé à l'activité du chef d'entreprise. Quoiqu'il en soit, le concubin qui a prêté des fonds devra, par prudence et prévoyance, faire signer une reconnaissance de prêt, ou du moins s'il n'ose pas, conserver le maximum de preuves écrites des transferts de sommes d'argent à son compagnon.

§2 Le sort du concubin travaillant avec le chef d'entreprise

39. La protection du concubin en cas de co-exploitation conventionnellement prévue (I) sera beaucoup plus efficace et facilitée, que s'il participe à l'activité de façon gracieuse et sans que ne soit prévue un encadrement juridique de leurs rapports de travail (II).

I. La co-exploitation d'un fonds par les concubins

40. Il se peut que les concubins souhaitent exercer une activité artisanale, commerciale ou libérale, ensemble. N'ayant pas de lien juridique, les concubins précautionneux deviennent associés, tout comme ils le seraient avec des tiers. La situation en évidence simple, peut devenir plus compliquée

1) Articles 815-4 et 1375 du code civil.

2) CA Paris, 14 octobre 1997, Dt Fam. 1998, n°19, H. Lécuyer.

3) CA Pau, 17 décembre 2001, RTDCiv. 2002, 786, obs. J. Hauser.

si, au lieu de posséder chacun des parts sociales nommément attribuées (A) ou sans convention d'indivision, la propriété du fonds est équivoque (B).

A. La société créée par des concubins aux fins de co-exploitation, garante des droits de chacun

41. Les contrats de société entre concubins sont très fréquents, particulièrement pour la constitution de SCI ou de sociétés civiles professionnelles, et peuvent être utilisés comme solutions palliatives à l'absence de régime matrimonial. Ils sont bien entendus valables, à condition qu'ils correspondent à une réalité sociale et qu'ils ne soient pas utilisés comme outils de fraude : une décision de la cour d'appel de Grenoble, en date du 26 mars 2012 ¹, a ainsi annulé pour cause illicite, une SCI entre concubins, car il est apparu que la société a été constituée dans le but déterminant d'acquérir en marge du régime matrimonial d'un époux, un immeuble, en faisant croire que l'argent investi par le mari dans la société formée entre les concubins, provenait d'un bien propre, alors qu'en réalité il émanait de la communauté.

42. S'agissant de la composition de l'actif social, les biens le composant seront ceux destinés à l'exploitation du fonds. Les concubins trouveront dans le droit des sociétés, des règles de gestion leur permettant de satisfaire à leur indépendance dans la gestion de l'actif social et à leur désir d'égalité, les relations personnelles et professionnelles étant bien différenciées, le droit des sociétés venant ainsi stabiliser l'union libre.

43. L'article 1848 du code civil dispose que « s'il y a plusieurs gérants, ils exercent séparément les pouvoirs de gestion, sauf le droit qui appartient à chacun de s'opposer à une opération avant qu'elle ne soit conclue. Le tout, à défaut de dispositions particulières des statuts sur le mode d'administration». Cet article apporte la sécurité aux concubins associés et renforce l'égalité

1) CA Grenoble, 26 mars 2012, n°11/02714. Référence du 23/11/2015 : http://www.vivaldi-chronos.com/index.php?option=com_content&view=article&id=2647:nullite-de-la-societe-pour-cause-illicite&catid=38:droit-des-societes&Itemid=28

dans leurs relations professionnelles, car il permet de prévoir dans les statuts, des pouvoirs de gestion nécessitant l'accord des deux concubins associés, même si le travail de gestion peut paraître plus lourd en pratique et sous-entend des relations non conflictuelles et basées sur l'harmonie. Cependant, si les concubins décident d'insérer dans les statuts une clause limitant la gestion, en prévoyant la signature impérative des deux gérants pour tous les actes, celle-ci ne constituera qu'un devoir moral entre cogérants, car elle ne sera pas opposable aux tiers, sauf s'ils ont eu connaissance de son existence. Il convient donc d'avertir les tiers contractants en cas de survenance d'un sentiment de méfiance à l'égard de son concubin, afin de limiter les pouvoirs de celui-ci d'agir seul. Cette information des tiers permettra ainsi d'exercer indirectement un droit de véto.

44. De plus, l'article 1852 du code civil prévoit que « les décisions qui excèdent les pouvoirs reconnus au gérant sont prises selon les dispositions statutaires, ou en l'absence de telles dispositions, à l'unanimité des associés ». Il paraît donc vivement conseillé d'un point de vue théorique de prévoir dans les statuts une gestion bi céphalique, afin d'assurer l'information et le contrôle de l'exercice de gestion de l'autre par son concubin associé, la prise de décision dans la gestion étant plus sûre et réfléchie à deux. Cette possibilité n'est guère différente de la situation de l'indivision, c'est pourquoi les subtilités entre les deux seront envisagées par la suite. Cependant, il faut remarquer que si la cogérance avec prise des décisions à l'unanimité prévue initialement dans les statuts est révélatrice de stabilité théorique puisqu'elle est définitive, cette situation d'égalité ne sera révocable que judiciairement, pour cause légitime et peut donner lieu à des situations d'abus d'égalité. L'arrêt du 31 mars 2009 de la chambre commerciale de la Cour de Cassation en est une illustration ¹ : en l'espèce, deux associés égaux sont cogérants de leur société. L'un d'eux démissionne et refuse par trois fois de voter la rémunération de l'autre. Le gérant unique invoque alors l'abus d'égalité. La chambre commerciale refuse cette action, car elle considère que la rémunération du mandataire social n'est pas une opération essentielle pour la

1) Cass. Com 31 mars 2009, n°08-14180. Référence du 23/11/2015 : <http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000020484015&fastReqlD=985225376&fastPos=1>

gestion. Comme pour l'abus de minorité, les critères sont très difficiles à réunir et donc rarement admis. Pour y parvenir, il faudra réussir à prouver que l'attitude d'un associé est contraire à l'intérêt de la société, en ce qu'elle interdit une opération essentielle pour celle-ci et dans le seul but de favoriser ses propres intérêts, au détriment des autres associés.

45. Afin d'éviter que la gérance unique n'aboutisse sur une situation d'inégalité, une parade statutaire efficace est envisageable avec l'organisation du retrait en assemblée générale, sans condition d'unanimité. Il permet d'éviter le partage et aboutit sur le remboursement des apports, par rachat des parts sociales par la société ou par l'autre associé. Le retrait serait ainsi possible pour juste motif caractérisé en cas de mésentente et d'impossibilité d'agir dans la gestion. En présence de cogérants, il apparaît donc indispensable d'organiser les prises de décisions ordinaires ou pas, sans clause d'unanimité. L'absence de clause d'unanimité est par ailleurs tout autant indispensable dans les hypothèses d'inégalité dans la répartition du capital, ce droit de véto augmentant les pouvoirs de l'associé minoritaire.

46. Il apparaît donc impératif d'anticiper des difficultés dans la gérance, et implicitement la séparation des concubins, car des problèmes de couples peuvent interférer dans la vie sociale et lui nuire. La sécurité du droit des sociétés vient tempérer l'instabilité des relations de concubinage qu'entretiennent deux associés, en venant de manière implicite les encadrer, dans un but de pérennisation de la personne morale. Un arrêt de la chambre commerciale de la Cour de Cassation du 24 juin 2014 ¹ a d'ailleurs rappelé, que la simple mésentente ne suffit pas à la dissolution de la société, seule la paralysie de celle-ci pouvant y aboutir. La troisième chambre civile de la Cour de Cassation dans un arrêt du 25 juin 2013 ² a de même rejeté la demande de retrait d'un associé, au motif que la disparition de la relation affective est extérieure au lien social.

1) Cass. Com. 24 juin 2014, n°13-21074. Référence du 23/11/2015 : <http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEX T000029153603&fastReqId=434559147&fastPos=1>

2) Cass. 3^{ème} Civ. 25 juin 2013, n° 11-26.124, JCP E 25 avril 2013, n°17, A. Viandier.

47. Afin de parer aux discordes du couple de concubins associés, il est envisageable de songer à insérer dans les statuts, une clause d'exclusion moyennant indemnités, mais celle-ci se révèle difficile à mettre en place. L'exclusion doit uniquement être fondée sur un motif conforme à l'intérêt de la société et à l'ordre public ¹, ce qui sous-entend un trouble dans la vie sociale et pose notamment la question de savoir si l'infidélité pourrait être constitutive d'un tel trouble. Par ailleurs, l'associé visé doit pouvoir être entendu lors de la prise de décision, en application du principe du contradictoire, décision à laquelle il doit prendre part, en application de l'article 1844 du code civil. Il est souhaitable de prévoir une procédure devant un organe externe à la société, afin de permettre la neutralité. La décision de la cour d'appel de Paris en date du 7 juin 1988 ², a posé que les causes d'exclusions statutaires et par là même les fautes, doivent être les mêmes pour tous les associés. La voie amiable paraît bien utopique, mais permet si elle aboutit, à la reprise des apports sans fiscalité, puisqu'elle diffère d'un partage. En cas d'apport en nature, il faut alors prévoir la faculté d'un rachat des parts, pour ne pas risquer de mettre en péril l'objet social. La jurisprudence se montre hostile à une exclusion judiciaire.

48. Dans un arrêt du 16 mars 2011 ³, la troisième chambre civile de la Cour de Cassation s'est appuyée sur l'article 1869 du code civil, pour décider que la mésentente des associés ne faisait pas disparaître l'*affectio societatis* et n'était pas un juste motif de dissolution, ni d'exclusion, mais constituait juste un motif de retrait. L'appréciation se montre donc subjective et nécessite la preuve du dysfonctionnement de la société.

49. Il apparaît donc plus facile de sortir de la société en cas de crise dans le couple, que d'obtenir la dissolution de la société, surtout en présence de clauses statutaires sécurisant cette sortie.

- 1) Cass. Com., 8 mars 2005, n° 02-17692. Référence du 23/11/2015 : <http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechExpJuriJudi&idTexte=JURITEXT000007051185&fastReqId=376814376&fastPos=1>,
- 2) CA Paris 7 juin 1988, Référence du 23/11/2015 : <http://www.lepetitjuriste.fr/la-validite-des-clauses-de-bad-leaver/>
- 3) Cass. 3^{ème} Civ arrêt du 16 mars 2011, n°10-15.459. Référence du 23/11/2015 : <http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000023742742&fastReqId=738408878&fastPos=1>

50. Il est également possible de prévoir une clause statutaire d'exclusion d'un concubin, à la condition d'entraîner une juste indemnité et de lui laisser la possibilité de voter sur sa propre sortie de la société. Il conviendra alors de bien spécifier les motifs de cette exclusion, l'organe de décision compétent (si possible autre que l'assemblée des associés), ainsi que le cessionnaire des parts (associés, tiers agréés ou la société avec baisse du capital).

51. Le principal avantage de la constitution d'une société aux fins de co-exploitation entre concubins est qu'elle est le seul moyen de permettre le bénéfice de l'attribution préférentielle, si le temps vient de se partager l'actif social¹. Les achats réalisés par la société dans le but de satisfaire l'objet social constituent une masse. L'article 1844-9 du code civil permet de contrer l'indivision dans laquelle pourraient se trouver les associés. Il réfère aux règles relatives à l'indivision successorale qui permettent la création de lots, ce qui évite d'avoir à payer une soulte à un autre associé, et permettent de recourir à l'attribution préférentielle des articles 831 et suivants du code civil.

52. Cela permet à un concubin de se voir attribuer soit la propriété de l'entreprise artisanale, commerciale, agricole ou libérale, soit les droits sociaux, à charge de soulte s'il y a lieu, estimés à leur valeur à la date du partage. Cela rend possible la continuation de l'exploitation du fonds, en cas de décès d'un concubin, ou le retrait de l'un d'eux s'il désire se retirer de l'exploitation du fonds et de parer à une dissolution de la société pour cause de réunion en une seule main des parts sociales.

53. Les concubins peuvent, au moment de la création de la société ou en cours de vie sociale, prévoir d'insérer dans les statuts des clauses liées au partage, la répartition des bénéfices relativement aux apports de chacun n'étant pas une règle impérative. La répartition des bénéfices peut ainsi se faire de façon inégale, l'un des concubins percevant une part de bénéfice plus élevée que sa contribution au capital social ou concourant aux pertes de façon moindre.

1) « Régimes matrimoniaux et régimes patrimoniaux des couples non mariés » A-S Brun-Wauthier, 3^{ème} édition, Larcier, collection Paradigme.

54. Il est possible d'avantager son concubin par une opération différée de l'apport en numéraire qui, contrairement à l'apport en nature, est libérable à tout moment. Il est donc envisageable de souscrire des parts de société à crédit. Cette libération différée donne droit aux dividendes de la société, même si concrètement l'associé n'a rien payé, puisque dans ce cas l'apport provient d'un prêt, prêt pouvant avoir été souscrit auprès du chef d'entreprise à taux zéro. Le prêt sur une longue durée est tout à fait licite et ne peut en aucun cas être requalifié en donation. Si la société est dissoute, l'actif net de la société fera donc apparaître la libération de l'apport, mais en réalité le concubin associé aura payé par compensation par des biens attribués par ailleurs lors du partage qui ressort du concubinage. En cette hypothèse, la preuve d'une fraude apparaît impossible à prouver pour les tiers car il faudrait réussir à démontrer que tout a été pensé dès avant la constitution de la société.

55. Il convient de conseiller d'insérer, en cas d'apports en travail égal mais non en cas d'apports financiers équivalents, une clause statutaire de partage égalitaire dans un souci de justice et de gratitude. Ces clauses sont valables sous réserve de ne pas constituer des clauses léonines en application de l'article 1844-1 du code civil, c'est-à-dire attribuant à un associé la totalité du profit, ou mettant à sa charge la totalité des pertes. De telles clauses léonines sont réputées non écrites.

56. Il est tout aussi concevable de prévoir dans les statuts un transfert entre concubins des droits aux résultats, aux bénéfices ou aux dividendes. En effet, à la constitution de la société, le pourcentage du droit aux dividendes est proportionnel au nombre de parts détenues dans la société, sauf clause contraire en application de l'article 1844-1 du code civil. Rien n'interdit donc quelques années après la constitution de la société entre concubins, de déroger à cet article, en prévoyant un transfert du droit aux bénéfices par une clause statutaire : un concubin ne possédant initialement par exemple que 10 % des droits aux dividendes, peut ainsi se voir attribuer 60 %. La chambre commerciale de la Cour de Cassation, dans l'arrêt Godefroy du 18 décembre

2012 ¹ a admis que cette opération ne constituait pas une donation, contrairement à ce que demandait l'administration fiscale. Les motifs de cet arrêt sont surprenants, car la Cour considère que l'opération n'a pas été décidée par les associés mais par la société elle-même, l'assemblée générale ne décidant pas par principe au nom des associés, mais de la société elle-même. La magie de la personne morale peut ainsi aboutir à des résultats pour le moins stupéfiants.

57. La répartition inégale du *boni* de liquidation peut s'opérer de la même façon, puisqu'il est possible de déroger dans les statuts à la répartition au prorata de la part détenue dans le capital social.

58. L'attribution préférentielle du fonds est également un outil à la faveur des concubins : établie conventionnellement, elle peut être prévue, moyennant une indemnité au profit de l'associé qui se retire de la vie sociale. Ainsi, les concubins pourront se partager le profit, l'un d'eux laissant, sous réserve du versement d'une indemnité ou à titre gracieux, l'exploitation du fonds au seul exploitant poursuivant l'activité professionnelle. Cette cession aura un coût car il existe des droits d'enregistrements ² :

1) Cass. Com. 18 décembre 2012, n°11-27-745. Référence du 23/11/2015 : <http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000026815457&fastReqId=335710749>

2) Référence du 9/11/2014 : <http://www.talenz.fr/outils-fiscaux/cession-fonds-commerce>.

DROITS SUR CESSION DE FONDS DE COMMERCE :

59. Depuis le 1^{er} janvier 2012, les taux applicables aux tarifs des droits d'enregistrement sont les suivants :

OPERATIONS	TAUX APPLICABLE AU 1/01/2012
Cession d'immeuble	5,09%
Cession de fonds de commerce	5%
Cession d'actions	<ul style="list-style-type: none"> - Assiette n'excédant pas 200 000 euros : 3%. - Comprise entre 200 000 et 500 000 euros : 0,5%. - Supérieure à 500 000 euros : 0,25%.
Cession de parts de sociétés à prépondérance immobilière	5%
Cession de parts sociales (titres de SARL, SNC, SCS sauf si la société est à prépondérance immobilière). Voir tableau ci-après	5%

DROITS D'ENREGISTREMENT SUR LES CESSIONS DE FONDS DE COMMERCE :

FRACTION DU PRIX OU DROIT DE LA VALEUR VENALE	DROIT BUDGETAIRE	TAXE DEPARTEMENTALE	TAXE COMMUNALE	IMPOSITION TOTALE
N'excédant pas 23 000 euros	0%	0%	0%	0%
Comprise entre 23 000 et 107 000 euros	2%	0,60%	0,40%	3%
Comprises entre 107 000 et 200 000 euros	0,60%	1,40%	1%	3%
Supérieure à 200 000 euros	2,60%	1,40%	1%	5%

60. De plus, les concubins co-exploitants, désireux d'être propriétaires de l'immeuble dans lequel est exploité leur fonds, pourront recourir à la création d'une société civile immobilière (SCI), pareillement à ce que conseillent les notaires, s'agissant de l'acquisition en commun de leur résidence principale. Elle constitue un moyen efficace et peu onéreux pour le concubin désireux de continuer l'activité professionnelle dans les locaux, en cas de décès du co exploitant. Elle évitera au survivant de se retrouver en indivision avec les héritiers de son concubin s'agissant de la propriété du fonds, à certaines conditions alternatives :

61. d'une part, les concubins co exploitants ont la possibilité d'insérer dans les statuts de la SCI, une clause de tontine ¹ stipulant qu'à la mort d'un associé, l'autre sera considéré comme avoir été depuis toujours, le propriétaire des parts du concubin décédé qui est censé n'avoir jamais été propriétaire ².

62. Les droits de succession ne seront pas exigibles. Pour que la clause soit valable, le capital doit avoir été souscrit par les deux associés et ne pas avoir été insérée alors que l'un associé était gravement malade lors de la création de la SCI et qu'en raison de l'écart d'âge entre les concubins, qu'il était possible de penser que l'un d'eux décède avant l'autre, aux risques de voir requalifier cette clause en donation déguisée (lourdes sanctions fiscales et intervention des héritiers).

63. D'autre part, les concubins peuvent prévoir dans les statuts de la SCI, une clause d'agrément pour que l'accord du concubin survivant soit impératif, en cas d'arrivée dans la société des héritiers.

64. Néanmoins, en cas de mésentente des concubins co-titulaires du bail commercial appartenant à la SCI, il n'est prévu ni attribution préférentielle, ni texte analogue à l'article 1751 alinéa 2 du code civil, permettant au juge de conférer le droit au bail à l'un des conjoints. La seule issue serait le tirage au sort ³ afin d'éviter l'indivision, qui présente beaucoup d'inconvénients.

65. Quoiqu'il en soit, il est impératif pour les concubins associés de garder à l'esprit le danger de confondre le choix d'une forme sociale, bien que protectrice des méfaits de l'indivision, et d'un régime matrimonial : la personne morale est bien une entité distincte du couple d'associés responsable de sa gestion.

1) Cf. page 310.

2) « Mariage – PACS – Union libre » Dossiers Pratiques Francis Lefebvre, Edition Francis Lefebvre 2008, p.334.

3) « Régimes matrimoniaux et régimes patrimoniaux des couples non mariés » A-S Brun-Wauthier, 3^{ème} édition, Larcier, collection Paradigme.

B. Le danger de l'indivision pour les concubins

66. A défaut de convention d'indivision entre les concubins (2), voire de la création d'une société civile de portefeuilles qui revêt de nombreux avantages(3), c'est le régime de l'indivision légale qui s'appliquera avec des conséquences pouvant être fâcheuses (1).

1. Les risques de l'indivision légale pour les concubins

67. Si les concubins mettent en commun des deniers afin d'exploiter un fonds sans encadrement juridique pour son acquisition, le régime de l'indivision légale (articles 815 et suivants du code civil) s'appliquera, ce qui peut avoir des conséquences néfastes concernant la gestion du bien par les concubins, en raison du principe de l'unanimité, son partage et le recouvrement de leurs créances respectives.

68. A défaut de convention d'indivision, un bien acquis par un acte impliquant les concubins est présumé indivis par moitié (avec possibilité d'en apporter la preuve contraire) ¹, et ce même dans le cas où le bien aurait intégralement été financé par l'un deux, les juges pouvant retenir souverainement l'intention de gratification selon les circonstances ².

69. Si cette technique peut être un choix de la part des concubins, elle peut aussi être invoquée par les créanciers qui seraient dans l'impossibilité de recourir aux techniques de l'enrichissement sans cause ou de la société créée de fait, pour obtenir le recouvrement de leur créance. Le risque apparaît en cas de séparation, le concubin ayant contribué plus que l'autre, ne retrouvant que la moitié indivise du bien, en l'absence de la possibilité de recourir aux récompenses ou à la théorie de remploi de fonds propres.

1) Cass. 1^{ère} Civ. 6 février 2001, Defrénois 2001, p.593, obs. J. Massip.

2) Cass. 1^{ère} Civ. 2 avr. 2014, RTDCiv. 2014, p. 702, note B. Vareille.

70. Il apparaît également en cas de décès, puisque le survivant se retrouvera alors en indivision avec les héritiers qui souhaitent le plus fréquemment la vente du bien, pour s'en partager la valeur.

71. Concernant la gestion du bien indivis, un concubin pourra passer seul les actes nécessaires à la conservation du fonds, même en l'absence d'urgence (article 815-2 du code civil), ainsi que les actes d'administration qui relèvent de l'exploitation normale du fonds indivis (par exemple travaux d'amélioration), à la condition de détenir la majorité des deux tiers des droits indivis, ce qui cause de toute façon un problème en matière de preuve de possession de ces droits. Si l'un des concubins améliore ou conserve un bien indivis avec ses deniers personnels, il pourra prétendre à une indemnité (article 815-13 du code civil), tout étant question de preuve.

72. La lourdeur de la gestion se ressentira s'agissant des actes de disposition par exemple, vente du fonds ou apport en société, et des actes d'administration qui ne relèvent pas de l'exploitation normale du fonds indivis (par exemple renouvellement du bail où est exploité le fonds) : l'accord des deux concubins sera impératif.

73. De plus, le régime de l'indivision légale présente l'inconvénient de s'exposer aux créanciers de son concubin défaillant. S'agissant des dépenses pour lesquelles les concubins seront solidaires (paiement du loyer du bail par exemple, s'ils l'ont signé ensemble), les patrimoines des deux seront susceptibles d'être poursuivis, tout comme les biens indivis.

74. En ce qui concerne les dépenses pour lesquelles les concubins ne sont pas solidaires, parce qu'un seul des deux est partie à l'engagement, les créanciers auront la possibilité de demander le partage de l'indivision ou d'intervenir dans celui-ci si le partage est demandé par l'un des partenaires (article 815-17 alinéa 3 du code civil), ou demander au juge l'interdiction de déplacer un meuble corporel du fonds, tels des marchandises ou des stocks (article 815-7 du code civil).

75. Heureusement, il existe des précautions préliminaires au démarrage de l'activité pour se prémunir des créanciers du concubin coexploitant défaillant, à défaut d'encadrement juridique des relations de travail: séparation

des comptes bancaires, établissement d'un inventaire des biens dont chaque membre du couple est propriétaire et surtout, conservation des modes de preuve de la propriété (ou de la quote-part de propriété) des biens acquis pendant le concubinage, à défaut de laquelle des biens peuvent être considérés comme indivis. La preuve de la propriété pouvant être apportée par tous moyens selon une jurisprudence constante en matière mobilière et immobilière, chaque concubin gardera précieusement ses factures, relevés de comptes bancaires, titres de propriété.

76. Le régime de l'indivision légale constitue un frein à la pérennité de la propriété du bien par les concubins puisqu'à tout moment, chacun aura la possibilité de demander le partage et en cas de difficultés financières de l'un, les créanciers aussi pourraient faire de même. De plus, le partage de l'indivision entre concubins a un coût puisque le droit de partage est de 2,5 % de l'actif net partagé. Quant aux soultes ou plus-values, elles entraînent un droit de vente. Si les concubins veulent s'assurer d'un partage équitable en temps voulu, il leur faut encadrer leur indivision par une convention qui permettra l'équité.

2. L'établissement préférable d'une convention d'indivision par les concubins

77. S'agissant précisément de la création ou de l'acquisition d'un fonds ou d'une société, il sera judicieux que les concubins déclarent les quotes-parts de chacun dans l'acte ou les statuts, à *fortiori* si l'un contribue financièrement plus que l'autre. Cela lui permettra au moment du partage de la retrouver, de récupérer la valeur du bien indivis à concurrence de ses droits respectifs, faute de quoi il ne pourrait prétendre qu'à la moitié.

78. Le moment du partage venu, plusieurs possibilités s'offriront aux concubins. Ils pourront soit vendre le bien et s'en partager le prix à concurrence de leurs parts, soit si l'un d'eux souhaite continuer l'activité seul, il aura la faculté de racheter la quote-part ou les parts sociales de l'autre. Ici encore, le partage aura un coût lors de l'enregistrement de l'acte de partage,

correspondant à un droit de partage de 1,1% sur la valeur de l'actif net des biens estimée au jour du partage, diminuée des charges¹. Si l'un d'eux reçoit plus que ce qu'il a investi au départ en versant une soulte à l'autre pour restaurer l'équité, un droit de vente sur la soulte est également dû sur la valeur des biens partagés. Quant au concubin qui rachète les parts sociales de l'autre dans la SCI détenant la propriété du fonds dans lequel l'activité était exploitée, il devra s'acquitter des droits d'enregistrement de 5% calculés sur le prix de vente.

79. Afin de pallier aux dangers du régime de l'indivision légale, il faut recommander aux concubins d'organiser leur coexploitation en société immatriculée, ou en indivision prévue conventionnellement. Il est également possible de recourir à un montage juridique facilitant la transmission des biens professionnels de nature non commerciale du chef d'entreprise suite à son décès et optimisant la fiscalité des concubins de leur vivant, tout en leur permettant d'échapper aux règles contraignantes de l'indivision, ce qui se révèle beaucoup plus intéressant.

3. Création d'une société civile de portefeuilles entre concubins

80. Il consiste à la création d'une société civile de portefeuilles entre eux. Cette forme sociale se caractérise par des règles juridiques peu contraignantes, avec une grande liberté contractuelle dans les statuts. Le chef d'entreprise peut apporter à cette société une somme très importante avec détention de la quasi-totalité des parts sociales et son concubin un montant comparativement dérisoire, avec un nombre infime de parts. Après la constitution de la société, le concubin fortuné amènera en compte courant d'associés son portefeuille de valeurs mobilières à la société, qui se trouvera ainsi débitrice et donnera à ses héritiers ses parts dans la société, entraînant

1) Référence du 27 /11/2014 : <http://droit-finances.commentcamarche.net/contents/677-la-fiscalite-de-l-indivision>.

ainsi des droits de succession très faibles pour ces derniers, qui se retrouvent créanciers d'une somme conséquente et propriétaires de la quasi-totalité de la société, au fur et à mesure du remboursement. Le risque pour le concubin est alors la demande de remboursement des comptes courants par les héritiers. L'intérêt de l'assurance-vie souscrite par le chef d'entreprise à son concubin associé se retrouve alors, car il lui permettra d'effectuer ce remboursement.

81. Parallèlement, la société civile de portefeuilles optimise le capital du concubin : au lieu de distribuer les dividendes de la société et d'entraîner une imposition importante pour les associés concubins, la société peut décider de rembourser le concubin créancier, ce qui entraîne une disparition de la fiscalité et par là même, une amélioration matérielle du train de vie du couple. Il est par ailleurs possible pour le chef d'entreprise d'effectuer une donation d'usufruit temporaire à son concubin. Comme en matière de démembrement de propriété, le redevable est la personne de l'usufruitier, si celui-ci n'est pas déjà assujéti à l'impôt sur le revenu, il n'aura pas de droits à payer. Quant à l'hypothèse où l'entreprise aurait opté pour l'impôt sur les sociétés, le fait que les dividendes non distribués ne donnent pas lieu à imposition en ce cas, permet aux associés concubins de choisir les années au cours desquelles l'état de leurs revenus est faible, pour demander à bénéficier des dividendes et ainsi alléger leurs impositions sur le long terme.

82. Si l'exercice de l'activité professionnelle du chef d'entreprise sous forme sociale revêt bien des intérêts pour le concubin y participant, la reconnaissance d'une simple aide bénévole s'avère plus difficile à établir et confère des droits financiers bien moindres.

II. Une juste reconnaissance de l'aide bénévole apportée par le concubin

83. Pendant l'union libre, il arrive fréquemment que l'un des concubins travaille à titre gratuit dans l'entreprise de l'autre, sans que rien ne soit prévu conventionnellement. Lors de la rupture, celui-ci se rend alors compte que tout travail mérite salaire et entend récupérer son dû, ce qui ne sera pas chose aisée. Si le droit social et le droit civil protègent l'époux qui se trouve dans

cette situation, la loi ne prévoit rien de tel pour le concubin sans contrat de travail, hormis celui de l'agriculteur. Il est donc revenu à la jurisprudence de dégager des règles protectrices en se basant sur des mécanismes du droit commun tels la société créée de fait (A), l'enrichissement sans cause et la gestion d'affaire (B) pour que le concubin abandonné bénéficie « d'un pseudo régime matrimonial »¹, d'autant que l'aide apportée peut entraîner de dangereuses conséquences (C).

A. La difficulté d'établir l'existence d'une société créée de fait

84. Le concubin vulnérable se voit souvent conseiller d'invoquer l'existence d'une société créée de fait avec son ancien compagnon. Pourtant, les tribunaux se montrent rigoureux dans l'appréciation des éléments nécessaires à ce contrat de société et comme le démontre le Professeur François-Xavier Lucas², ce fondement peut même être remis en cause. Selon lui, l'article 1873 du code civil, modifié par la loi du 4 janvier 1978, qui a soumis les sociétés créées de fait aux règles applicables aux sociétés en participation, a par la même absorbé les premières dans le moule des secondes, de telle sorte que la société créée de fait n'existerait plus. Cette analyse entraînerait des conséquences pour le moins positives quant à la responsabilité des anciens associés.

85. La société créée de fait découle de l'attitude de deux personnes, qui inconsciemment, se considèrent entre elles et aux yeux des tiers, comme des associés. Elle rend possible la découverte d'associés *a posteriori* ayant droit à la reprise de leurs apports, à la répartition des bénéfices et des pertes et éventuellement, à l'attribution préférentielle du bien professionnel.

1) Y. Guyon, note sous CA Paris, 17 avril 1991, JCP E 1991, II, 187.

2) « La société dite « créée de fait » », F-X Lucas, Mélanges Guyon 2003, p. 737 et s.

86. Elle surgit lors de contentieux opposant les pseudos associés désireux de se partager leur actif commun, l'un d'eux réclamant bénéficier des fruits d'une activité au succès de laquelle, il soutient avoir concouru. Elle apparaît aussi lorsque des créanciers réclament paiement de leur dû à des personnes qu'ils considèrent comme associés tenus du passif social, en application de l'article 1872-1 du code civil. La société n'accède donc pas à la vie juridique et n'apparaît que lors de conflits et la plupart du temps pour permettre sa liquidation.

87. La jurisprudence retient, de manière récurrente depuis un arrêt de principe de la chambre commerciale du 25 juillet 1949¹, que « la seule cohabitation même prolongée, de personnes non mariées qui ont vécu en époux et se sont fait passer pour tels au regard du public, ne saurait donner naissance entre elles à une société », à défaut des éléments la caractérisant². Elle abandonne ainsi la déduction de *l'affectio societatis* tiré du lien d'affection admise par l'arrêt de la chambre des requêtes de la Cour de Cassation du 15 janvier 1923³ et conforte les critiques de la doctrine soulignant que le concubin qui collaborait aux affaires de l'autre, ne souhaitait pas participer aux pertes. Tout l'enjeu de la question repose donc sur la preuve de la présence des éléments constitutifs de la société : constitution d'apports, *affectio societatis* et volonté de participer aux bénéfices et aux pertes. La jurisprudence a ensuite montré une certaine souplesse, car elle constatait que *l'affectio* pouvait se déduire de la participation financière d'un concubin au profit de l'autre, donc des apports. Il aura fallu attendre 2004 pour observer un revirement empreint de sévérité dans l'appréciation des éléments constitutifs d'une société.

1) Cass. Com 25 juillet 1949, JCP 1950, II, 5798, note Bastian. Cass. Com 4 juin 2007, DR. Famille 2007, n° 185, note V. Larribau-Terneyre.

2) Com., 23 juin 2004, Bull., IV, n° 134, p. 148 et C. A. Lyon (3ème Ch.), 14 octobre 2004. BICC n°626 du 1er octobre 2005.

3) Chb des Requêtes 15 janvier 1923.

88. Deux arrêts de la première chambre civile du 12 mai 2004 ¹, confortés par l'arrêt de la chambre commerciale du 23 juin 2004 ², ont posé que les trois éléments constitutifs pour la reconnaissance d'une société sont cumulatifs et appréciés indépendamment les uns des autres, mettant ainsi fin à la méthode déductive.

89. Il en découle qu'en application de l'article 1832 du code civil, le concubin qui, dans notre espèce, aura collaboré à l'activité du chef d'entreprise, devra apporter la preuve par tous moyens ³, de la réunion de plusieurs critères caractérisant l'existence d'un contrat de société: un apport en société, une intention de s'associer et une intention de participer aux bénéfices et aux pertes. Il est maintenant de jurisprudence constante que ces éléments sont cumulatifs et ne peuvent se déduire les uns des autres ⁴. S'il y parvient, les bénéfices et le *boni* de liquidation seront répartis entre les associés qui reprendront à la valeur initiale leurs apports et la plus-value obtenue par le bien apporté. Les juges du fond ont tendance à ordonner le partage à égalité, en raison de la difficulté à évaluer le montant précis des apports respectifs.

90. Pour obtenir la qualification de société créée de fait, le concubin doit avoir amené des apports en numéraire, en nature ou en industrie à la société. Cet apport se différencie de la contribution aux dépenses de la vie courante. Le concubin doit donc établir que la collaboration a excédé le cadre de l'entraide quasi familiale, concernant son apport en industrie ⁵. En effet, l'on assiste à une tendance jurisprudentielle d'identification de l'existence d'une obligation des concubins de participer aux charges de la vie commune, qui peut s'exprimer par une entraide à l'activité professionnelle de l'autre.

1) Cass. 1 ère Civ. 12 mai 2004 Dt des Soc.oct.2004, n°163,obs. F-G Trébulle.

2) Cass. Com. 23 juin 2004, Bull. Joly Soc. 2005, §49, p.295, note J. Vallansan.

3) Articles 1871 et 1873 du code civil.

4) Cass. Com 23 juin 2004, Jolbit c/ Liroy, Juris-Data n°2004-024314.

5) CA Toulouse, 13 janvier 1998, DT Fam. 1998, comm. N°149, note H. Lécuyer.

91. L'accomplissement de simples tâches matérielles ne peut constituer un apport en industrie. Il est nécessaire de démontrer la participation directe aux activités de la société, ainsi que la direction effective par les deux associés. Il faut ajouter qu'un concubin ne peut pas invoquer de façon concomitante la qualité d'associé et de salarié ¹, au sein de l'entreprise ou à l'extérieur ² de celle-ci.

92. Ainsi dans un arrêt de la première chambre civile en date du 15 octobre 1996 ³, une concubine ayant contribué sans rétribution à l'exploitation du fonds de commerce de café-bar de son compagnon, a vu sa demande de reconnaissance de l'existence d'un contrat de société rejetée, au motif que l'existence d'un contrat de travail impliquant un lien de subordination à l'extérieur de l'entreprise, enlevait toute légitimité à sa demande d'établissement d'une société créée de fait. Elle a cependant obtenu meilleure fortune sur le terrain de l'action *de in rem verso*, comme il le sera examiné plus tard dans les développements spécifiques à la question ⁴. La jurisprudence est sévère en matière d'admission d'apports en industrie, car bien souvent le concubin se trouve dans l'impossibilité de démontrer la participation à un projet d'entreprise, autrement dit sa volonté « d'affecter à une entreprise commune des biens ou son industrie », conformément aux exigences de l'article 1832 du code civil ⁵.

93. Dans trois arrêts en date du 20 janvier 2010 ⁶, la première chambre civile a rejeté la demande d'une concubine qui réclamait au décès de son compagnon que soit reconnue l'existence d'une société créée de fait entre eux et une indemnité au titre de l'enrichissement sans cause. La haute juridiction a approuvé la cour d'appel de l'avoir débouté de ses demandes. En l'espèce,

1) CA Grenoble 1^{er} septembre 1998, n°97-1759, D. 1999, som. P.378.

2) 1^{ère} Civ. 20 janvier 2010, n°08-16.105 (n°59FS-P).

3) 1^{ère} Civ. 15 octobre 1996, Defrénois 15 août 1997, n°15-16, p.923, Milhac.

4) Voir page 51.

5) Ex : Com. 23 juin 2004 Gamba c/ Bonnard et Jolbit c/ Liroy.

6) Cass. 1^{ère} Civ. 20 janvier 2010, N° 08-16105, Defrénois 30 juin 2010, n° 12, p.1361, note JM.

même si la concubine était répertoriée au registre des métiers en tant que chef d'entreprise de maçonnerie, le fait qu'elle soit employée parallèlement comme secrétaire dans d'autres entreprises, démontre qu'elle se trouvait dans l'impossibilité d'assurer les responsabilités d'un chef d'entreprise. Celui-ci doit apparemment se consacrer à temps plein à cette activité professionnelle, à défaut de quoi, l'intention de collaborer sur un pied d'égalité ne peut être admis. La contribution administrative de la concubine entraine donc dans le cadre d'une simple entraide à l'activité de son concubin, faisant ressurgir l'obligation d'assistance des concubins à aider l'autre, ce qui les rapproche défavorablement des conséquences des régimes matrimoniaux, pour justement éviter que la rupture du concubinage entraîne les bénéfices liés à un divorce. Concernant les apports en industrie en tous cas, le droit civil semble emporter le droit des sociétés dans son sillage, il exerce une certaine prééminence dans les décisions des juges du fond.

94. Si une issue positive est difficile pour le concubin qui a travaillé gracieusement dans l'entreprise de son compagnon, elle n'est cependant pas impossible. Dans un arrêt remarqué de la première chambre civile du 30 mai 2006 ¹, une concubine a vu son action aboutir, grâce au fait que son apport en industrie était incontestablement matérialisé : une société créée de fait entre deux concubins a été reconnue s'agissant d'une activité d'un centre d'hébergement et de loisirs mais un litige est apparu entre les associés, s'agissant du partage des actifs sociaux.

95. La concubine désirait évincer de la masse à partager des tapisseries artisanales qu'elle avait confectionnées dans l'exercice de sa profession et dans le cadre de l'activité de la société.

96. Cet arrêt est original dans le sens où, il élargit le possible droit de reprise de l'article 1844-9 alinéa 3 du code civil à l'apporteur en industrie ayant fabriqué des biens, qui s'intègrent en nature dans l'actif social à distribuer. La haute juridiction a reconnu que la concubine avait la possibilité de « se faire attribuer à charge de soulte les tapisseries, dès lors qu'étant issues de son industrie, elles se retrouvaient en nature dans l'actif social » et ce, sans

1) Cass. Civ. 1^{ère}, 30 mai 2006, n°04-14.749, RTDCiv. 2006, p. 589, note T. Revet.

méconnaître les droits de propriété incorporels sur ces œuvres. Cela permet à l'associé de retrouver les biens créés par son travail, mais à la condition qu'il verse une soulte à la société, puisque la propriété matérielle de ces biens est tombée dans l'actif social dès leurs créations (ils ont été conçus pour la société), indépendamment de la propriété artistique, dont a toujours été titulaire l'associée. En l'espèce, c'est parce que l'industrie s'est concrétisée dans un bien que l'associée a pu le reprendre. En pratique, la concubine se trouvera doublement gagnante, car non seulement elle retrouvera le bien issu de son travail, mais qui plus est, une certaine somme provenant de la soulte qu'elle aura versée à la société à l'occasion du partage de l'actif social restant.

97. Le deuxième élément nécessaire et fondamental pour la reconnaissance d'une société créée de fait est l'*affectio societatis*, c'est-à-dire la volonté des associés de collaborer à une entreprise commune sur un pied d'égalité. Si la jurisprudence est abondante et extrêmement favorable à l'admission d'une telle société entre concubins s'agissant des maisons d'habitation, l'intention de s'associer sera beaucoup plus difficile à prouver pour celui qui a collaboré au travail de son compagnon et dépendra des circonstances.

98. Dans un arrêt du 13 octobre 1987 ¹, la première chambre civile a admis que la volonté de deux parties de s'associer est avérée, quand l'une d'entre elles paraît comme associée vis-à-vis des tiers (notamment par le biais de la publicité) et met à la disposition commune un local professionnel d'auto-école et une partie de sa clientèle personnelle. C'est ici parce que l'intention s'est matérialisée, que la société a pu être révélée par des preuves concrètes.

99. Les juges portent leur attention sur la preuve en matière de reconnaissance de telles sociétés invoquées par un pseudo-associé. Dans une affaire en date du 12 décembre 1995 ², la concubine exploitante d'un manège de promenade à cheval demande aux héritiers de son compagnon, la

1) Cass. 1^{ère} Civ. 13 octobre 1987, SARL CESR c/ Bozzano, Bull. Joly Société oct. 1987, n°10, p.796.

2) Cass. Com 12 décembre 1995, n° 2164D, Bull. Joly Société 1^{er} mars 1996, n°3, p. 226 et s, note J. Vallansan.

liquidation et le partage de la société créée de fait avec le *de cuius*. La chambre commerciale a retenu une société créée de fait entre concubins, parce que l'*affectio societatis* s'est matérialisé dans la preuve des investissements effectués par chacun. En l'espèce, les juges du fond ont constaté que « le financement, la création et la gestion du manège avaient été assurés de manière égalitaire par les deux concubins ». La coopération dans le partage des gains et des risques semblait évidente. Cet arrêt s'inscrit dans le droit fil de la jurisprudence qui s'attache à la présence d'un risque financier pour révéler l'*affectio societatis*. Ce risque est subjectif et dépend des faits appréciés souverainement par les juridictions de fond. Il est impératif que la présence de ce risque soit corroborée par l'intention de collaborer de manière égalitaire, dès la formation de la société et au cours de la vie sociale.

100. La présence d'une société créée de fait a été admise l'arrêt de la chambre commerciale, en date du 23 juin 2004¹ car la concubine a réussi à démontrer la présence des éléments requis pour établir l'*affectio societatis*. L'immeuble qui abritait le fonds de commerce de boulangerie-pâtisserie était un bien indivis entre les deux concubins. En permettant à son compagnon d'exercer son activité dans l'immeuble indivis, la concubine avait permis de réaliser des économies à l'activité et avait participé aux apports. Elle s'était également portée caution hypothécaire du remboursement du prêt du concubin pour l'achat du fonds de commerce, ce qui était révélateur de son intention de participer activement au développement de l'entreprise. De surcroît, elle avait travaillé dans le fonds, tout en assumant les charges familiales du ménage. L'*affectio societatis* était donc bien avéré par son travail et sa participation à hauteur de ses moyens, à la création et au développement de l'activité.

101. Il ressort donc de la jurisprudence que dans des cas relativement rares, les concubins parviennent à appuyer leurs demandes sur des éléments factuels qui conduisent le juge à reconnaître l'*affectio societatis*, élément crucial pour la reconnaissance de toute société, mais seulement défini par la

1) *Opere citato* Cass. Com 23 juin 2004, n° 00-18.974 F-D.

négative en jurisprudence. Le concubin délaissé pourra ainsi bénéficier des gains de l'activité qu'il aura participé à faire prospérer. Encore faut-il qu'il parvienne à prouver une troisième notion obligatoire.

102. Le troisième élément impératif et cumulatif avec les deux autres critères pour révéler l'existence d'une société créée de fait, est l'effectivité du partage des bénéfices et des pertes. Le concubin délaissé se heurte à un problème décisif de preuve, surtout en l'absence de perte de la supposée société, puisqu'il invoque justement le partage des bénéfices, « l'objet de la preuve à rapporter constitue donc ici l'objet du litige »¹. De plus, la contribution aux pertes n'est bien souvent révélée qu'à la dissolution de la société, ce qui est complexe lorsque l'existence de la société n'est pas un fait déjà établi. Dans un arrêt du 16 juin 1998², qui pourrait faire jurisprudence en matière de concubinage, la chambre commerciale a admis l'existence d'une société créée de fait entre un père et son fils défunt, tous deux exploitants agricoles, en l'absence de pertes. En l'espèce, le père demandait une telle qualification juridique afin de récupérer le cheptel et le matériel de la société, qui étaient détenus par la veuve de son fils. L'existence d'apports et de l'*affectio societatis* étant indéniable pour les juges du fond, la haute juridiction les approuve d'avoir conclu à l'existence d'une telle société en s'appuyant sur l'*affectio societatis*, les apports et sur le critère de l'existence du risque démontré par la participation des deux associés aux fruits. Ici, l'exigence de contribution aux pertes s'efface, en raison de la prééminence des autres critères. Pour dissiper le doute de la motivation de l'arrêt d'appel, il aurait été envisageable que les juges du fond voient le critère de contribution aux pertes rempli du point de vue du père associé tout au moins, car celui-ci avait contribué aux pertes de la société, en voyant le cheptel et le matériel de celle-ci transmis à l'unique disposition du fils associé.

1) *Opere Citato*: F-X Lucas, p.747.

2) Cass. Com. 16 juin 1998, Defrénois 1999, n°7, p.415, note D. Gibrila.

103. En examinant la jurisprudence relative aux critères nécessaires à l'existence d'une société créée de fait, il est permis de constater que sa reconnaissance au profit du concubin ayant collaboré avec le chef d'entreprise reste exceptionnelle, quoique souvent demandée, car permettant la reprise des apports en nature et en numéraire, ainsi qu'au *boni* de liquidation, car très difficile à prouver. Il est donc préférable qu'il revendique des droits à l'appui d'un autre fondement juridique pour trouver l'équité, d'autant que cette notion de société créée de fait apparaît en soi critiquable¹ : traditionnellement en droit français, pour qu'il y ait société, il est indispensable que des personnes aient voulu créer et gérer une telle entité. Si du point de vue de la justice, la théorie de la société créée de fait est louable pour la personne en couple avec le chef d'entreprise, parce qu'elle s'est investie dans l'activité, d'un point de vue purement juridique, il est vraiment curieux qu'une société accède à la vie au moment où elle doit être liquidée : la coexploitation, ou tout simplement la responsabilité civile, sembleraient plus adéquates, et sans doute plus faciles à prouver. Il est aussi possible d'envisager le recours à la gestion d'affaires² si ses conditions sont remplies, à savoir pour le concubin, rapporter la preuve de l'intention de gérer et d'agir pour le compte du chef d'entreprise à titre désintéressé et l'utilité de la gestion.

104. Cette qualification peut être retenue dans les cas de demande de remboursement des dépenses³ ou en cas d'investissement⁴ dans l'activité professionnelle.

105. Intéressante pour le concubin en cas d'activité prospère, puisqu'aboutissant aux partages des bénéfices auxquels il aurait concouru, la société créée de fait n'est pas à privilégier en cas de présence de créanciers pour l'activité, comme il le sera constaté ultérieurement, et est à éviter s'il est en quête de facilité en matière de preuve. Il mettra plus de chances de son

1) *Opere Citato* F-X Lucas, p.749 et s.

2) "Régimes matrimoniaux, PACS, concubinage", B. Beigner, Montchrestien, Lextenso, LMD 2012, p.248.

3) CA Paris 14 octobre 1997, Dr Famille 1998, n°19, H. Lecuyer.

4) CA Pau, 17 décembre 2001, RTDCiv 2002, 786, obs. J. Hauser.

côté, mais touchera moins d'argent en présentant une action pour enrichissement sans cause, autrement dénommée *de in rem verso*.

B. L'action *de in rem verso*, meilleure garante de succès pour le concubin

106. Moins intéressante sur un plan lucratif que la liquidation d'une société créée de fait concernant une activité professionnelle prospère, l'action fondée sur l'enrichissement sans cause permettra plus facilement au concubin ayant contribué aux affaires du chef d'entreprise, d'obtenir réparation pour sa participation matérielle ou financière.

107. En vertu de cette théorie issue de l'article 1371 du code civil, « nul ne peut s'enrichir au détriment d'autrui », encore faut-il que le concubin apporte la preuve de la réunion d'un certain nombre de conditions ¹.

- En premier lieu, le succès de l'action repose avant tout traditionnellement sur son caractère subsidiaire, autrement dit, elle ne peut pas se substituer à une autre action qui ferait défaut pour recevoir restitution. Il convient de n'invoquer que cette action devant le juge, même si une autre aurait été envisageable, telle la société créée de fait ². Cette règle, qui reflète les principes de procédure civile en droit français visant à limiter la multiplication des recours et les cas de contournement de la règle en principe en vigueur, a cependant été fortement atténuée par la jurisprudence, en raison de la difficulté d'obtenir l'équité par une autre voie et spécifiquement par le biais de la société créée de fait.

108. Ainsi, dans l'arrêt du 15 octobre 1996 ³ étudié précédemment, la première chambre civile de la Cour de Cassation a rendu recevable l'action *de in rem verso* à titre subsidiaire, suite au rejet de l'action principale fondée sur la demande de reconnaissance d'une société créée de fait. Il était question

1) « Les conditions de l'enrichissement sans cause dans les relations de famille », M. Monteillet-Geffroy, préf. F. Monéger, 2001, éd. La Mouette.

2) Cass. 1 ère Civ. 8 décembre 1987, Bull. Civ. I, n°335. Cass. 1 ère Civ. 6 mai 2009, n° 08-14469.

3) Cass. 1 ère Civ. 15 octobre 1996, RJDA 1997, n° 327, p.207.

d'une concubine qui avait aidé bénévolement à servir la clientèle du café-bar de son compagnon. Elle demandait à titre principal, que soit reconnue l'existence d'une société créée de fait et subsidiairement, l'enrichissement sans cause. Déboutée de ses deux demandes par la juridiction de fond, elle obtint gain de cause pour son action *de in rem verso*, mais pas pour sa demande principale, sans doute en raison de son impossibilité à apporter les éléments de fait requis pour la reconnaissance d'une société. Pour la haute juridiction, « la collaboration de la concubine au fonds de commerce sans rétribution, qui se distingue d'une participation aux dépenses communes des concubins, implique par elle-même un appauvrissement de la concubine et un enrichissement du concubin ». L'appauvrissement correspond en l'espèce à l'exercice d'un travail sans contrepartie et qui dépasse la contribution aux charges du ménage. Elle précise clairement que la juridiction de fond n'avait pas à écarter la demande subsidiaire, qui était rendue recevable par le rejet de la demande fondée sur l'existence d'un contrat de société ¹. Cet arrêt est marquant d'une part, parce qu'il conduit à une extrême bienveillance à l'égard de ce qu'il faut entendre par les obligations aux charges du ménage de la concubine, qui se voit moins contrainte qu'une épouse à collaborer à l'activité professionnelle du chef d'entreprise. D'autre part et surtout, il étend le recours possible à l'action *de in rem verso* en cas de rejet de la demande principale. L'arrêt élargi le champ de l'action en la rendant recevable si les conditions d'une autre demande ne sont pas remplies et sous-entend que des personnes non liées par un lien juridique sont moins tenues l'une vis-à-vis de l'autre. Elle permet de contrer à des situations plaçant des concubines influençables en état de quasi-servitude ².

109. En second lieu, le concubin doit apporter la preuve d'un enrichissement de son ancien compagnon, de son propre appauvrissement et du lien de corrélation entre ces éléments ³. Concernant l'enrichissement, il convient que celui-ci soit conséquent pour sortir du domaine de la contribution

1) RTDCiv. 1997, J. Hauser, p.102 ; RTDCiv. 1997, J. Mestre, p. 657.

2) Defrénois, 15 août 1997, n° 15-16, p.923, obs. Milhac.

3) *Opere Citato*, B. Beignier.

aux charges du ménage, par exemple parce que le bien a bénéficié d'une importante plus-value grâce au travail du concubin ¹. Il ne doit pas résulter d'une intention charitable qui serait qualifiée par le juge de donation. Concernant l'appauvrissement, la perte peut revêtir diverses formes telles l'aspect matériel, financier ou encore la privation de temps. Ainsi, la cour d'appel de Paris ² a pu constater qu'une concubine s'est appauvrie lorsqu'elle « aurait pu elle-même utiliser son temps pour des activités lucratives et n'a rien fait ». Il semble que les juges du fond dans leur appréciation souveraine, soient très attentifs à la situation économique dans laquelle se trouve la concubine. Ainsi, dans une décision de la cour d'appel d'Aix-en-Provence du 30 mai 2006 ³, une concubine a obtenu une indemnisation sur le fondement de l'enrichissement sans cause pour avoir travaillé dans l'exploitation de poterie de son compagnon, sans percevoir de salaire pendant plusieurs années, parce qu'elle « n'a pu continuer à exercer sa profession pour pouvoir se consacrer à leurs enfants tout en travaillant pour le compte de son concubin ». Cette solution a été rendue possible par les circonstances de fait, le concubin ayant produit des attestations de la gérante de la crèche de leurs enfants, qui reconnaissent l'emploi de sa compagne au trois quarts temps. Il est possible de supposer que la décision s'est appuyée sur le fait que la concubine n'avait pas d'autre emploi, ce qui conforte l'appauvrissement.

110. En revanche, dans l'arrêt de la première chambre civile du 20 janvier 2010 ⁴, la haute juridiction s'est montrée sévère pour la recevabilité de l'action *de in rem verso*, en appréciant que l'assistance administrative à l'entreprise de son concubin n'excédait pas les contours d'une simple entraide. En l'espèce, la solution peut s'expliquer par le fait que la concubine exerçait en parallèle la profession de secrétaire dans d'autres entreprises, ce qui démontrerait qu'elle n'a pu s'appauvrir.

1) Cass. Civ. 1 ère 23 janvier 2014, RTDCiv. 2014, p. 343, note J. Hauser.

2) CA Paris 16 novembre 1999, Dr. Fam. 2000, n°56, note H. Lécuyer.

3) CA Aix-en-Provence 30 mai 2006, n°05-6274, 1 ère ch. A.

4) *Opere Citato* Cass. 1 ère Civ. 20 janvier 2010, n° 08-16.105; AJ Famille 2010, p. 132 ; Defrénois 30 juin 2010, n°12, p.1361. Préalablement examiné concernant les apports en industrie dans la société créée de fait.

111. Il ne faut donc pas en déduire que la jurisprudence est imprévisible en matière d'enrichissement sans cause pour les concubins, mais qu'animée par l'équité, elle rend des décisions justes au regard de la situation économique de la compagne délaissée.

- En dernier lieu, le concubin devra démontrer l'absence de cause, autrement dit, l'absence de contrepartie à son appauvrissement. Cela ne sera pas chose aisée car l'autre partie pourrait arguer qu'il existait un contrat, une obligation naturelle ou une compensation. Dans l'arrêt de la cour d'appel d'Aix-en-Provence du 30 mai 2006, en l'absence de contrat de travail et puisqu'il a été reconnu au regard des faits que l'aide dépassait la simple entraide, le défaut de cause était caractérisé.

112. L'enrichissement sans cause est souvent admis en affaire de concubinage¹, mais il n'est pas évident en matière de collaboration professionnelle non rémunérée. Reste que si l'action aboutit, elle aura des conséquences financières moins intéressantes concernant une affaire qui se porte bien. En cas de reconnaissance d'une société créée de fait où chaque associé reprend ses apports, après indemnisation de l'autre en présence de plus-value sur ce bien, il y a lieu également au versement du *boni* de liquidation. En cas d'admission de l'action *de in rem verso*, l'indemnité à laquelle aura droit le concubin ne sera égale qu'à la moins élevée des deux sommes entre le montant de l'enrichissement et celui de l'appauvrissement². Pour apprécier l'enrichissement, le juge se place en principe classiquement au jour où l'action est intentée³ et les intérêts moratoires ne produiront effet que du jour où la créance est judiciairement constatée⁴.

113. Aux vues de ces laborieuses actions possibles, il faut conseiller aux concubins d'être précautionneux dans leurs rapports extra-personnels. D'autant que ces négligences peuvent s'avérer désastreuses par rapport aux tiers.

1) Cass. 1 ère Civ. 12 novembre 1998, n°96-21.198 ; Cass. 1 ère Civ. 4 mars 1997, n°94-21.976 ; CA Pau 17 décembre 2001, n°00-739.

2) Civ. 1 ère 19 janvier 1953, Dalloz 1953, p.254.

3) Civ. 1 ère 18 janvier 1960, Dalloz 1960, p. 753, note Esmein.

4) Civ. 1 ère 5 février 1980, Bull ; Civ. I, n°44.

C. Une aide pouvant avoir des conséquences dangereuses pour le patrimoine du concubin

114. L'aide gracieuse du concubin à l'activité professionnelle du chef d'entreprise peut ne pas être récompensée. Elle peut aussi exposer son patrimoine (2) aux tiers qui peuvent le poursuivre en invoquant la théorie de l'apparence¹ (1).

1. Un concubin associé malgré lui par la théorie de l'apparence

115. Si l'activité professionnelle du chef d'entreprise suscite des dettes ou en cas de non-exécution de certaines obligations de celui-ci, les créanciers auront la possibilité de trouver un coobligé en la personne de son concubin qui aura collaboré.

116. Contrairement aux pseudo-associés qui auront des difficultés à se prévaloir de l'existence d'une société créée de fait, il sera très aisé pour les créanciers d'apporter la preuve de l'existence d'une telle société, celle-ci se faisant par tous moyens, puisqu'elle est un fait juridique. Cela leur permettra de poursuivre tous les associés et non seulement leur débiteur principal. La haute juridiction leur permet de plaider la simple apparence de la société créée de fait et ce, en raison des difficultés de preuve. Cette apparence est appréhendée globalement² et non en fonction de la présence de chacun des trois éléments indispensables à caractériser le contrat de société, imposée par l'article 1832 du code civil. La jurisprudence admet que le tiers puisse se borner à établir qu'en raison d'une apparence, il a pu préjuger de bonne foi, à l'existence d'une société créée de fait et qu'ainsi, l'associé avec qui il a négocié agissait pour celle-ci³. Le tiers doit démontrer au juge que eu égard au comportement qu'avait son co-contractant avec une autre personne,

1) Cass. 1^{ère} Civ. 13 novembre 1980, Revue des Sociétés 1981, p. 788, note C. Philippe.

2) Cass. Com 29 mars 1994, Bull. Joly Soc. 1994, para 189, p.665, note J. Vallansan.

3) Cass. Com 3 novembre 1988, Bull. Civ. IV, n°279.

il a pu légitimement croire qu'ils étaient des associés. La preuve est donc facilitée et la jurisprudence est beaucoup plus compréhensive pour le créancier ¹. En revanche, un associé ne pourra pas s'en prévaloir, car cette théorie jurisprudentielle a pour but de sécuriser les transactions et de protéger les tiers de bonne foi abusés par une apparence.

117. Concrètement, le tiers devra réunir autant que faire se peut, plusieurs conditions : une situation contraire à la réalité, une croyance légitime, un risque de préjudice à son égard et une implication de l'apparence au véritable titulaire ².

118. Dans une décision de la cour d'appel de Saint-Denis-de-la Réunion, en date du 15 novembre 1991 ³, le juge a relevé que « la soumission au chef de famille est incompatible avec la reconnaissance d'une société créée de fait entre les membres de la famille ». En l'espèce, une banque réclamait la reconnaissance d'une telle société pour obtenir le recouvrement de la créance qu'elle détenait auprès d'un entrepreneur individuel. Elle demandait l'existence de la société entre ce chef d'entreprise, sa concubine, qui était son épouse d'après le rite musulman, et leurs enfants. La cour d'appel conforte la décision des juges du fond qui ont rejeté la demande de la banque, au motif que « le statut social de la concubine indiquait une certaine soumission au chef de famille constatant par là même l'absence d'une volonté caractérisée de former une société de fait ». Cette décision facilitée par le contexte social et religieux des intéressés et des moeurs locales, rappelle l'attachement du droit des sociétés à un principe fondamental qu'est l'égalité entre associés.

1) *Ibid*, Cass. Com 29 mars 1994.

2) Ref du 28 décembre 2014 : http://fr.wikipedia.org/wiki/Th%C3%A9orie_de_l'apparence

3) CA Saint-Denis-de-la Réunion 15 novembre 1991, JCP E 1993, I, 215, n°1, obs. A. Viandier et J-J Caussain.

119. Il faut en conclure que le concubin qui collabore à l'activité professionnelle de son compagnon doit prendre garde à ne pas paraître détenir de pouvoir dans l'entreprise et qu'il reste bien à la place de subordonné à l'égard de tous les tiers.

2. Les dangers pour le patrimoine du concubin

120. Il ressort d'une jurisprudence bien établie, que faute de jouir de la personnalité morale, une société créée de fait ne peut pas être mise en redressement ou en liquidation judiciaire ¹.

121. Une procédure collective ne peut qu'être ouverte à l'encontre de chaque associé ². A défaut d'avoir constitué une véritable société qui permet de limiter la responsabilité des associés au montant de leurs apports, le concubin qui a collaboré sans rémunération avec le chef d'entreprise court le risque d'une demande de reconnaissance de l'existence d'une société créée de fait. Elle permettra aux créanciers de l'entrepreneur de poursuivre le patrimoine de celui-ci, mais aussi en cas d'inconsistance, celui de son compagnon. La responsabilité sera alors indéfinie et solidaire s'agissant d'une activité commerciale, ou conjointe si l'activité revêt un objet civil, en application de l'article 1871-1 du code civil.

122. L'article 1872-1 alinéa 1 du code civil règle la question de la responsabilité financière de l'associé vis-à-vis des tiers, s'agissant des sociétés en participation et créées de fait : « chaque associé contracte en son nom personnel et est seul engagé à l'égard des tiers », à charge pour l'associé poursuivi de se retourner ultérieurement contre l'autre coassocié pour une fraction de la créance. Toutefois, les alinéas suivants prévoient des exceptions permettant de poursuivre une autre personne plus solvable que celle qui a contracté, parce qu'elle s'est manifestement comportée

1) CA Poitiers 24 septembre 1979, Revue des Sociétés 1980, p.818, note J-C.

2) Cass. Com 11 février 2004, Dt des Soc. Juillet 2004, n°128, obs. J-P Legros.

comme un codébiteur ¹, soit en agissant au vu et au su des tiers comme un associé (alinéa 2), pourquoi pas par exemple en utilisant des documents de l'entreprise, soit en s'immisçant dans les affaires de l'entreprise afin que les choses tournent à son profit, par exemple en s'impliquant dans la phase précontractuelle (alinéas 3 et 4). A défaut d'arriver à prouver ces éléments factuels, le tiers trouvera une issue favorable en demandant la reconnaissance d'une société créée de fait puisque son établissement démontre la qualité d'associé.

123. Or, comme le constate le Professeur François-Xavier Lucas ², la responsabilité des associés est appréciée différemment, par le juge, dans la société créée de fait et la société en participation ³, qui sont des structures juridiques sans personnalité morale, non soumises à publicité et pouvant demeurer occultes ⁴. La personne reconnue associée de fait est engagée envers le créancier, sans qu'il soit important qu'elle lui ait ou non volontairement dévoilé sa relation avec la société. Sa seule qualité d'associé de fait la rend tenue envers le créancier. L'article 1872-1 du code civil prévoit que les associés en participation ne sont engagés envers les tiers que dans le cas où ils auraient personnellement divulgué leur qualité d'associé et exprimé leur volonté d'être engagé vis-à-vis de lui. L'article 1873 du code civil renvoie pourtant pour le régime des sociétés créées de fait à celui de la société en participation. Il serait donc judicieux pour un concubin ayant activement collaboré sans contrepartie à l'activité et qui anticiperait des litiges potentiels avec un créancier de son compagnon, de prendre rapidement les devants, afin de faire reconnaître l'existence d'une société en participation. En devançant une éventuelle demande de reconnaissance d'existence d'une société créée de fait par le créancier, le patrimoine du concubin serait ainsi

1) Référence du 28 décembre 2014 : <http://www.corporatezero.com/index.php/item/61-les-societes-sans-personnalite-juridique/61-les-societes-sans-personnalite-juridique>

2) *Opere Citato* p745.

3) Pour une distinction entre les deux formes de sociétés, voir « Droit ds sociétés », D. Gibirila, Editions Ellipses, Collection Université, 4 ème édition 2012, para. 308 et 336.

4) Lexique des termes juridiques, Dalloz, 2014.

protégé par son statut d'associé d'une société en participation, à la condition qu'il n'ait pas révélé au tiers son appartenance à la société.

124. Face à cette réalité, deux conseils peuvent être donnés au concubin : se montrer extrêmement discret dans sa participation à l'activité ou insister pour bénéficier du statut protecteur des salariés, en dépit du coût financier que cela peut représenter pour le chef d'entreprise.

125. **Conclusion :** Le concubin qui se mêle des affaires du chef d'entreprise sans établir un lien juridique préalable tel un contrat de société, une convention d'indivision ou un contrat de travail, a un statut très peu enviable, entraînant des conséquences matérielles potentiellement négatives. Il semble que l'adage napoléonien « les concubins ignorent la loi, la loi les ignore » soit toujours d'actualité et qu'ils doivent penser à recourir aux institutions du mariage ou du PACS pour bénéficier d'une véritable protection. Etonnamment, le législateur a eu une certaine considération et bienveillance vis-à-vis du concubin de l'agriculteur. Il lui impose, sans toutefois prévoir de sanction, par la loi d'orientation agricole du 5 janvier 2006, le choix entre l'un des statuts de collaborateur, salarié ou associé, tout comme il l'avait fait pour les époux et les partenaires de PACS. L'intention est ici clairement de protéger le concubin, sans doute aux vu de la rudesse du métier et d'améliorer son statut social ¹. Ce choix entraînant le versement de cotisations, il n'est pas certain que le couple puisse l'effectuer. Cette disposition n'a hélas pas encore été prise pour le concubin en matière commerciale ou artisanale.

126. Si le concubin du chef d'entreprise est totalement étranger à l'activité professionnelle, il est au moins parfaitement protégé des créanciers. Par contre, si le couple souhaite se protéger financièrement en cas de disparition ou se transmettre l'entreprise, mieux vaut vraiment envisager un contrat de société au démarrage de l'activité ou se lier par le mariage ou le PACS.

1) « Régimes matrimoniaux et régimes patrimoniaux des couples non-mariés », A-S Brun-Wauthier, 3^{ème} édition, collection Paradigme, p. 130.

Section 2) Les possibilités de protection offertes par le PACS

127. Par la loi du 15 novembre 1999, le législateur est intervenu pour créer le Pacte Civil de Solidarité (PACS) défini à l'article 515-1 du code civil comme « un contrat conclu par deux personnes physiques majeures, de sexe différents ou de même sexe, pour organiser leur vie commune ». Cette innovation s'explique pour plusieurs raisons. La première tient à l'évolution des mœurs, tendant à la reconnaissance sociale des couples homosexuels et à la lutte grandissante contre les discriminations, depuis la dépénalisation de l'homosexualité par la loi n° 81-736 du 4 août 1981. La seconde réside dans l'influence du droit comparé en France, au regard de l'ouverture de statuts légaux¹ aux couples homosexuels, dans les pays du nord de l'Europe. La troisième est une nécessité purement juridique. En effet, jusqu'à la loi du 18 mai 2013 instituant le mariage pour tous, celui-ci pouvait indirectement être défini, aux vu de l'ancien article 144 du code civil², comme une institution et un contrat liant un homme et une femme.

128. Jusqu'à la loi du 15 novembre 1999, le concubinage quant à lui, était défini par la Cour de Cassation comme l'union de fait de deux individus de même sexe³. Puis, le législateur est venu donner une définition du concubinage adaptée aux mœurs actuelles à l'article 515-8 du code civil, en reconnaissant qu'il puisse concerner les couples homosexuels⁴. Initialement, le PACS a donc été créé par le législateur essentiellement pour permettre aux couples homosexuels de pouvoir s'unir par un lien juridique se rapprochant du mariage, leur faisant accéder à des avantages sociaux et fiscaux.

1) « La famille », P. Malaurie et H. Fulchiron, Lextenso Editions, Defrénois 4 ème édition, 2011, p. 179.

2) Article 144 ancien du Code Civil : « L'homme et la femme ne peuvent contracter mariage avant 18 ans révolus ».

3) Cass. Soc. 11 juillet 1989, 2 arrêts, Bull. Civ. V, n° 514 et 515.

4) Article 515-8 du code civil : « 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 ».

129. Cependant en pratique, il est apparu que 95% des PACS contractés l'avaient été par des couples hétérosexuels¹. De plus, ce contrat a entraîné dans les faits des difficultés surtout d'ordre patrimoniales, s'agissant par exemple de la gestion des biens des partenaires, de la protection des tiers et des problèmes concernant les conséquences de la rupture. Elles résultent principalement du fait que sous l'empire de la loi du 15 novembre 1999, les biens des partenaires étaient en indivision. Ce contrat tout particulièrement inadapté à l'origine, tant pour un chef d'entreprise, que pour son partenaire et pour les tiers (§1), a heureusement été profondément remanié par la loi n°2006-728 du 23 juin 2006 et paraît depuis plus protecteur, puisque le régime légal de leurs biens est désormais celui de la séparation des patrimoines (§2).

130. Pourtant la loi n'étant en principe pas rétroactive, le régime de 1999 continue hélas à s'appliquer aux PACS conclus avant le décret d'application du 1^{er} janvier 2007, c'est pourquoi il convient de l'étudier.

§1. Le régime d'indivision applicable aux PACS conclus avant le 1/01/2007, dangereux pour le partenaire et les tiers ?

131. Initialement, le PACS a été pensé pour permettre l'enrichissement du partenaire pendant l'union, sur le modèle du régime matrimonial de la communauté réduite aux acquêts. Le moyen juridique utilisé par le législateur pour permettre ce rapprochement, a consisté à poser une présomption d'indivision universelle par moitié, s'agissant des biens autres que les meubles meublants, acquis à titre onéreux après la conclusion du PACS², sans accorder d'importance au nom du partenaire ayant réalisé l'achat, contrairement au concubinage, ni à l'identité de celui qui a financé l'acquisition. Les biens acquis à titre gratuit, c'est-à-dire par donation ou succession, pendant le PACS ou ceux achetés avant le PACS (sous réserve

1) « Deux PACS pour trois mariages, Bilan démographique 2009 », A. Pla et C. Beaumel, INSEE, 2010.

2) Article 515-5 alinéa 2 ancien du code civil.

d'apporter la preuve d'une date d'acquisition antérieure à la convention), restent la propriété exclusive du partenaire. La question se pose de savoir si un chef d'entreprise ayant créé un fonds ou une société avant de conclure un PACS, devrait être inquiété par l'éventuel droit de propriété de son partenaire sur ce bien ? Y-a-t-il vraiment une notion de bien propre comme pour les époux ? Existe-t-il une distinction entre le titre et la finance pour les partenaires ? En principe, le matériel ou les marchandises obtenus pour l'exploitation d'un fonds de commerce existant avant le PACS seront considérés comme des biens personnels par accessoire ¹. Cependant, si ces derniers ont été acquis au moyen de biens indivis, les systèmes des récompenses et de la revalorisation monétaire ne trouveront pas à s'appliquer, car ceux sont des mécanismes prévus pour les régimes matrimoniaux ².

132. De même, l'article 1406 alinéa 1^{er} du code civil qui dispose que « les biens acquis à titre onéreux en accroissement de biens propres constituent des biens propres », étant prévu pour les couples mariés, il ne trouvera pas vocation à s'appliquer pour les partenaires. Ainsi, dans le cas d'actions nouvelles acquises par le partenaire associé au titre de droits détenus avant le PACS ³, celles-ci tomberont dans l'indivision pour moitié avec le partenaire non-associé.

133. L'article 1408 du code civil qui dispose que dans le cas où un époux a, dans un bien indivis, des droits qui lui sont propres, ceux qu'il acquiert ensuite sont aussi propres, ne profitera pas non plus aux partenaires, puisqu'il est spécifiquement prévu pour les personnes mariées ⁴. Cela signifie que des

- 1) Principes de l'accession et de l'accessoire : Article 547 et suivants du Code Civil.
- 2) « Régimes matrimoniaux et régimes patrimoniaux des couples non mariés », A-S Brun-Wauthier, Paradigme, 2011, p.349.
- 3) Exemples : droits préférentiels de souscription attachés à des actions propres ou actions nouvelles attribuées en cas d'augmentation du capital par incorporation des réserves. Ibid A-S Brun-Wauthier, p. 349.
- 4) *Ibid*, A-S Brun-Wauthier, p. 349.

droits ou gains acquis par le biais d'un bien propre tombent en indivision, il s'agit par exemple à d'éventuelles plus-values sur des actions de société. Les partenaires sont donc soumis à un régime de « super communauté »¹, tels des époux mariés sous un contrat de communauté universelle, mais avec une liberté contractuelle très diminuée, la loi ramenant le PACS à une sorte de sous-contrat débouchant sur plus d'obligations que de droits.

134. Il sera donc judicieux dans tous ces cas pour le partenaire associé, de penser à bien stipuler dans l'acte de souscription, que la présomption d'indivision avec son partenaire est exclue. Cela lui permettra de rester maître du destin des parts sociales et des profits qu'elles peuvent générer.

135. Il est loisible aux partenaires de disposer autrement dans la convention de PACS, c'est-à-dire d'englober dans l'indivision les biens antérieurs et futurs acquis à titre gratuit. Les meubles meublants peuvent eux, être librement soumis par la convention de PACS au régime de l'indivision ou non. Toutefois, il est possible que « l'acte d'acquisition ou de souscription en dispose autrement »².

136. Si les partenaires ne peuvent pas instaurer un régime général de séparation dans la convention, il leur est permis de déroger à la présomption d'indivision acte par acte, bien par bien, postérieurement à la conclusion du PACS. Cela implique qu'ils aient connaissance de leur statut d'indivisaires et que l'achat du bien nécessite la rédaction d'un acte. Or, plusieurs situations ne se matérialisent pas forcément par un écrit, tel le cas de souscription d'actions sur internet³, la création de clientèles civiles ou commerciales, les droits de propriété intellectuelle. Dans les faits, cela rapproche le PACS plutôt du régime matrimonial de la communauté universelle, en raison de la présomption générale d'indivision. Cela est conforté par le fait que, si les partenaires restent seuls propriétaires de leurs gains et salaires contrairement aux personnes mariées⁴, les biens achetés par ce biais tombent en indivision.

1) "La famille", P. Malaurie et H. Fulchiron, Defrénois, 4^{ème} édition, p. 196.

2) Article 515-5 alinéa 2 ancien du code civil et Cons. Const. 9 nov. 1999, n° 99-419 DC, JO 16 nov. p. 16962.

3) *Ibid* A-S Brun-Wauthier, p.347.

4) Voir page p. 191.

137. Ce système lourd repose donc sur la volonté généreuse ou non du partenaire le plus fortuné qui repoussera ou pas la présomption acte par acte. Les partenaires s'avèrent donc bien moins autonomes que des époux, de telle sorte que leur liberté contractuelle est limitée. Il leur est fort difficile d'échapper à la présomption d'indivision qui leur est imposée pour les biens achetés pendant leur vie commune, à moins de réussir à fournir la preuve écrite du rejet de la présomption dans l'acte relatif au bien litigieux.

138. En observant ce régime d'indivision universelle pour le moins atypique auquel sont soumis les partenaires pour la gestion de leur patrimoine, il est permis de constater que ce régime est indéniablement inadapté au monde des affaires, tant pour eux (A), que pour les tiers (B).

A. Les dangers des effets patrimoniaux du PACS pour les partenaires

139. PACS et affaires ne faisant pas bon ménage sous l'empire de la loi du 15 novembre 1999, tant d'un point de vue théorique (1), que pratique (2), il faut recommander au proche de choisir un autre lien juridique pour s'unir au chef d'entreprise, afin de préserver les intérêts de tous, ou de modifier la convention initiale, comme le permet désormais la loi du 23 juin 2006.

1. Les effets patrimoniaux du PACS difficilement conciliables avec le droit des affaires

140. Les conséquences néfastes du PACS et les contradictions avec les principes du droit des affaires sont particulièrement mises en exergue au moment du démarrage de l'activité (a) et en cours de vie sociale (b), conférant au partenaire un statut à part, qui fait de lui ni tout à fait un époux, ni tout à fait un tiers ¹.

1) « Le PACS et le Droit des sociétés », C. Malecki, Revue des Sociétés 2000, p. 657.

a. Les effets indésirables du PACS préalablement au démarrage de l'activité professionnelle du chef d'entreprise

141. Deux cas sont à envisager pour le partenaire du chef d'entreprise : Celui de la création ou de l'acquisition d'un fonds civil ou commercial et celui de la souscription d'actions dans une société.

142. - A propos du partenaire du commerçant, il convient de distinguer si le fonds de commerce a été acquis ou créé après la conclusion du PACS, le fonds acquis ou créé avant restant la propriété exclusive du commerçant, selon l'ancien article 515-5 du code civil.

143. Si le fonds ou la clientèle ont été acquis à titre onéreux après la conclusion du PACS, ceux-ci seront présumés indivis par moitié, si l'acte d'acquisition ne stipule pas le contraire et ce, en vertu de l'ancien article 515-5 alinéa 2 du code civil ¹.

144. Peu importe que l'acquisition ait été réalisée par le financement du seul commerçant, puisque les acquisitions faites au moyen des revenus d'un seul partenaire tombent en indivision, par application a contrario de l'article 515-5-2 alinéa 1 du code civil ² et parce qu'en droit français, le principe selon lequel le financement ne fait pas la propriété est bien ancré. Le partenaire peut donc revendiquer une créance pour l'indivision qui correspond à la moitié du montant de l'achat du bien. De plus, dans l'hypothèse où l'acquisition aurait été financée par la vente d'un bien appartenant au partenaire avant la conclusion du PACS, il sera prudent de bien le spécifier dans l'acte le emploi de revenus personnels, le législateur n'ayant pas prévu de spécifier de emploi à un autre moment, et d'établir un inventaire des biens possédés avant la conclusion du PACS. Par ailleurs, même si l'acte d'acquisition du fonds ou de

1) Anc. Art. 515-5 alinéa 2 du code civil : « Les autres biens » que les meubles meublants « dont les partenaires deviennent propriétaires à titre onéreux postérieurement à la conclusion du pacte sont présumés indivis par moitié si l'acte d'acquisition ou de souscription n'en dispose autrement » .

2) Article 515-5-2 alinéa 1 du code civil qui constitue une différence importante avec le statut d'époux: « demeurent la propriété exclusive de chaque partenaire :

1° Les deniers perçus par chacun des partenaires, à quelque titre que ce soit, postérieurement à la conclusion du pacte et non employés à l'acquisition d'un bien ; »

la clientèle ne mentionne que l'identité du commerçant, ceux-ci tomberont automatiquement dans la masse indivise et ce en vertu de la loi, ce qui différencie le partenaire du concubin. Le partenaire devient donc propriétaire sans être nommé partie à l'acte, ce qui constitue une curiosité juridique. Cela était d'autant plus surprenant que sous la loi du 15 novembre 1999, le nom du partenaire ne figurait pas en marge de l'acte de naissance. La convention de PACS était simplement enregistrée dans un registre spécial au greffe du tribunal d'instance, le législateur étant soucieux de préserver le respect de la vie privée des partenaires, d'autant que dans son esprit, le PACS était surtout destiné aux couples homosexuels. Ainsi, un tiers qui n'avait pas songé à demander un certificat de non-PACS, pouvait vendre son fonds ou sa clientèle au contractant qu'il avait choisi, mais aussi à un contractant occulte, l'éventuel partenaire dont il ne connaissait pas l'existence.

145. Il reviendra donc au commerçant soucieux de garantir son indépendance de faire figurer expressément dans l'acte d'acquisition, que le fonds ou la clientèle ne rentrera pas dans la masse indivise des partenaires. Libre aussi à lui de prévoir une répartition inégalitaire, le commerçant se réservant une part majoritaire de la propriété. A défaut de précaution, le fonds acquis pendant le PACS appartiendra donc pour moitié au partenaire, qui pourrait revendre sa part indivise au commerçant ou à un tiers en cas de mésentente, ou par besoin de liquidités, rendant bien peu certaine la sécurité juridique de l'exploitant du fonds en pratique. Un chef d'entreprise qui aurait seul travaillé de nombreuses années à faire prospérer un fonds¹ par sa seule industrie personnelle, se voit donc contraint à en être propriétaire que pour moitié, ce qui paraît bien peu équitable.

- 146. Si le fonds ou la clientèle a été créé en cours de PACS, le droit de propriété du commerçant, de l'artisan ou du professionnel libéral se verra bien plus respecté. L'article 515-5-2 alinéa 2² du code civil évince de la masse indivise les biens créés et leurs accessoires, tout comme les biens reçus par donation ou succession et les biens

1) Le sort du partenaire travaillant au sein de la même entreprise sera étudié dans le chapitre 2, section 2, par assimilation de son statut au conjoint, p. 145.

2) *Opere citato*.

appartenant au partenaire avant la conclusion du PACS.

147. Le partenaire du chef d'entreprise a toutefois la possibilité de ramener le fonds dans la masse indivise, s'il parvient à prouver l'incertitude de la date de création et ce, par tous moyens. Il serait aussi possible pour le partenaire de revendiquer une créance pour l'indivision, si les accessoires du bien créés ont été obtenus avec des revenus du chef d'entreprise, puisque si les deniers restent la propriété des partenaires, les biens achetés par leur biais tombent dans la masse indivise. Le financement des biens accessoires doit donc provenir du fonds appartenant à une personne morale, bilan à l'appui, et non du patrimoine du chef d'entreprise personne physique. Il reviendra au juge de décider si les biens litigieux ont la nature d'accessoires d'un bien créé et appartiennent à l'exploitant, ou s'ils sont la propriété de l'indivision, de par le financement par investissement de revenus d'un partenaire. Le chef d'entreprise trouvera-t-il un intérêt à exercer son activité professionnelle en ayant créé une société, celle-ci faisant écran entre son patrimoine et l'indivision avec son partenaire ? Rien n'est moins.

148. - Les titres sociaux ayant la nature juridique de meubles (autres que des meubles meublants) acquis à titre onéreux, la présomption d'indivision de l'article 515-5 alinéa 2 du code civil s'applique en cas d'acquisition ou de souscription de titres sociaux après la conclusion du PACS, si elle n'est pas écartée dans le dit acte d'acquisition ou de souscription. Les titres seront donc automatiquement présumés indivis et les partenaires en seront propriétaires pour moitié, à moins de stipuler dans l'acte un emploi de fonds propres existants avant la convention de PACS.

149. En l'absence de précisions, la question cruciale qui divise la doctrine, est celle de savoir si le partenaire de celui qui a souscrit ou acquis des titres possède la qualité d'associé ? Autrement dit, le fait d'être propriétaire de parts sociales confère-t-il à lui seul la qualité d'associé ?

150. Certains ¹ considèrent que la réponse est affirmative et que « l'acte de souscription emporte la reconnaissance de la qualité d'associé à chaque indivisaire » ², par application stricte du régime de l'indivision légale.

151. La conséquence fondamentale de cette position réside dans l'idée que les partenaires auront tous deux la qualité d'associé, sans considération du fait que seul l'un d'eux aura passé l'acte. Or traditionnellement en droit des sociétés, l'associé est une personne qui a effectué un apport en échange des droits sociaux qu'elle reçoit, qui est animée par l'*affectio societatis* et qui souhaite partager les résultats. La situation du partenaire associé remet donc radicalement en cause cette définition, ainsi que celle du contrat de société. Selon cette position doctrinale, le partenaire est associé, alors même que les notions essentielles d'apports et d'*affectio societatis* sont absentes. En dépit de l'absence de ces deux éléments, il peut donc devenir associé sans même le savoir, car cette qualité repose sur l'indivision et non plus sur les éléments traditionnels. Selon le Professeur Jean-Pascal Chazal³, « le critère permettant d'identifier l'associé réside dans la propriété des titres représentant les apports et composant le capital ». Ce point de vue est peut être critiquable, puisqu'il omet la classique exigence de l'existence de l'*affectio societatis*. Concrètement, le partenaire de l'associé aurait alors bien la qualité d'associé, ce qui lui permettrait de réclamer sa part annuelle dans les bénéfices réalisés par la société et d'avoir son mot à dire dans la gestion et la cession des titres, ce qui risque d'aboutir à des situations de blocage. Le partenaire se trouve ainsi dans une situation comparable à celle de l'époux marié sous le régime de communauté universelle⁴. Il reste dans ce cas possible que l'acte de souscription déroge expressément à la présomption d'indivision.

- 1) R. Besnard Goudet, « Réflexions sur le PACS et le Droit des Sociétés », JCP E 2001, 1129.
- 2) D. Velardochio, Lamy Sociétés Commerciales, Bulletin d'actualité, avr. 2000, n°123, p.2.
- 3) J-P Chazal, Defrénois 2000, art. 37191.
- 4) Cf 1^{ère} partie, chapitre 1, p 104.

152. D'autres auteurs ¹ considèrent que cette vision est absolument incompatible avec les principes essentiels du droit des sociétés. Selon cette analyse, il ressort de l'article 1843-2 ² du code civil que l'apport constitue un élément déterminant pour conférer la qualité d'associé. Aussi, admettre que le partenaire de celui qui a réalisé l'apport est aussi un associé, est difficilement concevable, sauf à se baser sur la fiction d'apports indivis.

153. Ce caractère fictif est d'ailleurs particulièrement criant ³, si le cas où un partenaire n'aurait amené que des apports en industrie pour entrer dans la société est envisagé. Il paraîtrait vraiment inéquitable de conférer la qualité d'associé à son partenaire qui n'aurait dans ce cas rien amené à la société en échange des parts sociales.

154. La qualité d'associé ne peut reposer sur l'unique socle de l'indivision au détriment de la notion d'apport et surtout de celle de l'*affectio societatis*, qui est incontestablement absente concernant le partenaire du souscripteur ou de l'apporteur. Il serait plus sage de calquer la qualité d'associé du seul époux apporteur reconnue par l'article 1832-2 alinéa 2 du code civil ⁴ au partenaire qui a réellement effectué l'apport, ce qui revient à dire qu'il paraît logique d'appliquer la classique distinction du titre et de la finance, s'agissant de la propriété de parts sociales par les partenaires. La finance appartiendrait ainsi aux deux partenaires, ce qui satisferait au principe de l'indivision patrimoniale dans laquelle ils se trouvent, tandis que le titre reviendrait à celui des deux qui a agi pour acquérir ou souscrire les titres sociaux. Les droits politiques et sociaux ne sont alors exercés que par le partenaire qui a fait l'apport.

1) C. Malecki, « Le PACS et le Droit des Sociétés », Revue droit des Sociétés 2000, p. 657.

2) Art. 1843-2 du Code Civil : « 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. »

3) *Ibid* C. Malecki.

4) Art. 1832-2 alinéa 2 du code civil : « La qualité d'associé est reconnue à celui des époux qui fait l'apport ou réalise l'acquisition. »

155. L'application du concept paraîtrait plus équitable mais des difficultés d'ordre pratique subsisteraient s'agissant de la gestion, le détenteur du titre ayant toujours besoin du consentement de son partenaire pour effectuer des actes de disposition et demeure discutable au regard de la théorie pure de l'indivision.

156. Le législateur de 1999 a fait preuve de laxisme en omettant d'adapter les dispositions du droit des affaires aux partenaires de PACS et il faut recommander de parer à ces oublis, en stipulant des solutions dans les statuts de la société. En effet, les partenaires n'ont à priori pas la faculté d'insérer une clause excluant la présomption d'indivision dans la convention de PACS, puisque celle-ci prend source dans la loi. L'on peut donc imaginer que les statuts prévoient une obligation d'information de la conclusion d'un PACS à l'égard des autres associés, car elle a d'importantes répercussions sur eux, et qu'en ce cas, seul l'apporteur aura la qualité d'associé.

157. Une autre parade consistera à prévoir dans le contrat d'apport, que le souscripteur est nu-proprétaire (et donc exerce les droits politiques) et le partenaire est usufruitier (il détient donc les droits financiers) des titres sociaux. Si la qualité d'associé ne peut en ce cas être discutée s'agissant du nu-proprétaire, des controverses doctrinales existent sur cette qualité s'agissant de l'usufruitier. Quoiqu'il en soit, cette solution reste imparfaite car elle laisse subsister l'exigence de gestion unanime.

b. Des effets indésirables du PACS s'agissant de la gestion de l'activité et de l'exercice des droits

158. Le chef d'entreprise qui a conclu une convention de PACS avant le régime entré en vigueur depuis le 1^{er} janvier 2007, et qui a acheté un fonds ou des parts sociales sans écarter la présomption d'indivision, ne sera pas totalement libre dans la gestion de ces biens, en raison du caractère impératif du consentement unanime des coindivisaires pour certains actes de gestion sur les biens indivis. Les droits politiques et sociaux relatifs aux parts sociales, ainsi que certains actes de gestion du fonds s'exerceront à priori à deux, ce

qui peut aisément entraîner des situations de blocage et ce qui est en contrariété avec l'exigence de réactivité dans le monde des affaires.

159. – Concernant la gestion, le fonctionnement de l'indivision des partenaires est régi par le droit commun des articles 815 et suivants du code civil. Cela signifie que les partenaires seront soumis à une cogestion étendue à tous les biens acquis depuis la conclusion de la convention de PACS, hormis les actes conservatoires et la présomption de mandat tacite concernant les actes d'administration qui relèvent de l'exploitation normale du bien indivis, en l'absence d'opposition du partenaire. Concrètement, la liberté dans la gestion des droits sociaux sera contrariée pour celui qui aura souscrit les parts, car il n'aura pas la faculté d'opérer seul pour les actes de disposition, c'est-à-dire pour toute cession des parts, de demande d'augmentation de capital ou d'exercice du droit de vote : Les partenaires devront agir de concert, parce que ces actes touchent à la valeur des parts détenues en indivision¹. Le partenaire acquéreur d'un fonds commercial, artisanal ou civil devra obtenir le consentement de son partenaire dans le cadre d'une vente ou d'une donation de ce fonds qui constituent aussi des actes de disposition.

160. Les actes d'administration qui ne relèvent pas de l'exploitation normale des biens indivis requièrent aussi l'accord des deux partenaires. Ce sera le cas pour la conclusion ou le renouvellement d'un bail portant sur un immeuble à usage agricole, commercial, artisanal ou industriel².

4) *Ibid* C. Malecki.

5) *Ibid* Dossiers Pratiques Francis Lefebvre 2008, p. 272.

161. - Concernant l'exercice des droits sociaux et politiques qui s'exerceront à priori à deux, le partenaire peut demander sa part annuelle dans les bénéfices sans avoir à attendre le partage de l'indivision en vertu de l'article 815-11 alinéa 1^{er} du code civil ¹. Il peut participer activement à la gestion des titres en exerçant son droit d'information, demandant la nullité d'une assemblée irrégulièrement convoquée, en exerçant son droit de vote, en demandant la communication des documents sociaux et en exigeant d'être convoqué aux assemblées générales ². C'est ici que se révèlent toutes les difficultés que l'indivision engendre pour les autres associés dans les sociétés à fort *intuitu personae*, comme les SNC ou les sociétés en commandite. Le PACS leur impose un associé qu'ils n'ont pas choisi, alors que dans ce type de sociétés bien souvent, les associés choisissent de collaborer en considération de la personne, et plus précisément de la personnalité des autres associés.

162. En l'absence de ratification du partenaire, la sanction d'un acte de disposition ou d'administration passé à défaut de l'accord unanime des coindivisaires, ou au mépris de l'obligation d'information, est l'irrégularité de l'acte. Celui-ci engagera l'indivisaire qui a agi seul et qui ne pourra pas invoquer la nullité. Celui des partenaires qui n'a pas contracté pourra ester en justice, afin de faire reconnaître l'inopposabilité de l'acte à son égard ³. Ainsi, dans le cadre d'une vente, d'une constitution d'hypothèque, l'acte n'engagera que le partenaire qui a seul passé l'acte et dans la limite de sa part de propriété sur le bien indivis. Certains actes comme la cession d'un bail, entraînent l'inopposabilité sur la totalité de l'acte en raison du caractère irréductible de la jouissance. En plus de l'inopposabilité de l'acte irrégulier, le partenaire pourra demander des dommages-intérêts sur le fondement du droit de la responsabilité, en arguant la violation de sa jouissance paisible ⁴ du bien

1) Article 815-11 alinéa 1^{er} du code civil « Tout indivisaire peut demander sa part annuelle dans les bénéfices, déduction faite des dépenses entraînées par les actes auxquels il a consenti ou qui lui sont opposables. »

2) *Ibid* C. Malecki.

3) Cass. 1^{ère} Civ. 5 avril 2005, n°02-15.459.

4) « Droit de la famille », Mémento Pratique F. Lefebvre 2014-2015, p. 876.

indivis. Il est étonnant que la sanction d'un acte passé en l'absence de consentement d'un coindivisaire soit l'inopposabilité de l'acte et non pas la nullité, sanction classique du défaut de consentement. L'indivision étant une situation juridique singulière, l'explication trouve sa justification dans le fait que l'acte demeure valide pour la fraction de propriété inaliénable du partenaire qui a agi seul. Celui-ci avait bien la volonté de donner son consentement à la passation de l'acte litigieux et puisqu'il est pleinement propriétaire de sa portion, sa volonté n'est pas viciée et produit des effets juridiques limités à ses droits sur le bien, elle n'engage que son auteur.

163. Le PACS dans sa version originale semble bien aliéner la liberté d'agir des partenaires du fait de ce principe d'unanimité requise dans l'exercice de leurs droits, à la différence des époux qui sont beaucoup plus autonomes, par la présomption de mandat concernant une large palette d'actes.

164. Dans ce système d'indivision, le partenaire bienveillant et soucieux de laisser le chef d'entreprise plus libre dans la gestion de ses affaires, dispose fort heureusement de recours à des techniques salutaires lorsque cela est possible: Le choix de la majorité des deux tiers, le mandat et surtout la possibilité de conclure une convention d'indivision. L'autorisation judiciaire est, elle, un moyen de protection dont peut user le chef d'entreprise dans l'impasse.

165. L'article 815-3 alinéa 1 du code civil² dispose que pour les actes qui relèvent de l'exploitation normale du bien indivis, il est loisible de prévoir dans l'acte d'acquisition ou de souscription (matérialisé dans un écrit), que les

- 1) 1) Article 815-3 alinéa 1 C. Civ. : « Le ou les indivisaires titulaires d'au moins deux tiers des droits indivis peuvent, à cette majorité :
 - 1° Effectuer les actes d'administration relatifs aux biens indivis ;
 - 2° Donner à l'un ou plusieurs des indivisaires ou à un tiers un mandat général d'administration ;
 - 3° Vendre les meubles indivis pour payer les dettes et charges de l'indivision ;
 - 4° Conclure et renouveler les baux autres que ceux portant sur un immeuble à usage agricole, commercial, industriel ou artisanal. »

décisions pourront être prises à la majorité des deux tiers des droits indivis. A condition d'en informer son partenaire sous peine d'inopposabilité ¹, celui qui détient la majorité des droits pourra souverainement passer l'acte. Cela trouvera une application pratique par exemple, pour la décision d'effectuer des travaux d'amélioration sur le fonds, pour interjeter appel d'un jugement fixant le loyer d'un bail commercial ². La majorité des deux tiers permet donc au chef d'entreprise d'être autonome pour les actes de gestion normale, qui consistent simplement à conserver la valeur du bien ou à le faire fructifier.

- **166.** Des mandats spéciaux sont possibles entre co-indivisaires, qu'ils soient exprès ou tacites, mais ils ont une portée limitée ³ :

167. Un mandat exprès d'administration générale concernant les seuls actes d'administration peut être donné à la majorité des deux tiers des droits indivis. Le chef d'entreprise détenteur des deux tiers des droits indivis pourrait donc s'octroyer à lui-même un tel mandat, ce qui lui permettra par exemple de faire réaliser seul des travaux d'amélioration ou de réparation sur le fonds. Cependant en cas de désaccord portant sur l'administration, le partenaire propriétaire du tiers restant des parts sociales ou actions indivises, aura la faculté de recourir au juge pour exiger la désignation d'un mandataire, en appuyant son action sur l'article 1844- du code civil ⁴.

- **168.** Un mandat exprès spécial peut être conféré à l'unanimité pour permettre un acte de disposition ou un acte ne relevant pas de l'administration normale de l'indivision, tel la conclusion ou le renouvellement d'un bail commercial.

1) Article 815-3 alinéa 2 du C. Civ. : « Ils sont tenus d'en informer les autres indivisaires. A défaut, les décisions prises sont inopposables à ces derniers.... »

2) Civ 1ère 23 janvier 2008, n° 05-20.438, Bull. Civ. I, n°16.

3) *Ibid* Mémento Pratique F. Lefebvre 2014-2015, p.877 et 878.

4) Article 1844 du code civil : « Tout associé a le droit de participer aux décisions collectives. Les copropriétaires d'une part sociale indivise sont représentés par un mandataire unique, choisi parmi les indivisaires ou en dehors d'eux. En cas de désaccord, le mandataire sera désigné en justice à la demande du plus diligent. Si une part est grevée d'un usufruit, le droit de vote appartient au nu-propriétaire, sauf pour les décisions concernant l'affectation des bénéfices, où il est réservé à l'usufruitier. Les statuts peuvent déroger aux dispositions des deux alinéas qui précèdent. »

169. Un mandat tacite peut être invoqué uniquement pour les actes d'administration, par les tiers, par le chef d'entreprise ou même par le partenaire qui aurait agi seul. Il sera supposé, lorsqu'un indivisaire prend en charge la gestion des biens indivis, alors que l'autre en est informé et n'y voit pas d'inconvénient. Les juges du fond entendent très strictement la notion d'acte d'administration pour reconnaître la validité d'un mandat tacite en matière de PACS ¹. Pour confirmer la légitimité d'une assemblée générale extraordinaire, ils s'assurent à la fois de la présence d'un mandat tacite au bénéfice de l'un des indivisaires et examinent si les actes effectués par le mandataire couvrent bien le champ des actes d'administration et ce en s'appuyant sur l'ordre du jour et les résolutions décidées par l'assemblée ². Au sujet d'une vente autorisée par des indivisaires assortie d'une condition résolutoire, les juges du fond ont refusé la qualification d'acte d'administration parce que la notification par l'acquéreur de la condition résolutoire avait été adressée uniquement à l'indivisaire qui effectuait la gestion en pratique ³. Concernant les emprunts, les juges examinent l'importance et l'usage des fonds empruntés. Ainsi, un indivisaire qui régit seul une exploitation indivise peut légitimement contracter un emprunt pour régler le passif de celle-ci et de ce fait engager l'indivision ⁴.

- 170. Il convient d'aviser les partenaires d'user de la faculté de conclure une convention d'indivision ⁵ à durée déterminée ou pas, permettant de confier la gestion des biens indivis à un gérant choisi parmi l'un d'eux. En pratique, cela permettra naturellement au chef d'entreprise d'administrer la gestion des biens indivis et paraît logique, si son partenaire ne travaille pas dans le fonds professionnel ou la société. Le chef d'entreprise gérant administre l'indivision

1) *Ibid*, F. Lefebvre 2014-2015, p.878.

2) Cass. Com 16 nov. 2004, n° 01-10.666, RJDA 8-9/05, n°1053.

3) Cass. 3ème Civ. 25 mai 1995, n°93-10.617, Bull. Civ. III, Defrénois 1996, art. 36278, p.395, obs. C. Atias.

4) Cass. 1 ère Civ. 12 nov. 1986, n° 85-12.238, Bull. Civ. I, n°259.

5) Art. 1873-1 du code civil : « Ceux qui ont des droits à exercer sur des biens indivis, à titre de propriétaires, de nus-propriétaires ou d'usufruitiers peuvent passer des conventions relatives à l'exercice de ces droits. »

à la manière d'un époux commun en bien ¹.

171. Il dispose ainsi de pouvoirs étendus de gestion pour des actes importants, tels la possibilité de conclure seul un bail professionnel pour une durée inférieure à neuf ans ². L'article 1873-6 du code civil lui confère la libre disposition des biens meubles corporels indivis, pour les besoins de leur exploitation normale. Le partenaire gérant représente les indivisaires pour tous les actes de la vie civile et pour les actions en justice. Une telle convention est concrètement indispensable dans le monde des affaires. Cela soulagera le partenaire de la lourdeur de gestion d'une entreprise qui après tout n'est commune que d'un point de vue patrimonial, tout en préservant ses intérêts, puisqu'il conserve un droit d'information concernant les documents relatifs à la gestion. Le gérant doit officiellement rendre compte de sa gestion à son partenaire une fois par an, ce qui permet la transparence sur les pertes éventuelles et surtout les bénéfices auxquels le partenaire a droit.

- 172. L'article 815-5 du code civil ³ fait exception à la règle de l'unanimité et permet au chef d'entreprise d'être autorisé en justice à passer seul un acte de disposition, lorsque la contestation de son partenaire co-indivisaire met en péril l'intérêt commun de l'indivision. Ce principe trouve bien souvent une application pratique en matière de vente de parts sociales ⁴, si l'initiateur de la demande parvient à prouver la mise en péril, et non seulement le désavantage pour l'indivision de l'opération envisagée ⁵. Les faits seront souverainement appréciés par les juges du fond. En l'absence de mise en péril pour l'indivision, le chef d'entreprise sera contraint au bon vouloir de son partenaire pour la cession de parts sociales indivises ou du fonds de commerce ou

1) Art. 515-5-3 alinéa 2 du code civil issu de la loi du 23 juin 2006 : « A défaut de dispositions contraires dans la convention, chaque partenaire est gérant de l'indivision et peut exercer les pouvoirs reconnus par les articles 1873-6 à 1873-8... »

2) *Ibid* Mémento Pratique Francis Lefebvre 2014-2015, p.896.

3) Un indivisaire peut être autorisé par justice à passer seul un acte pour lequel le consentement d'un coïndivisaire serait nécessaire, si le refus de celui-ci met en péril l'intérêt commun. Le juge ne peut, à la demande d'un nu-propiétaire, ordonner la vente de la pleine propriété d'un bien grevé d'usufruit contre la volonté de l'usufruitier.

L'acte passé dans les conditions fixées par l'autorisation de justice est opposable à l'indivisaire dont le consentement a fait défaut.

4) CA Lyon, 23 mai 1990, Bull. Joly 1990, § 187, p. 662.

5) CA Paris, 25 janv. 1983, RTDCiv. 1984, p.135, obs. Patarin.

artisanal. Animé d'une volonté de partage pour les partenaires, le législateur de 1999 n'a pas envisagé les problèmes concrets qu'une telle situation engendrait dans le monde des affaires.

2. Les effets patrimoniaux du PACS sources de difficultés en pratique

173. L'inconfort engendrée par l'indivision des partenaires de PACS sous le régime de la loi de juin 1999 est particulièrement flagrante en ce qui concerne la cession de parts sociales ou du fonds professionnel (a), ainsi que lorsque vient le temps de la séparation (b).

a. En cas de cession de parts sociales

174. La présomption d'indivision de l'article 515-5 du code civil produit de lourdes conséquences quant à la cession de parts sociales. Il semble que la vente de parts autorisée judiciairement (qui suppose la preuve de la mise en péril de l'intérêt commun de l'indivision) mise à part, nul partenaire associé ne puisse céder les parts indivises sans l'assentiment de l'autre¹, sous peine de nullité de la cession à un tiers. Deux possibilités s'offrent au partenaire qui souhaite réaliser la cession, pour passer outre le refus de vente à un tiers : La cession des droits à son indivisaire ou la demande du partage en justice.

- 175. En vertu du droit commun de l'indivision régi aux articles 815-14 et 815-15 du code civil, l'associé pacsé qui souhaite vendre des parts indivises, doit proposer leur rachat à son partenaire. Celui-ci bénéficie d'un droit de préemption, c'est-à-dire de la possibilité d'acquérir en priorité les parts. Si le partenaire approuve la cession mais n'a pas la volonté d'acheter les parts ou n'en a pas les moyens financiers, le risque est de se retrouver en indivision avec un parfait étranger.

1) *Ibid* R. Besnard-Goudet, p. 1132.

176. Ce danger paraît bien théorique, il est permis de se demander quel tiers, hormis éventuellement un autre associé désireux de devenir majoritaire, aurait intérêt à se trouver dans une situation de propriété indivise, de la plupart des personnes qui s'y trouvent, veulent sortir.

- 177. L'article 815 du code civil dispose « nul ne peut être contraint à demeurer dans l'indivision et le partage peut être toujours provoqué, à moins qu'il n'y ait été sursis par jugement ou convention. ». Le Conseil Constitutionnel dans sa décision du 9 novembre 1999¹, a décidé que cet article trouve à s'appliquer aux partenaires de PACS. Le droit de demander le partage présente un caractère absolu et n'a donc pas à être justifié, car le droit de propriété présente une nature sacrée dans notre système juridique.

178. Les titres sociaux seront donc partagés et l'initiateur de la demande se trouvera libre de céder ses parts, sans que le partenaire ait son mot à dire. La valeur des titres sera évaluée au moment du partage, en application de l'article 829 du code civil². En cas de plus-value des titres réalisée par les efforts personnels du gérant, en l'occurrence par le chef d'entreprise, la jurisprudence³ décide que l'indivision s'accroît de la plus-value, sous réserve de l'attribution à l'indivisaire gérant de la rémunération de son travail, conformément à l'article 815-12 du code civil. Ce droit à rémunération trouvera à être revendiqué en cas de gestion de fonds de commerce indivis, à condition que l'indivisaire gérant ait rendu compte de sa gestion et de la destination

1) *Ibid* Cons. Const. 9 nov. 1999, déc. N°99-419 DC: JO 16 nov. 1999. « La présomption d'indivision par moitié des meubles meublants acquis à titre onéreux postérieurement à la conclusion du pacte ne peut céder que devant la production de la convention passée entre les partenaires décidant d'écarter un tel régime ; que, de même, la présomption d'indivision par moitié pour les autres biens dont les partenaires deviennent propriétaires à titre onéreux postérieurement à la conclusion du pacte ne peut céder que devant la production d'un acte d'acquisition ou de souscription qui en dispose autrement. »

2) Art. 829 alinéa 2 du code civil: « En vue de leur répartition, les biens sont estimés à leur valeur à la date de la jouissance divise telle qu'elle est fixée par l'acte de partage, en tenant compte, s'il y a lieu, des charges les grevant. Cette date est la plus proche possible du partage. Cependant, le juge peut fixer la jouissance divise à une date plus ancienne si le choix de cette date apparaît plus favorable à la réalisation de l'égalité. »

3) Pour une application en matière de clientèle libérale, voir Civ. 1^{ère} 12 janv. 1994, n°91-18.104, Dalloz, 1995, somm. 42, obs. M. Grimaldi.

des fruits produits par le bien indivis¹.

179. Cela signifie que la plus-value réalisée sur un bien en raison de l'activité d'un coïndivisaire bénéficie à l'indivision, mais dans le même temps, que le coïndivisaire qui, par ses efforts personnels, a augmenté la valeur du bien, a droit légitimement à une rémunération² dont le montant sera souverainement fixé par le tribunal de grande instance, à défaut d'accord amiable entre les parties. Cette rémunération ne sera pas forcément égale à la plus-value. Elle sera logiquement fixée selon la durée et la qualité du travail produit, des dépenses effectuées et des bénéfices amenés à l'indivision³.

180. La fiscalité du partage entre partenaires fait l'objet d'un régime de faveur. En effet, en règle générale s'agissant de l'indivision, si les titres, une clientèle ou un fonds professionnel sont cédés à un tiers pendant l'indivision, les plus-values professionnelles font l'objet d'une taxation.

181. Si l'ensemble des indivisaires qui possèdent le bien le revend à un tiers, il s'agit d'une cession à titre onéreux et chacun est soumis à l'impôt sur la plus-value sur sa quote-part⁴.

182. Par exception, le partage avec soulte ne donne pas lieu à imposition de la plus-value dans un certain nombre de cas, notamment lorsque le bien a été acquis avant ou pendant le PACS. La plus-value n'est pas imposable, à condition que le partage ait lieu entre membres d'origine de l'indivision. Le partenaire qui souhaite céder ses biens professionnels a donc grand intérêt à le faire au profit du partenaire, et non à un tiers. Cependant les partenaires seront imposables au titre du droit au partage qui s'élève à 2, 5 %, selon l'article 748 du CGI. Cette question de cession des biens professionnels apparaîtra vraisemblablement en cas de séparation des partenaires, ce qui conduit à envisager le moment de la dissolution du PACS.

1) Cass. 1^{ère} Civ. 17 juin 2009, n°07-17.223 : BPAT 5/09 inf. 201.

2) *Ibid*, « Droit patrimonial de la famille », M. Grimaldi, p. 631.

3) *Ibid* Mémento Pratique Francis Lefebvre 2014-2015, p.888.

4) Réf. Du 3 juillet 2015 : <http://droit-finances.commentcamarche.net/faq/1021-plus-value-et-partage-d-indivision>

b. En cas de dissolution du PACS-

183. A la différence des époux en cas de divorce, il n'existe pas pour l'ex-partenaire, de droit à la prestation compensatoire. La question de savoir comment préserver les intérêts de chacun à la dissolution du PACS se pose.

184. Si vient le temps de la rupture du couple, à défaut d'agissement des parties ou en l'absence de convention d'indivision réglant la question, la grande originalité du PACS, réside dans le possible maintien dans l'indivision des biens acquis en cours d'union. A défaut de liquidation, car celle-ci n'est pas obligatoire, la masse indivise se trouve figée au jour de la dissolution de la convention de PACS. Cette situation due à l'oubli du législateur, peut donner lieu à des contentieux s'agissant de l'attribution des fruits des biens indivis, puisque ceux-ci ne peuvent plus pénétrer le patrimoine commun. La persistance d'intérêts communs avec l'ex-partenaire peut susciter bien des difficultés d'imbrication de divers patrimoines, dans le cas où l'un d'eux envisagerait de refaire sa vie avec une autre personne, par le biais d'un mariage ou d'un autre PACS¹. Le chef d'entreprise séparé de son partenaire, continuerait de travailler à accroître le patrimoine de celui-ci, qui resterait dans le même temps responsable d'éventuelles dettes communes. En l'absence de convention d'indivision prévoyant les conséquences de la rupture, il est donc recommandé de liquider l'indivision à l'amiable ou à défaut, de faire intervenir le juge.

185. En cas de désaccord, il existe des outils juridiques pour l'ex-partenaire et pour le chef d'entreprise, permettant d'établir l'équité. Le partenaire qui aurait prêté des deniers personnels en omettant de le mentionner dans l'acte d'acquisition, ou qui se serait investi dans l'entreprise de manière officieuse, dispose comme le concubin, des actions fondées sur la société créée de fait et de l'enrichissement sans cause². L'évaluation des créances entre les

1) P. Malaurie et H. Fulchiron, « La famille », Defrénois, Lextenso éditions, 2011, p. 218.

2) Voir développements consacrés au concubin, infra. p. 42 et suivantes

partenaires est alors calquée sur les récompenses entre époux mariés sous le régime de la communauté réduite aux acquêts, il est fait application de l'article 1469 du code civil ¹. En principe, le paiement des créances s'effectue en argent, mais le chef d'entreprise peut arguer de la compensation, par exemple, si l'ex-partenaire ne travaillait pas et qu'elle a retiré des avantages de la vie commune.

186. Le chef d'entreprise a quant à lui, la faculté de demander l'attribution préférentielle de son exploitation qu'elle soit civile, commerciale ou artisanale ², si elle a la nature de bien indivis, moyennant le paiement d'une soulte à son ex-partenaire, en application de l'article 515-6 du code civil ³. Cela lui permettra de se faire attribuer le droit au bail du local professionnel, la pleine propriété du fonds et de ses accessoires ou les parts sociales indivises de l'entreprise, sous réserve de clause d'agrément dans les statuts. Pour cela, il faut prouver qu'il a participé, dirigé à l'exploitation ou à la société avec ou sans statut particulier, ce qui ne devrait pas causer difficulté, surtout s'il s'agit de l'unique activité professionnelle exercée et qu'il dispose des capacités financières pour régler la soulte. Le contentieux peut toutefois apparaître si l'ex-partenaire a participé à sa mise en valeur et réclame aussi l'attribution préférentielle ; Celle-ci n'étant pas un droit, l'appréciation est laissée au jugement souverain du magistrat. Au point de vue de la fiscalité, l'ex-partenaire qui confère ses droits sur l'exploitation en contrepartie d'une soulte, ne se verra pas imposé au titre des plus-values professionnelles si le chef d'entreprise conserve les éléments d'actif au bilan de l'entreprise individuelle.

- 1) Article 1469 du code civil : « La récompense est, en général, égale à la plus faible des deux sommes que représentent la dépense faite et le profit subsistant. Elle ne peut, toutefois, être moindre que la dépense faite quand celle-ci était nécessaire. Elle ne peut être moindre que le profit subsistant, quand la valeur empruntée a servi à acquérir, à conserver ou à améliorer un bien qui se retrouve, au jour de la liquidation de la communauté, dans le patrimoine emprunteur. Si le bien acquis, conservé ou amélioré a été aliéné avant la liquidation, le profit est évalué au jour de l'aliénation ; si un nouveau bien a été subrogé au bien aliéné, le profit est évalué sur ce nouveau bien. »
- 2) (et agricole depuis la loi du 23 juin 2006).
- 3) Ancien article 515-6 du code civil : « Les dispositions de l'article 832 sont applicables entre partenaires d'un pacte civil de solidarité en cas de dissolution de celui-ci, à l'exception de celles relatives à tout ou partie d'une exploitation agricole, ainsi qu'à une quote-part indivise ou aux parts sociales de cette exploitation. »

187. Le chef d'entreprise quant à lui, ne sera imposable au titre des plus-values que lorsqu'il revendra son exploitation à un tiers. Il n'aura pas à ce moment-là, la possibilité de défalquer la soulte. Il convient donc de prendre en compte cette considération au moment du partage et de la fixation du montant de la soulte, afin que l'opération ne soit pas trop coûteuse pour le chef d'entreprise cédant.

B. Les dangers pour les tiers contractant avec le chef d'entreprise partenaire de PACS

188. Si l'activité professionnelle du chef d'entreprise a sans nul doute directement un impact sur le patrimoine de son partenaire sous l'empire de la loi du 15 novembre 1999, celui-ci s'expose aussi de ce fait, aux doléances de tiers contractant avec le chef d'entreprise, qu'il s'agisse d'associés, de la société (1) ou de créanciers (2).

1. Des conséquences patrimoniales du PACS injustes pour la vie sociale

189. La légèreté du législateur de 1999 vis-à-vis du droit des affaires et toujours en vigueur pour les PACS conclus avant le 1^{er} janvier 2007 à défaut d'agissements, se ressent tant du point de vue des autres associés du chef d'entreprise (a), que de la société elle-même(b).

a. Les difficultés rencontrées par les associés

190. La situation peut devenir complexe pour les autres associés dans certaines formes de sociétés telles les SARL et les SA, si l'associé décide de céder des parts acquises après la conclusion du PACS à son partenaire, en cas d'absence de clause d'agrément entre associés dans les statuts. Dans ce cas, si l'on considère que le partenaire est un associé à part entière, du simple

fait du régime patrimonial découlant de l'article 515-5 du code civil, les autres associés se verront imposer un associé potentiellement majoritaire qu'ils n'ont pas choisi, sans possibilité de s'y opposer. Une telle situation ne peut heureusement pas se retrouver dans des sociétés où l'*intuitu personae* revêt de l'importance comme les SNC (la cession nécessitant le consentement des autres associés) et les sociétés civiles (la cession devant être en principe validée à l'unanimité selon l'article 1861 du code civil).

191. De même en cas de décès du chef d'entreprise, la transmission peut être facilitée afin que le partenaire récupère le fonds ou les parts sociales, sans égard pour d'éventuels autres associés. Il est en effet concevable de prévoir dans la convention de PACS une clause qui autoriserait le survivant à écarter une partie des droits des héritiers du chef d'entreprise, dans la limite des droits des réservataires. Du fait du décès du chef d'entreprise, le partenaire peut donc se retrouver nettement majoritaire dans une société à fort *intuitu personae*, à défaut de clause d'agrément prévue dans les statuts. La convention d'indivision entre partenaires permet donc de calquer le PACS sur le mariage, elle permet l'attribuer les conséquences de l'article L 223-13 du code de commerce au pacsé¹.

192. Ces situations s'expliquent par la volonté du législateur de 1999 de rapprocher le partenaire de l'époux. Mais les droits des autres associés peuvent se trouver de ce fait diminués, surtout si l'on pense que le régime initial du PACS conférait à une telle convention un caractère confidentiel dû à

1) Art L223-13 code de commerce : « Les parts sociales sont librement transmissibles par voie de succession ou en cas de liquidation de communauté de biens entre époux et librement cessibles entre conjoints et entre ascendants et descendants.

Toutefois, les statuts peuvent stipuler que le conjoint, un héritier, un ascendant ou un descendant ne peut devenir associé qu'après avoir été agréé dans les conditions prévues à l'article L. 223-14. A peine de nullité de la clause, les délais accordés à la société pour statuer sur l'agrément ne peuvent être plus longs que ceux prévus à l'article L. 223-14, et la majorité exigée ne peut être plus forte que celle prévue audit article. En cas de refus d'agrément, il est fait application des dispositions des troisième et quatrième alinéas de l'article L. 223-14. Si aucune des solutions prévues à ces alinéas n'intervient dans les délais impartis, l'agrément est réputé acquis.

Les statuts peuvent stipuler qu'en cas de décès de l'un des associés la société continuera avec son héritier ou seulement avec les associés survivants. Lorsque la société continue avec les seuls associés survivants, ou lorsque l'agrément a été refusé à l'héritier, celui-ci a droit à la valeur des droits sociaux de son auteur. Il peut aussi être stipulé que la société continuera, soit avec le conjoint survivant, soit avec un ou plusieurs des héritiers, soit avec toute autre personne désignée par les statuts ou, si ceux-ci l'autorisent, par dispositions testamentaires. Dans les cas prévus au présent article, la valeur des droits sociaux est déterminée au jour du décès conformément à l'article 1843-4 du code civil. »

l'absence de publicité. La parade des autres associés pour se prémunir de conséquences néfastes réside dans l'insertion dans les statuts de clauses particulières telles l'obligation d'information de conclusion d'un PACS et du contenu de la convention d'indivision si elle existe, une renonciation du partenaire à l'exercice des droits politiques au moment des apports, la renonciation à la qualité d'associé pour le partenaire, ou à *fortiori* une clause d'agrément. Ces précautions sont d'autant plus nécessaires si l'on pense que le chef d'entreprise peut se servir d'une alliance avec son partenaire pour contrer les aspirations des autres associés et user d'un abus d'égalité, ou du moins de blocages dans certaines situations telles par exemple le refus d'augmentation de capital, décision qui impose l'unanimité des associés. Quoiqu'il en soit, si l'intention du législateur paraît louable par certains côtés pour le partenaire, il peut être considéré comme ayant été fort négligeant s'agissant de l'adoption de certaines mesures nécessaires en droit des sociétés, concernant les associés et la société elle-même.

b. L'incompatibilité du PACS et du droit des affaires du point de vue de l'intérêt de la société

193. Il est plus que regrettable que le législateur de 1999 n'ait pas entièrement calqué le statut du pacsé sur celui de l'époux en droit des affaires. En effet, la loi a omis la prohibition d'actes dangereux pour la société par le partenaire ¹. Les articles L 225-43 et L 223-21 du code de commerce interdisent aux conjoints des associés de SA et SARL de se faire consentir des emprunts, découverts en compte courant par la société, ainsi que de faire cautionner ou avaliser par celle-ci, un engagement personnel. Il est donc possible d'imaginer qu'un chef d'entreprise puisse s'arranger pour qu'un tel acte potentiellement nuisible pour la société, puisse être autorisé au profit de son partenaire et ce, pour lui rendre service. Un tel acte peut être valable s'il est prouvé que l'associé pacsé ne trouve pas d'intérêt direct à l'opération,

1) *Opere citato* R. Besnard-Goudet.

de telle sorte qu'elle porte sur un bien exclu de l'indivision. Pour parer à cet oubli et éviter que le partenaire ne se trouve dans une situation plus favorisée que l'époux, il aurait suffi d'adopter une simple disposition dans le code de commerce disposant que le partenaire est assimilé à un conjoint.

2. Les difficultés rencontrées pour les créanciers des partenaires

194. L'indivision apparaît bien plus protectrice pour les partenaires à l'égard des créanciers que le mariage. En effet, l'article 515-4 du code civil précise que les partenaires pacsés sont tenus solidairement des dettes de l'un d'eux pour les besoins de la vie courante. Pour les créances nées de l'activité professionnelle du chef d'entreprise pacsé sous le régime antérieur au 1er janvier 2007, ou pour les partenaires ayant choisi le régime de l'indivision postérieurement, tout dépend de la date de contraction des dettes : avant ou pendant l'union civile. Pour les dettes contractées avant le PACS, est responsable seulement la personne qui a souscrit la dette en son nom propre : elle est individuellement tenue du remboursement. Le créancier ne pourra donc pas se retourner vers le partenaire, si celui qui a contracté la dette n'est plus en mesure de l'honorer.

195. Pour les dettes nées postérieurement à la conclusion du PACS, il convient de distinguer si la dette est relative à un bien commun ou indivis, car cette dernière réduit le droit de gage des créanciers. Dans les deux hypothèses ¹, le chef d'entreprise doit demander l'accord pour l'affectation du bien relatif à son activité à son partenaire, puisqu'il en est aussi propriétaire. Cela permet de parfaitement mesurer les conséquences de l'engagement du partenaire et se révèle fort protecteur. Un document type mentionnant l'autorisation d'affectation du bien doit pour ce faire, être annexé à la déclaration d'affectation, sous peine de nullité pour défaut de consentement. Les biens communs (en cas de co-exploitation d'une activité par les deux

1) Référence du 5 juillet 2015 : <http://www.l-eirl.fr/Affectation-EIRL-bien-commun-ou>

partenaires) ou indivis (cas d'un fonds ou de parts sociales acquis après le PACS sans précisions dans l'acte d'achat) affectés à une activité professionnelle, sortent du champ des biens personnels du chef d'entreprise et font partie du patrimoine du couple. La nature du bien commun ou indivis va déterminer l'étendue du droit de gage des créanciers ¹.

- **196.** Si le bien affecté à l'activité professionnelle est un bien commun, il n'existe pas de quote-part de propriété identifiable pour chacun, puisque les partenaires sont autant propriétaires du bien l'un que l'autre. En conséquence, l'étendue du droit de gage des créanciers professionnels est importante et porte sur la totalité du bien, au détriment des créanciers personnels de chacun des partenaires, à *fortiori* si l'activité est exercée sous la forme d'une personne morale. Les créanciers professionnels peuvent obtenir la vente du bien pour apurer la dette, de telle sorte que les partenaires peuvent perdre la totalité du bien.

- **197.** Un bien indivis appartient - à parts égales - aux deux partenaires, qui sont tous les deux responsables du paiement des dettes qui en résultent. Cette identification de la portion de propriété est fortement protectrice pour le partenaire du chef d'entreprise, surtout si l'activité professionnelle est exercée sous la forme d'une personne morale. Dans ce cas, la société est propriétaire des droits indivis du chef d'entreprise et non de ceux de son partenaire. L'étendue du droit de gage des créanciers est régie par l'article 815-17 du code civil. L'ampleur de la solidarité des partenaires est faible puisqu'elle est limitée par la loi aux dettes contractées par l'un d'eux pour les besoins de la vie courante, (le législateur ayant supprimé en 2006, celles relatives au logement). Pour ces dernières, les créanciers peuvent obtenir le règlement des dettes sur le patrimoine indivis ou propre de chacun des partenaires. Les créanciers pourront imposer à l'autre partenaire le paiement de la totalité des sommes dues. Le partenaire pourra réclamer le remboursement de la moitié à l'autre. Cette solidarité est impérative et il est impossible d'y déroger dans la convention de

1) *Ibid.*

PACS. Pour les autres dettes, il convient de distinguer :

- **198.** Les dettes personnelles du chef d'entreprise (contractées avant le PACS ou en cours d'union mais souscrites par lui seul), pour lesquelles les créanciers ont essentiellement la possibilité d'intenter l'action en partage, sans faculté de saisir directement le bien indivis. Les créanciers peuvent aussi intervenir dans le partage provoqué par le débiteur, le partenaire ayant la faculté d'arrêter le cours de l'action.
- **199.** Les dettes nées de l'indivision c'est-à-dire découlant de la conservation du bien indivis (dépenses liées à des travaux par exemple) ou de sa gestion (cotisations d'assurances par exemple) pour lesquelles les créanciers ont la faculté de se retourner contre le partenaire à l'instar des dettes contractées pour les besoins de la vie courante, (sachant que l'action en paiement engagée contre un seul indivisaire n'a pas automatiquement d'effet pour l'indivision ou l'autre indivisaire et suppose donc une action spécifique) ou de saisir le bien. La ressemblance avec le mariage est ici flagrante.
- **200.** Les dettes professionnelles qui trouvent leur source dans l'activité, qui sont considérées comme des dettes personnelles du chef d'entreprise et pour lesquelles les créanciers ne pourront pas saisir la quote-part du bien indivis affecté à la profession. Ils peuvent uniquement demander le partage pour saisir la part correspondante aux droits détenus par le chef d'entreprise. Son partenaire n'encourt donc que le risque de la cession du bien pour obtenir le règlement de la créance sur la part revenant au chef d'entreprise, mais conserve ses droits sur le bien indivis. Le PACS se rapproche ici des régimes matrimoniaux séparatistes ¹, le partenaire du chef d'entreprise est donc plus protégé que l'époux marié sous un régime de communauté.

201. Le législateur de 1999 était animé d'intentions louables en instaurant le PACS. Hélas en pratique, la présomption d'indivision s'est vite révélée source de complexité et parfois d'injustices par rapport au mariage. Se rendant compte de ses erreurs, il est à nouveau intervenu par la loi du 23 juin 2006, en

1) Voir page 131 et s.

modifiant le PACS et en instaurant le principe de la séparation des patrimoines. Pour les PACS conclus avant cette date, ce sont les règles prévues par la loi du 15 novembre 1999 qui continuent à s'appliquer.

202. Mais les partenaires peuvent modifier leur convention et opter pour un des nouveaux régimes patrimoniaux (séparation des patrimoines ou indivision organisée) par une convention modificative, enregistrée au greffe du Tribunal d'Instance où ils ont conclu leur PACS. Sous certains angles, le partenaire du chef d'entreprise peut continuer à trouver des avantages dans l'indivision, qu'elle soit issue de la convention initiale ou aménagée pour les PACS conclus après 2006.

§2. Le régime de séparation de biens applicable aux PACS conclus depuis le 1/01/2007, en apparence, plus protecteur pour le partenaire du chef d'entreprise

203. Face aux difficultés rencontrées par les partenaires de PACS, principalement relatives à la présomption d'indivision et à la lourdeur de sa gestion unanime, un groupe de travail¹ a proposé de réformer en profondeur le PACS. Le législateur a adopté la loi n° 2006-728 du 23 juin 2006 en ce sens. Si cette loi a pour but la simplification des effets du contrat de la vie commune et la protection des partenaires (A), elle est imparfaite et éloigne le statut des partenaires de celui des conjoints (B).

A. Un nouveau régime *à priori* plus protecteur pour le partenaire

204. Deux changements radicaux sont notables dans la nouvelle version du PACS, celui de sa publicité (1) et le régime des biens des partenaires (2).

1) « Le PACS, réflexions et propositions de réforme », groupe de travail présidé par B. Beignier, remis au garde des Sceaux D. Perben, le 30 novembre 2004. « 32 propositions pour une révision de la loi du 15 novembre 1999 relative au PACS », Droit de la famille, 2005, étude 9, F. Granet-Lambrechts.

1. La publicité du PACS conférant un véritable statut social aux partenaires

205. Le législateur a abandonné l'exigence de préservation de la vie privée. Le PACS est déclaré au greffier du Tribunal d'Instance. Il n'est plus un contrat occulte de par sa publicité, puisqu'il est désormais fait mention en marge de l'acte de naissance de chaque partenaire de la déclaration de PACS, avec indication de l'identité de l'autre partenaire (nouvel article 515-3-1 du code civil). La publicité allège les formalités administratives, en faisant disparaître les demandes de certificat de non-pacs exigées précédemment à l'occasion de nombreuses démarches.

206. Cette disposition légitime le statut de pacsé vis-à-vis de la société et démontre le lien familial qui unit les partenaires. Dans le même sens, la circulaire n° CIV/10/10 du 16 juin 2010¹ corrobore cette évolution, en attribuant au juge aux affaires familiales la compétence en matière de liquidation du PACS et du concubinage, ainsi que des demandes relatives au fonctionnement des indivisions entre ces personnes. Qu'ils soient mariés, en concubinage ou pacsés, les membres d'un couple tendent bien aujourd'hui à se voir reconnaître la même considération sociale, à savoir la base de la famille.

207. La publicité du PACS semble protéger les créanciers qui peuvent penser trouver plus aisément un codébiteur solidaire à leur cocontractant. En effet, le nouvel article 515-3-1 du code civil dispose que le contrat prend effet entre les parties à compter de son enregistrement, qui lui confère date certaine. Il n'est opposable aux tiers qu'à compter du jour où les formalités de publicités sont accomplies. La règle de séparation des patrimoines nouvellement posée réside dans la séparation des actifs et des passifs (hormis la solidarité des dettes contractées pour les besoins de la vie courante). Pourtant, la protection des créanciers personnels est relative, car si

1) « Les nouvelles compétences du JAF : cadrage ou verrouillage ? » V. Larribau-Terneyre, Dt de la Fam. 2011, étude 5.

chacun des partenaires reste seul obligé aux dettes qu'il a fait naître, c'est à la condition que le créancier fournisse la preuve du caractère personnel de sa dette. S'il y parvient, le créancier pourra saisir les biens personnels de son débiteur pacsé. A défaut, il lui restera la faculté de provoquer le partage au moyen de l'action oblique, et ainsi de se régler sur la portion revenant à son débiteur. Si la présomption d'indivision a disparu concernant les actifs des partenaires, elle demeure quant à leurs passifs. Il revient donc au seul créancier de l'indivision de réclamer la saisine d'un bien indivis. Cette nouvelle publicité du PACS est donc bien révélatrice du souhait de conférer un lien bien plus personnel que patrimonial aux partenaires. Comme il le sera étudié ¹, le statut de partenaire est d'ailleurs très enviable en cas de procédure collective concernant le chef d'entreprise.

2. La séparation des biens des partenaires, un changement radical et mieux adapté au droit des sociétés

208. Le passage au régime de séparation de biens pour les partenaires ne peut être qu'approuvé (a) car plus conforme aux nécessités des affaires (b).

a. d'une Super-Communauté ² à la séparation des patrimoines

209. Le régime des biens est à présent celui de la séparation des patrimoines, ce qui est à l'antipode du PACS conçu initialement. A l'origine, le législateur était soucieux de donner aux couples ne voulant ou ne pouvant se marier (essentiellement les homosexuels), le droit de se lier sur un plan patrimonial, afin de faire bénéficier les partenaires d'un certain nombre d'avantages, notamment à l'occasion de la liquidation du PACS, avec l'émergence de la notion d'acquêts découlant de la vie commune. La volonté de conférer la faculté de revendiquer un droit sur l'enrichissement de son partenaire était flagrante, ce qui permet d'affirmer que le PACS était avant tout

1) 1^{ère} partie, titre 2, chapitre 1, p. 220.

2) Ou présomption d'indivision.

un contrat destiné essentiellement à produire des effets patrimoniaux. Aujourd'hui, avec la suppression de la présomption spéciale d'indivision, le PACS devient un contrat visant à lier deux personnes sur un plan plus moral que patrimonial, c'est-à-dire un contrat à visée plus symbolique que juridique. Le nouvel article 515-3 du code civil prévoit que chaque partenaire conserve la propriété personnelle des biens acquis - *en son nom* - antérieurement et postérieurement à l'enregistrement du PACS. Cela revient à dire que le régime des biens des partenaires est toujours celui de l'indivision, mais à défaut de preuve contraire. La présomption d'indivision de l'ancien système n'est donc pas éradiquée mais demeure, sous la forme d'une présomption simple et non plus irréfragable : Sous l'empire de la loi de 1999, la présomption d'indivision l'emportait même si l'un des partenaires fournissait *a posteriori* la preuve du caractère personnel du bien, ce qui n'est plus le cas aujourd'hui.

210. La charge de la preuve du caractère personnel du bien revient au partenaire ou au tiers qui s'en prévaut, et peut être apportée par tous moyens, d'où l'importance de conserver des preuves de la propriété personnelle. La question de la preuve de la propriété des biens est donc cruciale pour les partenaires.

211. Il faut leur conseiller d'insérer des clauses de présomption de propriété¹ au sein de la convention de PACS. Ces clauses peuvent par exemple, prévoir que les éléments constituant le fonds professionnel seront réputés appartenir au propriétaire du fonds ; De même, il est possible de stipuler les supports qui seront valables en matière de preuve, telle une facture mentionnant le nom d'un des partenaires qui fera foi de sa propriété. La masse indivise demeure donc potentiellement présente au côté des patrimoines respectifs des membres du couple, comme dans le régime de la séparation des patrimoines des époux, ce qui est une conséquence logique des effets d'une volonté de vie commune entre deux personnes.

1) *Ibid*, « Droit de la famille » Grimaldi, 2015-2016, p.1257.

b. Un régime des biens applicable aux partenaires plus conforme aux nécessités des affaires

212. La séparation des patrimoines des partenaires se traduit par une forte simplification des conséquences du PACS en droit des affaires, qu'il s'agisse des apports ou de la gestion des biens professionnels.

- 213. Sous la loi ancienne, les apports étaient présumés indivis « à moins que l'acte de souscription ou d'acquisition n'en dispose autrement ». En posant le principe de la propriété personnelle de l'apporteur, sous réserve de constitution de preuve *a priori* ou *a posteriori*, la loi du 23 juin 2006 facilite la dissipation du doute quant à la qualité d'associé et les conséquences pécuniaires qu'elle entraîne. Un partenaire souscripteur a ainsi la possibilité d'apporter la preuve de sa propriété exclusive sur des parts sociales ou un fonds, à tout moment, en cas de litige. Il peut par exemple, faire prévaloir la mention de sa seule identité et par conséquent l'absence de celle de son partenaire, dans l'acte d'acquisition d'un fonds ou dans les statuts de sa société. La séparation des patrimoines est également source de sécurité tant pour la société que pour les autres associés, grâce à la publicité du PACS qui limite les possibilités d'associés occultes, et pour le partenaire du chef d'entreprise, car celui-ci est moins exposé à devenir un associé qui s'ignore.

- 214. Antérieurement, le principe de gestion unanime des biens des partenaires attirés par l'indivision (conséquence de la majorité des deux tiers requise), posait le risque de paralysie en raison de la menace d'un droit de veto détenu par chaque membre du couple. L'article 515-5 alinéa 3 du code civil prévoit désormais le principe de pouvoir exclusif de chacun sur ses biens, pouvoir consolidé par une présomption d'autonomie de gestion vis-à-vis des tiers. La présomption de pouvoir exclusif vient utilement équilibrer la présomption d'indivision des biens des partenaires, qui deviennent indépendants dans la gestion de leurs affaires. Cependant comme un époux, le partenaire du chef d'entreprise peut agir en vertu d'un mandat tacite présumé pour les actes d'administration relatifs aux exploitations artisanales,

commerciales, libérales et agricoles s'il y participe ¹. Cela corrobore l'évolution tendant à légitimer toutes formes de couples. Le principe de gestion conjointe impliquant l'unanimité se limite à présent aux cas de situations d'indivision voulue (bien acquis en commun) ou subie (du fait de manque de preuve du caractère personnel du bien). Le PACS rejoint ainsi l'intention première du législateur, qui souhaitait préserver l'autonomie et l'individualisme de chacun.

215. Cependant, aux côtés du PACS légal, le législateur de 2006 a prévu la faculté pour les partenaires d'insuffler un esprit plus communautaire concernant leurs finances, au moyen du PACS conventionnel. Il se rapproche fortement de la communauté légale des époux, notamment de par le mode de gestion concurrente sur les biens indivis. L'article 515-5-1 du code civil, issu de la loi du 23 juin 2006, offre la possibilité aux partenaires d'instituer un régime d'indivision de leurs acquêts, sans considération de l'inégalité des apports financiers, ce qui simplifie la liquidation du PACS. Cet article est donc un moyen de faire participer le partenaire à l'enrichissement du chef d'entreprise, ce qui est fort utile en cas de dissolution du PACS (séparation du couple ou décès). Cette indivision organisée se différencie pourtant des régimes matrimoniaux applicables aux époux pour deux raisons, qui témoignent de l'esprit résolument individualiste du PACS souhaité par le législateur :

- 216. D'une part, l'étendue de cette indivision des acquêts est restreinte par l'article 515-5-2 du code civil, qui établit une liste des biens qui demeurent irréductiblement personnels ¹, parmi lesquels les biens créés et leurs accessoires. Cette disposition est défavorable pour le partenaire du chef d'entreprise car un fonds professionnel, une clientèle ou une œuvre de l'esprit créée pendant le PACS, seront des biens personnels pour le titre et la finance. Le partenaire ne pourra donc rien revendiquer sur de tels biens en cas de rupture, à la différence d'un époux ². Le PACS est de ce point de vu, bien plus protecteur que le mariage pour le chef d'entreprise.

1) Article L 121-9 du code de commerce.

2) Deniers non investis, biens propres par nature, biens issus de donation ou succession.

3) Voir pages 191 et s.

- 217. D'autre part concernant le champ de l'indivision contractuelle, il semble que la liberté des partenaires soit réduite, bien que cette idée soit vivement discutée par la doctrine. La question se pose de savoir si les partenaires ont la faculté d'acquérir en indivision des biens réputés personnels par l'article 515-5-2 du code civil, et notamment un bien professionnel créé en cours d'union?

218. Certains auteurs comme le Professeur Henri Fulchiron¹, soutiennent qu'en vertu de l'article 1397 du code civil, posant le principe de la liberté des conventions matrimoniales, les partenaires ne peuvent subir de discriminations par rapport aux époux, et que toutes les clauses valables pour ces derniers peuvent être transposées à l'indivision conventionnelle. La majorité des auteurs conteste cette possibilité, du fait du caractère d'ordre public de l'article 515-5-2² et dans un souci de pacification des contentieux concernant la propriété des biens³, ce qui paraît juste au vu de l'esprit de la loi.

219. Si l'évolution sociale et juridique a incontestablement introduit le partenaire dans la famille, des lacunes persistent en droit des sociétés qui laissent subsister des différences avec la notion de conjoint au sens épistémologique du terme.

B. L'éloignement du partenaire du statut de conjoint en pratique

220. La loi du 23 juin 2006 s'est révélée bénéfique quant aux conséquences du PACS sur la vie de couple et l'activité professionnelle. Cependant, l'évolution opérée reste incomplète en droit des affaires (1), et tend sur certains aspects, à confiner le partenaire à un statut à mi-chemin entre l'époux et le tiers (2).

1) « Le nouveau PACS est arrivé » H. Fulchiron, *Defrénois* 2006, 1621. « Le PACS, aspects patrimoniaux », A. Depondt, *Dt et Pat.* 2008, p. 74.

2) « Le nouveau régime des biens dans le PACS », Y. Delecraz, *AJ Fam.* 2007, 15. « Brèves remarques sur l'indivision d'acquêts des partenaires liés par un PACS », M. Lebeau, *Defrénois* 2010, 2093.

3) « Eloge de la raison juridique ou remontée des enfers », S. de Béalcazar, *Dt de la Fam.* 2007, étude n°2.

1. Les évolutions concernant le partenaire du chef d'entreprise attendues en droit des affaires

221. Dix ans après l'adoption de la réforme sur le PACS, il faut hélas constater que le partenaire du chef d'entreprise reste oublié par le droit des affaires dans des domaines fondamentaux tels la cession de titres sociaux (a), la représentation aux assemblées (b) ¹ et le refus de droit sur les biens professionnels du chef d'entreprise (absence d'acquêt et de droit à la gestion concernant un bien crée) (c).

a. Le partenaire, un oublié du droit de cession des titres sociaux

222. Les dispositions du code de commerce ne sont toujours pas actualisées concernant la cession d'actions entre partenaires dans certaines formes de sociétés et laissent subsister la question de savoir, si l'absence de référence au partenaire de l'associé est volontaire ou pas.

- 223. L'article L228-23 du code de commerce concernant la société anonyme dispose que la cession d'actions au conjoint, aux ascendants ou aux descendants ne peut pas être soumise à une clause d'agrément, à moins qu'ils ne soient déjà actionnaires. La cession est donc libre au sein de la famille traditionnelle et s'explique par le caractère *a priori* impersonnel de la qualité d'associé dans la SA.

224. Comme il n'est nullement fait référence au partenaire dans cette disposition, il faudrait donc en conclure que celui-ci est considéré comme un tiers à l'égard de la société et de l'associé et reste soumis à l'agrément. Pour contrer cette difficulté, il est toutefois possible d'insérer dans les statuts une clause autorisant la libre cession d'actions entre partenaires.

- 225. L223-13 du code de commerce relatif à la SARL, permet d'insérer dans les statuts, la faculté de soumettre à une clause d'agrément la cession de

1) *Opere citato*, C. Malecki, JCP E 2006.

parts sociales au conjoint, aux ascendants, aux descendants ou aux héritiers, s'ils ne sont pas eux-mêmes actionnaires dans la SARL. La cession est donc en principe libre entre ces personnes et l'associé, en raison du caractère très souvent familial de ces petites structures. Cet article reste lui aussi muet quant à la cession entre partenaires. Comme pour la SA, et au nom de la liberté contractuelle, il est possible d'insérer dans les statuts une clause alignant le partenaire sur les proches mentionnés à cet article. *L'intuitu personae* qui domine la plupart du temps dans ces formes sociales, justifierait la mention du partenaire dans l'article L223-13 du code de commerce.

- 226. Les sociétés civiles donnent par nature beaucoup d'importance à la personnalité de l'associé pour déterminer l'*affectio societatis* des autres associés. L'article 1861 du code civil pose le principe de la procédure d'agrément pour la cession aux autres associés ou au conjoint, sauf stipulation contraire des statuts. Inversement, il prévoit la libre cession aux ascendants et descendants, sauf clause d'agrément dans les statuts. Ici encore, le législateur est resté silencieux concernant la cession des titres à son partenaire.

227. L'omission volontaire du pacsé de ces dispositions par le législateur n'est pas justifiée, du fait de la légitimité du couple de partenaires dans notre société, d'autant que les formes sociales précitées concernant la cession, sont fort différentes quant à l'importance de *l'intuitu personae*, tantôt capitale, tantôt indifférente. Il est heureux que le principe de la liberté contractuelle vienne parer à ces lacunes, en attendant la suppression du décalage entre la législation et les considérations sociales quant au statut de pacsé et d'époux.

b. L'impossible représentation aux assemblées par son partenaire ?

228. L'article L225-106 du code de commerce relatif à la société anonyme et l'article L223-28 relatif à la SARL, permettent au détenteur de titres sociaux de se faire librement représenter aux assemblées générales de la société par son conjoint, ou un autre actionnaire ou associé. La représentation par ce dernier est aisément compréhensible, puisque tous sont sur un même pied

d'égalité, et par conséquent tous sont autant avertis des affaires sociales pour leurs intérêts communs. La représentation par son conjoint non associé ou actionnaire est quant à elle légitimée par le mandat traditionnel conféré en droit civil aux époux de se représenter, du fait de leurs proximité d'intérêts et de la confiance naturelle qu'implique l'union. Or, aucune disposition similaire n'est prévue dans le code de commerce pour la représentation aux assemblées par le partenaire de PACS. Pourtant, c'est encore omettre la tendance sociale et les prémisses juridiques admettant l'assimilation de l'époux au pacsé. Sur un plan humain, la confiance réciproque, rien ne différencier les partenaires des époux. Sans une hypothétique formulation dans la loi de la définition du conjoint, entendu comme l'époux ou le partenaire, qui simplifierait le droit et serait conforme aux réalités, il est possible de s'appuyer sur la souplesse du droit des sociétés. Rien n'interdit dans les statuts (parce qu'ils sont signés par les tous les associés et publiés) de stipuler la représentation aux assemblées par son partenaire, à l'*instar* de la liberté caractérisée dans la société par actions simplifiées.

c. L'absence de droit du partenaire sur les biens professionnels du chef d'entreprise

229. Sous certains aspects, le principe de séparation des patrimoines peut sembler témoigner d'une volonté du législateur d'affirmer l'individualisme au sein du couple de partenaires, au point de les reléguer à une famille de second ordre, principalement en raison de l'absence de la notion d'acquêt, ciment de la reconnaissance du couple légitime et de l'octroi de droits.

230. En effet, contrairement à l'époux ¹, le pacsé soumis au régime légal en vigueur depuis le 1er janvier 2007, n'a aucun droit sur les biens personnels de son partenaire, *a fortiori* sur les biens professionnels. Si la gestion exclusive de ces derniers est justifiée par le principe souverain de liberté d'exercer une profession, dans le mariage l'époux a cependant un droit de veto concernant les actes les plus graves sur les biens professionnels et propres du chef

1) Voir pages 191 et s.

d'entreprise. L'explication se trouve dans la notion d'acquêts : Les revenus enrichissent la communauté. Or dans le PACS, les deniers perçus et non employés restent des propres ¹. Il en découle que les biens professionnels restent des propres quant au titre et à la finance (le partenaire n'aura donc droit à aucune compensation financière en cas de dissolution du PACS) et qu'en cas d'empêchement ou d'incapacité du chef d'entreprise, le pacsé ne pourra pas invoquer un pseudo intérêt collectif pour prétendre se faire nommer administrateur des biens personnels de son partenaire et le représenter ². Dans le mariage, l'éventuelle immixtion du conjoint dans la gestion des biens de l'autre est justifiée par l'intérêt de la famille. Si le législateur n'a pas prévu des dispositions comparables pour le partenaire, la question demeure de savoir s'il faut y voir un refus de sa part de reconnaître l'existence de la famille « pacsimoniale » ³.

2. Les insatisfactions persistantes en droit civil tendant à éloigner le partenaire du statut de conjoint

231. Le législateur adopte une position paradoxale concernant les successions et libéralités des couples pacsés. S'il a tenté d'aligner le sort du partenaire sur celui du conjoint sous certains aspects fiscaux, il a posé des limites sur les donations et sur la qualité d'héritier: cantonnant ainsi le partenaire au rôle de conjoint de second ordre.

- 232. Les partenaires ont la possibilité de se consentir des libéralités donnant lieu à quelques avantages fiscaux, calqués sur la législation applicable aux époux. Les donations entre eux profitent du même abattement à la base (80 724 euros) de l'article 780 E du CGI, ainsi que du même tarif progressif (article 777 du CGI, tableau II) et des mêmes réductions de droits (610 euros

1) article 515-5-2 du code civil.

2) Possibilité prévue pour l'époux par l'article 219 du code civil.

3) Cette expression qui qualifie les effets patrimoniaux du PACS est attribuée à Pierre Murat : « Les régimes matrimoniaux et les régimes « pacsimoniaux » à l'épreuve de la rupture des couples », JCP N 2011, 34.

par enfant à partir du troisième) que les donations entre époux¹. Afin de parer à toute possibilité de PACS fictif, l'abattement de base est remis en cause, si le PACS est rompu l'année de sa conclusion ou l'année suivante (hormis les cas de mariage entre partenaires ou décès de l'un d'eux). Ces dispositions sont révélatrices d'une volonté de conférer une légitimité, une reconnaissance à cette forme d'union. Cependant, le législateur a tenu à maintenir une différence de traitement avec les époux : Les donations entre partenaires ne peuvent porter que sur des biens présents, dans la limite de la quotité disponible, et sont irrévocables. Le régime des libéralités entre partenaires est donc beaucoup moins avantageux et protecteur que celui des époux. Ce choix d'attribuer des droits, mais des droits limités, pourrait désormais trouver une justification, depuis l'instauration récente du mariage pour tous. Tout partenaire soucieux de gratifier et de protéger l'autre, a désormais la possibilité de l'épouser. Mais la question reste entière de savoir comment justifier la différence de traitement pour les donations entre époux et partenaires, avant l'adoption de la loi n° 2013-404 du 17 mai 2013 ? Peut-être faut-il y voir des résurgences de méfiance et de conservatisme de la part du législateur voulant privilégier l'institution du mariage, à moins qu'il n'ait été avant tout animé par la volonté de contrer les fraudes de PACS factices ?

- **233.** Cette volonté de privilégier les couples mariés a été renforcée par la loi du 23 juin 2006, qui est venue fortement améliorer le statut de l'époux survivant et reléguer le partenaire au rang d'héritier potentiel. La loi permet aux époux de transmettre au conjoint survivant une part supérieure à la quotité disponible ordinaire. Cette part appelée "quotité disponible spéciale entre époux" peut porter soit sur la totalité de la succession en usufruit, même en présence d'enfants d'un premier lit, soit sur un quart en pleine propriété et les trois quarts en usufruit. Il est également possible d'opter pour le régime de la communauté universelle et de donner la qualité d'unique héritier au conjoint survivant par la conclusion d'une donation au dernier vivant.

1) *Opere citato* F. Lefebvre 2014-2015, p. 288.

234. La loi ne confère pas la qualité d'héritier au partenaire, mais lui offre une faculté d'attribution préférentielle de certains biens indivis, moyennant le paiement d'une soulte aux héritiers. En effet, selon l'article 732 du code civil, le conjoint survivant successible est défini comme celui qui n'est pas divorcé : Les dispositions successorales applicables à l'époux ne le sont donc pas au partenaire.

235. Contrairement aux époux qui sont héritiers l'un de l'autre du fait du mariage, l'établissement d'un testament respectueux de la quotité disponible est indispensable pour conférer la qualité d'héritier à son partenaire. A cette condition, la loi permet l'exonération totale de droits de succession à l'instar des époux. A défaut de testament, le partenaire lié par un PACS ne reçoit aucun bien de la succession. L'exigence d'une démarche volontaire pour donner la qualité d'héritier au partenaire est révélatrice de la nécessité posée par la loi, de prouver l'intention de faire pénétrer le partenaire au sein de la sphère familiale. La protection du partenaire en ce domaine reste donc modeste et parfois peu enviable (absence de droits à la retraite de l'autre).

236. **Conclusion** : Le statut du partenaire traduit l'existence d'une véritable hiérarchie des différents modèles de couples avec une bien meilleure protection pour les époux, hiérarchie où prévalent schématiquement tantôt la communauté, tantôt l'individualisme, avec des possibilités d'aménagements mélangeant les deux esprits sur certains points.

Chapitre 2 : Les choix de protection à envisager concernant l'époux

237. L'institution du mariage a longtemps était révélatrice de la volonté du législateur d'unir par un lien juridique puissant deux personnes, censées initialement se lier pour fonder une famille et procréer. Lors de la conception du code civil en 1804, l'union plaçait l'épouse sous l'autorité absolue de son mari, la réduisant à un statut équivalent à celui des incapables mineurs, car il avait tous pouvoirs au sein du couple et sur les enfants. Suite à la révolution des mœurs dénonçant la condition féminine en France durant les années soixante, le législateur est intervenu tardivement et progressivement. En effet, bien que le principe d'égalité entre hommes et femmes soit inscrit dans le Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946, il a fallu attendre la loi du 13 juillet 1965 pour que l'épouse soit autorisée à exercer une profession sans autorisation maritale et à gérer ses biens propres. La loi du 4 juin 1970 a ensuite établi l'autorité parentale commune. Ce n'est que par la loi du 23 décembre 1985 que la gestion commune de la communauté par les deux époux a été instituée.

238. Avec l'évolution de la société, ce mouvement de l'égalité *dans* le mariage a été suivi d'une égalité *pour* le mariage. La loi du 17 mai 2013 a institué le droit au mariage pour tous les couples, qu'ils soient de sexes différents ou de même sexe. Cela remet totalement en question l'esprit initial du code Napoléonien axé sur la famille destinée à la procréation. Le mariage n'a pour l'instant plus cette vocation, puisque l'adoption est refusée aux couples homosexuels, et s'oriente d'avantage vers une association de sentiments, d'intérêts et surtout de droits. Les notions de famille et de mariage suscitent donc bien des discussions.

239. L'activité professionnelle d'un chef d'entreprise a, d'un point de vu patrimonial, un puissant impact sur son conjoint, ce qui pose la question de la meilleure protection envisageable pour celui-ci lors du choix du régime

matrimonial (**section 1**), en cas de participation à la profession (**section 2**) ou en cas de divorce (**section 3**).

Section 1) Un régime matrimonial à mûrement réfléchir

240. Le "régime matrimonial" est constitué par un ensemble de dispositions légales ou conventionnelles qui règle les rapports patrimoniaux entre époux ¹. En France, il existe quatre formes principales de régimes matrimoniaux à la disposition des époux, comprenant schématiquement deux sortes de régimes communautaires et deux autres séparatistes, tous soumis à un régime primaire commun. A défaut de choix préalable au mariage, les époux seront soumis au régime de communauté d'acquêts. Les fiancés peuvent choisir un autre régime en établissant un contrat de mariage par acte authentique et l'article 1397 du code civil (issu de la loi du 23 juin 2006) laisse aux époux la liberté de réaménager, par convention conclue pendant le mariage, leurs relations patrimoniales après un délai de 2 ans. Cette convention doit être notariée, comporter la liquidation du régime modifié et être conforme à l'intérêt de la famille.

241. Le choix du régime matrimonial revêt une importance toute particulière pour un chef d'entreprise. Quelle que soit la structure juridique adoptée, son patrimoine personnel est exposé à l'action des créanciers de l'entreprise. L'entrepreneur individuel engage la totalité de ses biens, ses patrimoines personnels et professionnels étant juridiquement mélangés. Le dirigeant d'une société (EURL, SARL, SAS) demeure responsable de ses fautes de gestion et se trouve souvent contraint de se porter caution de sa société, comme il le sera envisager plus tard ². Le choix d'un régime matrimonial adapté aux risques est donc crucial pour protéger son patrimoine et celui de son épouse. Par ailleurs, ce choix aura des conséquences en cas de divorce. Si les régimes communautaires apparaissent nécessairement incompatibles

1) Référence du 7 juillet 2015 : <http://www.dictionnaire-juridique.com/definition/regimes-matrimoniaux.php>

2) 1 ère partie, Titre 2, chapitre 2, p. 268 et s.

avec la pratique des affaires (I), le régime de la séparation de biens n'est, aux vues de son analyse, pas recommandable (II) et l'option pour le régime de la participation aux acquêts, bien que peu usité et méconnu, mérite la préférence (III).

I. L'incompatibilité des régimes communautaires avec la pratique des affaires

242. Les régimes communautaires sont d'une part la communauté universelle (A) et d'autre part, la communauté d'acquêts (B).

A. La communauté universelle, une option inenvisageable

243. L'article 1526 du code civil régit le régime de la communauté universelle et dispose que « les époux peuvent établir par leur contrat de mariage une communauté universelle de leurs biens tant meubles qu'immeubles, présents et à venir. Toutefois, sauf stipulation contraire, les biens que l'article 1404 du code civil déclare propres par leur nature ne tombent point dans cette communauté. ». Les biens visés par ce dernier comprennent notamment « sauf récompense s'il y a lieu, les instruments de travail nécessaires à la profession de l'un des époux, à moins qu'ils ne soient l'accessoire d'un fonds de commerce ou d'une exploitation faisant partie de la communauté. ». C'est parce que la communauté universelle supporte définitivement toutes les dettes des époux, présentes et futures, qu'elle est impérativement à éviter pour la protection de l'épouse du chef d'entreprise. Elle ne présente d'intérêt – essentiellement fiscal - que pour des couples âgés, n'exerçant plus d'activité professionnelle et n'étant par conséquent plus exposés à des aléas de fortune.

B. Le régime légal de la communauté d'acquêt ou une absence de choix révélatrice de négligence

244. Ce régime régit par les articles 1401 et suivants du code civil, s'applique à défaut d'établissement de contrat de mariage et implique que seuls les biens propres du conjoint du chef d'entreprise sont protégés, c'est-à-dire :

- les biens meubles et immeubles qu'il possédait avant le mariage,
- ceux reçus par succession ou donation,
- ou encore ceux acquis en échange ou par réemploi d'un bien propre.

245. Les autres biens sont tous engagés qu'il s'agisse des biens propres du chef d'entreprise ou des biens communs c'est-à-dire ceux acquis après le mariage. Les revenus du conjoint font partie de la communauté, même s'ils sont versés sur un compte personnel. Cela peut donc être très fâcheux pour le conjoint qui travaille.

246. La présentation de ce régime qui peut sembler simple en apparence, est pourtant sources de difficultés dans la pratique des affaires qu'il s'agisse de la détermination des actifs, de la gestion (1) ou des dettes (2).

1. Complexités relatives à la détermination des actifs et à la gestion

247. La qualification de biens propres par nature est loin d'être évidente pour certains éléments que sont essentiellement les instruments de travail (a), les locaux professionnels (b), la clientèle (c) et les parts sociales (d).

a. Sort des instruments de travail

248. L'article 223 du code civil qui pose le principe du libre exercice d'une activité professionnelle par chacun des époux, a pour corollaire l'article 1404 alinéa 2 du même code qui prévoit que « forment des propres par leur nature, mais sauf récompense s'il y a lieu, les instruments de travail nécessaires à la profession de l'un des époux, à moins qu'ils ne soient l'accessoire d'un fonds de commerce ou d'une exploitation faisant partie de la communauté. » Les instruments de travail du chef d'entreprise peuvent être assimilés à du matériel du fonds artisanal, commercial ou libéral de telle sorte que le professionnel sera considéré comme en étant le propriétaire exclusif, si le fonds auquel ils sont attachés constitue un propre et bien qu'ils aient été acquis pendant la communauté avec des deniers communs, dès lors qu'ils sont nécessaires à l'exploitation. En conséquence, il ressort dans un arrêt de la première chambre civile du 14 novembre 2007, que le chef d'entreprise est redevable d'une récompense à la communauté à raison du capital des emprunts souscrits et payés par celle-ci, ayant servi à financer l'acquisition d'instruments de travail (en l'espèce deux véhicules utilitaires) nécessaires à l'exploitation artisanale lui appartenant en propre, dès lors qu'il n'a pas été remboursé à l'aide de ses deniers propres ¹.

249. La jurisprudence relative aux instruments de travail est constante ² et pleinement justifiée, tant du point de vue de la théorie de l'accessoire et depuis la reconnaissance de l'existence d'un fonds civil ³.

1) Civ. 1 ère 14 nov. 2007, n° 05-18-570, RTDCiv. 2008, 143, obs. Vareille. Civ. 1 ère 19 déc. 2012, n°11-25-264, RTDCiv. 2013, 432, obs. Vareille.

2) *Ibid* Civ. 1 ère 14 nov. 2007. Civ. 1 ère 19 déc. 2012, n°11-25-264, RTDCiv. 2013, 432, obs. Vareille.

3) Civ. 1 ère 7 nov. 2000, n° 98-17.731, Bull. Civ I, n° 283; Defrénois 2001, 431, note R. Libchaber.

b. Les locaux professionnels

250. La question se pose de savoir si le droit au bail professionnel ou *a fortiori* le droit au bail mixte, tombe en communauté, autrement dit si l'épouse du chef d'entreprise peut invoquer la communauté pour revendiquer le bénéfice du régime protecteur des baux commerciaux, notamment en cas de décès du mari bénéficiaire et ce, afin de poursuivre l'activité ? Un arrêt de la troisième chambre civile du 28 mai 2008¹ est venu éclairer la question. En l'espèce, la haute juridiction avait à répondre à l'existence d'une éventuelle co-titularité du droit au bail commercial s'agissant d'époux copropriétaires d'un fonds de commerce commun. Elle décida que dès lors qu'un seul époux est contractuellement désigné dans le bail, son conjoint n'est pas co-preneur. La solution est l'occasion de constater que le droit des régimes matrimoniaux en général, et le régime légal en particulier, ne l'emportent pas toujours sur le droit commercial. Cette décision est pleinement justifiée du fait du fort *intuitu personae* du contrat de bail et par la clause d'incessibilité, si elle est stipulée dans le contrat à la demande du bailleur. C'est pourquoi il est souhaitable, en cas d'exploitation familiale, de faire mentionner dans le contrat de bail l'éventuelle autorisation de continuation du bail au profit des proches du preneur, en cas de décès de celui-ci.

251. Par ailleurs, la prédominance du droit commercial et le caractère très personnel du droit au bail, empêchent le chef d'entreprise de se prévaloir du droit des régimes matrimoniaux pour échapper à ses obligations professionnelles.

252. Ainsi, dans un arrêt de la 3ème chambre civile du 18 décembre 2002², la haute juridiction a rappelé la validité d'un congé donné par un garagiste indépendant à son bailleur, alors que le preneur entendait pour se rétracter, se prévaloir de l'absence du consentement de son épouse pour un acte portant sur un fonds de commerce commun. En l'espèce, la solution qui

1) Civ. 3ème 28 mai 2008, Bull. Civ. 2008, III, n° 96 JurisData n° 2008-044129.

2) Civ. 3ème 18 déc. 2002, Dalloz 2003, 423, obs. Y. Rouquet.

consiste à valider un acte d'administration unilatéral sur un bien commun, se justifie par le fait que le chef d'entreprise exploitait le fonds indépendamment de son épouse.

c. Difficultés relatives à la cession de clientèle

253. Plus délicate est la question de la propriété et de la gestion de l'élément central du fonds, que constitue la clientèle acquise ou créée en cours de mariage. Après avoir longtemps suscité diverses controverses doctrinales, la réponse a été fixée par la jurisprudence. Trois tendances doctrinales se sont opposées s'agissant de la propriété de la clientèle¹. Le premier courant majoritaire qualifié de dualiste et composé d'éminents professeurs tels Jean Mazeaud, André Colomer ou Philippe Malaurie, est favorable à la classique distinction du titre, qui reste personnel, et de la finance, c'est-à-dire la valeur de la clientèle, qui tombe en communauté. Cela est bien évidemment fort protecteur pour le conjoint, et se justifie par le fait que l'industrie produite par un époux est un acquêt de la communauté. A l'inverse, le courant moniste composé notamment des professeurs Aubry et Rau ou encore de Cornu, soutient que la clientèle entre dans le champ de la qualification de propres par nature de l'article 1404 du code civil, puisque ce bien est créé ou développé essentiellement grâce à la personne du chef d'entreprise, la clientèle du fonds étant attirée par la personnalité ou le savoir-faire de celui-ci. Ce courant favorable au chef d'entreprise, fonde donc la propriété sur le mérite, mais va à l'encontre de l'esprit communautaire du régime légal. Enfin, un troisième courant médian, composé notamment de G. Marty et P. Raynaud, soutient que la clientèle acquise durant l'union est un bien propre par nature, alors que celle créée pendant le mariage appartient à la communauté, parce que produite par l'industrie d'un des époux et entre

1) « Entreprise libérale et régimes matrimoniaux, un droit encore incertain », A. Lamboley, Mélanges A. Colomer 1993, p. 202 et s, Litec.

donc dans le domaine de l'article 1401 du code civil ¹. La Cour de Cassation évince la clientèle qu'elle soit commerciale ou civile, de la classification de biens propres par nature en distinguant de longue date ², le titre et la finance. Le titre appartenant au chef d'entreprise, la clientèle restant la propriété exclusive de celui-ci. Cependant, au nom de l'esprit communautaire qu'implique le régime légal, la valeur pécuniaire qu'elle comporte fait partie de la communauté, puisqu'elle a été produite par l'industrie de l'époux qui tombe automatiquement en communauté et ce, même pour des professions soumises à des conditions de diplôme ³ ou d'autorisation ⁴. Cette jurisprudence bien ancrée faisant de la clientèle un bien mixte, a pourtant semblé être remise en cause dans deux arrêts où la Haute Juridiction s'est fondée sur l'article 1404 du code civil, pour admettre la qualification de bien propre par nature à des clientèles. Ces arrêts, l'un relatif à des parts de société civile professionnelle ⁵ et l'autre relatif à une concession de parcs à huîtres ⁶, s'expliquent par le fait que les clientèles n'étaient pas l'objet principal des litiges mais n'étaient concernées que de façon subsidiaire et surtout, parce que les biens professionnels en question étaient sujets à autorisation préfectorale accordant un titre personnel et incessible. Ils restent donc marginaux parce qu'ils concernent des domaines bien spécifiques. L'esprit communautaire qui imprègne le régime légal emporte de lourdes conséquences sur la propriété du fonds et donc de la clientèle. L'ampleur de l'attraction vers la communauté des biens professionnels se révèle en

1) Article 1401 du Code Civil : « La communauté se compose activement des acquêts faits par les époux ensemble ou séparément durant le mariage, et provenant tant de leur industrie personnelle que des économies faites sur les fruits et revenus de leurs biens propres.

2) Exemples : Clientèle de notaire : Civ. 1 ère 21 octobre 1959, Bull. Civ. I, n°424 ; de d'assureur : Civ. 1 ère 21 octobre 1962, JCP 1963, II, 113203, note Esmein ; de dentiste : Civ. 4 juin 1963, Dalloz 1964, 50 ; de représentant de commerce : Civ. 1 ère 16 janvier 1968, Bull. Civ. I, n°19 et 20, Dalloz 1968, 220 ; de médecin : Civ. 1 ère 27 avril 1982, Bull. Civ. I, n° 145.

3) Civ. 1 ère 14 octobre 2005, AJ Famille 2006, 115, obs. P. Hilt. Cass. 1 ère Civ. 4 décembre 2013 : JCP N 2014, 1099, note V. Barabé-Bouchard.

4) Civ. 1 ère 16 avril 2008, RTDCiv. 2009, 352, obs. B. Vareille.

5) Cass. Civ. 1 ère 8 janvier 1980, Dalloz 1980, IR 397, obs. D. Martin.

6) Cass. Civ. 1 ère 8 décembre 1987, Defrénois 1988, art. 34229, n°36, obs. Champenois.

constatant le sort des branches nouvelles d'activités à un fonds avec clientèle autonome ou pas, ainsi que celui des succursales, qui sont qualifiés d'acquêts¹.

254. Si la chambre commerciale de la Cour de Cassation fait prévaloir l'application du droit commercial sur celui des régimes matrimoniaux lors de conflits avec des tiers, en matière de litiges au sein du couple relatifs à la propriété des biens professionnels, c'est bien le droit matrimonial que fait généralement triompher la première chambre civile, au nom de l'équité et du fort lien contractuel et symbolique du mariage. Cette domination se mesure également dans la gestion bicéphale des biens professionnels, particulièrement lors de la cession de clientèle relative à un fonds commun, mais de façon beaucoup plus fluctuante avec une jurisprudence incertaine. L'article 1421 alinéa 1^{er} du code civil² prévoit un système de gestion concurrente sur la communauté. Chaque membre du couple a donc le pouvoir d'administrer et de disposer des biens communs. Les actes réalisés par un époux sont donc opposables à son conjoint. Cependant, l'article 1424 du même code³ impose l'accord des deux époux, s'agissant de la vente du fonds commun. Il ressort de la jurisprudence que l'article 1424 du code civil constitue une exception au principe posé par l'article 1421, ce qui aboutit à la validité de la vente d'un élément secondaire du fonds par un seul époux, considérée généralement comme un acte de disposition. Ainsi, toutes les composantes du fonds, hormis la clientèle qui constitue l'élément central d'un fonds⁴,

1) « Un mariage à trois : Le commerçant, son conjoint et le fonds de commerce » S. Castagné, JCP N 2006, 1350.

2) Article 1421 du code civil : « Chacun des époux a le pouvoir d'administrer seul les biens communs et d'en disposer, sauf à répondre des fautes qu'il aurait commises dans sa gestion. Les actes accomplis sans fraude par un conjoint sont opposables à l'autre. L'époux qui exerce une profession séparée a seul le pouvoir d'accomplir les actes d'administration et de disposition nécessaires à celle-ci.

3) Article 1424 du code civil : « Le mari ne peut, sans le consentement de la femme, aliéner ou grever de droits réels les immeubles, fonds de commerce et exploitations dépendant de la communauté, non plus que les droits sociaux non négociables et les meubles corporels dont l'aliénation est soumise à publicité. Il ne peut sans ce consentement percevoir les capitaux provenant de telles opérations. Il ne peut non plus, sans l'accord de la femme, donner à bail un fonds rural ou un immeuble à usage commercial, industriel ou artisanal. Les baux passés par le mari sur les biens communs sont, pour le surplus, soumis aux règles prévues pour les baux passés par l'usufruitier. »

4) A. Cohen, Traité I, n°59.

semblent pouvoir être cédées par un seul époux. Ce pouvoir exclusif de gestion se justifie par le principe fondamental de liberté professionnelle de chaque conjoint. Un couple regrettant la vente d'un élément accessoire et non indispensable au ralliement de la clientèle, ne peut donc invoquer l'article 1421 du code civil pour prétendre à la nullité de l'acte pour défaut de consentement, dès lors que la clientèle n'est pas concernée par la cession.

255. Dans un arrêt de la première chambre civile en date du 4 mars 1986¹, la Cour de Cassation a admis la validité de la vente par le mari du droit au bail afférent à un fonds de commerce commun, en considérant que « la femme avait été légalement représentée par son mari en ce qui concerne la gestion d'un bien commun » et en condamnant simplement celui-ci, à réitérer l'acte passé sous seing privé en la forme authentique.

256. De même, dans un arrêt de la première chambre civile du 16 mai 2000², la Cour de Cassation a admis qu'un seul des époux, au titre de la gestion concurrente, peut donner seul en location-gérance un fonds de commerce dépendant de la communauté, cet acte relevant de la catégorie des actes d'administration, l'immatriculation au registre du commerce du propriétaire du fonds n'étant pas impérative. Cet arrêt se justifie par le fait que l'opération de mise en location-gérance ne recouvre pas le transfert de la propriété de la clientèle, celle-ci n'étant pas cédée mais louée et demeurant le bien du propriétaire du fonds.

257. Cette indépendance des époux se retrouve d'autant plus à l'occasion de la conclusion de contrats relatifs au fonds, tels la souscription de prêts permettant son acquisition. Dans un arrêt de la première chambre civile du 18 octobre 2005³, l'épouse d'un pharmacien entreprit vainement une action responsabilité contre une banque, pour attribution de crédits abusifs pour l'achat de l'officine, en raison de la seule souscription par l'époux. La Haute Juridiction rappelle que si l'officine est un bien commun quant à sa valeur, la

1) Cass. 1^{ère} Civ. 4 mars 1986, JCP 1987, 20717, note M. Henry.

2) Cass. 1^{ère} Civ. 16 mai 2000, Dt de la Fam. 2000, p. 19, note B. Beignier.

3) Cass. 1^{ère} Civ. 18 octobre 2005, Bull. Civ. 2005, I, n°373

propriété et l'exploitation reviennent à l'époux titulaire du diplôme de pharmacien, ce qui s'explique par l'exigence d'indépendance nécessaire à cette profession. Pour ce faire, elle ne se fonde plus sur l'article 1421 du code civil, mais sur les articles L 5125-17 et 5125-18 du code de la santé publique ¹, ce qui illustre encore l'amoindrissement du champ du droit des régimes matrimoniaux, qui s'efface dès que le litige concerne des tiers. Concernant les emprunts relatifs à l'achat d'un fonds, il serait logique que cette solution fasse jurisprudence pour toutes les professions dans lesquelles la personne du chef d'entreprise revêt une importance déterminante.

258. Ces solutions jurisprudentielles reconnaissant l'indépendance de chaque époux dans la gestion de ses biens professionnels ne s'entendent que pour les actes d'administration. La cession de clientèle, parce que celle-ci constitue l'essence du fonds, est un acte de disposition qui entraîne des conséquences importantes sur le patrimoine commun. L'application de l'article 1424 du code civil retrouve alors toute sa vigueur, le consentement des deux époux mariés sous le régime légal est en principe impératif s'agissant de la vente d'un bien commun, ce qui soulève peu de difficultés s'agissant d'un fonds commercial. Dans un arrêt de la première chambre civile du 15 juillet 1993 ², la haute juridiction a rappelé l'exigence de la mise en œuvre de la cogestion s'agissant d'un époux ayant signé seul un compromis de vente d'un fonds de commerce et de parts sociales. Le compromis de vente, y compris la clause de porte-fort qu'il comporte, est nul en tant que portant sur des biens communs. Cependant, elle réitère sa jurisprudence du 11 octobre 1989 ³, s'agissant de la conséquence surprenante de cette nullité : la nullité de la promesse de vente signée par un époux sans le consentement de l'autre prive l'acte de tout effet, y compris dans les rapports de l'époux contractant avec les

1) Art. L 5125 alinéa 1 er du CSP : « Le pharmacien doit être propriétaire de l'officine dont il est titulaire. »

Art. L 5125-18 alinéa 2 du CSP : « Est nulle et de nul effet toute stipulation destinée à établir que la propriété ou la copropriété d'une officine appartient à une personne non diplômée.

2) Civ. 1 ère 15 juillet 1993, JCP 1994, I, 3733, n° 16, obs. Simler.

3) Cass. 1 ère Civ. 11 octobre 1989, Dalloz 1990, 310, note Le Guidec.

tiers. Il n'est pas possible de condamner celui-ci au paiement de l'indemnité prévue par la promesse de vente. C'est en effet parce que les règles de cogestion visent à garantir les intérêts de la communauté, qu'aucune indemnisation ne peut peser sur celle-ci de façon directe ou indirecte ¹. Cette jurisprudence a été reprise dans un arrêt du 3 mars 2010 ² et dans un autre du 29 juin 2011 ³. Elle reste d'actualité pour la première chambre civile qui continue à faire prévaloir les intérêts de la communauté sur ceux des tiers.

259. La chambre commerciale fait également application de la nullité d'un acte de cession passé au mépris de l'impératif de cogestion, mais diffère radicalement de la première chambre civile quant aux effets de la nullité en privilégiant l'intérêt des tiers. Dans un arrêt du 1^{er} octobre 1996 ⁴, une épouse, agissant pour elle-même et se portant fort pour son époux, s'était engagée à vendre un fonds de commerce commun. Le mari ayant refusé de signer l'acte définitif, la chambre commerciale a approuvé la cour d'appel qui a prononcé la nullité et qui a condamné la venderesse à indemniser les acheteurs. Pour ce faire, la chambre commerciale ne fonde pas sa décision sur le défaut de pouvoir de l'épouse, mais sur les conséquences de la promesse de porte-fort : L'acte non ratifié par le mari n'engage pas le mari et ne peut avoir d'effet, mais l'épouse est responsable du préjudice à l'égard du tiers.

260. L'indemnisation pénalisera indirectement la communauté, ce qui permet de mesurer toute la dangerosité du régime légal. Aux vues de la jurisprudence, le tiers contractant non-commerçant a donc grand intérêt à engager la responsabilité du cédant devant les juridictions commerciales plus clémentes pour lui en la matière.

1) Cass. Com. 1^{er} octobre 1996, JCP 1998, p. 868, note Simler.

2) Cass. 1^{ère} Civ. 3 mars 2010 Dalloz 2011, Pan. 1040, obs. Lemouland et Vigneau.

3) Cass. 1^{ère} Civ. 15 novembre 2011, pourvoi n°10-11012BICC n°751 du 15 novembre 2011 : « L'accord d'un des époux à un emprunt obtenu par l'un d'eux sans la signature de l'autre ne peut se déduire d'un plan conventionnel de redressement dont, au surplus, le juge du fond a constaté la nullité ».

4) *Ibid* Simler.

261. En revanche, s'agissant de la cession d'un fonds civil, qui est implicitement reconnu et se concrétise par le contrat onéreux portant sur le droit de présentation à la clientèle, l'exigence de l'accord de l'épouse est source d'incertitudes, la jurisprudence fluctuant selon les espèces.

262. Dans un ancien arrêt de la première chambre civile du 15 mai 1974¹, la Cour de Cassation a annulé la vente partielle d'un cabinet de chirurgien-dentiste pour défaut d'autorisation de l'épouse, faisant ainsi entrer cette activité dans le champ des exploitations dépendant de la communauté, visées par l'article 1424 du code civil qui exige la cogestion. La solution trouve sa justification dans le fait que cette décision a été rendue sous l'empire du droit antérieur à la loi du 23 décembre 1985, qui aboutissait à distinguer le titre et la finance de façon unanime².

263. A l'inverse, le TGI de Paris dans une décision en date du 19 novembre 1987³, a admis la validité d'une promesse de cession d'une étude notariale, sans la subordonner au consentement de l'épouse du notaire cédant. Celui-ci avait invoqué l'article 1424 du code civil pour revenir sur sa promesse, mais a vu sa responsabilité engagée pour abstention fautive, au motif que « si la valeur patrimoniale de l'office est un bien commun, le droit de présentation reste personnel à son titulaire ». Le TGI de Paris utilise la classique distinction entre le titre et la finance, le titre ne correspondant pas en l'espèce à la qualité de notaire, mais au droit de présentation⁴ qui équivaut à une qualité personnelle dont le professionnel peut disposer de façon autonome.

264. Cette jurisprudence a été reprise par la suite dans un arrêt de la cour d'appel de Besançon du 8 novembre 2001, concernant la cession d'un office ministériel⁵. La cour a admis que le notaire était fondé, dès lors que le titre

1) Cass. 1^{ère} Civ. 15 mai 1974, JCP 1975, II, 17910, note Ponsard.

2) *Ibid* Mélanges A. Colomer, p. 202.

3) TGI Paris, 19 novembre 1987, Defrénois 1988, 931, obs. Champenois.

4) *Ibid*, Defrénois 1988.

5) CA Besançon 8 novembre 2001, JCP, 2002, n° 39, 25 septembre, Chronique, p. 1677.

d'officier ministériel est exclusivement attaché à la personne et donc propre par nature, à "disposer seul de son titre" et à céder de fait son étude sans l'accord préalable de son épouse. La Cour a considéré que cette dernière disposait uniquement d'un droit sur la finance, ce qui interdisait à son époux "de disposer seul de tout ou partie des fonds provenant de la cession".

265. Or, cette solution semble discutable ¹. Si la titularité de la clientèle civile ou le titre d'associé d'une société de personnes est également exclusivement attaché à la personne du professionnel ou de l'associé, leur permettant d'aliéner la clientèle ou les parts sociales, le consentement de leur conjoint est cependant requis à peine de nullité. Pourquoi en serait-il différemment pour un office notarial ? Au sens de l'article 1424 du code civil, l'office est une "exploitation" comme toute autre clientèle civile. L'office notarial est un bien commun dès lors qu'il a été acquis ou créé pendant la durée de la communauté des époux. De fait, sa cession devrait nécessiter le consentement du conjoint à peine de nullité.

266. La circulaire relative à la constitution des dossiers de cessions des offices publics et ministériels, en date du 26 juin 2006, est venue préciser la question ² : « La convention conclue entre le cédant ou ses ayants droit et le cessionnaire, est l'acte juridique par lequel le titulaire s'engage à présenter à l'agrément du garde des sceaux son successeur qui accepte. La jurisprudence a défini, sur le fondement des dispositions de l'article 91 de la loi du 28 avril 1816 sur les finances, les caractéristiques de ce droit de présentation.

267. Ce droit est personnel, seul l'officier ministériel peut l'exercer (...) cette valeur économique du droit de présentation intéresse essentiellement le patrimoine du cédant dans la mesure où elle peut avoir des incidences communautaires ».

1) Référence du 8 juillet 2015 :

Sourcedu26juin2015 : http://www.legalnewsnotaires.com/index.php?option=com_content&view=article&id=88411.

2) Bulletin officiel du ministère de la justice n° 103 (1^{er} juillet au 30 septembre 2006), circulaires de la Direction des affaires civiles et du sceau, circulaire relative à la constitution des dossiers de cessions des offices publics et/ou ministériels, CIV 2006-12 M/26-06-2006 : Source du 26 juin 2015 : http://www.textes.justice.gouv.fr/art_pix/103-CIV-c.pdf

268. S'agissant du régime légal, la circulaire relève qu'il est préférable que le conjoint stipule qu'il a été informé, voire qu'il consente à la cession. Si cette circulaire présente le mérite de caractériser la nature du droit de présentation, elle ne résout pas les litiges relatifs à l'absence du consentement de l'épouse. En effet, soumettre l'exercice d'un droit personnel à l'autorisation impérative du conjoint aurait déformé sa qualification, c'est pourquoi l'accord du conjoint à la cession ne peut être imposé.

d. Le sort des parts sociales en régime de communauté

269. Les parts sociales relatives aux sociétés de personnes ou de capitaux acquises en cours d'union, pose d'une part, la question de leurs propriétés par l'époux souscripteur ou par la communauté et d'autre part, celle des conséquences matérielles en cas de cession.

- 270. La qualité d'associé revient à l'époux qui a souscrit les parts, qu'elles soient négociables ou pas. Il exercera les droits attachés à cette qualité et relatifs à la gestion courante de façon autonome, en vertu de l'article 1832-2 du code civil. Ce texte dispose néanmoins qu'un époux qui acquiert des titres sociaux ou effectue un apport au moyen de biens communs, doit en avertir son conjoint qui peut revendiquer la moitié des parts acquises et par là même, demander la qualité d'associé.

271. Un époux, ne peut, à peine de nullité de l'apport, employer des biens communs pour faire un apport à une société sans en avertir son conjoint et sans qu'il en soit justifié dans l'acte : Cette action en nullité régie par l'article 1427 du code civil, est soumise à la prescription de deux ans et est exclusive de l'action en inopposabilité ouverte par l'article 1421 du code civil pour sanctionner les actes frauduleux, lequel ne trouve à s'appliquer qu'à défaut d'autre sanction¹. Si la notification se produit lors de l'acquisition ou de

1) Cass. 1^{ère} Civ. 23 mars 2011, pourvoi : 09-66. 512, BICC n°746 du 15 juillet 2011.

l'apport, l'agrément des autres associés est accordé aux deux époux, qui deviendront associés. Si la notification intervient postérieurement, l'époux de l'associé sera soumis aux clauses d'agrément prévues dans les statuts. La chambre commerciale, dans un arrêt du 18 novembre 1997¹, a jugé que le conjoint de l'associé acquéreur peut exercer son droit de revendication aussi longtemps qu'un jugement de divorce n'est pas devenu définitif. L'explication se trouve dans le fait que cette revendication porte sur le titre et non sur la finance, et relève des rapports personnels entre époux. En l'absence de notification à la société de son désir de devenir associé, cette qualité n'est conférée qu'au seul époux apporteur qui sera donc indépendant dans la gestion des titres, sous réserve des actes de disposition.

272. La renonciation par le conjoint à revendiquer la qualité d'associé est irrévocable, un arrêt de la chambre commerciale du 12 janvier 1993 ayant jugé que « le conjoint qui renonce par écrit, clairement et sans réserve, à revendiquer la qualité d'associé au titre de l'apport effectué par son époux à une SARL, ne peut revenir ultérieurement sur cette décision. »².

273. Cependant, en cas de dissolution du lien matrimonial, la valeur des parts tombera en communauté, par application de la traditionnelle distinction du titre et de la finance³. Ainsi dans les sociétés de personnes marquées par un fort *intuitu personae* et par le caractère non négociable des titres, l'époux non associé est réputé propriétaire pour moitié de leur valeur. Les fruits des droits sociaux, c'est-à-dire les dividendes, tomberont en communauté par application de l'article 1401 du code civil. Un arrêt de la Cour de cassation en date du 9 février 2011⁴ a affirmé que « seul l'époux titulaire du compte courant

1) Cass. Com 18 novembre 1997, JCP E 1998, p. 517, note Vidal.

2) Com. 12 janvier 1993, Bull. Civ IV, n° 9.

3) Civ. 1 ère 9 juillet 1991, Defrénois 1991, 1333, obs. Le Cannu.

4) Référence du 26 juin 2015 : <http://www.avocat-campi.com/divorce-entrepreneur.php>

d'associé a qualité à agir en remboursement du compte, quand bien même la somme provenant d'un tel remboursement dût figurer à l'actif commun.»

274. La Cour de Cassation précise 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 ». La communauté ne peut donc pas prétendre à un droit sur les bénéfices mis en réserve.

275. Un arrêt de la première chambre civile du 4 juillet 2012¹, a jugé que l'époux associé ne peut forcer son conjoint à acquérir la moitié des parts en nature. Il est contraint de demeurer le seul bénéficiaire de ces parts, ce qui sous-entend le dédommagement à la communauté, à hauteur de la moitié de la valeur de ces parts.

276. Comparativement à l'associé en concubinage ou partenaire de PACS soumis au régime en vigueur depuis le 1^{er} janvier 2007, l'époux voit son droit de propriété amoindri de par son statut marital, tant du point de vue de l'essence du droit lui-même, que des conséquences financières qu'il comporte. Cet amenuisement de sa liberté se mesure pleinement au travers de l'étude des actes de disposition relatifs aux titres sociaux, et particulièrement en ce qui concerne la cession de parts sociales non négociables, ce qui est représentatif dans le régime légal de l'effacement de l'intérêt individuel au profit de celui la communauté.

- 277. L'article 1832-2 du code civil ne vise clairement que les parts sociales non négociables. *A contrario*, les titres négociables, c'est-à-dire dont la cession, qu'elle intervienne lors de la constitution ou au moment d'une augmentation du capital, n'est pas soumise à l'autorisation de la société, telles les actions de SA, SAS et SCA. La solution se justifie pleinement par l'impératif de rapidité et de flexibilité en la matière. En conséquence, l'apport d'un bien commun à une société dont les titres sont librement négociables est libre. Le conjoint de l'apporteur ne peut pas revendiquer la qualité d'associé et

1) Civ. 1 ère 4 juillet 2012, JCP 2012, Doct. 1389, n°5, obs. Simler.

n'a pas de droit de vote, ni de droit à l'information dans la société. Les dividendes perçus de la société sont des biens communs. Ils constituent un acquêt de communauté car ils sont acquis pendant le mariage. Il s'agit donc des fruits produits par un bien commun ¹.

278. Dans un arrêt de la première chambre civile du 27 mai 2010 ², la Cour de Cassation rappelle que « les actions d'une société anonyme constituent, en principe, des titres négociables que chaque époux ont le pouvoir d'aliéner seul ». La première chambre civile vient ici réaffirmer le principe de gestion concurrente de l'article 1421 al 1 du code civil pour ce type d'aliénation, « sauf à répondre, le cas échéant, d'une fraude dans l'exercice de ce pouvoir ».

279. Autrement dit, quand bien même un époux agirait dans la limite de ses pouvoirs en disposant seul, en cas de fraude l'action en nullité ne relève pas de l'article 1427 du code civil mais de l'article 1421 alinéa 1^{er} ³.

- 280. S'agissant de la cession de titres non librement négociables, c'est-à-dire subordonnée à l'autorisation préalable de la société, qu'il s'agisse d'une société civile, d'une SARL ou d'une SNC, toutes marquées par un fort *intuitu personae*, la vente n'est pas libre. Elle doit être décidée en commun par les époux selon l'article 1832-2 du code civil et ce, même si les parts ont été souscrites au seul nom d'un époux pendant le mariage, car elle dépasse les actes qui relèvent de la gestion courante ⁴ des biens professionnels. La jurisprudence retient la traditionnelle distinction entre le titre et la finance ⁵, quoique cette position soit encore discutée par une partie de la doctrine ⁶

1) Référence du 27 juin 2015 : <http://www.distripedie.com/distripedie/spip.php?article1546>.

2) Référence du 27 juin 2015 : <http://www.village-notaires.com/Les-biens-du-couple-actualite-2010>

3) *Ibid*, <http://www.village-notaires.com/Les-biens-du-couple-actualite-2010>

4) Pour une application en matière de société civile immobilière, voir Cass. 1^{ère} Civ. 9 novembre 2011, pourvoi n°10-12123, BICC n°757 du 1^{er} mars 2012 ; Revue des Sociétés 2012, p. 223, note E. Naudin.

5) *Opere citato* : Cass. 1^{ère} Civ. 4 juillet 2012.

6) *Opere citato* Brun-Wauthier, p. 165.

qui serait favorable au fait que des parts sociales soient communes en nature et non seulement en valeur, voire considérées comme des biens propres par nature, à charge de récompense et ce, en raison du caractère très fermé des sociétés de personnes.

281. La jurisprudence se montre très stricte en la matière, comme en témoigne l'arrêt de la première chambre civile du 12 juillet 1994¹. En l'espèce, un médecin désireux de céder ses parts non négociables avait confié une lettre de change à son associé, afin de lui céder ses parts. Cette lettre de change, parce que libellée et signée au nom des deux époux aux fins d'encaissement, a permis à la Cour de Cassation d'approuver la cour d'appel d'avoir rejeté la demande d'annulation de la cession par l'épouse s'appuyant sur l'article 1427 alinéa 1 du code civil² : La ratification de la lettre de change révèle la volonté non-équivoque de l'épouse de procéder à la cession, même si l'accord est tacite³, ce qui entraîne implicitement la ratification de la cession.

282. Dans un arrêt de la première chambre civile du 28 février 1995⁴. Un chef d'entreprise avait créé une activité artisanale, préalablement à son mariage dépourvu de contrat. Il mit son entreprise en location-gérance à une personne morale qu'il avait formée durant le mariage pour un franc symbolique, puis décida de céder les parts de cette société. La Cour décide qu'on ne peut aliéner des parts non négociables dépendant de la communauté sans l'accord de son conjoint, « même si cette aliénation apparaît nécessaire à la poursuite de l'activité professionnelle indépendante du vendeur » et sans qu'il soit nécessaire de rechercher si cela entraînerait un appauvrissement de la communauté, car il s'agit là d'une question de pouvoirs et par conséquent, la nature gratuite ou onéreuse de la cession est indifférente.

1) Si l'un des époux a outrepassé ses pouvoirs sur les biens communs, l'autre, à moins qu'il n'ait ratifié l'acte, peut en demander l'annulation.

L'action en nullité est ouverte au conjoint pendant deux années à partir 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.

2) Cass. 1^{ère} Civ. 17 mars 1987, Bull. Civ. I, n°95.

3) RTDCiv. 1996, Avr-juin 1996, p. 464, note Vareille

4) Cass. 1^{ère} Civ. 28 février 1995, Defrénois 1995, art. 36214, p. 1489, obs. Champenois.

283. Cette sévérité de la jurisprudence envers le dépassement de pouvoir dans le régime légal est aisément compréhensible, en raison des importantes conséquences juridiques découlant de la nullité d'un acte, tant pour le tiers acquéreur, même si celui-ci est de bonne foi ¹, que pour son contractant : Anéantissement de l'acte qui ne produit pas d'effet et réintégration des parts dans le patrimoine de la communauté. Cette nullité est relative, ce qui signifie que l'action en nullité est réservée à l'époux victime du dépassement de pouvoir, celui qui est l'auteur de ce dépassement ne peut invoquer la nullité ².

284. La nullité de la cession sur le fondement du dépassement de pouvoirs étant difficile à obtenir pour le conjoint, celui-ci dispose d'une autre action alternative fondée sur les règles du paiement qui s'avère extrêmement efficace, depuis un arrêt de la première chambre civile en date du 30 octobre 2006 ³. En l'espèce, un associé d'une SCP avait cédé ses parts dans un laboratoire d'analyses biologiques, sans requérir le consentement de son épouse. Celle-ci invoqua non la nullité de la cession découlant de l'absence de pouvoir de l'article 1424 du code civil ou de la fraude de l'article 1427, mais un deuxième paiement à la communauté correspondant au montant de la vente, le paiement à son mari étant irrégulier du fait de son caractère non libératoire. L'article 1239 du code civil prévoit en effet que sauf ratification du créancier, c'est-à-dire du conjoint non-associé, le paiement à un créancier qui n'a pas le pouvoir de le recevoir est nul ⁴. Le principal intérêt de cette action réside dans la charge de la preuve qui revient au débiteur de l'obligation de

1) Cass. 1^{er} civ. 6 février 1979, Persechini c/ Sakowski : Référence du 29 juin 2015 : Bull. Civ. 1979, I, n°43.

2) Cass. 3^e Civ. 8 janvier 1992, Hernandez c/ EDF : Référence du 29 juin 2015 : http://www.legavox.fr/blog/maitre-joan-dray/dépassement-pouvoir-dans-cession-acquisition-7101.htm#.VZFoOj8w_IU

3) Cass. 1^{ère} Civ. 30 octobre 2006, RTDCom 2007, p. 182, note M-L Monsérié-Bon et L. Grosclaude. JCP N n° 15-16, avril 2007, 1158, p. 22, note J-C Mahinga.

4) Article 1239 du code civil : « Le paiement doit être fait au créancier, ou à quelqu'un ayant pouvoir de lui, ou qui soit autorisé par justice ou par la loi à recevoir pour lui.

Le paiement fait à celui qui n'aurait pas pouvoir de recevoir pour le créancier, est valable, si celui-ci le ratifie, ou s'il en a profité. »

payer. Par application de l'article 1315 du code civil ¹, ce dernier devra établir le caractère libératoire du paiement qu'il a effectué, ce qui revient à prouver que son paiement, même s'il est irrégulier, a profité à la communauté. La sanction d'un paiement non libératoire se montre bien plus sévère d'un point de vue financier pour le tiers que la nullité qui se cantonne à la restitution, puisque le contractant se verra dans l'obligation de payer deux fois. C'est dire qu'un conjoint non partie à la cession trouvera dans ce moyen des effets bien plus efficaces que la nullité pour préserver son patrimoine.

285. Le régime applicable aux créances de la communauté se montre très favorable pour le conjoint mais il a pour contrepartie un régime très préjudiciable s'agissant des dettes du chef d'entreprise.

2. Le sort commun des dettes professionnelles, principal inconvénient du régime légal

286. La masse commune répondant en principe à toute dette née durant le mariage, la situation très inconfortable dans laquelle peut se trouver l'époux du chef d'entreprise durant la vie conjugale en la matière, particulièrement s'agissant de la mise en œuvre d'une procédure collective ² sera rééquilibrée en cas de divorce, comme il sera étudié ultérieurement ³ en raison des spécificités de ces hypothèses. En cas de dettes du chef d'entreprise marié sous le régime légal, se posent la question de l'étendue du droit de gage des créanciers, ainsi que celle de la détermination du patrimoine propre ou commun, à qui il incombera en définitive de supporter la dette. Pour y répondre, il convient de déterminer si la dette est antérieure (a) ou postérieure (b) au mariage.

1) Article 1315 du C. Civ : « Celui qui réclame l'exécution d'une obligation doit la prouver. Réciproquement, celui qui se prétend libéré doit justifier le paiement ou le fait qui a produit l'extinction de son obligation. »

2) 1^{ère} partie, titre 2, chapitre 1, p. 220 et s

3) 1^{ère} partie, titre 1, section 3, p. 190.

a. *Le conjoint, a priori, préservé des dettes du chef d'entreprise nées antérieurement au mariage*

287. L'article 1410 du code civil prévoit que « les dettes dont les époux étaient tenus au jour de la célébration de leur mariage... leur demeurent personnelles, tant en capitaux qu'en arrérages ou intérêts ». L'article 1411 du code civil dispose quant à lui, que « les créanciers de l'un ou de l'autre époux ne peuvent poursuivre leur paiement que sur les biens propres et les revenus de leur débiteur », sous réserve du second alinéa¹, ce qui pose le principe de la corrélation entre l'actif propre et le passif propre. Les dettes relatives à un bien propre ont donc pour seul débiteur leur propriétaire. La justification de cette règle se trouve dans l'article 1428 du code civil² : Puisqu'un bien propre profite à l'époux qui en est propriétaire et non à la communauté, il en découle que seul celui-ci est tenu des dettes y afférant. Il faut donc en déduire que toute dette dont le fait générateur est antérieur au mariage, revient uniquement à l'époux débiteur³ sans considération de la date d'exigibilité, ce qui préserve le patrimoine commun du couple et *a fortiori*, le patrimoine propre de son époux⁴ sous réserve de son cautionnement.

288. Cette apparente immunité du patrimoine commun entraînerait un grave préjudice pour les créanciers d'un époux car bien souvent, les époux animés par l'esprit communautaire du mariage, travaillent à accroître le patrimoine commun, ce qui revient à figer leurs patrimoines personnels respectifs. Le danger de se voir privé d'un droit de poursuite aurait été

- 1) Article 1411 alinéa 2 du code civil : « Ils peuvent, néanmoins, saisir aussi les biens de la communauté quand le mobilier qui appartient à leur débiteur au jour du mariage ou qui lui est échu par succession ou libéralité a été confondu dans le patrimoine commun et ne peut plus être identifié selon les règles de l'article 1402. »
- 2) Article 1428 du code civil : « Chaque époux a l'administration et la jouissance de ses propres et peut en disposer librement. »
- 3) *Opere citato* A-S Brun-Wauthier, p. 199.
- 4) Article 1414 du code civil : « Les gains et salaires d'un époux ne peuvent être saisis par les créanciers de son conjoint que si l'obligation a été contractée pour l'entretien du ménage ou l'éducation des enfants, conformément à l'article 220. Lorsque les gains et salaires sont versés à un compte courant ou de dépôt, ceux-ci ne peuvent être saisis que dans les conditions définies par décret. »

d'autant plus grand, que la jurisprudence s'appuyant sur l'article 1401¹ du code civil, pose clairement que les gains et salaires de chacun entrent en communauté² dès leur perception, sous réserve de leur libre disposition par l'époux à leur origine, après s'être acquitté des charges du mariage, faisant revêtir à ces biens la nature de biens mixtes. C'est pourquoi, l'article 1411 alinéa 1^{er} du code civil prévoit que les créanciers d'un époux puissent poursuivre leur paiement sur les biens communs que sont les gains et salaires et sur les revenus des biens propres de leur débiteur. Cette règle se justifie par le fait que si l'époux demeure titulaire de la disposition de ses gains et salaires, c'est-à-dire est détenteur du pouvoir exclusif sur ces biens du fait qu'ils soient fortement liés à la personne, il paraît logique qu'il les utilise afin de combler le passif d'un bien propre et satisfasse ainsi à ses obligations personnelles. De plus, elle rétablit l'équité entre les créanciers personnels et ceux de la communauté qui possède bien souvent un actif plus étendu. Cette recherche d'équité est facilitée par la charge de la preuve du caractère propre au jour du mariage en matière mobilière, qui revient à l'époux débiteur et non pas au créancier³. La protection du conjoint est donc toute relative car les salaires des membres du couple constituent très fréquemment la seule source d'actif dans la communauté. C'est pourquoi, un décret du 5 août 1987, substitué par le décret n° 2012-783 du 30 mai 2012⁴ retranscrit à l'article R 162-9 du code des procédures civiles d'exécution, prévoit en faveur du conjoint non débiteur, que soit laissée à sa disposition sur les comptes bancaires où sont versés les salaires du couples, une somme équivalent, à son choix, soit d'un montant des gains et salaires versés au cours du mois précédent la saisie, soit à leur montant moyen mensuel versés dans les douze mois précédents la saisie.

- 1) Article 1401 du code civil: «La communauté se compose activement des acquêts faits par les époux ensemble ou séparément durant le mariage, et provenant tant de leur industrie personnelle que des économies faites sur les fruits et revenus de leurs biens propres. »
- 2) Cass. 1^{ère} Civ. 8 février 1978 arrêt Guichaux, Bull. Civ. I, n° 53, R, p. 32.
- 3) Civ. 1^{ère} 16 mai 2000, RTDCom. 2000, 1001, obs. B. Bouloc.
- 4) Décret n°2012-783, 30 mai 2012, relatif à la partie réglementaire du Code de procédures civiles d'exécution, JO 31 mai, p. 9375.

289. Cette protection apparaît bien maigre, d'autant que les gains et salaires sont des biens communs et qui plus est, qu'en cas d'insuffisance d'actif de l'époux débiteur pour combler sa dette, la communauté prendra bien souvent la décision d'apurer celle-ci, bien qu'elle n'en soit nullement tenue. Cette corrélation se trouve également malmenée en cas de confusion mobilière c'est-à-dire en cas de problème d'identification de la propriété propre ou commune d'un bien, puisque l'article 1411 alinéa 2 du code civil pose une obligation de paiement par la communauté. Le principe protecteur de la corrélation entre la nature de l'actif et du passif apparaît bien théorique. C'est pourquoi les articles 1412 et 1437 du code civil prévoient en pareilles hypothèses, récompense à la communauté. Le contentieux pour obtenir remboursement à celle-ci par l'époux débiteur, n'apparaît alors bien souvent qu'à l'occasion d'un divorce, c'est pourquoi la question des récompenses sera étudiée dans la section relative à ce sujet ¹.

b. L'incidence sur l'époux des dettes du chef d'entreprise créées postérieurement au mariage

290. L'hypothèse examinée sera celle de la dette contractée par l'un des époux, et les propos ci- après ne concerneront pas la dette contractée solidairement par les deux conjoints, ni le cas de l'emprunt antérieurement étudié ² au titre de la gestion de la communauté.

291. C'est à la lecture de l'article 1413 du code civil qui définit le droit de gage des créanciers, que toute la dangerosité du régime légal se comprend. Il 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, à moins qu'il n'y ait eu fraude de l'époux débiteur et mauvaise foi du créancier, sauf la récompense due à la communauté s'il y a lieu».

1) Voir 1 ère partie, titre 1, pages 190 et s.

2) Voir p. 124 et s.

292. Corrélativement au pouvoir de co-gestion de la communauté, chaque conjoint dispose du pouvoir de contracter des dettes. Toute dette née durant le mariage du chef de l'un des époux, engage donc ses biens propres mais aussi les biens de la communauté. Le problème vient du fait que si les articles 1414 relatif à la préservation des gains et salaire de l'époux du débiteur et 1418 alinéa 1 du code civil qui immunise les biens propres de celui-ci, semblent le protéger, l'attraction vers la communauté des fruits du patrimoine propre de l'époux non débiteur sont inexorablement attirés dans l'actif de la communauté qui répond des dettes du débiteur.

293. En effet, l'article 1414 du code civil préserve seulement du gage des créanciers les gains et salaires du conjoint du débiteur. Il faut donc en déduire que tous les autres biens de celui-ci ne sont pas immunisés, notamment les revenus des biens propres du conjoint du débiteur, puisque ces revenus tombent en communauté, par application de l'article 1402 du code civil. Concrètement, le chef d'entreprise peut se voir tenu d'utiliser les revenus provenant de son activité professionnelle en raison de dettes contractées par son épouse. En effet, l'article 1421 alinéa 2 du code civil qui permet l'autonomie de gestion de l'époux pour les actes relatifs à son activité lorsqu'il exerce une profession séparée, n'a pas pour effet de faire entrer tous ces biens dans un patrimoine d'affectation. Il a par exemple été admis par la jurisprudence que « les bénéfices réalisés par une société ne deviennent des fruits ou revenus de biens propres, susceptibles de constituer des acquêts de communauté, que lorsqu'ils sont distribués sous forme de dividendes »¹. Un des époux peut donc être contraint d'utiliser les sommes provenant des dividendes de sa société pour apurer une dette contractée par son épouse. Dans la même idée, il a été jugé que « l'attribution nominative à chaque époux de parts sociales d'une SCI ne peut avoir pour effet de leur conférer la qualification de biens propres »²: La valeur des parts peut donc entrer dans l'actif de la communauté et servir à apurer la dette d'un conjoint. L'exercice de son activité sous une forme sociale ne met donc pas le chef d'entreprise entièrement à l'abri des créanciers de son épouse.

1) Civ. 1 ère 12 décembre 2006, Revue des sociétés 2007, 326, note Randoux.

2) Civ. 1 ère 4 juin 2009, Dalloz 2009, Pan. 2508, obs. Brémond.

294. A l'inverse, les biens propres du conjoint du chef d'entreprise peuvent plus aisément sortir de l'attraction des biens personnels vers la communauté, dès qu'il s'agit de répondre d'une dette contractée par le chef d'entreprise pour son exploitation, au moyen de l'article 1418 du code civil. Celui-ci prévoit que « lorsqu'une dette est entrée en communauté du chef d'un seul des époux, elle ne peut être poursuivie sur les biens propres de l'autre ». Dans un arrêt de la première chambre civile du 28 avril 1986 ¹, la Cour relève que « une femme ne peut être condamnée solidairement avec son mari à payer les dettes relatives à l'exploitation par le mari d'un commerce appartenant à la communauté, au motif qu'il s'agit de dettes commerciales à l'égard de toutes les parties, alors que la femme n'est en cause qu'en sa qualité d'épouse commune en biens et non en raison d'un engagement personnel qui aurait pu être de nature commerciale». Il faut donc en conclure que si le fonds appartient à la communauté du fait de sa création en cours d'union, mais que seul un époux a la qualité de commerçant, son conjoint ne peut pas être poursuivi sur ses biens propres: L'intérêt de l'option pour un régime séparatiste permettant de pérenniser et d'accroître les biens propres est alors évident.

295. En raison de l'effectivité des risques du régime légal, le législateur est intervenu afin que le conjoint en soit pleinement conscient, ce qui devrait conduire les époux bien avertis, à défaut d'adopter un autre régime matrimonial, à prendre un minimum de précautions. Le décret n° 2002-1556 du 23 décembre 2002 a permis l'entrée en vigueur de l'article L 526-4 du code de commerce, créé par la loi n°2003-721 du 1^{er} août 2003. Cet article prévoit une obligation d'information du conjoint sur les dangers du régime légal : «Lorsqu'un époux demande l'immatriculation à un registre de publicité légale à caractère professionnel, il doit justifier du fait que son conjoint a bien été informé de l'engagement des biens communs par les dettes contractées lors de l'exercice de sa profession». Un avis du CCRCS a précisé que le justificatif doit être fourni «même si les conjoints vivent séparément, sauf en cas de séparation de bien ou de corps» ².

1) Cass. 1^{ère} Civ. 28 avril 1986, Bull. Civ. I, n° 108.

2) Avis CCRCS n° 04-55: BRDA 2005, n°2, p. 15.

296. Si l'intention du législateur est louable, elle est cependant sujette à un certain nombre de reproches tenant en l'absence de sanction en cas de manquement. De plus, elle ne s'applique pas en cas d'inscription modificative au RCS pour un commerçant déjà immatriculé ¹. C'est dire que cette obligation d'information ne s'applique qu'aux commerçants inscrits postérieurement au décret d'application. Enfin, elle ne concerne pas les associés ².

297. La dépense liée au changement de régime matrimonial est variable selon les situations, en raison d'éventuels rachats par l'époux du chef d'entreprise de certains biens communs, afin de préserver le patrimoine du couple des créanciers professionnels. Elle peut s'avérer importante pour certains ménages, d'où le recours possible à d'autres solutions : exercice de l'activité professionnelle sous la forme d'une personne morale dont le patrimoine sera indépendant de celui du chef d'entreprise, et particulièrement choix de la forme de l'EIRL pour les commerçants et artisans à l'activité modeste, ce qui permettra de préserver la résidence principale du couple, constituant bien souvent l'unique assiette du patrimoine commun, ou choix de la forme de la SELARL pour les professions libérales.

298. Le choix de l'exercice de l'activité professionnelle par le biais d'une personne morale peut dans certains cas, s'avérer protecteur car cloisonnant le patrimoine personnel et professionnel. En vertu du principe découlant de l'article 2093 du code civil ³, chaque personne possède un patrimoine unique et indivisible, mais l'apport de certains biens, en l'occurrence des biens permettant l'exercice de l'activité professionnelle, d'une personne physique à une personne morale permet de contourner le principe et de faire écran entre patrimoine personnel et créanciers professionnels. Les dettes professionnelles nées de l'activité de la société seront comblées par l'actif de celle-ci.

1) Avis CCRCS n° 05-88 bis du 15 décembre 2005, BRDA 2006, n° 6, p. 14.

2) Pour un avis rendu pour un associé de société civile: Avis CCRCS n° 05-20 du 6 avril 2005 : Bull. RCS 2005, n°30-32, p. 53.

3) Article 2093 du code civil : « Les biens du débiteur sont le gage commun de ses créanciers ; et le prix s'en distribue entre eux par contribution, à moins qu'il n'y ait entre les créanciers des causes légitimes de préférence. »

299. Les associés de société de capitaux (SA, SAS, SARL par exemple) sont limitativement responsables à hauteur du montant de leurs apports ¹. La loi ayant fixé un montant de capital minimum faible ou inexistant (SARL, EURL) pour la constitution de la plupart des sociétés de capitaux, sous réserve d'être cohérent avec l'activité envisagée, les associés sont donc responsables des dettes sociales à hauteur de sommes limitées, sous réserve de ne pas être gérants ou cautions, ce qui les préserve de la faillite personnelle. Ils demeurent néanmoins responsables de leurs actes professionnels sur l'ensemble de leurs patrimoines.

300. Cette règle de limitation de la responsabilité des associés n'est hélas pas applicable concernant les associés de sociétés de personnes (SNC, SCS, SCA, SEL par exemple), dont la forme sociale est imposée par la législation pour certaines professions (notamment libérales) et ce, en raison de la contribution effective des associés à la gestion de la société et le fait qu'elles reposent essentiellement plus sur leurs personnalités que sur les capitaux investis. Les associés de société de personnes sont tenus solidairement et indéfiniment de la dette et engagent donc la totalité de leur patrimoine personnel, ce qui inclut le patrimoine de la communauté en régime légal et met donc en danger le conjoint. Ces conséquences patrimoniales regrettables seront a fortiori les mêmes pour les personnes exerçant leur activité professionnelle sans avoir pris soin de créer une personne morale.

301. La jurisprudence procède à une appréciation stricte de ces règles d'engagement du patrimoine personnel de l'associé et du patrimoine de la communauté en cas de dettes de la société à risque illimitée. Dans deux arrêts de la première chambre civile du 17 janvier 2006 ² relatifs à une SCI pour l'un et à une SNC pour l'autre, la Cour de Cassation rappelle que l'obligation aux dettes des associés est exécutoire sur les biens communs dont l'associé est copropriétaire, sans qu'il soit nécessaire de faire application

1) Responsabilité de l'associé : SARL : Article L223-1 du code de commerce, SA : Article L 225-1 du code de commerce ; SAS : L 227-7 du code de commerce.

2) Cass. 1^{ère} Civ. 17 janvier 2006, n°02-16.595, Dalloz 2006, p.321 et 716 et Cass. 1^{ère} Civ. 17 janvier 2006, n°03-11.461, JCP E 2006, 1684, note F-X Lucas.

de l'article 1415 du code civil et donc de requérir le consentement de son conjoint, préalablement à l'acquisition de la qualité d'associé. En effet, ce qui permet de nettement différencier l'obligation à la dette du cautionnement qui lui, nécessite l'accord du conjoint, se trouve dans le fait qu'un associé de société à risque illimité ne garanti pas la dette d'autrui, mais sa propre dette : Parce qu'un associé participe à la gestion et aux résultats, il a un intérêt personnel aux engagements pris par la société ¹.

302. Il existe néanmoins des solutions pour limiter les répercussions sur le conjoint des dettes du professionnel exerçant sans l'intermédiaire d'une personne morale (choix du statut de l'EIRL), ou de l'associé de société de personnes (changement de la forme sociale au profit de celle de la SELARL).

303. L'EIRL ou choix pour le statut d'entrepreneur individuel présente l'avantage de la simplicité des démarches concernant la constitution, le fonctionnement et la transmission, sans compter l'application d'un régime fiscal favorable. Cette forme sociale peut donc être recommandée pour les commerçants, artisans, agriculteurs ou professionnels indépendants immatriculés à un registre de publicité légale, à l'activité modeste et ne désirant pas de contraintes administratives. En revanche, comme aucune distinction n'est établie entre patrimoine privé et professionnel, le législateur a prévu un cas d'insaisissabilité de la résidence principale ², valable également pour la résidence secondaire ³. Même si l'insaisissabilité requiert des formalités contraignantes et n'est opposable qu'aux créanciers professionnels dont les droits sont apparus postérieurement à la publication de la déclaration, elle s'avère salutaire pour le professionnel et son conjoint car la résidence principale constitue dans l'immense majorité des cas, le seul actif du patrimoine.

304. Toutefois, il faut impérativement souligner que le bénéfice de cette déclaration d'insaisissabilité ne jouera qu'en l'absence de besoin de recourir à un crédit, les créanciers -essentiellement les banques-

1) JCP E 2006, 2035, p. 1177.

2) Loi n° 2003-721 du 1^{er} août 2003 : Article L526-1 du code de commerce.

3) Loi n°2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie, JO 5 août 2008, p. 12471.

exigeant une clause de renonciation à cette insaisissabilité pour la souscription d'un prêt. Se rendant compte de cet inconvénient, le législateur est intervenu ¹ par la loi n° 2015-990 du 6 août 2015 : Depuis le 7 août 2015, la résidence principale d'un entrepreneur individuel ne peut plus faire l'objet d'une saisie immobilière par ses créanciers (hormis l'administration fiscale) pour ses dettes professionnelles. Ces nouvelles conditions s'appliquent aux créances professionnelles nées à partir du 7 août 2015. Si la créance n'est pas d'ordre professionnel, le bien reste saisissable. Cette disposition améliore considérablement la situation patrimoniale de l'entrepreneur et de sa famille.

305. Les professionnels juridiques, judiciaires et de santé (sauf exceptions) ² sont contraints de choisir d'exercer leurs activités sous certaines formes : Entreprise individuelle, SCP, SEP, SCM, SEL ou SELARL. Seule cette dernière forme sociale constitue une protection efficace pour le professionnel et son conjoint d'un point de vue patrimonial, contrairement aux autres qui entraînent la responsabilité des associés sur leurs biens propres. La SELARL étant rattachée aux sociétés de capitaux, le professionnel sera tenu des dettes de l'activité professionnelle seulement à hauteur de ses apports. En effet, la SELARL est une société qui permet à des personnes exerçant une profession libérale réglementée de pratiquer leur activité sous la forme d'une SARL. Il est possible de constituer une telle société sous forme unipersonnelle ³. Bien qu'entraînant une certaine lourdeur pour la gestion de l'activité ⁴, notamment pour la comptabilité, l'associé trouvera des avantages fiscaux et sociaux importants par rapport aux autres formes sociales possibles et préservera le patrimoine de la communauté.

1) Référence du 26/09/2015 :
http://www.legifrance.gouv.fr/eli/loi/2015/8/6/EINX1426821L/jo/article_206

2) Référence du 22 juillet 2015 : http://www.expertise-audit.fr/Public/Creer/creer_4.php

3) *Ibid.*

4) Référence du 22 juillet 2015 <http://www.village-justice.com/articles/SELARL-Unipersonnelle-outil,17790.html>

306. Conclusion : Si le régime légal paraît inadapté pour le conjoint, essentiellement du point de vue des dettes susceptibles d'engager le patrimoine de la communauté, ce qui conduit à envisager le régime de la séparation de biens comme solution alternative, il peut s'avérer protecteur pour le conjoint du chef d'entreprise à l'activité prospère qui souhaiterait divorcer, comme il le sera examiné ¹ plus loin.

II. La séparation de biens, une protection factice du conjoint

307. Classiquement recommandé aux chefs d'entreprise, le régime de la séparation de biens (A) présente pourtant des inconvénients pour le conjoint (B).

A. Le régime de la séparation de bien, souhaitable du point de vue du chef d'entreprise

308. L'article 1536 du code civil dispose que « lorsque les époux ont stipulé dans leur contrat de mariage qu'ils seraient séparés de biens, chacun d'eux conserve l'administration, la jouissance et la libre disposition de ses biens personnels. Chacun d'eux reste seul tenu des dettes nées en sa personne avant ou pendant le mariage, hors le cas de l'article 220. » L'option pour ce régime nécessite l'intervention d'un notaire, ce qui génère des frais pour le couple (environ 700 euros pour un changement de régime), et implique le respect de l'article 1397 du code civil, c'est-à-dire l'écoulement d'un délai de deux ans après application du régime matrimonial précédent qui doit donc être liquidé. Ce choix doit être justifié dans l'intérêt de la famille, puisqu'il déroge au régime légal, et porté à la connaissance des créanciers et des enfants majeurs afin de ne pas usurper leurs droits.

1) Voir pages 191 et s.

309. En France, la part des couples en séparation de biens est passée de 6,1 % du total des personnes mariées en 1992 à 10 % en 2010 soit une hausse de 64 % ¹. L'augmentation des choix pour ce régime peut s'expliquer par la crainte d'une possibilité de divorce face à sa banalisation et parce que corrélativement, les couples se rencontrent aujourd'hui en moyenne plus tard, à un moment de leur vie où ils ont déjà commencé à accumuler individuellement un patrimoine ².

310. Sur le modèle du régime légal qui établit une présomption d'acquêts, le régime de séparation de biens pose une présomption d'indivision à l'article 1538 du code civil, pour les biens sur lesquels aucun des époux ne peut justifier d'une propriété exclusive, présomption pouvant être combattue par tous moyens de preuve et non seulement l'écrit, comme cela est le cas en communauté.

311. Si le chef d'entreprise acquiert des titres ou un fonds en son nom durant l'union, il sera donc assuré d'en être seul propriétaire, le conjoint ne pouvant revendiquer de droits en cas de divorce.

312. Outre le fait qu'il permette d'assurer des droits au conjoint survivant comme tous les régimes existants (le quart en pleine propriété ou la totalité en usufruit des biens propres du défunt en l'absence de testament), la séparation de biens revêt les caractéristiques de protection à l'encontre des créanciers et une très grande liberté dans la gestion des biens :

- 313. Ce régime présente l'intérêt de préserver le patrimoine personnel du chef d'entreprise de ses créanciers professionnels, s'il prend soin de transférer ses biens propres à son conjoint, ce qui sous-entend beaucoup de confiance. Puisque la communauté n'existe théoriquement pas, seuls les biens propres serviront de gage aux créanciers en cas de faillite de l'entrepreneur. C'est pourquoi, l'article 1397 du code civil prévoit une protection des créanciers qui « sont informés de la modification envisagée par la publication d'un avis dans un journal habilité à recevoir les annonces légales dans l'arrondissement ou le département du domicile des époux.

1) Référence du 23 juillet 2015 : http://www.insee.fr/fr/ffc/docs_ffc/ES462E.pdf

2) *Ibid.*

314. Chacun d'eux peut s'opposer à la modification dans les trois mois suivant la publication. En cas d'opposition, l'acte notarié est soumis à l'homologation du tribunal du domicile des époux. La demande et la décision d'homologation sont publiées... Le changement a effet entre les parties à la date de l'acte ou du jugement qui le prévoit et, à l'égard des tiers, trois mois après que mention en a été portée en marge de l'acte de mariage. Toutefois, en l'absence même de cette mention, le changement n'en est pas moins opposable aux tiers si, dans les actes passés avec eux, les époux ont déclaré avoir modifié leur régime matrimonial. »

315. En application de l'article 1536 du code civil, l'époux propriétaire d'un fonds de commerce ou libéral est seul destinataire des bénéfices provenant de son exploitation, ainsi que des revenus résultant de la location-gérance s'il a confié l'exploitation à un tiers. De même, l'époux séparé en biens, titulaire de parts sociales est seul bénéficiaire des dividendes, c'est-à-dire de la part des bénéfices distribuables sous forme de numéraire ou en nature (émission de nouvelles actions, distribution d'actions de filiales ou tout autre actif détenu par l'entreprise) ¹.

316. De plus, en application des articles 225 et 1428 du code civil ², l'époux propriétaire d'un fonds ou de titres jouira de la gestion exclusive sur ses biens qui sont par nature des propres, puisqu'acquis avant l'union ou *a posteriori* en son seul nom. Il sera donc entièrement souverain des actes d'administration, de conservation et de disposition sur ces biens. Sous ce régime, l'époux exploitant a la possibilité d'organiser une intervention de l'autre dans la gestion de ses biens propres par un mandat exprès ou tacite, en vertu de l'article 218 du code civil relatif au régime primaire. Cependant, aucune demande d'autorisation judiciaire, c'est-à-dire passant outre la volonté du chef d'entreprise, n'est prévue contrairement au régime légal auquel bénéficie

1) Référence du 31 juillet 2015 : <https://fr.wikipedia.org/wiki/Dividende>

2) Article 225 C. Civ : « Chacun des époux administre, oblige et aliène seul ses biens personnels » ; Article 1428 C. Civ : « Chaque époux a l'administration et la jouissance de ses propres et peut en disposer librement ».

l'article 1426 du code civil ¹. Il ne reste donc au conjoint que les demandes d'immixtion, en cas de crise importante, prévues dans le régime primaire impératif ² :

- **317.** l'article 220-1 du code civil permet une limitation ou un retrait de pouvoir au profit de l'un des époux, si l'autre a gravement manqué à ses devoirs et a mis en péril les intérêts de la famille, ce qui sera par exemple le cas en présence de prise d'engagements excessifs ou de mauvaise gestion.
- **318.** L'article 219 du code civil autorise la représentation judiciaire par l'un des époux lorsque l'autre est hors d'état de manifester sa volonté, ce qui permet de le représenter dans l'exploitation de ses biens professionnels propres.
- **319.** Enfin, l'article 217 du code civil prévoit l'administration judiciaire qui autorise un époux à passer seul un acte si son conjoint se trouve hors d'état de manifester sa volonté ou si son refus n'est pas conforme à l'intérêt de la famille, ce qui est laissé à l'appréciation des juges du fond selon les circonstances de fait.

320. Même dans le cas où les revenus du foyer ne dépendraient que de l'exploitation d'un fonds propres d'un époux séparé en biens, son conjoint demeure étranger à sa gestion. Avantageux pour le chef d'entreprise, le régime de la séparation de biens laisse donc entrevoir des déconvenues pour son conjoint.

B. Les inconvénients du régime de la séparation de biens pour le conjoint

321. Ce régime est critiquable du fait d'une pratique très répandue de l'achat en indivision par les époux séparés en biens (1) et surtout, en cas de divorce (2) comparativement aux droits du conjoint commun en biens ³, ce qui permettra d'affirmer que le choix pour la participation aux acquêts est un compromis bien plus préférable.

1) Article 1426 alinéa 1 du C. Civ : « Si l'un des époux se trouve, d'une manière durable, hors d'état de manifester sa volonté, ou si sa gestion de la communauté atteste l'inaptitude ou la fraude, l'autre conjoint peut demander en justice à lui être substitué dans l'exercice de ses pouvoirs... ».

2) *Opere citato* S. Castagné, p. 1957.

3) Voir pages 191 et suivantes.

1. En raison du fréquent recours à l'indivision en pratique

322. Les époux séparés en biens, animés par un minimum d'esprit communautaire ou par nécessité financière, réalisent bien souvent l'acquisition de leur résidence principale ou secondaire ensemble. Il s'agira d'une indivision légale si l'acte de propriété est stipulé à leurs deux noms sans autre précision, d'une indivision conventionnelle lorsque l'acte décrit la contribution de chacun, ou d'une société d'acquêts si le contrat de mariage comporte une clause de propriété commune de certains biens tels les immeubles, les biens professionnels ou les revenus et salaires.

323. L'indivision génère pourtant bien plus de contraintes que la communauté, s'agissant de la gestion des biens et des difficultés peuvent apparaître en cas de mésentente du couple. En effet, alors que le régime légal prévoit un mécanisme de gestion concurrente où chacun peut agir au nom de l'autre pour la plupart des actes (l'exigence de gestion conjointe ne se retrouvant que pour des actes graves), l'indivision pose le principe de cogestion des biens indivis et donc de l'unanimité dans les décisions en pratique, sous peine d'inopposabilité à l'indivisaire non partie à l'acte (hormis pour les actes de conservation ¹), ce qui sous-entend une grande lourdeur.

324. L'indivision présente surtout l'inconvénient d'exposer, de manière indirecte, le conjoint du chef d'entreprise aux créanciers personnels de ce dernier : ces créanciers ne sont pas autorisés à saisir le bien indivis, mais peuvent provoquer le partage afin d'obtenir paiement de leur créance sur la part de leur débiteur ². Le conjoint peut donc se trouver affecté par la situation entraînant la vente de la résidence principale du couple, s'il n'a pas les moyens financiers de racheter la part acquise au nom du chef d'entreprise. S'il le peut en revanche, l'attribution préférentielle du bien indivis peut être

1) Article 815-2 du code civil.

2) Article 815-17 alinéa 3 du code civil.

prononcée même si l'indivision est antérieure au mariage ¹, ou sans forcément attribution d'une soulte en cas de divorce ².

325. Le partage de l'indivision aura qui plus est, un coût au niveau fiscal. L'article 748 du CGI prévoit que pour les partages d'indivision entre époux, le droit de partage de 2,5 % prévu à l'article 746 du CGI est liquidé sur la valeur nette de l'actif partagé, sans déduction des soultes ni des plus-values ³.

2. En cas de divorce

326. Le régime de la séparation de biens, contrairement aux régimes communautaires et à celui de la participation aux acquêts, présente un inconvénient fondamental en cas de divorce pour le conjoint du chef d'entreprise : puisque la communauté n'existe pas dans ce régime et qu'il n'y a en principe que deux masses propres aux époux, le conjoint ne peut pas prétendre au partage de l'enrichissement réalisé par l'activité professionnelle. En effet, non seulement les revenus (salaires, gains et bénéfices) de l'un des époux ne profitent pas à l'autre, mais la classique distinction titre-finances sur les fonds ou les parts sociales est inopérante, puisque ces biens sont des propres, sous condition de preuve de leur propriété. Il est donc très dangereux pour le conjoint qui n'exerce pas d'activité professionnelle rémunérée et plus encore, pour celui qui collabore à l'activité du chef d'entreprise sans avoir opté pour un statut ⁴. En cas de divorce, le conjoint ne pourra donc revendiquer que la prestation compensatoire qui est en moyenne très modeste en France ⁵. Il

1) Civ. 1 ère 26 juin 1979, Bull. Civ. I, n°194.

2) Civ. 1 ère 11 juin 2008, RLDC 2008/52, n°3124, obs. Jeanne.

3) Référence du 3 août 2015 : <http://bofip.impots.gouv.fr/bofip/3258-PGP.html>

4) Voir pages 145 et suivantes.

5) <http://www.capital.fr/finances-perso/dossiers/divorce-separation-comment-ne-pas-se-faire-plumer-861880> ; <http://www.divorce-association.fr/actualite-jurisprudence-divorce/montants-prestation-compensatoire>

faut donc dans pareilles espèces, compter sur les juges pour rétablir l'équité en fondant sa demande sur un montant élevé de prestation compensatoire, revendiquer l'enrichissement sans cause ou encore invoquer la non-révocation de donation.

327. La séparation de biens n'est réellement adaptée qu'aux couples exerçant une activité professionnelle identique avec des revenus qui s'équilibrent et des patrimoines équivalents. A défaut, il convient de gommer l'aspect individualiste de ce régime qui défavorise fortement l'époux démuné financièrement, et d'établir une société d'acquêts contenant au minimum tous les revenus du couple ; Les biens professionnels ou parts sociales demeurant des propres.

III. Le régime de participation aux acquêts, solution préférable

328. Inspirés des régimes légaux de l'Europe du Nord, le régime de participation aux acquêts fait son apparition tardivement dans le code civil, avec la loi n° 65-570 du 13 juillet 1965. Très peu connu et marginal en pratique ¹, il, est pourtant adapté pour le chef d'entreprise du fait de l'indépendance dans la gestion des patrimoines (A), et pour son conjoint disposant d'un patrimoine et de revenus inférieurs, en cas de dissolution du lien matrimonial (B). Son principe combine schématiquement le régime applicable à la séparation de biens pendant la durée du mariage et le régime légal à sa dissolution, avec un droit de participer pour moitié en valeur aux acquêts nets constatés dans le patrimoine de l'autre, et mesurés par la double estimation du patrimoine originaire et du patrimoine final ².

1) 1,5% des contrats de mariage en 1974 et 3% en 1983 : J-F Pillebout, « Une nouvelle formule de contrat de mariage : Participation aux acquêts avec exclusion des biens professionnels », JCP N 1987, I, p. 93.

2) Article 1569 du code civil.

A. La participation aux acquêts, un régime adapté pour le chef d'entreprise

329. Le chef d'entreprise qui opte pour ce régime, bénéficie d'une grande autonomie dans la gestion de ses affaires, du fait de l'absence de patrimoine commun pendant le mariage. Chaque époux reste en effet seul propriétaire des biens reçus ou acquis avant et pendant le mariage, ainsi que de ses revenus, sous condition de preuve de la propriété pouvant se faire par tous moyens. L'article 1570 du code civil prévoit que la consistance du patrimoine originaire de chacun, c'est-à-dire de la composition de ce patrimoine au jour de la signature de la convention matrimoniale, est prouvée par un état descriptif, même sous seing privé, établi en présence de l'autre conjoint et signé par lui.

330. De ce fait, chacun dispose de la gestion exclusive sur ses biens propres, ce qui correspond aux impératifs de rapidité des décisions dans le monde des affaires et est parfaitement adapté aux commerçants et aux associés. Cependant, comme la grande originalité de ce régime repose sur le droit de créance dont un des époux dispose à la liquidation, sur celui des deux qui aura vu son patrimoine s'enrichir, la liberté de gestion sur les biens propres n'est pas totale. Outre les cas d'interventions du conjoint dans la gestion des biens propres par modification judiciaire des pouvoirs du régime impératif¹ et du régime de la séparation de biens², la participation aux acquêts prévoit en sus, des outils de contrôle afin de lutter contre d'éventuels actes d'appauvrissement :

331. L'article 1580 du code civil prévoit une possibilité de liquidation anticipée du régime pour obtention de la créance de participation, en cas de désordre des affaires d'un époux, mauvaise administration ou inconduite mettant en péril les intérêts du conjoint. Le régime matrimonial est alors liquidé et les époux sont placés sous celui de la séparation des biens.

1) Articles 217, 219 et 220-1 du code civil.

2) Mandat ou indivision : Voir pages 135 et suivantes.

332. L'article 1573 du code civil est d'une efficacité redoutable en cas de fraude. Il prévoit que les sommes correspondant aux donations ou aux biens aliénés frauduleusement sans le consentement du conjoint (aliénation à charges de rente viagère ou à fond perdu) sont réintégrées au patrimoine final afin que le conjoint puisse en récupérer la moitié lors de l'établissement de la créance finale. Cela signifie que le chef d'entreprise doit requérir l'autorisation de son conjoint pour tous les actes de disposition, et en particulier la cession, portant sur son fonds ou ses parts sociales. Ceci laisse transparaître l'importance de l'esprit communautaire présent dans ce régime et la réelle protection du conjoint, tout en remettant en cause sa classique classification parmi les régimes séparatistes.

333. En cas d'insuffisance de l'actif du patrimoine final de l'époux ayant agi seul pour un acte d'appauvrissement, l'article 1577 du code civil permet à son conjoint de recouvrer sa créance au moyen de l'action paulienne prévue à l'article 1167 du code civil. Le conjoint peut donc attaquer les actes passés par le chef d'entreprise en fraude de ses droits, afin de les rendre inopposables à son égard. Un arrêt de la première chambre civile du 4 novembre 2010 ² a rappelé que « la reconnaissance de la fraude paulienne ne rend l'acte inopposable au demandeur que dans la mesure des droits de créance dont celui-ci se prévaut à l'égard de son débiteur au soutien de son action. » L'objet de l'action n'est pas de faire disparaître les effets d'un acte de disposition passé entre l'époux débiteur et le tiers, mais de les sanctionner pour le préjudice causé ². L'action paulienne permet au conjoint tiers à l'acte litigieux, de faire réintégrer dans le patrimoine du chef d'entreprise le bien que celui-ci avait cédé ou donné à un tiers, et de sanctionner à la fois l'époux débiteur qui a organisé son insolvabilité et le tiers qui a acquis le bien. L'époux créancier peut ensuite faire procéder à la saisie entre les mains de son conjoint débiteur.

1) Civ. 1 ère 4 novembre 2010, BICC 1 er mars 2011, n° 252.

2) http://www.legavox.fr/blog/maitre-haddad-sabine/action-paulienne-moyen-protoger-creanciers-2140.htm#.VcNabpgw_IU

334. Cependant, depuis un arrêt de la première chambre civile du 30 mai 2006 ¹, l'action paulienne permet de saisir le bien directement entre les mains de celui qui en est devenu propriétaire frauduleusement, ce qui est plus simple et gagne en rapidité. Outre des moyens de préservation du patrimoine du chef d'entreprise, son conjoint bénéficie d'autres outils de sécurisation de sa situation.

B. Des avantages indéniables pour le conjoint marié sous le régime de la participation aux acquêts

335. En constatant l'emprunt au régime séparatiste concernant la situation du conjoint face aux créanciers du chef d'entreprise (1) et l'application des règles du régime légal en cas de divorce (2), ce régime met indéniablement l'époux du chef d'entreprise à l'abri de toute déconvenue.

1 . La protection du conjoint à l'égard des créanciers professionnels du chef d'entreprise

336. La règle étant assimilable à celle du régime de la séparation de biens ², il sera ici procédé à de brefs rappels :

337. Les époux mariés sous le régime de la participation aux acquêts ne sont redevables que de leurs dettes exclusivement personnelles ³, sous réserve des dettes fiscales, des dettes ménagères (entretien du ménage et éducation des enfants) et des dettes contractées solidairement, selon l'article 220 du code civil relatif au régime impératif.

1) Civ. 1 ère 30 mai 2006 pourvoi n° 02-13495, LPA 4 octobre 2006, note Prigent, *ibid* 3 janvier 2007, note Gibirila.

2) Voir pages 131 et suivantes.

3) Article 1536 alinéa 2 du code civil applicables aux régimes séparatistes: « Chacun d'eux reste seul tenu des dettes nées en sa personne avant ou pendant le mariage. »

338. Sous réserve des emprunts contractés conjointement, des cautionnements ¹ ou d'achats en indivision, la situation du conjoint du chef d'entreprise est donc semblable à celle d'un tiers, ce qui est aisément compréhensible du fait de l'absence d'existence d'un patrimoine commun aux époux.

339. Les créanciers du chef d'entreprise ne pourront donc poursuivre que leur débiteur qu'il s'agisse d'une dette contractée avant ou pendant le mariage, sans pouvoir tenter d'action contre son conjoint.

340. Cette protection devient relative et circonstancielle en cas de divorce. L'article 1576 alinéa 4 du code civil qui attribue un privilège aux créanciers en cas de liquidation du régime matrimonial, est révélateur de la résurgence de l'esprit communautaire qui se révèle après dissolution de ce régime. Il prévoit que « la liquidation n'est pas opposable aux créanciers des époux : ils conservent le droit de saisir les biens attribués au conjoint de leur débiteur ».

341. Les effets de cet article sont très controversés par la doctrine ² du fait du paradoxe qui s'établit avec l'article 1569 alinéa 1^{er} du code civil, prévoyant le principe d'une participation en valeur, (c'est-à-dire correspondant à une somme d'argent), et non en nature (par attribution d'un bien) à la dissolution du régime ³. La participation en nature n'étant possible que si elle provient d'une convention entre époux ⁴ ou par décision du juge ⁵, l'époux du débiteur est donc protégé des créanciers de celui-ci s'il lui a été possible de recouvrer sa créance de participation par un paiement en argent, celui-ci étant par principe définitif et inattaquable par application du droit commun ⁶.

1) Voir pages 268 et suivantes.

2) C. Aubry et C. Rau, par A. Ponsard, § 533, n°385.

3) *Opere Citato* M. Grimaldi, p. 365 et 379.

4) Articles 1576 alinéa 2 et 1581 alinéa 3 du code civil.

5) Article 1576 alinéa 2 du code civil.

6) Article 1234 et s. du code civil.

2. Le droit de participation du conjoint en cas de divorce garant d'une protection efficace

342. Les effets patrimoniaux d'un divorce pour le conjoint du chef d'entreprise font mesurer que le régime de participation aux acquêts constitue le meilleur choix possible en droit français. En effet, le conjoint va participer à l'enrichissement de l'autre, mais non à son appauvrissement - contrairement à un époux marié sous un régime communautaire - puisque le partage aura lieu sur le surplus d'acquêts en valeur de l'un des époux par rapport à l'autre ¹, en application de l'article 1575 alinéas 1 et 2 du code civil. Le conjoint bénéficiera donc de tous les avantages d'une activité professionnelle prospère, sans avoir à en subir d'éventuels déboires. Le principe pour le calcul de la créance de participation du conjoint sur l'enrichissement de l'autre, réside dans l'opération consistant à soustraire à la somme correspondant à l'évaluation du patrimoine final ², celle représentant l'évaluation du patrimoine original ³. Le résultat obtenu permettra de déterminer les acquêts nets. Cette opération doit s'effectuer pour le patrimoine de chaque époux, afin de déduire les acquêts nets du patrimoine le plus consistant à ceux du patrimoine le plus faible. Le montant de la créance de participation sera obtenu par ce résultat divisé par deux, le juge ayant la faculté de rééquilibrer ce résultat si « le résultat est manifestement contraire à l'équité », par application de l'article 1579 du code civil ⁴. Le tableau récapitulatif suivant permet de connaître les éléments à prendre en considération pour la détermination des patrimoines et appréhender les subtilités des différents calculs obtenus pour chaque cas concret :

1) *Opere Citato* B. Beignier, p.211 et s.

2) Articles 1570 et 1571 du code civil.

3) Articles 1572 et 1574 du code civil.

4) Cass. 1 ère Civ. 26 septembre 2007, Bull. Civ. I, n°308.

343. DETERMINATION DU PATRIMOINE ORIGINAIRE ET DU PATRIMOINE FINAL ¹ :

	Composition	Evaluation de l'état du bien	Evaluation de la valeur du bien	Actif net
Patrimoine Originare	(art. 1570 du c. civ) Biens appartenant à l'époux au jour du mariage Biens reçu par succession ou libéralité Biens propres par nature du régime légal (art. 1404 du c. civ)	Au jour du mariage ou de l'acquisition (art. 1571 du c.civ)	Au jour de la liquidation (art. 1571 du c. civ) Si aliénation : Valeur au jour de l'aliénation. Si subrogation : Valeur du nouveau bien	Déduction du passif (dettes réévaluées s'il y a lieu selon l'art. 1469 du c. civ.
Patrimoine final	(art. 1572 du C. civ.) Biens appartenant à l'époux au jour de la dissolution Biens dont l'époux a disposé à cause de mort Créance envers son conjoint Réunion fictive, art. 1573 du c. civ. (donations sans le consentement du conjoint et biens aliénés frauduleusement)	(art. 1574 du c. civ.) Au jour de la dissolution du régime matrimonial Biens aliénés par donation entre vifs ou en fraude : au jour de l'aliénation	(art. 1574 du c. civ.) Au jour de la liquidation Biens aliénés par donation entre vifs ou en fraude : Valeur qu'ils auraient eu s'ils avaient été conservés, au jour de la liquidation (plus valeur des améliorations au jour de l'aliénation)	Déduction du passif (dettes non acquittées et sommes dues au conjoint

1) *Opere Citato* B. Beignier, p. 214.

344. Bien qu'il soit très peu usité en pratique, au vu du petit nombre de jurisprudences y ayant trait, le régime de la participation aux acquêts paraît adapté au conjoint du chef d'entreprise n'ayant pas exercé d'activité professionnelle. Il allie l'indépendance des patrimoines, qui sous-entend l'autonomie dans la gestion et la protection contre les créanciers professionnels, caractéristiques du régime séparatiste, et intègre la notion d'acquêts propre aux régimes communautaires à sa dissolution, tout en présentant le bénéfice incontestable de la simplicité des calculs en cas de liquidation.

345. Ce régime a été récemment mis en avant par la création d'un régime dérivé moins protecteur dans l'évaluation des patrimoines à la liquidation, nommé « régime matrimonial optionnel franco-allemand de participation aux acquêts »¹, institué par un accord signé le 4 février 2010 et publié par un décret n°2013-488 du 10 juin 2013. Il faut souhaiter qu'il soit popularisé à l'avenir.

346. Conclusion : Il est recommandé de consulter un professionnel du droit préalablement au choix d'un régime matrimonial, afin d'appréhender la meilleure protection pour les membres du couple lorsque l'un d'eux a la qualité de chef d'entreprise. Cette protection sera déterminée selon les situations particulières de chacun afin de tirer tous les bénéfices qui découlent du droit français et de lever au mieux les inconvénients qui pourraient se présenter. L'examen de la législation est *a fortiori* primordial si l'époux travaille dans l'entreprise de son conjoint, la pratique des affaires étant souvent une activité risquée nécessitant de s'entourer des garanties que peut offrir la législation.

1) « Le nouveau régime matrimonial optionnel franco-allemand de participation aux acquêts » P. Simler, Droit de la Famille 2010, n°8.

Section 2) Le choix d'un statut juridique pour le conjoint travaillant avec le chef d'entreprise, vivement conseillé

347. Il arrive bien souvent que le conjoint, et particulièrement l'épouse du chef d'entreprise, participe dans un cadre dépassant parfois celui de l'entraide familiale, à son activité artisanale, commerciale, libérale, agricole ou sociétaire, spécialement dans le cadre d'une entreprise de dimension familiale. Longtemps dépourvu de reconnaissance relative à cette situation source d'inégalités et se retrouvant désœuvré en cas de rupture du lien matrimonial ou de procédures collectives par exemple, le conjoint bénéficie aujourd'hui de protections plus ou moins efficaces en cas de participation à l'activité. Si les statuts juridiques possibles pour l'époux travaillant avec le chef d'entreprise sont garants de protection (I) aux vu de la dangerosité pour le conjoint qui n'a pas pris soin d'en bénéficier (II), des solutions demeurent possibles pour établir l'équité en telle situation (III).

348. Il aura fallu attendre la loi du 10 juillet 1982 ¹ inspirée par la loi n° 80-502 du 4 juillet 1980 d'orientation agricole, pour que le législateur offre une option de statut de conjoint collaborateur, salarié ou associé, à l'épouse en cas de participation à l'activité de son mari ou en cas d'exploitation dépassant un rôle de simple auxiliaire ² et modernise l'article 4 du code de commerce ³. Inutile, de part le caractère facultatif du choix pour l'un de ces statuts juridiques, elle a été modifiée de façon salutaire par la loi n°2005-882 du 2 août 2005 en faveur des PME, rendant le choix impératif et étendu au conjoint d'associé de certaines sociétés, tout comme au conjoint du professionnel libéral ⁴, ainsi qu'au partenaire de PACS ⁵.

1) Loi n° 82-596 du 10 juillet 1982 relative aux conjoints d'artisans et de commerçants travaillant dans l'entreprise familiale. JO 1982.

2) « Le nouvel article 4 du code de commerce : Dix ans après » Philippe Pétel, Mélanges A. Colomer 1993, p.365.

3) Ancien article 4 du code de commerce : « La femme mariée...n'est pas réputée commerçante si elle ne fait que détailler les marchandises de son mari ; elle n'est réputée telle que lorsqu'elle fait un commerce séparé ».

Nouvel article 4 du code de commerce : « Le conjoint d'un commerçant n'est réputé lui-même commerçant que s'il exerce une activité commerciale séparée de celle de son époux ».

4) Loi n° 2002-73 du 17 janvier 2002, JO 2002.

5) Loi n° 2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie. JO 2008.

I. Les statuts possibles pour le conjoint travaillant avec le chef d'entreprise, garants de protection

349. Simple faculté dans la loi n° 82-596 du 10 juillet 1982, le choix pour le statut de conjoint collaborateur (A), salarié (B) ou associé (C), devient impératif pour le conjoint qui travaille régulièrement dans l'entreprise de son époux, selon l'article L 121-4 du code de commerce issu de la loi 2005-882 du 2 août 2005. Celui-ci impose le choix d'une option pour l'un des statuts et détermine les champs d'activités concernées ¹. Ces dernières témoignent d'une incitation à l'option pour le statut de conjoint collaborateur pour les petites entreprises, pour implicitement favoriser le statut de conjoint salarié s'agissant de formes sociales révélatrices d'activités plus importantes, sans hélas prévoir de sanction en l'absence de désignation. Il faut cependant souhaiter que le spectre possible de la requalification en travail dissimulé à la demande de l'administration et les conséquences néfastes ² d'une telle négligence, soit suffisamment dissuasif pour l'y inciter.

A. Un statut de conjoint collaborateur enviable ?

350. La caractéristique de ce statut, uniquement possible pour la personne mariée, réside dans l'article L121-6 du code de commerce qui dispose que « 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 ».

351. Rendu publique par une mention au RCS, au répertoire des métiers ou en assemblée générale, l'alternative de conjoint collaborateur présente un certain nombre d'avantages et d'inconvénients. Cette légitimité par la publicité est néanmoins problématique pour les conjoints collaborateurs des professionnels

1) Activités commerciales, artisanales, libérales et « conjoint du gérant associé unique ou du gérant associé majoritaire d'une société à responsabilité limitée ou d'une société d'exercice libéral à responsabilité ».

2) Voir pages 177 et suivantes.

libéraux. Dans la mesure où il n'existe pas de registre pour ces derniers, cette qualité découlera d'une déclaration personnelle et volontaire auprès de l'URSSAF ¹.

1. Avantages

352. L'article R 121-1 du code de commerce dispose qu' « est considéré comme conjoint collaborateur le conjoint du chef d'une entreprise commerciale, artisanale ou libérale qui exerce une activité professionnelle régulière dans l'entreprise sans percevoir de rémunération et sans avoir la qualité d'associé au sens de l'article 1832 du code civil ». Outre le fait qu'il confère des avantages d'un point de vue financier et social, le statut de conjoint collaborateur permet surtout de disposer de pouvoirs étendus dans la gestion de l'entreprise, tout en préservant son patrimoine personnel en cas de procédure collective ou de divorce et l'engagement de sa responsabilité.

353. L'article L121-7 du code de commerce prévoit que « dans les rapports avec les tiers, les actes de gestion et d'administration accomplis pour les besoins de l'entreprise par le conjoint collaborateur sont réputés l'être pour le compte du chef d'entreprise et n'entraînent à la charge du conjoint collaborateur aucune obligation personnelle ». A condition de figurer sur une mention au répertoire professionnel parce qu'exerçant une activité régulière ² dans l'entreprise sans percevoir de salaire, et s'il agit dans le cadre d'un acte de gestion ou d'administration, le conjoint collaborateur bénéficie d'une présomption de mandat du chef d'entreprise à l'égard des tiers. L'acte effectué sera valable puisqu'il sera effectué pour le compte du chef d'entreprise et lui seul. Par conséquent, le conjoint est déchargé de toute obligation personnelle puisqu'il dispose d'une présomption de non-commercialité et d'une présomption de mandat, difficiles à éluder, hormis la preuve par les tiers de la

1) « Le conjoint du chef d'entreprise après la loi du 2 août 2005 en faveur des PME, un statut rénové pour les conjoints collaborateurs », Suzel Castagné, JCP 2006, p. 2065.

2) Le conjoint collaborateur peut exercer une activité à l'extérieur de l'entreprise si celle-ci n'excède pas un mi-temps selon le décret n° 2006-966 du 1^{er} août 2006, en cas de dépassement de ce seuil il est présumé ne pas être bénéficiaire de ce statut.

conclusion par le conjoint d'un acte de disposition à la place du chef d'entreprise. Il en résulte que si l'acte passé par le conjoint a bien été accompli pour les besoins de l'entreprise pour l'administration et la gestion courante, il engagera à la fois le tiers et le chef d'entreprise, sans que la responsabilité personnelle de l'époux collaborateur ne puisse être engagée. Tel sera par exemple d'actes courants effectués dans le cadre de l'activité de l'entreprise tels la passation de commandes aux fournisseurs ¹, le règlement de facture par chèque ou par effet de commerce accepté par l'époux collaborateur ², la réception de marchandises ou la facturation, car ils n'entrent pas dans le champ des actes de commerce par nature posée à l'article L 110-1 du code de commerce, pas plus que dans celui des actes de commerce par accessoire qui est entendu strictement par la jurisprudence, *a fortiori* lorsqu'il s'agit du conjoint. Cette sévérité dans l'appréciation de la nature commerciale d'un acte se retrouve s'agissant du fonds de commerce, ce qui a des conséquences en matière de prescription, de preuve et de compétence de juridiction.

354. Par un arrêt de principe en date du 13 mai 1997 ³ la chambre commerciale de la Cour de Cassation a clairement affirmé que la commercialité d'un acte découle avant tout du contractant commerçant et non du fonds lui-même. La Cour affirme qu'au sens de l'article L110-1 du code de commerce, un acte accompli par un non-commerçant devient un acte de commerce « lorsqu'il est passé dans le but d'exercer un commerce et qu'il est indispensable à l'exercice de celui-ci ». En l'espèce, les faits étaient relatifs à un prêt souscrit par le conjoint collaborateur en vue de l'acquisition d'un fonds, exploité non par lui personnellement, mais par son époux commerçant.

355. Cette solution a été réitérée par la chambre commerciale dans un arrêt du 15 novembre 2005 ⁴ concernant un prêt souscrit par un conjoint collaborateur n'exploitant pas personnellement le fonds contre lequel une

1) Cass. Com 18 avril 1985, Bull. Civ. IV, n° 10.

2) *Ibid.*

3) Cass. Com 13 mai 1997, Dt des Affaires 1997, 753.

4) Cass. Com 15 novembre 2005, Dalloz 2006, 229, note E. Chevrier.

banque se retourne suite au redressement judiciaire de l'époux commerçant. L'appréciation de la commercialité et en l'occurrence de la solidarité ne se déduit donc pas de la seule participation du conjoint à l'achat du fonds, pas plus que du fonds lui-même, mais bien de la volonté de l'acquéreur du fonds d'exploiter personnellement le commerce, ce qui ne saurait être le cas d'un simple collaborateur. Celui-ci n'est donc pas solidaire du prêt finançant l'acquisition du fonds, en l'absence de stipulation d'une clause de solidarité, celle-ci ne se présument pas pour un non-commerçant.

356. Ce système de protection concernant les entreprises commerciales ou artisanales a été étendu au conjoint collaborateur du chef d'une entreprise libérale par la loi n°2005-882 en faveur des petites entreprises ¹. Il est hélas difficilement applicable puisque le conjoint se heurtera bien souvent à l'obligation de détention d'un diplôme spécifique pour l'exercice de la profession en question, telle le titre de pharmacien ou de médecin et plus globalement pour la majorité des professions médicales, paramédicales ou juridiques.

357. De même, ce statut de conjoint collaborateur a été étendu à l'époux de l'associé unique gérant d'une EURL ², ainsi qu'à celui du gérant majoritaire de SARL ou de SELARL, si ces sociétés ne dépassent pas le seuil de vingt salariés ³. Ce choix sera porté à la connaissance des autres associés à titre d'information et sans faculté d'opposition ⁴. Cette possibilité est salutaire pour le conjoint qui collabore régulièrement à l'activité sociétaire et qui ne peut faire d'apport pour acquérir le statut de conjoint associé, ou dont l'époux chef d'entreprise n'a pas les moyens financiers de l'employer en tant que salarié. Bien que critiquée en doctrine ⁵, l'impossibilité de cette extension à d'autres formes de sociétés de capitaux est compréhensible, du fait de la prise de

1) Art. 12 de la loi n° 2005-882, JO 3 août 2005, p 12639.

2) *Ibid.*

3) Décret n° 2006-966 du 1^{er} août 2006, art. 3.

4) Article L 121-4 alinéa 2 du code de commerce.

5) Suzel Castagné, « Le conjoint du chef d'entreprise », LexisNexis, Litec 2008, p. 112.

décisions de façon collégiale et de l'aspect très politique dans la gestion de la vie sociale pour cette catégorie de personnes morales, le chef d'entreprise n'y étant pas souverain. Il est en revanche curieux que cette option n'ait pas été ouverte pour les conjoints d'associés de SNC ou de SCA, du fait de l'assimilation de ces derniers aux commerçants. Sans doute faut-il y voir la prévalence de l'importance de la personnalité des associés pour déterminer l'*affectio societatis* dans ces formes de sociétés.

358. A cette liberté dans la gestion quotidienne, s'ajoute une quasi-immunité du patrimoine du conjoint collaborateur au titre de sa responsabilité personnelle qui ne saurait être engagée du fait de ses fonctions, s'il agit dans le cadre d'actes d'administration et de gestion. Ceci s'explique par la présomption de mandat impérative posée à l'article L 121- 7 du code de commerce, qui dispose que « dans les rapports avec les tiers, les actes de gestion et d'administration accomplis pour les besoins de l'entreprise par le conjoint collaborateur sont réputés l'être pour le compte du chef d'entreprise et n'entraînent à la charge du conjoint collaborateur aucune obligation personnelle ». Les tiers se heurteront donc à la fois à la présomption de mandat du conjoint collaborateur, mais aussi à l'exigence de preuve de passation par le conjoint d'actes de commerce à titre habituel pour pouvoir démontrer sa qualité de commerçant ¹ et l'engagement de sa responsabilité de ce fait ². Le statut de conjoint collaborateur permet donc d'éviter la qualification de commerçant de fait qui est très difficile à prouver en ce cas, sauf à démontrer que l'acte n'a pas été accompli « pour les besoins de l'entreprise » ³. Il appartient donc au chef d'entreprise seul d'endosser la responsabilité du fait d'un acte de gestion ou d'administration lésant les tiers, il lui est donc vivement conseillé de s'assurer des compétences professionnelles de son conjoint ⁴ avant de lui faire bénéficier du statut de collaborateur.

1) Article L121-3 du code de commerce.

2) « La protection du conjoint collaborateur...un leurre », N. Cocquempot-Gaulier, JCP E 2002, 676.

3) « Organisation générale du commerce : Actes de commerce, commerçants et fonds de commerce », B. Saintourens, RTDCom. 2005, p. 703.

4) *Ibid.*

359. La loi n° 2005-882 du 2 août 2005 en son article 13¹, a prévu une disposition fort protectrice du conjoint en cas de divorce, d'autant qu'il perd son statut au prononcé du divorce. Elle modifie l'article 1387-1 du code civil qui dispose à présent que « 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 de grande instance 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 ». Cette disposition d'ordre public qui concerne le conjoint quelque soit son statut et le régime matrimonial, trouve une application concrète s'agissant des cautionnements de prêts professionnels², n'est cependant qu'une faculté laissée à l'appréciation du juge du fond qui peut décider souverainement que le droit de gage de ces créanciers couvrira les biens propres de chaque époux³ ou leurs biens indivis après divorce. Selon les circonstances de fait, le juge a également la possibilité de décider « dans le cadre de la liquidation de la communauté ayant existé entre époux, et uniquement dans leurs rapports entre eux, que la contribution finale à la dette sera supportée exclusivement par le conjoint qui conserve le patrimoine professionnel, l'obligation à la dette n'étant nullement affecté par l'article 1387-1 du code civil et le créancier gardant donc le droit de poursuivre les deux époux »⁴. Il est probable que les magistrats se basent sur la consistance des patrimoines respectifs pour attribuer la dette au chef d'entreprise poursuivant seul l'activité. Il faut souhaiter qu'un conjoint s'étant contenté de collaborer ne reste pas tenu par une dette concernant un bien qui ne lui appartient pas ou plus, ce qui serait comparable à un cautionnement pour un tiers une fois le divorce prononcé.

1) Loi n° 2005-882 du 2 août 2005 en son article 13, JROF 3 août 2005.

2) « Le conjoint du chef d'entreprise après la loi du 2 août 2005 en faveur des PME, un statut rénové pour les conjoints collaborateurs », S. castagné, JCP E 2006, 1498.

3) Bourges, 24 janvier 2008, RJPF 2009-6/25, note Casey.

4) TGI Evreux, 17 novembre 2006, Defrénois 2008,316, obs. Champenois.

360. Si le statut de conjoint collaborateur apporte des avantages certains concernant les pouvoirs de gestion dans l'entreprise et une relative protection pour son patrimoine, c'est incontestablement d'un point de vue personnel et financier (avec le droit à l'épargne salariale, à la formation professionnelle et à la validation des acquis de l'expérience) et social (droits aux allocations maternité et à la retraite) que l'option est enviable.

- 361. L'article L 441-2 du code du travail ouvre au conjoint collaborateur l'accès à l'intéressement, c'est-à-dire à la prime sujette à avantages fiscaux, qui rémunère la réalisation d'une performance collective obtenue par le travail et les efforts d'un groupe de salariés. Ce droit est d'autant justifié par le caractère pour le moins surprenant de l'absence de rémunération ¹ du conjoint collaborateur, ne venant aucunement compenser un véritable salaire, il est donc permis de dire qu'il constitue un minimum de reconnaissance à l'aide fournie par le conjoint. Cela a été confirmé par la chambre sociale de la Cour de Cassation dans deux arrêts en date du 10 mai 2007 ², affirmant que « l'employeur ne peut remplacer un salaire par un abondement ».
- 362. Le conjoint collaborateur a également accès aux plans d'épargne entreprise (PEE) qui permet de se constituer une épargne sous la forme d'un portefeuille de valeurs mobilières, avec l'aide de l'entreprise. Bloquées pendant 5 ans minimum, les sommes détenues proviennent des versements volontaires et de l'abondement de l'entreprise. Le PEE peut également être alimenté par l'intéressement et la participation ³. La loi n°2006-1770 du 30 décembre 2006 réduit les versements volontaires sur un PEE par le conjoint au quart du montant du plafond annuel de la Sécurité Sociale, soit 8046 euros en 2015 ⁴, cette limitation étant compréhensible en raison de l'absence de salaire.

1) Voir pages 155 et suivantes.

2) Cass. Soc. 10 mai 2007 n° 05-45-676, Juris-Data n°2007-039241 et Cass. Soc. 10 mai 2007 n°05-45-677, Juris-Data n° 2007-038886.

3) <http://www.insee.fr/fr/methodes/default.asp?page=definitions/plan-epargne-entreprise.htm>

4) *Opere citato* S. Castagné, p. 129.

- **363.** Le conjoint collaborateur bénéficie du droit à la formation professionnelle continue. Cependant, une cotisation à ce titre est payée par le chef d'entreprise pour le conjoint du commerçant et du professionnel libéral ¹. Pour le conjoint collaborateur artisan, le chef d'entreprise n'a pas de cotisation majorée à verser au centre des impôts. Cette formation professionnelle permet au conjoint responsable des tâches administratives et de gestion de valider un savoir-faire grâce à un diplôme, mais aussi d'acquérir de nouvelles compétences dans un domaine spécialisé ². Répartie sur plusieurs années à raison de quelques jours par mois, elle s'accompagne d'un excellent taux de réussite aux diplômes ³.
- **364.** Dans le même esprit, le conjoint collaborateur a accès à la validation des acquis de l'expérience (VAE). Créé par la loi n° 96-603 du 5 juillet 1996, ce système permet au chef d'entreprise, aux salariés, aux conjoints ou partenaires de PACS de convertir leurs expériences professionnelles en diplômes. Il concerne essentiellement l'artisanat dans des secteurs strictement définis par la loi, tel le domaine alimentaire (boucherie, boulangerie par exemple) ou les soins esthétiques (comme la coiffure, ou l'esthétique-cosmétique) et ce, en raison de l'exigence de qualification dûe aux risques sanitaires ou d'accidents de l'activité sur le public. Le conjoint collaborateur doit pour en bénéficier constituer un dossier auprès de la chambre des métiers et de l'artisanat, détenir une expérience professionnelle de trois ans dans le domaine, suivre une formation en alternance et passer un examen consistant à une mise en situation devant un jury de professionnels. Méconnu, la VAE permet au conjoint collaborateur de reprendre l'entreprise familiale en cas de départ à la retraite du chef d'entreprise, de son invalidité, de sa maladie, de son décès ou encore d'exercer légitimement une profession en cas de divorce.

1) Taux de à 0, 34 % du montant annuel du plafond de la sécurité sociale pour les conjoints de commerçants et de 0, 15 % pour les conjoints de professionnels libéraux : Référence du 9/09/2015 :http://www.cma-lyon.fr/documents/pdf/social_collaborateur.pdf.

2) Réf. du 9/09/2015 :<http://www.femmesdelartisanat.com/dossiers-professionnels/formation-apprentissage/formation-gestion-dentreprise-geab-les-organismes-formation/>

3) *Ibid.*

- **365.** C'est dans le domaine social (indemnités de la sécurité sociale et retraite) que transparaissent les avantages de l'option pour ce statut, comparativement au conjoint assistant imprudent qui n'aurait pas opté pour un choix, malgré le caractère impératif de celui-ci.

366. D'une part ¹, le conjoint collaborateur ayant droit du chef d'entreprise, peut à titre personnel percevoir des indemnités journalières en cas de maladie, s'il est affilié depuis au moins un an au régime d'assurance maladie-maternité des travailleurs non salariés non agricoles et être à jour de ses cotisations, à la date du constat médical de l'incapacité au travail. Ce droit s'applique aux périodes d'activité à compter de l'année 2014.

367. Le décret n° 2014 – 1340 du 6 juin 2014 ² dispose qu'à compter du 01/01/2015 les conjoints collaborateurs pourront s'assurer volontairement contre les risques d'accidents du travail et maladies professionnelles, pour bénéficier des mêmes prestations que les autres assurés.

368. En cas de maternité, l'épouse collaboratrice bénéficie de l'allocation de repos maternel et en cas d'embauche d'un salarié pour son remplacement temporaire, une allocation de remplacement peut être allouée. Depuis le 01/01/2013 le congé paternité a été élargi et est ouvert notamment à l'époux collaborateur.

369. D'autre part ³, l'adhésion au régime vieillesse est impératif pour le conjoint collaborateur. L'assiette de cotisation peut être choisie : sur la base du tiers du plafond annuel de sécurité sociale en vigueur ou sur la base du tiers ou de la moitié du bénéfice industriel et commercial (BIC) de l'entreprise, ou encore partagée entre le chef d'entreprise et le conjoint un tiers – deux tiers ou la moitié du BIC pour chacun (il n'y a dans cette hypothèse pas de

1) Référence du 9/09/2015 : http://www.cma-lyon.fr/documents/pdf/social_collaborateur.pdf

2) *Opere citato*: http://www.cma-lyon.fr/documents/pdf/social_collaborateur.pdf.

3) Référence du 9/09/2015 : <https://www.cfe-metiers.com/HTM/StatutConjoints.pdf>

charge supplémentaire pour l'entreprise, mais le bénéfice doit être suffisamment élevé pour que les droits du dirigeant ne soient pas amoindris de façon trop importante ¹.

370. Ces protections remettent en question le fait que tous ces avantages sociaux soient classiquement liés à la perception d'un salaire. Ils découlent à présent du fait de travailler et s'expliquent par le versement par le chef d'entreprise de cotisations, forme d'avantages concédés en raison de la reconnaissance des tâches effectuées par le collaborateur et du lien sentimental. Mais ces droits sociaux du conjoint collaborateur soulèvent des questions pour d'autres catégories de travailleurs au sens pratique du terme. Les stagiaires en particulier, ne bénéficient pas de ces protections, hormis la capitalisation du temps de travail pour quelques trimestres de retraite, alors qu'ils effectuent bien souvent les mêmes tâches que des salariés et ce, à moindre coût pour le chef d'entreprise.

2. Inconvénients

371. Le statut de conjoint collaborateur recèle deux inconvénients majeurs (pas de bénéfice d'une procédure collective et absence de rémunération) qui témoignent que l'option est à choisir à défaut de mieux.

372. Comme il le sera étudié dans la partie consacrée aux conséquences d'une procédure collective sur le couple du chef d'entreprise ², la qualité de commerçant confère un certain nombre d'avantages tels la grande liberté de gestion de l'activité, l'application du régime des baux commerciaux, la prescription quinquennale, la preuve par tous moyens et le règlement des litiges entre commerçants devant la juridiction consulaire où l'assistance par un avocat est facultative, ce qui sous-entend des économies financières en

1) *Ibid.*

2) Voir pages 220 et suivantes.

cas de contentieux. Le statut de commerçant permet surtout de pouvoir bénéficier d'une procédure collective en cas de difficultés de l'activité, dont le but est de sauver l'entreprise avec l'arrêt du cours des créances et l'assistance d'un administrateur judiciaire. Celui-ci est un professionnel désigné par le tribunal lorsqu'une entreprise fait l'objet d'une procédure de redressement judiciaire ou d'une procédure de sauvegarde. Il est chargé de défendre les intérêts de la société, face au mandataire judiciaire, défenseur des intérêts des créanciers. Il aide le chef d'entreprise à trouver des solutions pour la sauvegarde et la continuation de l'activité de l'entreprise ¹, la liquidation judiciaire n'étant prononcée qu'en ultime recours. La qualité de commerçant, d'artisan ou de professionnel libéral exerçant son activité sous la forme d'une société permet avant tout, dans la plupart des cas, de faire écran contre les créanciers et donc de préserver son patrimoine personnel. Or, le conjoint collaborateur n'est pas commerçant, artisan ou professionnel libéral puisqu'il ne remplit pas les critères déterminants pour obtenir ce statut, ce qui se traduit par une simple mention de son statut au répertoire professionnel ou auprès de l'URSSAFF.

373. Il ne peut donc demander à bénéficier de ce régime en vertu de la présomption de non-commercialité qui découle du choix pour son statut. Une décision de la cour d'appel d'Angers du 23 janvier 1996 ² a, pour ces motifs, interdit à l'épouse d'un débiteur de réclamer l'extension de la procédure collective de son mari à son égard. En effet, la jurisprudence refuse au conjoint collaborateur de réclamer la qualité de commerçant, même s'il en retirerait un bénéfice ³. La cour d'appel de Rouen, dans une décision du 12 novembre 1992 ⁴ a constaté que la présomption de non-commercialité « renforcée par le statut en faveur duquel le conjoint a opté, revêt à l'égard de

1) Référence du 10/09/2015 : https://fr.wikipedia.org/wiki/Administrateur_judiciaire

2) CA Angers, 23 janvier 1996, JCP E 1996, pan. 392.

3) *Opere citato* N. Cocquempot-Caulier.

4) CA Rouen, 12 novembre 1992, RJDA 1993, p. 343

celui-ci, un caractère irréfragable lui interdisant de démontrer que cette qualification ne correspondrait pas à la réalité ». La chambre commerciale de la Cour de Cassation a confirmé cette jurisprudence dans un arrêt du 11 février 2004 ¹. En l'espèce ², Monsieur exerçait une activité de vente de carburants et réparation de véhicules avec la participation de sa femme, celle-ci mentionnée au registre du commerce et des sociétés (RCS) en qualité de conjoint collaborateur. Le mari a été déclaré en liquidation judiciaire et il a demandé au tribunal d'étendre la procédure de liquidation judiciaire à sa femme, au motif que Madame était associée de fait, passait les commandes auprès des fournisseurs et bénéficiait d'une procuration sur le compte de l'entreprise. La demande est rejetée. L'épouse a fait appel, reprochant au tribunal d'avoir conféré un caractère irréfragable à la présomption de non-commercialité attachée à l'inscription du conjoint au RCS en qualité de collaborateur. La cour d'appel a confirmé la décision de première instance. En effet, selon l'article L 123-8 du code de commerce la qualité de commerçant découle de l'immatriculation au RCS et par application de l'article L 123-6 du même code, le conjoint collaborateur est présumé avoir reçu un mandat du chef d'entreprise pour l'accomplissement des actes d'administration, seul ce dernier remplissant les critères nécessaires au bénéfice d'une telle procédure. L'état de la jurisprudence est fort critiquable du fait que le chef d'entreprise sera tenu envers les créanciers sur son patrimoine personnel à hauteur de ses apports dans sa société.

374. Son conjoint étant solidairement tenu avec lui des dettes en régime de communauté, il sera de ce fait indirectement atteint via le règlement des créances sur le patrimoine de la communauté. Il ressort néanmoins d'une décision de la deuxième chambre civile du 14 septembre 2006 ³, que le conjoint peut demander l'ouverture d'une procédure de surendettement, à la

1) Cass. Com. 11 février 2004 Bull. n° 28, pourvoi n° 01-00.430.

2) Référence du 10/09/2015 : <http://www.onb-france.com/economica/Que-devient-le-conjoint.html>

3) Cass. 2^{ème} Civ. 14 septembre 2006, BRDA 2006, n° 19, p. 9.

condition que le juge du fond ait constaté qu'il ne remplit pas les exigences pour revêtir la qualité de commerçant ou d'artisan.

375. En revanche, les tiers peuvent demander l'extension de la procédure collective à l'encontre du conjoint collaborateur s'ils y trouvent intérêt et à la condition qu'ils démontrent la commercialité de fait du conjoint. Cette preuve sera apportée uniquement en réussissant à établir que le collaborateur a effectué des actes de disposition (cession d'un élément du fonds, constitution d'hypothèque par exemple), puisque son statut lui confère la qualité de mandataire pour les actes d'administration courante.

376. D'autre part, l'inconvénient caractéristique du statut de conjoint collaborateur réside dans l'absence de rémunération pour les tâches qu'il accomplit dans l'entreprise ¹ et par conséquent, l'inexistence de droit aux indemnités de chômage en cas de cessation de son activité ou dissolution du lien matrimonial. Cela s'explique du fait que le législateur a pensé ce statut pour des entreprises à l'activité modeste, n'ayant pas les moyens financiers d'embaucher le conjoint en tant que salarié.

377. Le conjoint collaborateur peut cependant prétendre à un salaire différé, c'est-à-dire à une rémunération *a posteriori* de son activité. L'article 14 de la loi n°2005-882 du 2 août 2005 ² prévoit que « le conjoint survivant du chef d'une entreprise artisanale, commerciale ou libérale qui justifie par tous moyens avoir participé directement et effectivement à l'activité de l'entreprise pendant au moins dix années, sans recevoir de salaire ni être associé aux bénéfices et aux pertes de l'entreprise, bénéficie d'un droit de créance d'un montant égal à trois fois le salaire minimum interprofessionnel de croissance annuel en vigueur au jour du décès dans la limite de 25 pourcent de l'actif successoral ». Le conjoint peut se heurter à des difficultés de preuve pour démontrer l'effectivité de son travail et surtout, trouve dans cette faculté une bien maigre consolation en cas de divorce : s'il est acceptable de penser

1) Article R 121-1 du code de commerce.

2) Loi n°2005-882 du 2 août 2005 - art. 16 JORF 3 août 2005

qu'en travaillant bénévolement dans l'entreprise, il trouve une compensation dans l'enrichissement du patrimoine de la communauté par le biais des revenus en découlant amenés par le chef d'entreprise, il faut admettre qu'un conjoint collaborateur marié sous un régime séparatiste, par nature dénué de patrimoine communautaire, aura travaillé moyennant un salaire différé bien dérisoire.

378. Or ce système est contestable au regard de l'article 23 de la déclaration universelle des droits de l'homme de 1948 qui dispose que "toute personne a droit au travail, au libre choix de son travail, à des conditions équitables et satisfaisantes et à la protection contre le chômage. Tous ont droit, sans aucune discrimination, à un salaire égal pour un travail égal".

379. De même, le préambule de la Constitution du 27 octobre 1946, prévoit que "la loi garantit à la femme, dans tous les domaines, des droits égaux à ceux de l'homme" et "nul ne peut être lésé, dans son travail ou son emploi, en raison de son origine, de ses opinions ou de ses croyances".

380. Ces textes étant supérieurs à la législation française au nom de la pyramide des normes juridiques, l'absence de rémunération n'est justifiable que si les tâches effectuées par le conjoint ne peuvent être considérées comme un travail, mais comme une simple assistance. Si les activités qu'il exerce sont au contraire considérées comme un travail à part entière, il paraît discriminant de priver le conjoint collaborateur des dispositions très protectrices du code du travail et il faut souhaiter qu'une évolution aboutisse à instaurer pour lui une forme de rémunération impérative, calquée sur le modèle du stagiaire. Pour celui-ci la loi n° 2014-788 du 10 juillet 2014 qui favorise le développement des stages et réforme leurs règles d'encadrement impose une gratification obligatoire non imposable d'un montant de 554,40 euros au minimum au 1er septembre 2015 ¹, correspondant à quinze pourcent du plafond horaire de la sécurité sociale, ainsi qu'un droit aux congés payés.

1) Référence du 10 septembre 2015 :<http://www.gouvernement.fr/action/l-encadrement-des-stages>

B. Le statut de conjoint salarié, solution idéale

381. L'article L 121-4 du code de commerce propose au conjoint qui travaille régulièrement dans l'entreprise un choix impératif pour l'un des trois statuts possibles, parmi lesquels se trouve le statut de conjoint salarié, celui-ci étant applicable également aux partenaires de PACS et aux concubins, puisqu'il est calqué sur le statut général de salarié. Il s'avère être extrêmement protecteur car il revêt un grand nombre d'avantages (1), mais peut supporter certains inconvénients (2) d'ordre discriminant pour le chef d'entreprise et de risques de fraude pour l'administration.

1. Avantages

382. A condition de remplir les conditions d'un contrat de travail, ce statut fait bénéficier au conjoint d'une excellente protection dans divers domaines. Le conjoint, tout comme les autres salariés de l'entreprise, doit :

- participer effectivement à l'activité de l'entreprise à titre habituel et professionnel de manière partielle ou à temps complet,
- être titulaire d'un contrat de travail correspondant à un emploi effectif et recevoir des fiches de paie mensuelles,
- percevoir un salaire proportionnel à sa qualification, au minimum égal au SMIC.

383. Le seul critère et non des moindres, qui différencie le conjoint salarié du salarié classique réside dans le fait que si ces trois conditions sont réunies, il n'est pas nécessaire de démontrer l'existence d'un lien de subordination avec le chef d'entreprise pour établir la preuve d'un contrat de travail. Le lien de subordination est caractérisé par l'exécution d'un travail « sous l'autorité de l'employeur, qui dispose du pouvoir de donner des instructions, d'en contrôler l'exécution et de sanctionner les manquements » de son salarié ¹.

1) Dictionnaire juridique, édition 2015.

384. Or, depuis l'arrêt de la chambre sociale de la Cour de Cassation du 6 novembre 2001 ¹, rendu sous l'empire de l'article L 784-1 du code du travail abrogé au 1^{er} mai 2008, le critère de subordination est abandonné pour l'application au conjoint salarié des règles protectrices du droit du travail. En l'espèce, des époux s'étaient séparés avant que l'exploitante du fonds de commerce dans lequel son mari travaillait comme directeur commercial, après avoir lui-même été locataire-gérant, ne licencie ce dernier pour faute lourde ².

385. La chambre sociale casse la décision de la cour d'appel qui considérait que l'absence de la preuve de la subordination était insuffisamment établie. La Cour de Cassation exclut la prise en considération de l'existence ou de l'absence de lien de subordination entre époux, tout comme la jurisprudence l'avait fait au sujet des travailleurs à domicile ³, au profit du critère de la rémunération, qui devient suffisant (avec la participation effective à titre professionnel à l'activité) pour la reconnaissance du statut de conjoint salarié et l'application du droit du travail ⁴.

386. L'arrêt de la chambre sociale de la Cour de Cassation du 24 janvier 2007 ⁵ s'inscrit dans le droit fil de cette jurisprudence désormais établie, qui pose une présomption de salariat en présence des conditions de participation de manière régulière et professionnelle à l'activité et de rémunération. En l'espèce, la haute juridiction a constaté qu'« en ayant rejeté les demandes d'une épouse liées à l'exécution et à la rupture d'un contrat de travail, alors qu'il résulte de ses propres constatations qu'elle a travaillé effectivement dans le cabinet d'avocat de son mari, en vertu d'un contrat de travail à temps partiel, à titre professionnel et habituel et que cette activité s'est poursuivie, la

1) Cass. Soc. 6 novembre 2001, JCP E 2002, n° 13, p. 575, note Corrigan-Carsin.

2) Cass. Soc. 6 novembre 2001, Dalloz 2002, 987, note Rossi

3) Cass. Soc. 14 décembre 1983, Dt du travail 1984, n°136.

4) *Ibid* Rossi.

5) Cass. Soc. 24 janvier 2007 n° 05-44346 Juris-Data n° 2007-037056.

poursuite ultérieure du travail sans rémunération et sans protestation de l'intéressée ne pouvant constituer la preuve d'une rupture amiable, la cour d'appel a violé les articles L 121-1 et L 784-1 du code du travail et l'article 1134 du code civil ».

387. La jurisprudence abandonnant le critère du lien de subordination entre conjoints est compréhensible, puisqu'il est difficilement concevable d'un point de vue humain d'introduire une suprématie de l'un des membres du couple sur l'autre. Cette recherche d'égalité dans le couple est inscrite dans la loi du 4 juin 1970, qui supprime la notion de chef de famille au profit de l'autorité parentale conjointe, et dans la loi du 23 décembre 1985 avec la réforme des régimes matrimoniaux, qui permet aux époux de devenir véritablement égaux. Le lien de subordination ne peut donc s'admettre entre époux quelles que soient les circonstances.

388. Les dispositions relatives au conjoint salarié ont suscité la question de savoir si ce statut différait de celui de salarié au sens traditionnel. Par un arrêt du 13 décembre 2007 ¹, la chambre sociale de la Cour de Cassation, a précisé que « la participation de l'époux doit être accomplie à titre professionnel et dans des conditions ne relevant pas de l'assistance entre époux. L'activité du conjoint de l'employeur est considérée comme étant identique à celle d'un salarié dans les mêmes conditions et qui requiert des compétences spécifiques ». Le conjoint salarié est donc bien un salarié comme les autres, qui bénéficie d'une présomption irréfragable de salariat depuis la directive n° 2008-13 ² de la direction des affaires juridiques du 27 mars 2008.

389. Le conjoint salarié bénéficie donc de tous les droits découlant du statut de salarié et ce, indépendamment de la dissolution ultérieure du lien matrimonial avec le chef d'entreprise: droit à la retraite, sécurité sociale, indemnités de chômage, de maternité ou de maladie, congés payés, validation

1) Cass. Soc. 13 décembre 2007, F+P+B n° 06.45.243.

2) Référence du 17/09/2015 :http://www.lexisnexis.fr/pdf/DO/Directive_Unxdic_nx_2008-13.pdf

des acquis de l'expérience et formation professionnelle. Véritable atout pour le conjoint, le statut revêt pourtant des désavantages pour le chef d'entreprise et l'administration.

2. Inconvénients

390. L'emploi du conjoint salarié suppose que l'activité génère suffisamment de bénéfices pour pouvoir permettre au chef d'entreprise de verser un salaire. A cela, s'ajoute l'inconvénient du paiement de charges patronales conséquentes à l'URSSAF. De plus, alors qu'en principe le chef d'entreprise peut déduire de son compte de résultats les salaires versés à ses employés, cette règle est applicable limitativement en ce qui concerne son conjoint salarié, ce qui s'explique par la crainte des emplois fictifs par l'administration.

391. Le chef d'entreprise artisan ou commerçant - dès lors qu'il exerce son activité sous la forme d'une société - peut déduire le salaire de son conjoint sous certaines conditions : Pour les entreprises soumises à l'IS, le salaire du conjoint peut être intégralement déduit des bénéfices annuels imposables. Pour les entreprises individuelles ainsi que celles soumises à l'IR, le salaire du conjoint est déductible : intégralement lorsque le couple est marié sous le régime de la séparation de biens ou lorsque l'entreprise a adhéré à un centre de gestion agréé et dans la limite de 13 800 euros dans les autres cas ¹. A compter du 1er janvier 2016, la déduction sera plafonnée à 17 500 € pour toutes les entreprises, l'absence de plafond restant la règle pour les couples mariés sous le régime de la séparation de biens. Ceci s'explique par le fait que le couple n'a alors pas de patrimoine commun et donc, théoriquement, pas d'intérêt financier commun. Pourtant, cet argument ne saurait justifier la discrimination entre régimes matrimoniaux, en raison du caractère parfois fictif d'intérêts distincts dans le couple, avec de possibles attributions de biens du

1) Référence du 12/09/2015 : <http://droit-finances.commentcamarche.net/contents/621-conjoint-salarie-le-statut-du-conjoint-salarie>

couple ou du chef d'entreprise, préalablement au choix de ce régime, au patrimoine du conjoint, afin d'échapper aux créanciers professionnels.

Pour le conjoint salarié, le salaire perçu est soumis à l'impôt sur le revenu ¹.

392. Le chef d'entreprise professionnel libéral déclare en plus des bénéfices industriels et commerciaux, les revenus perçus par le collaborateur salarié dans la catégorie des traitements et salaires. Il est soumis aux mêmes conditions ² de déduction pour les salaires versés à son conjoint que le chef d'entreprise commerçant ou artisan exerçant sous une forme sociale, dès lors qu'il acquitte les cotisations sociales ³. Il n'est cependant pas prévu à l'heure actuelle de remonter le plafond de déduction pour ces professions.

C. Le statut de conjoint associé, source d'égalité dans le couple

393. La loi n° 82-596 du 10 juillet 1982 a modifié l'article 1832-1 du code civil et rendu possible les sociétés entre époux, même s'ils n'emploient que des biens communs pour constituer les apports ou financer l'acquisition des parts sociales. Jusque là, elles étaient prohibées au nom de l'immutabilité des régimes matrimoniaux, en prévision d'éventuels abus de majorité ou de minorité et surtout pour protéger les biens communs du couple. Ce statut d'associé, ouvert également aux concubins et aux partenaires de PACS, rejoint la parité dans le couple recherchée par le droit des régimes matrimoniaux, contrairement aux autres choix de l'article L121-4 du code de commerce (conjoint collaborateur ou salarié). Si le conjoint associé bénéficie d'avantages considérables (1), des inconvénients peuvent cependant apparaître pour celui-ci, ainsi que pour le chef d'entreprise et les autres associés (2).

1) *Ibid.*

2) Article 154 du code général des impôts.

3) Référence du 12/09/2015 : <http://www.vieliberale.fr/exercice-en-liberal-professionnels-sante/statut-du-conjoint-du-professionnel-sante-liberal.html#paragraphe4322>

1. Des avantages indéniables pour le conjoint

394. La qualité d'associé étant reconnue uniquement à l'époux qui a fait l'apport ou qui réalise l'acquisition selon l'article 1832-2 alinéa 2 du code civil, l'alinéa 3 prévoit en raison de l'esprit traditionnellement communautaire du mariage, la possibilité pour son conjoint de notifier à la société son intention d'être personnellement associé, pour la moitié des parts souscrites ou acquises. Cette disposition n'est valable que pour les sociétés dont les parts ne sont pas négociables (sociétés de personnes telles les SEL, SNC, sociétés civiles professionnelles) et s'applique aussi à l'époux du dirigeant d'une SARL¹. Elle vaut dès lors que l'un des époux marié sous un régime communautaire entre dans une société durant l'union.

395. La qualité d'époux commun en biens témoigne d'un statut privilégié car le conjoint peut s'il le souhaite, acquérir la qualité d'associé à l'aide de biens propres ou de biens communs, au moment de la création de la société, ou ultérieurement en cas d'augmentation de capital. L'intention du législateur révèle le souci de faire profiter le conjoint de l'associé des opportunités d'enrichissement qui se présentent à son époux (le droit à une part du capital social en échange d'un apport) et par là même, de la volonté d'égalité dans la gestion des affaires. L'esprit communautaire du mariage paraît donc bien prévaloir sur l'indépendance professionnelle de l'individu marié en matière sociétale.

396. Ce droit à entrer dans la société est garanti par un formalisme témoignant d'un souci de garantir l'information du conjoint de l'associé. En effet, l'article 1427 du code civil prévoit la nullité de l'acte engageant des biens communs passé au mépris de l'approbation du conjoint, ce qui est applicable au cas de souscription de parts sociales au moyen de deniers communs lors de la constitution de la société ou lors de l'entrée en société d'un époux, et

1) Référence du 24/09/2015 : <http://www.documentissime.fr/dossiers-droit-pratique/dossier-242-le-statut-du-conjoint-associe/le-statut-du-conjoint-associe.html>

renforce l'effectivité de l'information. Cette solution se justifie par la présomption de communauté des biens acquis durant le mariage. La première chambre civile, dans un arrêt du 11 juin 1996 ¹, a retenu qu' « une cour d'appel peut décider qu'un époux commun en biens dont le conjoint a acquis des parts sociales, a la qualité d'associé, sans avoir à rechercher si les parts ont été effectivement acquises avec des biens communs, en raison de la présomption de communauté résultant de l'article 1404 du code civil qui met à la charge des tiers la preuve du caractère propre des deniers ayant servis à l'acquisition. ». Cependant, comme il le sera constaté, cette présomption peut jouer à la défaveur du conjoint de l'associé ².

397. En cours de vie sociale, le conjoint d'un associé peut demander à revêtir lui aussi cette qualité, puisque si aucune obligation d'information de la possibilité de souscrire au capital n'est posée clairement dans la législation, le conjoint a la faculté de réclamer la qualité d'associé jusqu'à la dissolution du mariage. Cela peut imposer la nécessité d'un retrait d'un associé ou d'une augmentation de capital dans certains cas fâcheux, si une clause d'agrément n'a pas été prévue dans les statuts.

398. Cet accès à la société est d'autant plus facilité que l'époux désireux de devenir associé peut, pour devenir propriétaire de parts sociales, effectuer des apports en numéraire, en nature ou en industrie. Ces derniers permettent au conjoint travaillant avec le chef d'entreprise d'acquérir la qualité d'associé, alors qu'il ne possède pas les moyens matériels de souscrire au capital. Ils doivent être précisés dans les statuts ou dans un contrat d'apports pour des raisons probatoires. Les apports en industrie doivent correspondre à un véritable savoir-faire, à un apport de connaissances indispensable à l'entreprise ou à un véritable travail au sein de la société, et non pas à une simple aide occasionnelle. Ils ne sont possibles que dans l'hypothèse d'une société dont l'activité professionnelle des associés n'est pas soumise à des conditions de diplômes spécifiques ou à la qualité de commerçant (avec l'inscription au RCS), à moins que le conjoint réponde à ces exigences. Les

1) Cass. Civ. 1 ère, 11 juin 1996, Bull.Civ. I, n°251.

2) Voir page 169.

apports en industrie ne donnent traditionnellement pas droit à une partie du capital social puisque celui-ci constitue le gage des créanciers, mais permettent au conjoint d'exercer un pouvoir de gestion dans la société (droit de vote aux assemblées s'il y a lieu et donc participation aux décisions) et surtout, de percevoir une partie des bénéfices et dividendes. La quote-part des bénéfices de l'apporteur en industrie est librement déterminable dans les statuts et à défaut, correspond à celle de l'associé ayant le moins apporté ¹. Il est recommandé de faire constater ces apports par acte authentique, afin d'éviter la requalification en donation déguisée entre époux et une éventuelle révocation de l'acte. Le conjoint associé a droit aux dividendes, part des bénéfices distribuables en numéraire ou sous forme d'actions, ainsi qu'au *boni* de liquidation à la dissolution de la société. Le conjoint associé profite donc des pouvoirs de gestion et des droits patrimoniaux dont tout associé dispose.

399. Il existe un débat doctrinal sur la question de savoir si l'apport en industrie est cumulable avec contrat de travail ². Le professeur Laure Nurit-Pontier ³ considère qu'un contrat de travail n'est possible pour l'apporteur en industrie que si ce travail consiste en des tâches de direction. D'autres ⁴ soutiennent que le cumul est possible si le travail consistant en de simples tâches d'exécution est bien distinct des fonctions de direction de l'associé. Or l'apport en industrie présente beaucoup plus d'intérêt sur un plan pécuniaire pour le conjoint qui travaille avec le chef d'entreprise, si ce cumul est possible et si les finances de l'entreprise permettent d'avoir un salarié. Il est donc préférable d'admettre le cumul pour le conjoint, d'autant que la jurisprudence a abandonné la nécessité d'un lien de subordination ⁵ pour le conjoint salarié, ce qui favorise cette admission.

1) Article 1844-1 du code civil.

2) Référence du 25/09/2015 : <http://www.djce-nancy.fr/images/revue/Apportenindustrie.pdf>

3) « Repenser les apports en industrie », L. Nurit-Pontier, LPA 3 juillet 2002, n°132, p. 4, n°5.

4) « L'apport en industrie », S. Schille, P. Etain, P-J Gaudel, Actes pratiques et ingénierie sociale, Revue bimestrielle LexisNexis Jurisclasseur, mars/avril 2010, p.6.

5) Voir page 186.

400. Le conjoint associé bénéficie d'une protection sociale et il est affilié au régime général de la sécurité sociale si la société est commerciale ou au régime social des professions indépendantes tout comme le chef d'entreprise, s'il est associé dans une société de personnes. Il acquiert des droits sur la base des cotisations qu'il verse sur une assiette égale à la part des bénéfices qui lui reviennent de la société ¹. Cet avantage présente certes un intérêt en cas de maternité ou de maladie par exemple, mais est transparent pour le conjoint en matière de remboursement de frais médicaux, puisqu'en cette matière la qualité d'ayant droit suffit à la prise en charge. En outre, dans l'hypothèse d'une détention de capital à deux, la gérance est réputée majoritaire ; les deux associés peuvent bénéficier de la protection sociale des gérants, et surtout cotiser à des régimes de retraite par capitalisation ².

401. Le conjoint associé bénéficie en outre du plan d'épargne entreprise et de l'intéressement ³, ainsi que du droit à la formation professionnelle et de la validation des acquis de compétences.

2. Inconvénients de la société entre époux

402. Les parts sociales permettent au conjoint associé d'enrichir son patrimoine personnel et d'être propriétaire du titre, tout comme le chef d'entreprise, ainsi que de participer activement et légitimement à la gestion de la société. Elles témoignent de la reconnaissance de son implication dans l'entreprise et reflètent l'égalité dans le couple travaillant ensemble. Néanmoins, ce statut peut s'avérer dangereux pour les autres associés (c), le chef d'entreprise (b) et *a fortiori* pour le conjoint (a).

1) Référence du 25/09/2015 :http://lentreprise.lexpress.fr/creation-entreprise/statuts/le-conjoint-associe_1533504.html

2) Référence du 29/09/2015 :<http://www.lamaisondelentrepreneur.com/blog/tag/conjoint-associe>

3) Articles L 443-1 et L 441-1 du code du travail.

a. La qualité de conjoint associé, un statut risqué pour l'époux

403. Outre le fait qu'une mésentente avec le chef d'entreprise portant sur la politique de gestion de la société soit susceptible de se répercuter sur l'harmonie du ménage, le conjoint associé peut engager sa responsabilité s'il commet une faute de gestion et peut voir son patrimoine personnel engagé si la société n'honore pas ses dettes :

404. dans les sociétés de capitaux, le conjoint associé est tenu des dettes sociales en cas de défaillance de la société, et ce, à concurrence de ses apports et à la condition que la qualité d'associé du conjoint soit clairement établi. Dans un arrêt de la troisième chambre civile du 20 février 2002 ¹, la haute juridiction a en effet relevé qu'« une épouse ne peut être condamnée *in solidum* avec son mari au paiement des dettes sociales, en raison du caractère commun des parts sans que les juges aient recherché si elle avait, comme son mari, la qualité d'associé ». Il s'agit donc d'une responsabilité limitée, s'il ne s'est pas porté caution sur ses biens propres. Cependant, s'il exerce des fonctions de gestion aux côtés du chef d'entreprise, il peut être tenu de combler le passif social ce qui met en péril les masses propres et celui de la communauté.

405. Dans les sociétés de personnes, où les associés sont solidairement et indéfiniment responsables, le patrimoine familial peut être durement atteint en cas d'apports conséquents, puisque le couple engagera les biens de la communauté et les biens propres de chacun. Il est également sujet à voir engagée sa responsabilité en cas de faute de gestion de sa part.

406. Il faut noter qu'à l'instar du conjoint collaborateur, le statut de conjoint associé sans contrat de travail n'ouvre pas de droits à l'assurance chômage, ce qui est un désavantage majeur en cas de liquidation judiciaire de la société.

1) Cass. Civ. 3^eème, 20 février 2002, LPA 18 juin 2003, note Dondero.

b. Un statut risqué pour le chef d'entreprise en cas de divorce

407. L'article 1832-2 alinéa 3 du code civil qui prévoit la possibilité de revendiquer la qualité d'associé pour le conjoint à hauteur de la moitié des parts souscrites ou acquises par son époux déjà associé, aussi longtemps que perdure le lien matrimonial, peut poser problème pour le chef d'entreprise. En effet, il est possible d'imaginer qu'un conjoint revendique cette qualité pendant l'instance de divorce, afin d'accroître ses droits patrimoniaux : Le conjoint devient ainsi propriétaire de 50 % du capital et de 50 % des éventuels comptes courants créditeurs détenus par celui ou celle dont il se sépare. La chambre commerciale dans un arrêt du 18 novembre 1997 ¹, a retenu que « la notification par un époux de son intention d'être personnellement associé pour la moitié des parts souscrites ou acquises par son conjoint, peut intervenir tant que le jugement de divorce n'est pas passé en force de chose jugée », c'est-à-dire jusqu'à l'homologation du jugement. Pour prémunir le chef d'entreprise de toutes déconvenues, la solution consiste alors à penser à questionner le conjoint dès que les parts sont acquises ou souscrites et que l'harmonie règne dans le ménage. La chambre commerciale dans un arrêt du 12 janvier 1993 ² a précisé que « le conjoint qui renonce par écrit, clairement et sans réserve, à revendiquer la qualité d'associé au titre de l'apport effectué par son époux à une SARL ne peut revenir ultérieurement sur cette décision ».

408. Si le conjoint a revendiqué la qualité d'associé durant le mariage, il est préférable pour le chef d'entreprise de faire en sorte de lui conférer une part dans le capital social largement inférieure à la sienne, afin d'éviter les risques de paralysie des décisions en cas d'éventuel divorce.

409. Une solution encore plus efficace consiste à faire préciser dans les statuts signés par les deux conjoints, qu'en cas de divorce, celui qui n'était pas initialement associé renonce à ses droits à le devenir ³. Cela ne lui retire

1) Cass. Com, 18 novembre 1997, RTDCiv. 1998, 889, obs. Hauser.

2) Cass. Com, 12 janvier 1993, Defrénois 1993, 508, bs.Le Cannu.

3) Référence du 29/09/2015 : <http://www.lamaisondel'entrepreneur.com/blog/tag/conjoint-associe>

pas sa quote-part de la valorisation de la société. Dans cette situation, il ne sera donc pas associé, mais devra se voir attribuer un ou plusieurs biens dont la valeur correspondra à 50 % de la valeur de la société ¹.

c. Inconvénients pour les autres associés

410. Les possibilités pour le conjoint de revendiquer la qualité d'associé entraînent pour les autres sociétaires le risque de se voir imposer un associé qu'ils n'ont pas choisi, ce qui peut mettre en cause un des éléments de l'*affectio societatis* et poser des problèmes de mésentente dans la gestion des affaires et les exposent à d'éventuels abus de majorité. C'est pourquoi, dans la plupart des formes sociales, il est possible d'insérer dans les statuts une clause d'agrément. Il s'agit d'une procédure par laquelle les associés de certaines sociétés approuvent ou refusent la cession ou la transmission de parts ou d'actions à une personne ; Ils peuvent ainsi s'opposer à l'admission de nouveaux associés ou à l'accroissement de la participation d'associés en place ². Ces clauses sont susceptibles d'être insérées dans les statuts ou dans des pactes d'actionnaires. La question se pose de savoir si ces clauses peuvent s'appliquer au conjoint d'un associé, étant donné que la loi lui confère ce droit de revendication. Dans les sociétés d'actions où l'*affectio societatis* est faible, l'article L 228-23 du code de commerce ouvre cette possibilité aux sociétés par actions telles les SA, qui ne sont pas admises aux négociations sur un marché réglementé. Elles sont aussi habituellement possibles pour les SAS en application de l'article L227-13 du Code de commerce, ce qui se justifie par la grande liberté contractuelle des associés dans les statuts qui caractérise ce type de forme sociale. Le conjoint d'un associé peut donc se voir refuser l'accès à ces types de sociétés.

411. Dans les sociétés où les titres correspondent à des parts sociales, SARL et surtout les sociétés de personnes, le contrôle des associés sur l'entrée dans la société est plus ample :

1) *Ibid.*

2) Référence du 30/09/2015 :
<http://www.journauldunet.com/management/expert/53877/clauses-d-agrement-entre-associes--les-precautions-a-prendre.shtml>

la SARL, seule société dont le capital est composé de parts sociales à responsabilité limitée, est communément considérée comme ayant un statut spécial ¹. L'article L 223-14 alinéa 1 du code de commerce dispose que « les parts sociales ne peuvent être cédées à des tiers étrangers à la société qu'avec le consentement de la majorité des associés représentant au moins la moitié des parts sociales, à moins que les statuts prévoient une majorité plus forte ».

412. Cependant, en application du principe de la hiérarchie des normes, les associés ne peuvent pas contractuellement soustraire le conjoint à la revendication de sa qualité d'associé. L'article L 223-14 alinéa 6 du code de commerce rappelle ce principe, puisqu'il précise que « (...) sauf en cas de dissolution de communauté de biens entre époux, ou de donation au profit d'un conjoint (...) l'associé cédant ne peut se prévaloir des alinéas 3 et 5 de cet article (rachat des parts par la société en cas de refus d'agrément), s'il ne détient ses parts depuis au moins deux ans ». Le conjoint d'un associé peut donc revêtir cette qualité au titre d'une donation de parts sociales entre époux ou durant la procédure de divorce et ce, même si les parts ont été acquises ou souscrites récemment.

413. Dans des sociétés de personnes très fermées, en raison de l'*affectio societatis* en grande partie déterminé par la personnalité des associés, comme la SNC et la SCS, et où les associés sont indéfiniment responsables, il est prévu en principe que « les parts sociales ne peuvent être cédées qu'avec le consentement de tous les associés » ², sans possibilité d'y déroger de façon statutaire s'agissant des SNC, sous peine de nullité de la clause. Le conjoint d'un associé a pourtant le droit d'entrer dans la société, non en vertu d'une cession entre conjoints puisque qu'une cession implique impérativement l'accord des autres associés, mais sur la base de son droit à revendication des titres et à la condition qu'il ait la qualité de commerçant (puisque celle-ci est nécessaire pour les associés en nom collectif ³). Si le chef d'entreprise

1) Lexique des termes juridiques, édition 2015.

2) Article L222-8 du code de commerce pour les sociétés en commandite et article L 221-13 du code de commerce pour les SNC.

3) Article L 221-1 du code de commerce.

veut se préserver de l'entrée de son conjoint dans la société, spécialement durant une instance de divorce, et si les autres associés veulent conserver le contrôle de l'accès à l'entreprise, Il faut donc recommander de faire renoncer le conjoint à la qualité d'associé lors de la constitution de la société ¹. Poser cette question au préalable permet de s'assurer de toute déconvenue ultérieure, en raison du caractère irrévocable de cette décision.

II. La dangerosité de l'absence de choix entre les statuts possibles

414. La loi n° 2005-882 du 2 août 2005 en faveur des PME a rendu obligatoire le choix entre les statuts de collaborateur, salarié ou associé pour le conjoint travaillant avec le chef d'entreprise. Par ce choix, qui était une simple faculté jusque là, le législateur a voulu renforcer la protection de l'époux travaillant dans un cadre dépassant la simple entraide familiale découlant de l'article 212 du code civil. Cette intention fort louable est toutefois dénuée de toute efficacité, du fait de l'absence de sanction et son bien fondé peut être critiqué car cela conduit à assujettir le couple à s'unir dans un lien juridique et à devoir se déterminer pour un statut qu'ils ne souhaitent pas forcément. Le chef d'entreprise et son conjoint travaillant en dehors de tout statut s'exposent, outre à l'établissement d'une société créée de fait ², aux dangers de la reconnaissance judiciaire de la commercialité de fait du conjoint (A) demandée par les créanciers de la société et de travail dissimulé (B) à l'initiative de l'URSSAF, ainsi que de l'absence de droits à la retraite à titre personnel (C).

1) Référence du 1/10/2015 :<http://www.notaires.paris-idf.fr/entrepreneur/quest-ce-quune-societe-en-nom-collectif-snc> et <http://www.iea-avocats.fr/images/lespartssocialesetregimes.pdf>

2) Pour les inconvénients de la société créée de fait, voir développements consacrés aux concubins, pages 42 et suivantes.

A. La menace de la commercialité de fait pour le conjoint

415. L'article L 121-3 du code de commerce précise que « le conjoint d'un commerçant n'est réputé lui-même commerçant que s'il exerce une activité commerciale séparée de celle de son époux ». Or, pour revêtir la qualité de commerçant, il est nécessaire d'exercer des actes de commerce à titre de profession habituelle ¹ et pour bénéficier de tous les avantages liés à cette qualité, il est indispensable d'être inscrit au RCS dans les quinze jours suivants le début de l'activité. Cette formalité qui établit une présomption simple de commercialité ², permet alors de recourir à une procédure collective en cas de difficultés, d'invoquer la prescription quinquennale ³ en matière d'obligations commerciales, à la compétence des tribunaux consulaires et à la validité des clauses attributives de compétences matérielles, à la liberté de preuve et au droit des baux commerciaux.

416. Depuis la décision de la cour d'appel de Rouen du 12 novembre 1992 ⁴, la jurisprudence oppose au conjoint l'interdiction d'invoquer lui-même la qualité de commerçant s'il ne remplit pas les conditions de l'article L 121-1 ⁵ du code de commerce et n'est pas immatriculé, et ce même s'il y trouve intérêt. Cela s'inscrit dans la logique du principe selon lequel nul ne peut se prévaloir de sa propre turpitude et a pour conséquence l'application des règles du droit civil : éventuelle application de la procédure du surendettement des particuliers, compétence des tribunaux civils, prohibition des clauses compromissaires, mode de preuve par l'écrit, inapplicabilité du droit des baux commerciaux. Ainsi, il ressort classiquement de la jurisprudence que l'épouse d'un commerçant ne peut pas invoquer sa propre commercialité de fait pour

1) Article L121-1 du code de commerce.

2) Réponse ministérielle n°10650 : JOAN 16 mars 1979, p. 1724.

3) Loi n° 2008-561 du 17 juin 2008 relative à la prescription civile et commerciale.

4) CA Rouen 12 novembre 1992, RJDA 1993, p. 343.

5) Article L 121-1 du code de commerce : « Sont commerçants ceux qui exercent des actes de commerce et en font leur profession habituelle. ».

demander à bénéficier de la procédure collective applicable à son conjoint chef d'entreprise¹, ni sa qualité de fonctionnaire pour échapper aux obligations découlant d'un contrat de location-gérance².

417. En revanche, l'article L 123-8 du code de commerce permet aux tiers de faire établir judiciairement la commercialité de fait de façon irréfragable pour le conjoint³ en l'absence de son immatriculation, s'ils parviennent à démontrer que celui-ci réalise des actes de commerce à titre de profession habituelle.

418. Les juges du fond semblent porter leur attention sur le caractère régulier des actes de commerce effectués et sur l'exercice d'une autre profession par le conjoint, ce qui rend la jurisprudence fluctuante en la matière et le plus souvent sévère quant à l'admission de cette commercialité. Dans un arrêt de la chambre commerciale du 18 avril 1985⁴, une épouse qui avait passé des commandes aux fournisseurs et payé des marchandises par chèques et effets de commerce, n'a pas reçu la qualification de commerçante de fait, la haute juridiction considérant qu'en l'espèce, ces éléments ne suffisaient pas à démontrer la réalisation d'actes de commerce de manière habituelle, c'est-à-dire de façon répétée. Une aide ponctuelle est ainsi jugée non significative à établir la commercialité⁵.

419. La Cour de Cassation s'appuie également sur l'exercice par le conjoint d'une autre profession, celle-ci pouvant parfois être jugée incompatible avec l'attribution de la qualité de commerçant de fait, tel le cas d'une institutrice qui aidait son mari dans l'exercice de son commerce⁶.

420. Pourtant, certains arrêts retiennent la qualité de commerçant de fait dans des cas d'incompatibilité de certaines professions avec l'exercice du commerce, tel le cas d'un notaire qui s'est vu appliqué l'ouverture d'une

1) Cass. Com 30 janvier 1996, Jurisdata n°000297.

2) Cass. Com. 2 février 1970, JCP G 1970, II, 16313, obs. J.A. CA Angers 23 janvier 1996, Rev. proc. Coll. 1996-4, p. 435.

3) Cass. Com. 25 mars 1997, JCP E 1997, I, 681, obs. M.Cabrillac.

4) Cass. Com. 18 avril 1985, Bull. Civ. IV, n°10.

5) Cass. Com 18 décembre 1984, Bull. Civ. IV, 286, n° 351, p. 286..

6) Cass. Com. 4 octobre 1994, Dalloz 1995, p. 456, note Barabé-Bouchard.

procédure collective à son encontre¹. Cela permet de penser que les juges ne s'appuient pas seulement sur l'incompatibilité, mais surtout sur le caractère prépondérant de l'activité commerciale par rapport à l'exercice de l'autre profession.

421. Par ailleurs, la qualité de commerçant est plus facilement révélée lorsque les faits démontrent que le conjoint a effectué des actes de commerce en son nom propre. Tel est le cas dans un arrêt de la chambre commerciale en date du 15 octobre 1991², la qualité de commerçant a été reconnue à un époux qui avait souscrit un contrat d'assurances en son nom. En l'espèce, la Haute Juridiction a appuyé cette décision sur d'autres indices (démontrant sa participation à titre habituel), corroborant qu'il gérait de façon égalitaire avec son épouse l'entreprise commune³.

422. L'établissement de la qualité de commerçant du conjoint à l'initiative des tiers permet de lui appliquer les conséquences liées à ce statut et il est très fréquemment admis en jurisprudence l'extension de la procédure collective du chef d'entreprise à son conjoint⁴ non couvert par le choix d'un statut. Le conjoint encourt alors le risque de voir engager des poursuites sur ses biens propres, ce qui conduit à mettre le couple en grande difficultés financières et fait mesurer l'importance de la nécessité d'un choix pour l'un des statuts imposés par le législateur. C'est au vu de ce constat que le contrat forcé⁵ entre le chef d'entreprise et son conjoint fait mesurer qu'il est tout à fait justifié d'imposer le choix pour un statut afin de protéger le couple contre les risques liés à la commercialité.

423. Les dangers pour le patrimoine du couple est d'autant plus grand que des sanctions civiles et pénales sont prévues lorsque le commerce est exercé sans immatriculation préalable.

1) Cass. Com 2 février 1970, JCP G 1970, II, 16313, obs. JA.

2) Cass. Com. 15 octobre 1991, JCP E 1991, pan. Jurispr.p. 1384.

3) *Opere citato* S. Castagné, p.150.

4) Pour une première application : Cass. Com. 15 juillet 1987, RTDCom. 1988, p. 421.

5) *Opere citato* S. Castagné, p. 148.

424. Les sanctions civiles ¹ consistent en l'impossibilité pour le conjoint de se prévaloir de la qualité de commerçant, et de se soustraire aux obligations et aux responsabilités que cette qualité entraîne. Le conjoint non inscrit est notamment exclu du bénéfice de la propriété commerciale, de la possibilité de prouver par ses livres de commerce et de la possibilité d'invoquer la prescription au bout de cinq ans. En revanche, un tiers peut invoquer son effective qualité de commerçant et provoquer par exemple l'ouverture d'une procédure collective à son encontre.

425. Les sanctions pénales ² sont théoriquement dissuasives puisque toute personne qui ne procède pas dans les quinze jours à son inscription au RCS malgré l'injonction qui lui en est faite, est punie d'une amende de 3750 euros. De plus, si une personne de mauvaise foi donne des renseignements erronés ou incomplets, elle sera punie d'une amende de 4500 euros et de six mois de prison. Enfin, la personne qui exerce le commerce sans être immatriculée est punie des peines de police relatives au travail clandestin ³.

B. Les risques du travail dissimulé

426. Le chef d'entreprise qui fait participer son conjoint à son activité sans statut, encourt les lourdes sanctions applicables au travail dissimulé. Celui-ci correspond au fait de soustraire délibérément au droit du travail, des situations qui en relèvent normalement. Est ainsi illicite d'après l'article L 8221-5 du code du travail, la dissimulation d'un emploi salarié, c'est-à-dire « le fait, pour l'employeur, de se soustraire intentionnellement à l'accomplissement de l'une des formalités telles que l'absence de déclaration préalable à

1) Référence du 7 octobre 2015 : <http://www.cours-univ.fr/cours/licence/langues/licence-lea-droit-commercial-3.html>

2) *Ibid.*

3) Articles L 123-3 à L 123-5 du code de commerce.

l'embauche, absence de bulletin de paie ou encore la mention sur le bulletin de paie d'un nombre d'heures de travail inférieur à celui réellement effectué ». Est également réputé travail dissimulé par dissimulation d'emploi salarié, le fait pour l'employeur de se soustraire intentionnellement aux déclarations relatives aux salaires ou aux cotisations sociales assises sur ceux-ci auprès des organismes de recouvrement des contributions et cotisations sociales ou de l'administration fiscale en vertu des dispositions légales.

427. Or depuis un arrêt du 22 octobre 2002 ¹, la jurisprudence considère qu'une personne qui travaille habituellement sous l'autorité de son conjoint, sans percevoir de rémunération, sans avoir été déclarée au RCS ou au répertoire des métiers comme conjoint collaborateur, est considérée comme salariée. Dans cet arrêt, la Cour de Cassation, a jugé que « l'exploitant d'un fonds de commerce qui emploie son épouse de façon durable et permanente, en qualité de cuisinière, dans un rapport de subordination, sans l'avoir déclaré aux organismes sociaux, sans l'avoir inscrite sur le registre unique du personnel et sans lui avoir remis de bulletin de paie, alors qu'elle n'avait ni le statut de conjoint associé, ni celui de conjoint collaborateur se rend coupable du délit de travail dissimulé ». Cette qualification est d'autant plus facilitée depuis l'abandon du critère du lien de subordination entre conjoints pour l'admission de l'existence d'un contrat de travail ². Le travail dissimulé est sévèrement sanctionné pour le chef d'entreprise et peut entraîner des conséquences néfastes pour son conjoint : le chef d'entreprise encourt des sanctions pénales ³. Si l'employeur est personne physique, il risque un emprisonnement de 3 ans et une amende de 45 000 euros. Si l'employeur est une personne morale, l'amende encourue est de 225 000 euros. Les peines complémentaires suivantes peuvent être prises :

- 1) Cass. Crim. 22 octobre 2002, JCP G 2003, II, 10176, note C. Pomart.
- 2) Voir pages 186.
- 3) Référence du 8 octobre 2015 : http://www.cma13.fr/fileadmin/documents/CMA13-dossiersThematiques/conjoint/CMA13_DT-conjoint_Consequences-conjoint-sans-statut.pdf

- fermeture de l'établissement, ou dissolution de la société,
- interdiction d'exercer l'activité,
- confiscation des outils de travail, du stock,
- exclusion des marchés publics,
- affichage et diffusion du jugement.

428. Il encourt également des sanctions administratives ¹. Les autorités peuvent refuser d'accorder pendant 5 ans maximum les aides publiques à l'emploi et la formation professionnelle. Il en va de même pour les subventions et les aides à caractère public attribuées par l'ANPE ou l'UNEDIC. Par ailleurs, certaines mesures de réduction ou d'exonération de cotisations sociales peuvent être annulées à l'initiative de l'URSSAF dans la limite de la prescription applicable de cinq ans en matière de travail dissimulé. Cette annulation, plafonnée à 45 000 euros, est égale au montant des réductions ou exonération pratiquées dans l'établissement sur la période où a été constatée l'infraction. A cette annulation s'ajoute soit le rappel des cotisations, impôts et taxes dus, avec application de majorations et pénalités et sans bénéfice des mesures de réduction ou d'exonération de cotisation, soit l'annulation rétroactive des réductions et exonérations de cotisations appliquées, ou encore le refus des aides à l'emploi ou à la formation professionnelle pendant cinq ans. Par ailleurs, depuis le 1er janvier 2014, le redressement de cotisations sociales est majoré de 25 % en cas de constat de travail dissimulé pour les employeurs ayant récidivé dans un délai de 5 ans ².

429. Le conjoint du chef d'entreprise est traité de manière moins sévère en cas de travail dissimulé car il n'est pas prévu dans la législation, qui est particulièrement protectrice des salariés, de poursuite à son encontre. En témoigne l'article L 8223-1 du code du travail qui l'autorise, en cas de rupture des relations de travail, à prétendre à une indemnité minimale de 6 mois de salaire. Cette situation est tout à fait justifiée car en droit français, le salarié est considéré comme une partie faible dans les relations de travail où les rapports

1) *Ibid.*

2) *Ibid.*

de force au profit de l'employeur sont sous-jacents. Cette bienveillance est d'autant plus légitime du fait de la relation matrimoniale qui est susceptible d'engendrer une influence plaçant le conjoint dans une obligation morale de travailler bénévolement, ce qui corrobore l'idée du législateur de protéger l'époux malgré lui, dès lors qu'il s'agit de relations de travail entre époux. La solution pour remédier à la fois au travail dissimulé et au problème de l'absence de sanction en cas défaut de choix pour un statut, consisterait à rendre automatique le statut de conjoint salarié -à compter du dépassement d'un certain seuil de bénéfices de l'entreprise- dès lors que la présence de l'époux dans l'entreprise est constatée par l'inspection du travail.

430. En l'état actuel du droit, aucune menace sérieuse ne pèse réellement sur le conjoint acceptant de travailler bénévolement dans l'entreprise. S'il apparaît lors d'un contrôle de l'inspection du travail que le conjoint, comme tout autre « salarié » a, de manière intentionnelle, accepté de travailler sans que les formalités requises aient été accomplies par son employeur pour obtenir indûment des allocations de chômage ou des prestations sociales, cette information est portée à la connaissance des organismes de protection sociale ¹. Ceux-ci peuvent prendre, à l'encontre du conjoint, les sanctions prévues par leur propre réglementation, ce qui peut se traduire par exemple, par la suppression des droits au chômage ou de la rente invalidité. Par ailleurs, ce travail bénévole du conjoint le prive de l'allocation particulière pour l'épouse en cas de maternité, et surtout de la couverture sociale en cas d'accident du travail, ce qui apparaît comme le plus grand danger. De plus, sauf à cotiser volontairement, le conjoint ne se constitue pas une retraite personnelle, ce qui semble totalement injuste pour un époux ayant œuvré pour l'entreprise depuis de nombreuses années.

1) Référence du 8 octobre 2015 : <http://travail-emploi.gouv.fr/informations-pratiques,89/fiches-pratiques,91/embauche,108/les-sanctions-liees-au-travail,656.htm>

C. Absence de cotisation pour le droit à la retraite à titre personnel

431. Un des inconvénients majeurs pour le conjoint travaillant avec le chef d'entreprise en l'absence de choix pour un statut, réside dans le défaut de droits à la retraite en raison de l'inexistence de cotisations. Si la loi du 2 août 2005 en faveur des PME a posé une obligation d'affiliation à un régime d'assurance vieillesse pour les conjoints collaborateurs ou associés des chefs d'entreprise, elle leur a aussi donné la possibilité de racheter des périodes d'activité sans cotisation pour bénéficier d'une retraite. Or, cette protection est conditionnée par le choix d'un statut. Pour parer à ce problème de l'absence de droit à la retraite des conjoints participant à l'activité en dehors de tout statut, le législateur a, de longue date et toujours dans son l'optique d'une protection forcée, prévu un système de modeste compensation. L'article 14 de la loi n° 89-1008 du 31 décembre 1989 ¹, qui concerne l'époux survivant de l'artisan ou du commerçant lui permet de bénéficier d'un droit de créance sur la succession, égal à trois fois le SMIC annuel en vigueur au jour du décès, dans la limite de 25 % de l'actif successoral. Ce droit de créance forfaitaire sur la succession suppose que le conjoint rapporte la preuve, par tous moyens, de sa participation effective pendant au moins dix ans à l'activité, sans être ni rémunéré, ni associé ². Cette disposition a été étendue au conjoint du professionnel libéral par l'article 16 paragraphe 5 de la loi n° 89-1008 du 31 décembre 1989, suite à sa réforme en 2005 ³.

432. En cas d'impossibilité de prouver sa participation durant le minimum imparti de dix années, il reste au conjoint survivant même divorcé et remarié, le droit de bénéficier de la pension de réversion du chef d'entreprise, c'est-à-dire d'une part de sa retraite qui est de 54 %. Pour se faire, le défunt doit avoir cotisé au régime de retraite des commerçants, artisans, industriels ou

1) Loi relative au développement des entreprises commerciales et artisanales et à l'amélioration de leur développement économique, juridique et social.

2) « La femme du boulanger dix ans plus tard », J. Amiel-Donat, Mélanges A. Colomer, Litec, 1993, p. 18.

3) *Opere citato* Loi n° 2005-882 du 2 août 2005

professionnels libéraux. La loi n° 2008-1330 du 17 décembre 2008 a fixé des conditions d'âge pour demander à bénéficier de ce droit. Dès l'âge de 55 ans, le conjoint survivant peut demander à percevoir un pourcentage de la retraite du chef d'entreprise auprès du régime général et du régime complémentaire, si le décès est intervenu postérieurement à l'année 2009. Si ce dernier s'est produit auparavant, la condition d'âge est abaissée à 51 ans ¹.

433. Les ressources personnelles du conjoint survivant ne doivent pas dépasser un plafond égal à 2080 fois le montant horaire du Smic en vigueur au 1er janvier (soit 19 988,80 euros en 2015). S'il vit en couple (marié, pacsé ou en concubinage), les ressources du ménage ne doivent pas être supérieures à 1,6 fois ce plafond (soit 31 982,08 euros en 2015) ².

434. Ce système témoigne du statut privilégié d'époux découlant du lien d'alliance, contrairement aux concubins et partenaires de PACS, et préserve *a minima* les droits patrimoniaux du conjoint survivant sans statut. En cas de dissolution du lien matrimonial du vivant des époux, le conjoint qui a participé à titre gracieux à l'activité, dispose d'outils juridiques lui permettant de ne pas se retrouver démuné.

III. Les recours envisageables en l'absence de choix pour l'un des statuts du conjoint travaillant avec le chef d'entreprise

435. Si le lien matrimonial s'avère protecteur pour l'époux du chef d'entreprise, il peut aussi jouer en sa défaveur. La technique classique de l'enrichissement sans cause très utilisée en matière de concubinage et facilement admise en jurisprudence concernant l'union libre, est une illustration de l'inconvénient du statut d'époux (A). A l'inverse, la puissance du lien d'alliance peut faciliter la reconnaissance du conjoint travaillant en dehors de tout statut, avec l'admission aisée de l'existence d'un contrat de travail *a posteriori* (B).

1) Référence du 12/10/2015 : http://www.social-sante.gouv.fr/informations-pratiques,89/fiches-pratiques,91/les-fiches-pratiques-de-la,2349/les-prestations,2352/la-pension-de-reversion,14833.html#sommaire_1

2) *Ibid.*

A.L'impossible demande fondée sur l'enrichissement sans cause en régime de communauté

436. L'arrêt de la première chambre civile du 18 novembre 1997 ¹, fixe la jurisprudence en matière d'absence d'enrichissement sans cause en régime de communauté et illustre le fait que celle-ci peut constituer un frein à l'indemnisation de l'époux sans statut. En l'espèce, une épouse demande le paiement d'une indemnité pour le travail non rémunéré qu'elle a réalisé pendant le mariage dans l'activité de son mari artisan, l'exploitation relevant de la communauté. L'épouse reproche à la cour d'appel de l'avoir débouté de sa demande au motif que l'industrie personnelle sans rémunération d'un époux commun en biens au sein d'une exploitation relevant de la communauté dépasse le cadre de la simple entraide. La cour d'appel retient que dans ce cas, l'épouse a profité des fruits du fonds commun, ce qui est approuvé par la Cour de Cassation : « le fruit du travail est tombé en communauté de part les dispositions légales. L'époux commun en biens reçoit rétribution par le seul jeu de la liquidation de la communauté ». Si la solution se comprend aisément d'un point de vue juridique, puisque l'article 1401 du code civil dispose que la communauté se compose activement notamment des acquêts provenant de leur industrie personnelle, elle aboutit à traiter l'époux plus sévèrement que le concubin ², du fait de la prééminence de la communauté sur les intérêts personnels dans le couple commun en biens. En effet, le succès de l'action *de in rem verso* implique un enrichissement de l'une des parties et un appauvrissement de l'autre. Or, dans le cas d'une exploitation relevant de la communauté, parce qu'acquise ou créée durant l'union, l'époux ayant participé à l'exploitation a bénéficié des revenus générés par l'activité et a donc servi ses propres intérêts, il sera rétribué en cas de divorce par le jeu des récompenses générées par le partage. C'est bien l'absence d'appauvrissement qui justifie la solution.

1) Cass. 1 ère Civ. 18 novembre 1997, Juris-Data n° 004719.

2) Voir pages 51 et suivantes.

437. Si la communauté recèle le plus souvent bien des avantages pour le conjoint sans ressources, l'absence d'enrichissement sans cause dans ce régime démontre bien qu'elle n'est pas toujours synonyme de protection. D'autres proches du chef d'entreprise obtiendront bien plus facilement la réussite de cette action dans des situations similaires, ce qui corrobore l'inconvénient de la communauté. En témoigne l'arrêt de la première chambre civile du 16 décembre 1997 ¹, qui a admis cette action pour l'assistance apportée par une mère à l'exploitation du fonds de commerce de restauration de son fils et de sa bru, en l'absence d'intention libérale ou de convention d'entraide familiale gratuite prouvées. La recevabilité de l'action a également été admise en générant une indemnité en l'absence de salaire différé, dans l'arrêt de la première chambre civile du 20 décembre 1993 ² : « le descendant d'un artisan rural ayant participé aux travaux de son père sans recevoir de salaire, exclu du bénéfice de la créance du salaire différé qui est réservé aux descendants d'un exploitant agricole, peut demander une indemnité pour enrichissement sans cause ». De même, dans un arrêt de la première chambre civile du 14 mars 1995 ³, l'action *de in rem verso* a été reconnue « ouverte au conjoint du descendant d'un exploitant agricole n'étant pas titulaire d'un droit propre pour prétendre à une créance de salaire différé, faute pour lui de disposer d'une autre action ».

438. En revanche, l'époux séparé de biens qui participe bénévolement à l'activité professionnelle du chef d'entreprise peut agir sur le fondement de l'enrichissement sans cause, puisqu'il travaille à l'enrichissement du patrimoine de son conjoint chef d'entreprise du fait de l'inexistence d'acquêts dans ce régime matrimonial et de l'économie réalisée par ce dernier qui n'a pas versé de salaire ⁴ et a donc enrichi son patrimoine. Cependant, si le

1) Cass. 1^{ère} Civ. 16 décembre 1997, Dt et Pat. 1998, n° 1923, obs. Chauvel.

2) Cass. 1^{ère} Civ. 20 décembre 1993, JCP 1994, II, 22307, note Roussel.

3) Cass. 1^{ère} Civ. 14 mars 1995, Dalloz 1996, 137, note Barabé-Bouchard.

4) Cass. 1^{ère} Civ. 9 janvier 1979, Dalloz 1981, 241, note Breton. Cass. 1^{ère} Civ. 30 mai 1979, Defrénois 1980, 44, note Ponsard.

jugement de divorce prend en compte cet appauvrissement en vue de l'évaluation de la prestation compensatoire en cas de participation bénévole à l'activité professionnelle de l'ex-conjoint, l'action *de in rem verso* ne saurait être recevable, l'époux ayant déjà été indemnisé ¹ pour son sacrifice.

439. En raison de l'impossibilité de pouvoir prétendre à cette action, la jurisprudence a trouvé un autre remède pour améliorer le sort du conjoint commun en bien hors statut suite au divorce.

III. L'admission facilitée de l'existence d'un contrat de travail *a posteriori* entre conjoints

440. La jurisprudence a abandonné l'un des critères traditionnellement nécessaires à la caractérisation de l'existence d'un contrat de travail, à savoir le lien de subordination, afin de protéger l'époux (1) et les tiers (2).

3. L'abandon du critère de lien de subordination pour la qualification de contrat de travail entre époux

441. L'article L 784-1 du code du travail pose une présomption de salariat entre époux ou partenaires de PACS, lorsque l'un d'eux participe effectivement, à titre professionnel et habituel, à l'entreprise de son conjoint ou partenaire et qu'il perçoit au moins le SMIC. Depuis l'arrêt de principe de la chambre sociale de la Cour de cassation en date du 6 novembre 2001 ², dès lors que les deux conditions de l'article L 784-1 sont remplies (travail et salaire minimum), le conjoint doit être définitivement considéré comme un salarié. Le lien de subordination, troisième condition habituellement indispensable pour qu'il y ait contrat de travail, n'est pas une condition requise pour la reconnaissance du statut de conjoint salarié. La haute juridiction a relevé que

1) Cass. 1 ère Civ. 5 avril 1993, Bull. Civ. I, 1993, n°139.

2) Cass. Soc. 6 novembre 2001 n° 99-40756, Bouvard c/Zanaria, Dalloz 2002,987, note P. Rossi.

l'existence d'un lien de subordination n'est pas une condition d'application des dispositions du code du travail invoquées par la chef d'entreprise. La solution retenue apparaît justifiée par l'incompatibilité des liens conjugaux et de subordination.

442. S'inscrivant dans le droit fil de cette jurisprudence, la cour d'appel de Riom dans sa décision du 3 juillet 2003 a estimé avec un peu d'ironie ¹ dans une affaire d'emploi non déclaré, que le mari "était sous les ordres de son épouse, autant que les relations conjugales permettaient cet état de choses...", ce qui corrobore l'antagonisme entre les liens affectifs unissant les époux et un lien de subordination.

443. Cette jurisprudence a été reprise dans l'arrêt du 6 octobre 2010, la chambre sociale de la Cour de Cassation ², a relevé que le mari avait assuré pendant vingt ans des fonctions de conducteur de travaux moyennant un salaire accompagné de bulletins de payes, qu'il "n'était pas prouvé qu'il avait pu s'octroyer la plus grande liberté dans ses heures de travail sans réaction de sa femme gérante", et qu'en conséquence, "il n'était nullement établi que le contrat de travail apparent ait été fictif.

444. La conséquence pratique de l'abandon du lien de subordination est l'admission facilitée du droit du licenciement avec tous les avantages que cela entraîne pour le conjoint salarié : Indemnités de licenciement, droits aux allocations chômage, appréciation rigoureuse par les tribunaux de la reconnaissance d'une faute lourde de la part du conjoint salarié et système probatoire allégé pour le conjoint.

445. Dans l'arrêt de la chambre sociale du 6 novembre 2001 ³, l'abandon du critère de subordination a permis d'aisément caractériser l'existence d'un contrat de travail entre époux et de donner droit aux indemnités de licenciement au profit du conjoint.

1) Référence du 14 octobre 2015 : <http://www.village-justice.com/articles/licenciement-faute-conjoint-salarie,15282.html#flsYBJFqbotFqkPS.99>

2) Cass.soc. 6 octobre 2010 n° 09-68962, *ibid.*

3) *Opere citato.*

446. Dans un arrêt de la chambre sociale de la Cour de Cassation du 29 janvier 2003 ¹, une épouse n'avait pas repris ses fonctions au sein du laboratoire d'analyses médicales dans lequel elle était employée par son mari, en raison de l'ordonnance de non-conciliation, dans le cadre d'une procédure de divorce. Son époux l'a licencié deux ans et demi plus tard, au motif d'un abandon de poste. La chambre sociale décide que « l'abandon de poste, qui présente un caractère instantané, ne peut donner lieu à des poursuites disciplinaires au-delà d'un délai de deux mois et se trouvait donc prescrit », ce qui a rendu ce licenciement dépourvu de cause réelle et sérieuse.

447. De même, dans un arrêt de la chambre sociale du 6 octobre 2010 ², l'épouse chef d'entreprise a diminué la rémunération de son conjoint à hauteur de 40 %, avant d'engager une procédure de divorce : Celui-ci a attendu plusieurs années avant d'engager des poursuites judiciaires. La Cour de Cassation a retenu que s'agissant de modification importante du contrat de travail, « l'absence de contestation même pendant plusieurs années, ne saurait faire la preuve de l'acceptation. »

448. Dans l'arrêt de la chambre sociale de la Cour de Cassation du 12 décembre 2012 ³, la haute juridiction a cassé la décision des juges du fond, pour n'avoir pas recherché si l'épouse d'un l'expert comptable n'était pas en fait essentiellement chargée de la gestion du cabinet, auquel cas on se trouverait dans la configuration d'une modification unilatérale d'un élément essentiel du contrat, devant se traduire par la condamnation de l'employeur pour un licenciement dénué de cause réelle et sérieuse.

449. Bien que favorable à la protection du conjoint salarié, l'application du droit du licenciement dans le cadre d'une procédure de divorce peut, dans

1) Cass. soc. 29 janvier 2003 n° 01-40036, *ibid.*

2) Cass.soc.6 octobre 2010 n° 09 -68962, référence du 14 octobre 2015 : <http://www.village-justice.com/articles/licenciement-faute-conjoint-salarie,15282.html#flsYBJFqbotFqkPS.99>

3) Cass.soc. 12 décembre 2012 n° 11-23025 : *ibid.*

certain cas, lui être défavorable. En témoigne l'arrêt de cour d'appel de Pau du 17 mars 2008, dans lequel les juges du fond ont pu approuver le licenciement pour faute grave d'un ambulancier d'une entreprise gérée par son épouse, pour utilisation frauduleuse du chéquier de la société ¹, ce qui a privé le conjoint salarié de toute indemnisation.

450. Par ailleurs, il est possible d'imaginer qu'à l'occasion d'une procédure de divorce, le conjoint du chef d'entreprise se prévale d'un contrat de travail qui serait en réalité un contrat forcé. Dans un arrêt de la cour d'appel d'Aix-en-Provence du 8 novembre 2011 ², les juges ont estimé que le fait qu'un membre de la famille d'un concierge effectue à la place de celui-ci de menues tâches de maintenance entrant dans le cadre de ses fonctions rémunérées ne présupposait en aucune manière son embauche par le syndicat des copropriétaires. Pour couper court à toute tentative de la part d'un conjoint aspirant au salariat, il est possible d'envisager d'adresser une lettre recommandée avec accusé de réception à l'époux lui imposant de cesser toute activité au sein de l'entreprise ³.

451. Il ressort de cette construction jurisprudentielle que cette présomption de salariat entre époux de l'article L784-1 du code du travail étant indépendante de l'existence d'un lien de subordination, elle s'inscrit dans l'esprit protecteur de la législation du droit du travail en facilitant la preuve de l'effectivité d'un contrat de travail, puisque seuls devront être apportés la preuve d'une rémunération et de la participation à l'activité. L'abandon du critère du lien de subordination pourrait s'étendre à d'autres proches liés par les liens du sang ou d'alliance au chef d'entreprise.

1) Cour appel Pau 17 mars 2008 RG 06/02641 : *Ibid.*

2) CA d'Aix-en-Provence, 17e ch., du 8.11.11, n°11/07972, Référence du 15/10/2015 : http://www.leparticulier.fr/jcms/p1_1428053/le-salariat-tente-le-mari-de-la-gardienne

3) *Ibid.*

4. L'abandon du critère de lien de subordination en vue de la protection des tiers contre le travail fictif

452. Parce que le statut de conjoint salarié confère de nombreux avantages pour l'époux et le chef d'entreprise, ce dernier s'il en a les moyens financiers, peut être tenté de couvrir son conjoint par ce statut alors même que cette situation est fictive en réalité.

453. En effet, le statut de salarié permet au conjoint de se voir attribuer de nombreux avantages sociaux et au chef d'entreprise de déduire des résultats de l'activité les cotisations patronales. Or, cette situation fictive de contrat de travail peut léser les droits des tiers ¹ qui verseraient des indemnités indues, tels les ASSEDIC ou la sécurité sociale. C'est pourquoi la présomption de salariat de l'article L 784-1 du code du travail peut être combattue par la preuve contraire par les tiers ² qui peuvent démontrer que le conjoint ne se trouve pas en réalité sous l'autorité du chef d'entreprise mais se contente d'apporter une aide fondée sur l'entraide familiale ou agit en tant que dirigeant de fait par délégation de pouvoirs ³, ou procuration sur les comptes bancaires ⁴ lui permettant d'agir de façon autonome ⁵. La présomption de salariat sera d'autant plus facilement combattue par les tiers du fait de l'abandon du lien de subordination entre époux.

1) Référence du 15/10/2015 : <http://www.virtualegis.com/bulletins/document.php?ref=116>

2) Rep. Min. n° 13294: JOAN Q, 20 août 1990, p. 3995.

3) Cass. Com., 8 novembre 1973, D. 1974, IR, p. 32. Cass. Com., 3 octobre 1979, Gaz. Pal., I, Panor., p. 38.

4) Cass. Soc., 5 novembre 1992, n° 3496 D, juridique Lamy. Cass. Soc., 9 février 1999, Gaz. Pal. 1999, II, Somm., p. 999. Cass. Com., 6 janvier 1998, Gaz. Pal. 1998, I, Panor., p. 151.

5) Cass. Soc., 23 avril 1997, Bull. V, n° 142. Cass. Soc., 4 mars 1997, Bull. V, n° 91. Cass. Soc., 13 novembre 1996, Bull. V, n° 386. Cass. Soc., 15 juin 1999, Bull. V, n° 278. Cass. 1^{ère} Civ. 20 juin 1995, Bull. I, n° 268.

454. Conclusion : Si la qualité d'époux lui permet de bénéficier d'une protection minimum automatique en l'absence de choix pour l'un des statuts, comparativement au concubin et au partenaire travaillant bénévolement dans l'entreprise familiale, il est nécessaire à l'avenir d'imposer des sanctions à défaut de statut pour protéger le conjoint, malgré lui, d'un point de vue social et financier. En effet, le mariage ne saurait asservir ses droits et constituer un prétexte à la diminution des libertés individuelles au sein du couple. L'esprit communautaire voulu par le législateur a voulu au contraire renforcer les droits individuels des conjoints au sein du couple et non les opprimer au profit de l'entité communautaire. Si la situation de l'époux demeure aujourd'hui le plus souvent peu enviable lorsqu'il travaille sans rémunération dans l'entreprise, le droit rétablit l'équité en cas de divorce des époux communs en biens.

Section 3) La situation de l'époux commun en biens en cas de divorce avec le chef d'entreprise

455. C'est bien le divorce qui permet de mesurer combien la communauté réduite aux acquêts constitue en définitive, l'outil de protection le plus efficace pour le conjoint du chef d'entreprise en cas de dissolution de l'union. En effet, alors que pour les époux séparés en biens, les partenaires ou les concubins, tout se passe schématiquement comme si l'union n'avait pas existé (hormis l'indivision volontaire ou le cas des biens des époux dont la propriété personnelle ne peut être justifiée ¹⁾, le conjoint du chef d'entreprise commun en biens s'enrichit en cas de divorce des produits fructueux de l'activité professionnelle de son époux par le biais des récompenses dues au titre des biens professionnels communs (§1), parce qu'acquis ou créés en cours d'union, voire même au titre des biens professionnels propres (§2) développés sous la communauté.

1) Article 1536 du code civil.

§1) Les droits du conjoint sur les biens professionnels communs en cas de divorce, illustrant la force de l'esprit communautaire lors du partage

456. Les dispositions légales permettent au juge de déterminer précisément la composition de la masse à partager (I) : L'article 1401 du code civil dispose que la communauté se compose des acquêts provenant tant de l'industrie personnelle des époux, que des économies faites sur les fruits et revenus de leurs biens propres. L'article 1402 du code civil répute acquêt de la communauté tout bien meuble ou immeuble, à défaut de preuve qu'il soit propre à l'un des époux, et l'article 1404 du code civil prévoit que l'accessoire d'un fonds de commerce ou d'une exploitation faisant partie de la communauté, est commun aux deux époux. Ainsi, l'attraction des biens professionnels du chef d'entreprise vers la communauté comporte de nombreuses conséquences pour le partage en cas de divorce, mais des recours sont possibles pour se les réapproprier (II) à charges de récompenses.

I. L'irréremédiable attraction vers la communauté des biens professionnels acquis ou développés durant l'union, témoignant de la protection du conjoint en cas de divorce

457. Le régime de la communauté réduite aux acquêts permet au conjoint de continuer à bénéficier, suite au divorce, des résultats de l'activité professionnelle développée avec labeur par le chef d'entreprise, tant en ce qui concerne le fonds de commerce ou civil (A), que de l'industrie personnelle (B) de l'entrepreneur et des parts sociales (C). Si la justification peut résider dans le fait que la prospérité professionnelle du chef d'entreprise a été permise par l'aide morale et matérielle d'un époux ne travaillant pas, mais dont l'implication dans la gestion du ménage a facilitée la réussite professionnelle parce que le soulagement du poids du quotidien, cette considération apparaît controversée si l'époux exerce une profession séparée. C'est pourquoi, il faut se baser sur l'esprit de partage du mariage régnant dans le régime légal voulu par le législateur pour expliquer la solution.

i. La problématique des conséquences du partage du fonds commun

458. Le souci de protection du conjoint découlant du droit des régimes matrimoniaux est révélateur de l'antagonisme avec le droit des affaires qui est animé par la volonté de pérennisation de l'activité professionnelle de l'entreprise, malgré les aléas pouvant être rencontrés en pratique. C'est bien le droit des régimes matrimoniaux qui l'emporte comme il le sera constaté, l'équité commandant la prééminence de la protection des personnes sur celle des biens qu'il s'agisse d'un fonds de commerce (1) ou d'un fonds civil (2).

1. Sort du fonds de commerce commun en cas de divorce

459. Puisque dans le régime légal tous les biens meubles ou immeubles acquis ou créés pendant l'union sont présumés communs aux époux, il en résulte que le principe est pleinement applicable au fonds de commerce. Celui-ci est une entité économique constitué d'un ensemble d'éléments comprenant des éléments corporels, tel que le matériel, les marchandises, les équipements, et des éléments incorporels, tels que la clientèle, le droit au bail et le nom commercial ¹. Or, l'article 1404 alinéa 2 du code civil prévoit que « forment des propres par leur nature, mais sauf récompense s'il y a lieu, les instruments de travail nécessaires à la profession de l'un des époux, à moins qu'ils ne soient l'accessoire d'un fonds de commerce ou d'une exploitation faisant partie de la communauté » et ce, en vertu de la classique théorie de l'accessoire. Pour ne pas mettre en péril la continuation du fonds après le divorce, il a fallu trouver des parades juridiques pour lui rattacher certains éléments indispensables à l'exercice de la profession de l'époux continuant l'activité tels le matériel ou les instruments de travail.

1) Référence du 21/10/2015 : <http://www.dictionnaire-juridique.com/definition/fonds-de-commerce.php>

460. Les conséquences de cette attirance du fonds de commerce acquis ou créé durant l'union par la communauté sont donc à nuancer. D'une part, certains fonds ne peuvent être exploités que par des personnes titulaires de diplômes spécifiques garants des compétences et connaissances de leurs exploitants, dans un souci de protection sanitaire du public comme par exemple les coiffeurs ou les pharmaciens.

461. D'autre part, l'exploitation d'un fonds de commerce implique l'accomplissement de conditions spécifiques telles l'immatriculation au RCS, et l'application de législations particulières comme le droit des baux commerciaux : Or, comme tout ce système est basé sur la qualité de commerçant, seule la fiction juridique de la classique théorie de la distinction du titre, propriété du seul exploitant, et de la finance, appartenant à la communauté des époux, a rendu possible la conciliation du droit des régimes matrimoniaux avec la législation propre à la qualité de commerçant et les impératifs de santé publique. Cette fiction rend le système cohérent et justifié s'agissant de certains droits étroitement attachés à la qualité de commerçant. Ainsi, le droit des baux commerciaux ¹ ou ruraux ² repose sur la qualité de professionnel de l'époux qui en est seul titulaire, parce qu'unique propriétaire du titre.

462. En cas de divorce, la valeur du fonds devient donc un bien indivis soumis au droit commun des articles 815 et suivants du code civil et a donc vocation à être partagé à l'issue de la procédure. Le droit pour chaque époux de demander le règlement de sa quote-part dans les créances communes résulte de leurs droits sur les valeurs dépendant de la communauté et il est puisé dans leur titre respectif, à partir de la dissolution du lien matrimonial ³. L'évaluation de l'actif à partager doit être établie au jour le plus proche du

- 1) Cass. Civ. 3 ème, 28 mai 2008, Bull. Civ. III, n°96 : « La copropriété du fonds de commerce entre époux mariés sous le régime de la communauté n'entraîne pas la cotitularité du bail commercial, dont seul l'époux est titulaire. »
- 2) Cass. Civ. 1 ère 8 avril 2009, JCP N 2010, 1008, obs. Brelet : « Les baux ruraux strictement personnels et incessibles, ne sauraient rentrés en communauté. »
- 3) Cass. Civ. 1 ère 10 février 1981, JCP 1982, II, 19786, note Rémy.

partage, car des modifications de la consistance de l'actif partageable sont inévitables durant l'indivision, du fait de la pratique du commerce (consistance des stocks de marchandises variables au jour le jour par exemple). Afin d'éviter des problèmes de gestion pendant l'instance, la loi n°2006-728 du 23 juin 2006 portant réforme des successions et libéralités applicable aux partages entre époux ¹ a assoupli les règles d'administration de l'indivision et a modifié les articles 815-3 et suivants du code civil, afin de faciliter la gestion du patrimoine transmis et d'éviter les situations de blocage dans l'exploitation ². S'il s'agit d'acte d'administration – les actes de disposition nécessitant l'autorisation des deux membres du couple - l'époux exploitant le fonds de commerce continue à agir seul, à la condition de rendre compte de sa gestion à son conjoint et que celui-ci n'émette pas d'opposition, ceci sous réserve de ne pas nuire à l'indivision. A ce titre, il peut demander rémunération pour la gestion effectuée, puisque celle-ci maintient ou enrichit la valeur de la masse à partager. Certains fonds de commerce ou artisanaux reposant exclusivement sur les conditions de diplômes de l'exploitant qui démontrent ses connaissances ou sur l'attribution d'une concession par l'état par exemple, ne sont pas sujets à d'aussi strictes exigences d'information de l'indivisaire s'agissant de la gestion car dans ce cas, l'indivisibilité entre la gérance et la propriété du titre justifie un aménagement des principes du droit des régimes matrimoniaux en matière de cogestion et d'impossibilité de mandat en faveur du conjoint ³. Cet assouplissement est plus caractéristique encore en ce qui concerne le fonds civil.

1) Article 1476 du code civil.

2) Référence du 5/11/2015 : <http://bofip.impots.gouv.fr/bofip/1655-PGP.html>

3) *Opere citato* S. Castagné, JCP N 2006, 1354.

2. Sort du fonds civil en cas de divorce

463. En l'absence de précisions dans la loi et parce qu'essentiellement basée sur la personne du chef d'entreprise, la clientèle civile a longtemps été considérée par la doctrine ¹ comme hors commerce et donc comme un bien propre par nature du professionnel entrant dans le champ de l'article 1404 du code civil. Le conjoint ne pouvait donc revendiquer de droit patrimonial y afférent en cas de divorce. Or, l'illicéité de principe de la cession de clientèle qui découlait de cette conception, était contrée en pratique par l'indemnité provenant du droit de présentation à la clientèle d'un successeur. Cette hypocrisie a pris fin grâce aux arrêts de la première chambre civile du 12 janvier 1994 ² qui proclament l'application de la distinction entre le titre et la finance s'agissant des clientèles civiles, *a l'instar* de l'arrêt concernant les concessions de parcs à huîtres quelques années plus tôt ³. Face à cette évolution, la thèse de la prohibition du champ de la commercialité des clientèles civiles ne pouvait plus perdurer. C'est pourquoi, par l'arrêt de principe de la première chambre civile de la Cour de Cassation en date du 7 novembre 2000 ⁴, la validité de la cession des clientèles civiles des professions libérales a été admise, consacrant ainsi l'existence même du fonds libéral et sa patrimonialisation jusque là niée. Outre la légalisation de la cession de ces biens, cette décision a eu un impact considérable sur les droits du conjoint commun en biens en cas de divorce : La première chambre civile en a déduit dans son arrêt du 2 mai 2001 ⁵ que la valeur patrimoniale de la clientèle est inscrite à l'actif de communauté au jour du partage, ainsi que les matériels et les locaux formant ensemble un fonds d'exercice libéral. Le fonds libéral n'est donc plus considéré comme un bien propre du professionnel à charge de récompense s'il y avait lieu et le conjoint a légitimement droit à la

- 1) "Les régimes matrimoniaux", PUF, 9^{ème} édition 1997, G. Le Cornu, p. 360. « Peut-on abandonner la distinction du titre et de la finance en régime de communauté ? Contribution à l'étude des propres par nature, JCP N 1984, I, p. 19, Derruppé.
- 2) Cass. 1^{ère} Civ. 12 janvier 1994, arrêts Epergue et Fiegen, Dalloz 1994, p. 311, note R. Cabrillac.
- 3) Cass. 1^{ère} Civ. 8 décembre 1987, Defrénois 1988, p ; 533, note Champenois.
- 4) Cass. 1^{ère} Civ. 7 novembre 2000, LPA 26 mars 2002, n°61, G. Chabot.
- 5) Cass. 1^{ère} Civ. 2 mai 2001, Dalloz 2002, 759, note W. Dross.

moitié de la valeur patrimoniale du fonds. Cette jurisprudence est depuis bien assise, comme en témoigne la décision de la cour d'appel de Lyon en date du 16 janvier 2012 ¹. Après avoir rétabli qu'un « cabinet d'infirmière n'est pas un fonds de commerce », la cour conclut qu'il ne peut dépendre de l'actif communautaire « que pour la valeur du matériel qu'il abrite et du droit de cession de la clientèle ». D'une façon générale, cette distinction entre le titre et la finance en matière de fonds civils est tout à fait justifiée du fait que ceux-ci ne sont pas toujours et seulement l'œuvre de la personne du chef d'entreprise, mais objectivement et surtout les fruits de son travail. Or, l'article 1401 du code civil proclame très clairement acquêts de la communauté tant l'industrie personnelle que les économies faites sur les fruits et revenus des biens propres.

464. Le chef d'entreprise libérale va se trouver dans l'embarras pour la poursuite de son activité après divorce. En effet, à défaut de pouvoir demander l'attribution préférentielle du bien professionnel ² s'il ne possède pas les moyens financiers de payer une soulte à la communauté, le chef d'entreprise va se trouver en indivision avec son ex-conjoint. Outre l'incertitude d'une action en partage qui peut être intentée à tout moment par l'ex-conjoint et qui peut conduire le professionnel à devoir vendre son activité s'il ne peut racheter la part de l'autre indivisaire, se pose les questions de la gestion de l'indivision post-communautaire et des conséquences d'une cession ultérieure de l'activité :

465. L'administration du bien professionnel libéral relève de la gestion exclusive du chef d'entreprise durant la communauté, en raison des spécificités relatives à un fonds civil mêlant droits et obligations très personnelles à l'exploitant. Quant aux actes de disposition relatifs à un fonds civil, le consentement du conjoint est requis. Durant l'indivision post-communautaire, il semble que la solution soit fluctuante en la matière ³,

1) CA Lyon, 16 janvier 2012, n°10/08195, JurisData n°2012-000642.

2) Voir pages 205 et suivantes.

3) *Opere citato* M. Grimaldi, page 138.

l'époux titulaire étant selon les circonstances autorisé à disposer seul ¹ (selon que la cession soit considérée comme portant non sur la finance mais sur le titre) ou pas ². L'attraction vers la communauté et l'indivision post-communautaire apparaît donc moindre pour un fonds libéral que pour un fonds de commerce, du fait de la prévalence de la personnalité du chef d'entreprise, dès qu'il s'agit de l'exercice d'une activité civile.

466. Protecteur du conjoint lors de la dissolution du régime matrimonial, le régime de la communauté de biens se montre totalement inadapté du point de vue de la préservation des intérêts du chef d'entreprise. En effet, la situation du professionnel libéral d'un fonds indivis se révèle très embarrassante en cas de divorce car en plus de s'exposer à un partage forcé avec en sus un droit aux bénéfices au préalable pour son conjoint, il est assujéti à la taxation des plus-values professionnelles :

467. en effet, si la cession du fonds civil à un tiers intervient avant le partage, chacun des époux est imposable sur la moitié des plus-values de la cession. Le Conseil d'Etat, dans une décision du 5 mars 1993 ³, a rappelé qu'en cas de dissolution de la communauté, les sommes reçues par un époux médecin, à raison de la cession de son cabinet, faisait partie de la masse commune à partager et que lorsque le prix de la cession a été réparti entre les ex-conjoints, seule la moitié des sommes perçues a, pour l'époux médecin, le caractère d'une plus-value imposable. La question de l'imposition du conjoint ⁴ se pose concernant les sommes perçues suite à la cession. Il ressort d'un arrêt du Conseil d'Etat du 3 septembre 1997 ⁵, que « les droits indivis détenus sur la valeur d'un actif affecté à l'exercice d'une profession réglementée ont toujours, du point de vue fiscal, le caractère d'un élément de

1) Cass. 1 ère Civ. 9 juillet 1991, n°90-12.503, Defrénois 1991, 1333, obs. P. Le Cannu. TGI Paris 19 novembre 1987, JCP 1994, I, 3785, obs. P. Simler.

2) Cass. 1 ère Civ. 15 mai 1974, JCP 1975, II, 17910, note A. Ponsard.

3) CE 5 mars 1993, M. Perrin, req. n°90123, Lebon, RJF 1993, 650.

4) « Droit et pratique du divorce », P-J Claux et S. David, 3 ème édition, Dalloz, 2015-2016, p.955 et s.

5) CE 3 septembre 1997, Mme Pagnon, req. n°133408, Lebon, RTDCom. 1998, 705, note Deboissy.

patrimoine professionnel, même dans le cas où, faute d'être titulaire des titres ou diplômes requis par la législation en vigueur, le propriétaire indivis ne peut participer lui-même, en qualité de co-exploitant, à cette activité professionnelle ». Cette solution a été reprise par les juridictions du fond ¹. Cette solution qui consiste à se baser sur la nature de l'activité pour se déterminer dénote avec la prévalence du caractère de *l'intuitus personae* permettant dans certains cas la validité de la cession d'un fonds civil sans l'intervention du conjoint, le droit des affaires et le droit fiscal étant animés par des esprits différents.

468. Si la cession du fonds civil intervient à l'occasion du partage, un arrêt du Conseil d'Etat du 28 juillet 1999 ² a opéré une distinction selon que les biens professionnels sont attribués à l'époux qui n'exploite pas le fonds, ou à celui qui poursuit l'activité. Dans le premier cas, le régime de la taxation des plus-values professionnelles sera applicable au seul indivisaire attributaire du fonds ³ car comme l'explique la doctrine ⁴, le fait générateur de l'imposition réside dans la sortie des biens du bilan de l'entreprise. Le taux d'imposition pour les plus-values professionnelles est lourd : 31 % de la valeur de la plus-value nette avec prélèvements sociaux pour les cessions d'immobilisations des entreprises soumises à l'IR, et 33, 33% pour les entreprises soumises à l'IS (avec un taux réduit de 15 % pour les PME dans la limite de 38 120 € de bénéfice) ⁵.

469. Dans le cas le plus fréquent où les biens professionnels sont attribués au chef d'entreprise qui poursuit l'activité, ni celui-ci, ni son ex-conjoint ne seront imposés si le professionnel ne modifie pas les évaluations comptables

1) CAA Nantes, 25 avril 2000, req. n°97NT00809, RJF 2000, 1295.

2) CE 28 juillet 1999, req. n° 162756, Dt fiscal 2000, n°11, comm. 206.

3) Rep. Min. Pringalle, n°12432, JOAN, 8 septembre 1979, p.7151.

4) *Ibid* P-J Claux et S. David.

5) Référence du 9/11/2015 : <https://www.apce.com/pid10614/imposition-des-plus-values.html?espace=3>

des éléments du fonds, quand bien même il y aurait eu versement d'une soulte, car l'administration considère qu'il n'y a dans ce cas pas cessation d'entreprise¹.

470. Quant à la cession intervenant après le partage, seul le chef d'entreprise unique attributaire du fonds, sera sujet à l'imposition sur les plus-values professionnelles. S'il n'a pas déduit la soulte versée à son ex-conjoint lors du partage afin d'éviter une imposition à ce moment là, il sera taxé sur la base de la valeur comptable de l'ensemble des biens professionnels et non sur la valeur réelle des biens. Il convient donc d'anticiper cette imposition lors du partage en n'en tenant compte dans la détermination du montant de la soulte, afin d'établir l'équité.

b. Survivance après la dissolution du mariage des conséquences de l'industrie personnelle constitutive d'un bien commun

471. Pour déterminer les masses active et passive de l'indivision à partager, il faut au préalable fixer la date de dissolution de la communauté et, plus précisément, la date à laquelle le jugement de divorce prend effet dans les rapports entre les époux. L'article 262-1 du code civil, issu de la loi n°2004-439 du 26 mai 2004 prévoit que la date du jugement de divorce prend effet dans les rapports entre les époux, en ce qui concerne leurs biens :

- lorsqu'il est prononcé par consentement mutuel, à la date de l'homologation de la convention réglant l'ensemble des conséquences du divorce, à moins que celle-ci n'en dispose autrement ;
- lorsqu'il est prononcé pour acceptation du principe de la rupture du mariage, pour altération définitive du lien conjugal ou pour faute, à la date de l'ordonnance de non-conciliation.

1) Doc. Adm. 4 A-6122, §4, 9 mars 2001.

472. A la demande de l'un des époux, le juge peut fixer les effets du jugement à la date à laquelle ils ont cessé de cohabiter et de collaborer. Cette demande ne peut être formée qu'à l'occasion de l'action en divorce.

473. Or, depuis l'arrêt de la première chambre civile du 11 janvier 1937 ¹, les biens à partager doivent être évalués au jour du partage et ce, afin de tenir compte de la dépréciation monétaire. Un arrêt rendu par la première chambre civile le 30 octobre 2006 ² a réaffirmé que la valeur des biens composant la masse partageable doit être fixée au jour le plus proche du partage, compte tenu des modifications apportées à l'état de ces biens pendant la durée de l'indivision post-communautaire. En la matière, c'est donc bien la date de l'origine des biens entrant en communauté qui s'avère déterminante, ce qui peut se révéler parfois problématique, notamment dans le cas de la perception d'actif provenant de la rémunération d'une activité antérieure à la dissolution de la communauté. En témoigne l'arrêt de la première chambre civile en date du 13 octobre 1993 ³, dans lequel le litige était relatif à des honoraires d'architecte dus en vertu d'une convention passée préalablement à la dissolution, et perçus pour partie à l'occasion de travaux exécutés ultérieurement à celle-ci. En l'espèce, la question se posait de savoir si la créance provenait du contrat de mission conclu durant l'union ou de l'accomplissement des travaux effectués après la dissolution de celle-ci. La première chambre civile sur le fondement de l'article 1401 du code civil déclare que les produits de l'industrie d'un époux sont communs dès lors qu'il trouve leur origine dans une activité antérieure à la dissolution de la communauté, même s'ils sont perçus postérieurement, ce qui illustre bien la consécration du caractère commun de la force de travail et la prédominance du droit des régimes matrimoniaux sur le droit des affaires ainsi que l'effacement de *l'intuitu personae* dans les conventions, dès lors qu'un professionnel est ou a été marié. Cette prévalence se constate avec d'autant plus de force lorsqu'il s'agit de parts sociales.

1) Cass. 1 ère Civ 11 janvier 1937, Dalloz 1937, 101.

2) Cass. 1 ère Civ. 30 octobre 2006, Bull. Civ. 2006, I, n° 446.

3) Cass. 1 ère Civ. 13 octobre 1993, JCP 1994, n° 37, Ph. Simler.

IV. Le sort des parts sociales en cas de divorce, révélateur de la protection du conjoint

474. S'il découle en principe de la distinction titre-finance que la qualité d'associé n'est conférée qu'à l'époux qui a acquis les parts et que les droits attachés n'appartiennent qu'à celui-ci pendant le mariage ou après divorce ¹, l'article 1832-2 du code civil prévoit une éventuelle immixtion du conjoint, dès lors que l'acquisition porte sur des parts sociales non négociables (parts de sociétés civiles, SNC ou SARL notamment) effectuée avec des deniers communs. Cette faculté de revendiquer la qualité d'associé est exclue lorsque les parts sociales sont nécessaires pour l'exercice de la profession d'un époux, ou lorsque l'époux exerce une profession réglementée telle celles de notaire, pharmacien ou avocat. Hormis cette hypothèse, l'article 1832-2 du code civil dispose que « la qualité d'associé est reconnue, pour la moitié des parts souscrites ou acquises, au conjoint qui a notifié à la société son intention d'être personnellement associé. Lorsqu'il notifie son intention lors de l'apport ou de l'acquisition, l'acceptation ou l'agrément des associés vaut pour les deux époux. Si cette notification est postérieure à l'apport ou à l'acquisition, les clauses d'agrément prévues à cet effet par les statuts sont opposables au conjoint ; lors de la délibération sur l'agrément, l'époux associé ne participe pas au vote et ses parts ne sont pas prises en compte pour le calcul du quorum et de la majorité. Les dispositions de cet article ne sont applicables que dans les sociétés dont les parts ne sont pas négociables et seulement jusqu'à la dissolution de la communauté ». Or, cet article peut représenter un danger pour l'époux associé en instance de divorce au vu des pouvoirs de gestion et surtout des droits patrimoniaux découlant de la qualité d'associé. Il est en effet applicable jusqu'à ce que le divorce soit passé en force de chose jugée ², c'est-à-dire lorsque la décision n'est plus susceptible d'aucun recours suspensif d'exécution, sachant que la partie qui a obtenu entière satisfaction en première instance est irrecevable, faute d'intérêt, à interjeter appel ³. Le

1) Arrêt Gelada Cass. 1 ère Civ, 9 juill. 1991, n° 90-12.503 : Bull. civ. 1991, I, n° 232.

2) Cass. Com 18 novembre 1997, Gaz. Pal. 1998. 2, Somm. 709, obs. S. Piédelièvre.

3) Référence du 12 novembre 2015 : <http://www.dictionnaire-juridique.com/definition/divorce-separation-de-corps.php>

jugement de divorce acquiert donc force de chose jugée en cas d'acquiescement des ex-époux. Dans un arrêt de la première chambre civile du 23 novembre 2011 ¹, la haute juridiction a constaté que si le divorce a été prononcé aux torts exclusifs du mari et si le juge du fond a accueilli l'ensemble des demandes de l'épouse, notamment celle relative à l'octroi d'une prestation compensatoire, l'appel reste recevable dans le cas où, postérieurement aux débats, la publication des comptes annuels de la société dont le mari était le gérant, a révélé que celui-ci avait perçu des revenus d'un montant supérieur à celui qu'il avait mentionné dans l'attestation sur l'honneur qu'il avait souscrite. Dans ce cas, l'ignorance d'une telle information a été jugée de nature à affecter tant la teneur des prétentions de l'épouse, que l'appréciation de leur montant par le juge ².

475. A défaut de revendication, l'époux a droit à la moitié de la valeur des parts sociales souscrites ou acquises en cours d'union sans formalité de réemploi, puisque ces parts sont présumées appartenir à la communauté, ainsi qu'à la moitié des dividendes et intérêts des avances en compte courant puisque ceux-ci relèvent des fruits de la communauté, en application de l'article 1401 du code civil. L'intérêt de la revendication est donc de se voir attribuer *en sus*, les droits attachés au titre, à savoir la propriété, et par là même, la gestion exclusive de la moitié des parts sociales de l'époux associé (qui voit donc diminuer ses droits dans la société de moitié) c'est-à-dire le droit de vote, le droit de céder ou donner ses parts et tous les droits patrimoniaux découlant de la qualité d'associé, tels le droit au *boni* de liquidation, le droit aux dividendes ³ ou aux bénéfices : Le divorce constitue donc l'occasion de revendiquer ces droits, mais est aussi un moyen d'exercer un contrôle sur l'exercice de ces droits par son ex-conjoint afin d'obtenir un partage équitable, particulièrement lorsque des opérations relevant de la vie sociale sont en cours et non encore dénouées durant l'instance de divorce :

- 1) Cass. 1^{ère} Civ. 23 novembre 2011, pourvoi n°10-19839, Lexis-Nexis, BICC n°758 du 15 mars 2012.
- 2) Cass. 1^{ère} civ, 5 nov. 2014, n° 13-25.820 : JurisData n° 2014-026465 ; JCP N 2014, n° 50, act. 1278.
- 3) Référence du 13 novembre 2015 : <http://www.dictionnaire-juridique.com/definition/divorce-separation-de-corps.php>

476. concernant la cession, dans un arrêt de la première chambre civile du 22 octobre 2014 ¹, la Cour de Cassation réaffirme d'une part que la qualité d'associé attachée aux titres non négociables ne tombe pas dans l'indivision qui n'en recueille que la valeur c'est-à-dire la finance, de sorte que le conjoint associé divorcé peut en disposer seul. Elle énonce d'autre part, que ces droits sociaux doivent être portés à l'actif de la communauté pour leur valeur au jour du partage, ce qui permet de contrer l'hypothèse où les parts auraient été bradées lors d'une cession par le conjoint et permet de rétablir l'équité. Cette solution a été rendue possible parce que les parts ont été cédées pour un prix différent de l'évaluation retenue par l'expert qui était intervenu dans la perspective du partage, c'était donc cette dernière valeur qu'il y avait lieu de retenir, dans la mesure où elle n'a pas été contestée par les parties. La solution ne se justifie dès lors que s'il est possible de caractériser un accord sur le partage, ou tout au moins une convention réglant ce problème de valorisation.

477. Concernant les dividendes, un arrêt de la première chambre civile du 26 juin 2013 ², précise que les dividendes perçus en cours d'indivision post-communautaire ne sont pas à partager s'ils l'ont été postérieurement à la date fixée pour la jouissance divise, c'est-à-dire à la date du partage : c'est à cette dernière date que seront évalués les biens présents des époux. Bien que l'exécution d'un partage conventionnel de communauté soit conditionnée par le prononcé de la décision définitive de divorce, la prise d'effet de cette convention a pour conséquence de faire rétroagir les transferts de propriété stipulés à la date convenue par les époux. L'arrêt rendu par la première chambre civile le 26 juin 2013 vient préciser la portée de l'effet suspensif dont sont frappées, en application de l'article 1451 du code civil, les conventions que les époux concluent au cours de l'instance en divorce, relativement à la liquidation et au partage de leur régime matrimonial. Ce texte précise, en effet,

1) Cass. 1^{ère} Civ. 22 oct. 2014, n° 12-29.265 : JurisData n° 2014-024917. Référence du 14/11/2014 : <http://presse-juridique.lexisnexis.fr/pages/fiscalite-affaires-3.html>

2) Cass. 1^{ère} Civ. 26 juin 2013, n° 12-13.361 : AJF 2013, p. 501, obs. S. Blanc-Petissier ; Rev. sociétés 2013, p. 704, note E. Naudin

que de telles conventions sont suspendues, quant à leurs effets, jusqu'au prononcé du divorce et qu'elles ne peuvent être exécutées, même dans les rapports entre époux, que lorsque le jugement a pris force de chose jugée ¹. En l'espèce, des époux étaient convenu de la liquidation et du partage de leur communauté, en attribuant au mari les droits sociaux et notamment les dividendes moyennant le paiement d'une soulte à l'épouse. La haute juridiction relève d'une part, que l'exécution du partage conventionnel était subordonnée à la décision définitive de divorce et d'autre part, considère que l'époux était, compte tenu de l'existence de cette dernière décision, devenu propriétaire des parts sociales du couple à compter de la date conventionnellement fixée pour la jouissance divise, et était donc seul destinataire des dividendes produits par ces parts sociales à compter de cette date. Il en découle que les sommes versées à l'épouse depuis la date de la jouissance divise n'étaient pas dues au titre des dividendes, celle-ci ne détenant plus de parts sociales, ces sommes devant dès lors s'imputer, en l'absence d'autre affectation spécifiée, sur la soulte dont elle était créancière. L'arrêt du 26 juin 2013 précise clairement que les versements issus de la distribution de dividendes devaient s'imputer sur la soulte convenue dans le partage conventionnel ².

478. Concernant les bénéfices, un arrêt de la première chambre civile de la Cour de Cassation en date du 9 février 2011 ³, a affirmé que seul l'époux titulaire du compte courant d'associé a qualité à agir en remboursement du compte, quand bien même la somme provenant d'un tel remboursement dût figurer à l'actif commun. Elle précise 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

1) Référence du 14 /11 /2015 : <http://cnb.avocat.fr/file/146132/>

2) *Ibid.*

3) Référence du 13 novembre 2015 : <http://www.avocat-campi.com/divorce-entrepreneur.php>

attribués sous forme de dividendes ». Autrement dit, la communauté n'a donc aucun droit sur les bénéfices mis en réserve et la revendication de la qualité d'associé constitue un moyen imparable de légitimement y prétendre, ce qui peut constituer une somme conséquente au fil du temps en cas de prospérité de la société.

479. La revendication ne consiste donc pas à la reconnaissance d'un droit indivis sur les titres mais bien à celle d'un droit de propriété sur les droits sociaux à part entière, ce qui est dérogoratoire au droit commun et révèle la force des conséquences du droit matrimonial ayant régulé les rapports entre deux personnes au-delà de la dissolution de l'union.

480. Si ces outils de protection sont généralement très efficaces pour la protection du conjoint de l'associé commun en biens en cas de divorce, il existe aussi des voies de recours à la disposition du chef d'entreprise afin de se réappropriier l'activité professionnelle au terme du divorce, à charge de récompense.

III. Recours du chef d'entreprise pour la réappropriation de l'activité professionnelle au terme du divorce à charge de récompense

481. En cas de divorce, le chef d'entreprise dûment averti dispose essentiellement de la renonciation à la revendication par son époux de la qualité d'associé (A), de clauses d'agrément spécifiques (B), de l'attribution préférentielle de son activité (C), ou au minimum d'une compensation tenant à la rémunération qui peut lui être accordée pour sa gérance du bien professionnel commun ou indivis (D).

A. La renonciation par le conjoint de la revendication à la qualité d'associé, précaution indispensable

482. L'éventuelle revendication de la qualité d'associé du conjoint du chef d'entreprise commun en biens jusqu'à ce que le jugement de divorce soit devenu définitif ¹, fait mesurer tout l'intérêt de prendre le soin de le faire renoncer à cette qualité dès que possible, et précisément au moment où il est informé de l'acte de constitution ou de souscription des parts non négociables, même si une telle renonciation est possible à tout moment en cours de vie sociale. Cette précaution est garante de la prévention de litiges, puisque cette renonciation est irrévocable ².

483. La solution consisterait à rendre obligatoire la détermination d'un choix, à peine de nullité de l'acte de souscription ou de constitution, sur le modèle du droit de préemption conféré à la mairie lorsque un acte de vente portant sur un immeuble a donné lieu à un acte de sous-seing privé: A défaut de réponse dans le délai de deux mois, la mairie est réputée avoir renoncé à son droit de préemption. Cette prise de position obligatoire, à défaut de renonciation au droit, aurait le mérite d'éviter bien des conflits tant pour le chef d'entreprise que pour les autres associés, ces derniers s'exposant au risque, en l'absence de clause d'agrément dans les statuts ou dans un pacte d'actionnaires, de se voir imposer un associé qu'il n'aurait pas choisi ou du moins, de modification de la répartition des titres.

B. La protection des associés par l'insertion d'une clause d'agrément spécifique

484. La clause d'agrément leur permet en effet de contrôler l'accès à la société, tant lors de la constitution, que de la vie sociale. Elle présente notamment l'intérêt de pouvoir s'appliquer aux cessions aux conjoints, d'étendre l'agrément en cas de transmission suite à un divorce avec des règles de majorité applicables librement définies, (hormis l'encadrement législatif prévu pour la SARL ³). Cette clause représente une arme efficace

1) Cass. Com. 18 novembre 1997, JCP E 1998, p. 517, note D. Vidal.

2) CA Paris 16 octobre 1990, Bull. Joly Soc. 1991, § 65, p. 201, note B. Maubru.

3) Référence du 15 novembre 2015 : <http://www.lecoindesentrepreneurs.fr/clause-d-agrement-fonctionnement/>

pour lutter contre une revendication forcée de la qualité d'associé par l'époux lors du divorce. Elle n'est cependant utile que dans l'hypothèse où l'entrée du chef d'entreprise dans la société n'a pas elle-même été déterminée par une clause d'agrément. En effet, l'agrément donné à l'époux apporteur répute son conjoint coassocié, ce qui prive les associés du choix entre les deux époux, le couple formant une seule et même entité. En revanche selon l'article 1832-2 alinéa 3 du code civil, si de la revendication par l'époux de la qualité d'associé est postérieure à l'apport ou à l'acquisition, les clauses d'agrément prévues par les statuts sont opposables au conjoint. Le législateur a été soucieux de préserver la neutralité de la décision d'agrément, puisque il a prévu la non-interférence de l'époux apporteur, celui-ci ne participant pas au vote et ses parts n'étant pas prises en compte pour le calcul du quorum et de la majorité. Lorsque la clause d'agrément est prévue dans les statuts, toute cession de titres réalisée en violation de celle-ci encourt la nullité, ce qui prévient toute intrusion forcée dans la société. Par contre, l'annulation de la cession n'est pas envisageable si cette clause est insérée dans un pacte d'associés, seuls des dommages et intérêts pouvant alors être demandés par ceux-ci ¹, ce qui démontre la nécessité du recours aux conseils d'un professionnel du droit pour une protection efficace.

C.L'attribution préférentielle, une solution parfois inopérante, en raison de la nécessité du versement d'une soulte souvent conséquente

485. L'attribution préférentielle est le droit que la loi confère à une personne de se faire déclarer propriétaire exclusif d'un bien ou d'un ensemble de biens indivis, à charge par elle de désintéresser par le versement d'une soulte, ceux qui avaient normalement vocation à participer au partage ¹.

486. A l'occasion de l'instance de divorce, le fonds ou la société créée ou acquise pendant l'union des époux communs en bien, cesse d'avoir la nature de bien commun pour devenir un bien indivis. Il n'est donc pas toujours certain que ce bien soit dévolu à l'époux désireux de poursuivre l'activité professionnelle au moment du partage.

1) Référence du 16 novembre 2015 : <http://www.dictionnaire-juridique.com/definition/attribution-preferentielle.php>

487. L'article 831 du code civil issu de la loi n°2006-728 du 23 juin 2006 applicable aux partages successoraux et à ceux découlant de la dissolution de la communauté ¹, donne alors la possibilité de demander l'attribution préférentielle à charge de soulte, de l'entreprise agricole, commerciale, industrielle, artisanale ou libérale, ainsi que des droits sociaux, afin de permettre la poursuite de l'activité. Pour voir aboutir la demande, un certain nombre de conditions doivent être réunies ² :

- l'entreprise doit constituer une entité économique ;
- le demandeur doit être propriétaire ou copropriétaire du fonds à la dissolution de la communauté (article 833-1 du code civil);
- il doit avoir participé à l'exploitation au jour de sa demande, c'est-à-dire à une date postérieure à la dissolution de la communauté, en tant que gérant ou salarié par exemple;
- son conjoint ne doit pas avoir renoncé à demander l'attribution préférentielle ;
- le demandeur doit porter sa demande devant le TGI du domicile des époux devant le juge statuant sur le partage ou devant le juge du divorce en application de l'article 267-1 du code civil ;
- le conjoint divorcé ou séparé ne doit pas avoir exclu par une disposition expresse, l'attribution préférentielle du fonds.

488. Le juge du fonds statuera souverainement selon les intérêts en présence ³ et peut donc tenir compte de divers paramètres, dans le but de donner les meilleures chances de pérennisation de l'activité. Ainsi, même si les conditions précitées sont remplies, des critères comme la durée de l'exploitation personnelle, la condition de diplôme ⁴ pour des professions réglementées, le risque d'insolvabilité de l'attributaire ⁵, l'incompatibilité de certaines professions avec l'exercice du commerce ⁶, sont déterminants dans la décision d'attribution.

1) Article 1476 du code civil.

2) *Opere citato*, « Un mariage à trois : le commerçant, son conjoint et le fonds de commerce », S. Castagné, JCP N 2006, 1354.

3) Article 832-3 alinéa 3 du code civil.

4) CA Paris, 24ème ch., 7 septembre 2005, Juris-Data n° 2005-281662 (attribution à la femme seule titulaire du diplôme de coiffure).

5) Cass. Com. 3 octobre 2006, JCP 2007, I, 142, n° 29, obs. Tisserand-Martin.

6) Cass. 1 ère Civ. 31 janvier 1995, Bull. Civ. I, n°62 (refus d'attribution préférentielle de l'exploitation d'un camping à un fonctionnaire).

489. L'attribution du fonds à l'un des ex-époux entraîne en application de l'article 831-2 alinéa 2 du code civil, celle du droit au bail du local à usage professionnel servant à l'exercice de l'activité, ainsi que celle des objets mobiliers à usage professionnel garnissant ce local. Cet article vient utilement mettre fin à la jurisprudence antérieure à la réforme opérée par la loi du 23 juin 2006, qui considérait que le droit au bail ne constituait pas un élément nécessaire du fonds de commerce, qui pouvait exister sans lui, et que l'attributaire du fonds de commerce ne pouvait pas exiger la conclusion d'un bail commercial à son profit ¹.

490. Certaines situations étaient en effet source d'incertitude et d'illogisme car la jurisprudence semblait se baser sur la théorie de l'accessoire, alors qu'à présent elle œuvre avant tout pour la poursuite de l'exploitation: Dans un arrêt de la première chambre civile de la Cour de Cassation du 18 décembre 1990 ², des époux communs en biens avaient acquis un immeuble jouxtant un autre appartenant en propre à l'époux qui y exerçait dès avant le mariage son activité de kinésithérapie, en vue de créer des locaux à usage de bureaux et d'habitation. L'ensemble servait à l'installation du fonds de commerce de thalassothérapie et du cabinet professionnel de l'époux, ce qui causa le problème de sa qualification lors du divorce pour déterminer l'attribution du bien. Dans son arrêt du 10 novembre 1988, la cour d'appel de Douai ³ décida que cet ensemble était un bien de communauté, du fait de l'imbrication des deux immeubles, l'époux ne pouvant plus reprendre en nature son immeuble propre initial, à cause de l'indivisibilité créée. Il apparaissait seulement créancier d'une récompense, compte tenu de son apport à la communauté. La haute juridiction a censuré la décision de la cour d'appel au motif d'une part, que l'indivisibilité matérielle ne pouvait justifier la perte du caractère propre du bien originaire pour devenir commun, ce qui exclut le bénéfice de la règle de l'accessoire au profit de la

1) Référence du 16 novembre 2015 :

http://revuefiduciaire.grouperf.com/guide/20122/rfiducgu20122_0400_58076D_001.html
Cass. 1 ère Civ. 11 juin 1968, BC I n° 167, cité sur Légifrance.

2) Cass. 1 ère Civ. 18 décembre 1990, Dalloz 1992, p. 37, note R. Le Guidec.

3) Référence du 16 novembre 2015 : http://fiches.dalloz-etudiant.fr/fileadmin/contenu_fiches/Prive/La_repartition_des_richesses_dans_le_regime_legal/D_1992_37_Le_Guidec.pdf

communauté, pour lui conférer la qualification de biens propres d'origine. D'autre part, elle relève qu'il fallait rechercher si ce n'était pas l'immeuble acquis par la communauté qui, accessoire d'un bien propre, serait devenu propre. Il semble bien que cette jurisprudence ait posé les jalons de la primauté de la continuation de l'exploitation opérée par le législateur en 2006.

491. Cette volonté de pérenniser l'activité s'illustre clairement aujourd'hui en jurisprudence, par l'extension de l'attribution préférentielle du fonds à l'immeuble dans lequel il est exploité ¹, ou encore au contrat de location-attribution ².

492. Le bien attribué à l'un des époux donne lieu à une évaluation préalable, afin de pouvoir déterminer le montant de la soulte à laquelle l'autre époux a droit, du fait de sa quote-part dans la propriété du bien. En effet, en cas de divorce, si la consistance des éléments de la communauté à liquider se termine au jour où le jugement de divorce prend effet dans les rapports patrimoniaux entre époux, leur valeur doit être fixée au jour le plus proche du partage, compte tenu des modifications apportées à l'état de ces biens pendant la durée de l'indivision post-communautaire ³. Les époux ont toutefois la possibilité de convenir de l'évaluation à une date différente depuis l'arrêt de l'Assemblée Plénière de la Cour de Cassation du 22 avril 2005 ⁴, ce qui permet en pratique de rétablir l'équité dans le partage, lorsqu'un bien a été vendu par l'indivision post-communautaire à un prix supérieur à l'évaluation, avant le jugement d'homologation de cet accord. La première chambre civile de la Cour de Cassation a en clairement déduit dans un arrêt du 11 mars 2009 ⁵, que les modifications qui se produisent dans les éléments constitutifs de l'indivision, de l'accord de tous les coïndivisaires, profitent et nuisent à ceux-ci, leur contrat tenant de loi aux parties. Cela permet de prendre en compte le prix de vente d'un bien, et non de sa valeur au moment de l'assignation en divorce.

1) Cass. 1^{ère} Civ. 6 février 2008, JCP 2009, I, 109, n°4, obs. Le Guidec.

2) Cass. 1^{ère} Civ. 28 février 2006, Bull. Civ. I, n°105.

3) Cass. 1^{ère} Civ. 7 avril 1998, RTDCiv. 712, obs. Patarin.

4) Cass. Ass. Plénière 22 avril 2005, RLDC 2005/18, n°753, note Léandri.

5) Cass. 1^{ère} Civ. 11 mars 2009.

494. La soulte versée à l'époux non attributaire viendra compenser l'inégalité en nature des lots et permettra de rétablir entre les époux, une égalité¹ en numéraire. Elle est en principe payable comptant, sauf accord des parties² permettant des délais de paiement avec date certaine. Il est alors judiciaire pour l'ex-conjoint non-attributaire de faire stipuler dans la convention la production d'intérêts, voire une possibilité de revalorisation, car il est impossible pour les parties ou le juge de subordonner l'attribution préférentielle au paiement de la soulte³, en dehors d'une déchéance prévue par la loi.

495. Le chef d'entreprise (et tout particulièrement le professionnel libéral détenteur d'une clientèle conséquente), se verra donc contraint de dédommager son ex-conjoint. Afin de ne pas risquer les incertitudes découlant d'un éventuel maintien du fonds dans l'indivision par convention, une licitation ou tout simplement de la vente de l'exploitation, les parties peuvent convenir du paiement de la soulte à l'aide d'un prêt en cours d'instance ou postérieurement au prononcé du divorce. Celui-ci ne garantit cependant pas au chef d'entreprise la poursuite de l'exploitation en raison de la possible exigence d'une hypothèque du fonds par l'établissement bancaire. De plus, pour éviter une demande de réévaluation de la soulte, il est recommandé au chef d'entreprise de faire stipuler dans l'acte de partage une clause faisant renoncer le non-attributaire à la remise en question de l'accord. Afin d'éviter de compenser la somme très importante versée au titre de la soulte, il reste au professionnel la possibilité de demander une rémunération pour sa gérance, ultime faveur accordée par la loi à l'ex-époux commun en biens ayant en pratique souvent seul et par la seule force de son travail, réussi à créer un patrimoine commun ou indivis confortable.

1) Article 826 alinéa 4 du code civil.

2) Article 832-4 du code civil.

3) Cass. 1ère Civ. 5 avril 2005, Dt Fam. 2005, n°141, note Beignier Cass. 1 ère Civ. 20 janvier 2010, Bull. Civ. I, n°16.

V. **La demande de rémunération pour la gérance du bien professionnel indivis, garante du rétablissement d'un minimum d'équité**

496. L'article 815-12 du code civil prévoit que l'indivisaire qui gère un ou plusieurs biens indivis a droit à la rémunération de son activité dans les conditions fixées à l'amiable ou, à défaut, par décision de justice. Il est complété par l'article 815-13 du même code qui dispose que « lorsqu'un indivisaire a amélioré à ses frais l'état d'un bien indivis, il doit lui en être tenu compte selon l'équité, eu égard à ce dont la valeur du bien se trouve augmentée au temps du partage ou de l'aliénation. Il doit lui être pareillement tenu compte des dépenses nécessaires qu'il a faites de ses deniers personnels pour la conservation desdits biens, encore qu'elles ne les aient point améliorés. Inversement, l'indivisaire répond des dégradations et détériorations qui ont diminué la valeur des biens indivis par son fait ou par sa faute ». Tous deux peuvent permettre au chef d'entreprise de réclamer une rémunération pour la gestion de l'activité professionnelle dépendant de la communauté, à l'occasion de l'instance de divorce, ce qui permettra de faire diminuer la soulte due à son ex-époux par compensation.

497. Bien souvent les parts, ou le fonds indivis verront leur valeur accroître grâce à l'exploitation du chef d'entreprise, entre le moment de la dissolution du lien matrimonial et celui de la liquidation et du partage. Or, si les plus-values profitent à l'indivision, l'amélioration du bien par l'activité de gestion et d'exploitation du chef d'entreprise mérite rémunération d'après une jurisprudence constante. Après avoir posé le principe du droit pour l'indivisaire gérant à une indemnité calculée selon les dispositions de l'article 815-13 du code civil ¹, la première chambre civile de la Cour de Cassation a abandonné toute référence à ce texte ² et par conséquent à l'origine de la plus-value, pour affirmer clairement que « l'activité de l'époux gérant d'un fonds de commerce durant l'indivision post-communautaire, ne peut être assimilée à une dépense

1) Cass. 1^{ère} Civ. 25 mai 1987, D. 1988.28, note A. Breton.

2) Cass. 1^{ère} Civ. 12 janvier 1994, Defrénois 1994, 430, obs. L. Aynès.

d'amélioration d'un bien indivis, dont le remboursement donnerait lieu à application de l'article 815-13 du code civil »¹, mais donne droit à la rémunération du gérant sur la base de l'article 815-12, dont les juges du fond apprécient souverainement le montant².

498. Il semble donc que pour fonder cette rémunération, les juges soient indifférents à l'augmentation de la valeur du bien lui-même, mais se fondent sur l'activité personnelle d'un indivisaire qui constitue en elle-même une créance sur l'indivision. Cette rémunération sera déduite de l'actif net à partager³. Cette industrie personnelle déployée dans l'indivision post-communautaire, dans la mesure où elle a généré une imposition, permettra au chef d'entreprise d'obtenir de surcroît, le remboursement de la moitié des impôts versés à ce titre⁴. Cette rémunération vient donc tempérer le montant de la soulte de l'ex-conjoint non-exploitant, ce qui apparaît tout à fait justifié et légitime, puisque le chef d'entreprise a travaillé au profit de l'indivision et non pour son seul compte durant cette période.

499. Le conjoint commun en bien profite donc au-delà du divorce, des profits générés par l'activité professionnelle créée ou développée par le chef d'entreprise durant l'union. Mais l'attraction vers la communauté des biens est telle dans le régime légal, que les biens propres sont susceptibles de suivre le même chemin, particulièrement s'ils ont été financés pendant le mariage.

- 1) Cass. 1^{ère} Civ. 29 mai 1996, JCP N 1997, 702, note S. Piedelièvre. Cass. Civ. 1^{re}, 23 juin 2010, n° 09-13.688, Bull. Civ. I, n°146.
- 2) Cass. 1^{ère} Civ. 13 mars 2007, RTDCiv. 2007, 801, obs. Vareille.
- 3) Cour d'appel de Bastia, 10 juillet 2013, n°12/00237, référence du 26/11/2015 : <http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000027740660>
- 4) Cass. 1^{ère} Civ., 10 juillet 2013, n°11-18.590, référence du 26/11/2015 : <http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000027703168>

§2) Les conséquences dans le partage du financement pendant l'union d'un bien professionnel propre

500. La question se pose de savoir si le conjoint, dont l'époux a remboursé le prêt finançant l'acquisition ou la création d'un bien professionnel propre pendant le mariage, a droit à récompense à sa dissolution. L'article 1401 du code civil dispose que « la communauté se compose activement des acquêts faits par les époux ensemble ou séparément durant le mariage, et provenant tant de leur industrie personnelle que des économies faites sur les fruits et revenus de leurs biens propres ». L'article 1404 alinéa 2 du même code prévoit quant à lui que « forment des propres par leur nature, mais sauf récompense s'il y a lieu, les instruments de travail nécessaires à la profession de l'un des époux, à moins qu'ils ne soient l'accessoire d'un fonds de commerce ou d'une exploitation faisant partie de la communauté ». Il en résulte que des parts sociales ou un fonds acquis antérieurement au mariage restent des propres, mais que la communauté profite des fruits et revenus qui en résultent. Il est donc permis de se demander si la communauté a droit à récompense pour avoir financé un bien propre dont elle a profité ? Le célèbre arrêt Authier de la première chambre civile du 31 mars 1992 ¹ est venu apporter une réponse claire et précise et constitue désormais une jurisprudence bien établie en droit français : Les fruits et revenus de propres sont affectés à la communauté, par suite elle doit en supporter les dettes qui sont la charge de la jouissance de ces biens, ce qui est le cas d'un emprunt souscrit pour l'acquisition d'un bien propre. Elle a donc droit à récompense pour le remboursement du capital ayant servi à l'acquisition ou à la création du bien propre, mais pas pour les intérêts versés, puisque la communauté doit supporter les dettes qui sont la charge de la jouissance de ces biens. En pratique, l'époux du chef d'entreprise pourra donc demander remboursement de la moitié du capital remboursé pendant le mariage, ce qui constitue une somme pouvant être relativement faible, puisqu'il est de principe en droit bancaire que le remboursement s'impute d'abord sur les intérêts, le capital ne

1) Cass. 1^{ère} Civ. 31 mars 1992, n° 90-17212, Defrénois 2008, 307, obs. Champenois ; RTDCiv. 2007, 618, obs. Vareille.

commençant de fait à être remboursé qu'au terme de plusieurs années. La solution a néanmoins l'avantage pour le juge du fonds de pouvoir procéder à un calcul comptable clair et objectif. Elle a été réitérée dans un arrêt de la première chambre civile du 5 mars 2008 ¹, dans lequel la haute juridiction a affirmé que « pour déterminer la nature propre ou commune d'un bien acquis en partie par un époux et en partie par la communauté, les intérêts de l'emprunt souscrit pour son financement partiel et payés par la communauté ne peuvent être pris en compte. ». Les intérêts de l'emprunt souscrit pour le financement partiel de l'acquisition sont donc « une charge de jouissance supportée par la communauté », et ne peuvent alimenter la part de la communauté pour faire éventuellement tomber le bien dans le lot commun.

501. Cette solution a trouvé une application directe en matière d'emprunt ayant servi à financer les instruments de travail nécessaires à l'exercice de la profession d'un époux, dans un arrêt de la première chambre civile du 14 novembre 2007 ². La haute juridiction a décidé qu'« un époux est redevable d'une récompense à la communauté à raison du capital des emprunts, souscrits et payés par la communauté, ayant servi à financer l'acquisition d'instruments de travail nécessaires à l'exploitation artisanale lui appartenant en propre, dès lors qu'il n'a été remboursé à l'aide de ses deniers propres ». Or en régime de communauté, il paraît très difficile d'établir l'existence de deniers propres en raison de l'attraction vers la communauté des gains et salaires, ainsi que des fruits des biens propres et des instruments de travail nécessaires à la profession, ce qui laisse peu et pour ainsi dire pas d'espoir pour le chef d'entreprise d'arriver à démontrer le caractère propre des deniers ayant servis au remboursement. Par ailleurs dans cette affaire, la Cour a posé la même solution concernant l'apurement des soldes débiteurs des comptes bancaires professionnels de cet époux effectué par la communauté, ce qui a permis une seconde récompense à ce titre. Celle-ci sera fixée à un montant plus élevé car la cour d'appel a à juste titre relevé que « si les découverts des comptes bancaires professionnels propres au mari ont été apurés à l'aide de

1) Cass. 1 ère Civ. 5 mars 2008, 07-12.392, JurisData n°2008-042981 ; JCP G, IV, 1636 ; D. 2008, p. 851.

2) Cass. 1 ère Civ. 14 novembre 2007, n°05-18.570, AJ Fam. 2008,39, obs. Hilt.

deniers communs, c'est afin d'éviter la disparition du fonds artisanal ». La première chambre civile opère ainsi une distinction, pour ne pas dire une discrimination, entre les dépenses nécessaires relatives à l'acquisition de biens et celles qui concernent sa conservation. La justification se trouve dans le fait que les premières ont profité à la communauté, alors que les secondes auront permis *in fine* la conservation du bien au profit du mari. En cela, la décision paraît tout à fait justifiée.

502. Le conjoint a par ailleurs, la possibilité de demander récompense à la communauté, au titre des cotisations versées pour la souscription d'une retraite par son ex-époux, retraite acquise sans réversion en cas de décès (plus rémunératrice qu'une pension souscrite avec réversion) et ce, depuis deux arrêts de la première chambre civile du 23 mai 2006 ¹ et du 31 octobre 2007 ². Ils se justifient par le fait que ces cotisations devaient profiter au seul souscripteur, la communauté s'est donc appauvrie par le versement de ces cotisations visant à financer une rente qui à terme, ne lui est pas destinée. Il pourrait aussi être avancé l'argument selon lequel, l'ex-conjoint aurait profité indirectement de ces revenus formant le pouvoir d'achat du souscripteur grâce à des sommes investies par la communauté, si le divorce n'était pas intervenu et vient renforcer la légitimité du droit à récompense. Cette jurisprudence témoigne un peu plus de la bienveillance de la haute juridiction en matière d'appréciation de la qualification de récompenses et vient atténuer les inconvénients attachés à la qualité d'époux du chef d'entreprise.

503. Par ailleurs, ces développements amènent à considérer le cas de l'emprunt souscrit par les époux pour les besoins de l'exploitation du chef d'entreprise, mais dont le remboursement continuerait à courir après leur divorce.

1) Cass. 1^{ère} Civ. du 23 mai 2006 n° 858, RTDCiv. 2008, janv-mars, 618, obs. B. Vareille ; D. 2006, IR, 1634.

2) Cass. 1^{ère} Civ. 31 octobre 2007 n° 1219, RTDCiv. 2008, janv-mars, 618, obs. B. Vareille ; AJ 2007, 483, obs. P. Hilt.

504. La loi ° 2005-882 dite Dutreil du 2 août 2005 ¹ a introduit l'article 1387-1 dans le code civil. Celui-ci dispose que « 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 de grande instance 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 ». Très critiquée par la doctrine ² parce que pouvant être traduit comme un moyen pour l'ex-époux non exploitant de se libérer de son obligation et donc source d'insécurité pour les créanciers et le crédit des entreprises ³, l'application de cet article en jurisprudence a fort heureusement permis de démontrer qu'il n'était applicable que s'agissant des rapports entre ex-époux et non à l'égard des tiers, ce qui permet de garantir la sécurité juridique. Dans une décision du TGI d'Evreux du 17 novembre 2006 ⁴, les juges ont en effet décidé que les dispositions de l'article 1387-1 du code civil « permettent seulement à l'ex-épouse d'exercer, dans le cadre d'une instance séparée, un recours contre son ex-conjoint pour les sommes qu'elle aura dû régler à la banque créancière, le tribunal pouvant avoir décidé, compte tenu des circonstances de la cause, que la contribution finale à la dette sera mise à la charge exclusive du mari ». Elles ne suppriment donc pas l'obligation à la dette de l'ex-épouse envers le créancier. Celui-ci dispose toujours d'une créance envers l'ex-époux car le divorce est un fait auquel il est étranger, ce qui peut s'analyser comme plaçant l'ex-époux en situation de subrogation dans les droits du créancier vis-à-vis du seul débiteur qui est le chef d'entreprise.

1) Loi n° 2005-882 du 2 août 2005 en faveur des petites et moyennes entreprises, JO 3 août 2005, p. 12639.

2) V. Larribeau-Terneyre « Le créancier se trouva fort dépourvu lorsque le divorce fut venu ou le nouvel article 1387-1 du code civil », Dt Fam. 2005, Etude 21.

3) « Droit et pratique du divorce », P.-J. Claux et S. David, Dalloz 2015-2016, 3ème édition, p. 694.

4) TGI Evreux, 17 novembre 2006, Defrénois 2008, 38719, n°4, obs. Champenois ; LPA 15-16 août 2007, note Edel.

505. Si l'époux divorcé semble au final à l'abri des dettes professionnelles de son ex-conjoint, la question se pose de savoir s'il existe des moyens juridiques pour se prémunir pendant l'union des mésaventures financières du professionnel, particulièrement lorsque celui-ci doit faire face à l'application d'une procédure collective à l'égard de son entreprise, ou s'il s'est porté caution pour elle ?

Titre 2 : L'incidence des difficultés financières du chef d'entreprise sur son couple

506. L'activité du chef d'entreprise peut connaître des difficultés et devoir être soumise à une procédure collective (**chapitre 1**). Le chef d'entreprise peut aussi rencontrer des problèmes financiers parce qu'il s'est vu contraint de se porter caution pour sa société (**chapitre 2**). Ces deux hypothèses peuvent hélas se répercuter sur le patrimoine de la personne en couple avec lui de façon plus ou moins sérieuse, selon l'entremêlement de leurs patrimoines respectifs.

Chapitre 1 : La protection du patrimoine de l'époux ou du partenaire en cas de procédure collective

507. La mise en place d'une procédure collective a pour dessein d'aider une entreprise en difficulté à résoudre les problèmes qu'elle rencontre avec ses créanciers et couvre un large panel de situations, allant de l'aide à surmonter de simples difficultés de gestion ou de paiements, à la liquidation de l'entreprise en ultime recours. En ce qu'elle vise à prévenir les difficultés, à redresser et à maintenir l'activité, la procédure collective constitue donc un bénéfice certain pour le chef d'entreprise. Cependant, dans la pratique hélas, 95 % de procédures se terminent par une liquidation judiciaire ¹ et l'écran de la personnalité morale ne suffit bien souvent pas à mettre le chef d'entreprise à l'abri sur un plan patrimonial car il sera tenu à hauteur de ses apports, qui peuvent être conséquents, s'il a pris soin de constituer une personne morale pour l'exercice de son activité et peut être tenu sur son patrimoine personnel en cas de faute de gestion. Or, s'il est uni dans les liens du mariage (**section 1**) ou par un PACS (**section 2**), la procédure collective peut avoir des répercussions néfastes sur le patrimoine du couple, la question se pose donc de savoir s'il existe des moyens juridiques de s'en prémunir.

Section 1) Inconvénients et avantages pour l'époux de la mise en place d'une procédure collective à l'égard de l'entreprise de son conjoint

508. L'article L651-2 alinéa 1 du code de commerce, modifié par l'article 6 de l'ordonnance n°2010-1512 du 9 décembre 2010, dispose que « lorsque la liquidation judiciaire d'une personne morale fait apparaître une insuffisance d'actif, le tribunal peut, en cas de faute de gestion ayant contribué à cette

1) D. Tricot, « Avant-propos », Gaz. Pal., 29-30 avril 2005, p. 4.

insuffisance d'actif, décider que le montant de cette insuffisance d'actif sera supporté, en tout ou en partie, par tous les dirigeants de droit ou de fait, ou par certains d'entre eux, ayant contribué à la faute de gestion. En cas de pluralité de dirigeants, le tribunal peut, par décision motivée, les déclarer solidairement responsables ». Le danger apparaît ainsi de voir le conjoint commun en biens touché financièrement par l'engagement des biens communs, ce qui traduit une prédominance de l'application du droit des procédures collectives, et par conséquent des droit des créanciers, sur les droits de l'époux (§1). Il convient donc de s'interroger sur les solutions juridiques permettant d'échapper à ces atteintes (§2).

§1) La prédominance de l'application du droit des procédures collectives sur les droits du conjoint

509. Le législateur s'est montré peu loquace dans la partie du code civil consacrée aux droits du conjoint d'un débiteur soumis à une procédure collective, puisqu'il n'y a consacré que quatre articles ². Cette négligence constitue une véritable lacune en droit français, qu'il faut souhaiter voir un jour comblée ³.

510. La situation de l'époux se révèle paradoxale, car si l'ouverture et les conséquences liées à une procédure de sauvegarde, de redressement et surtout de liquidation, peuvent impacter de manière négative sur les droits du conjoint tiers aux affaires du chef d'entreprise (I), elles peuvent apparaître comme un véritable avantage pour le conjoint impliqué dans l'activité (II).

1) « Le sort du conjoint *in bonis* engagé aux côtés de son époux surendetté ou soumis à une procédure collective », Lambert, RTDCom. 2007,485 et s, sp487, n°3.

2) Articles L 624-5 à L 624-8 du code civil.

3) « Droit et pratique des procédures collectives », P-M Le Corre, Dalloz, 2013-2014, 7ème édition, p. 2156.

I. Les atteintes aux droits du conjoint, tiers à la société du chef d'entreprise

511. Le conjoint, alors qu'il n'exerce aucune fonction au sein de l'exploitation, est fortement touché dans ses droits sur les biens communs et corrélativement sur ses pouvoirs (A) du fait de l'ouverture d'une procédure collective à l'égard de l'entreprise de son époux, ce qui témoigne de la dangerosité des liens matrimoniaux en la matière. Cependant, la mise en œuvre d'une procédure collective, si elle a été essentiellement pensée par le législateur pour faciliter le sauvetage de l'entreprise, n'en a pas moins oublié de protéger le patrimoine du conjoint *in bonis* (B).

a. L'atteinte à la libre disposition des biens communs par le dessaisissement de pouvoir du conjoint

512. Le chef d'entreprise, dont la société est soumise à une mesure de sauvegarde ou de redressement, exerce ses pouvoirs sous l'assistance et le contrôle d'un administrateur judiciaire, lui-même sous l'autorité du juge commissaire. Pendant la période d'observation, tous deux sont limités à l'accomplissement d'actes d'administration relevant de la gestion courante. Le chef d'entreprise se voit ainsi dessaisi d'une partie de ses pouvoirs, ce qui inclut ses pouvoirs d'administration en tant qu'époux sur les biens communs, ces derniers entrant dans le champ de la procédure collective. Cela a des conséquences directes sur les pouvoirs d'administration et de disposition du conjoint, qui voit sa liberté ainsi asservie pour des faits indépendants de sa propre responsabilité. Le conjoint commun en biens *in bonis* est lui aussi confiné aux actes de gestion courante sur les biens communs pendant la période d'observation et doit par ailleurs, répondre de dettes dont il n'est pas à l'origine durant le redressement ou la liquidation. Cette situation du conjoint *in bonis* est assimilable à une responsabilité sans faute, et ce en raison de la nature commune de l'actif engagé pour couvrir le passif à honorer. En effet, l'article 1421 du code civil prévoit que « chacun des époux a le pouvoir d'administrer seul les biens communs et d'en disposer... Les actes accomplis sans fraude par un conjoint sont opposables à l'autre ». La haute juridiction a fait application de ce principe dans un arrêt du 18 octobre 2005, en posant

que « l'exploitation d'une officine de pharmacie, dont seule la valeur tombe en communauté, est sans incidence sur la validité du prêt contracté par les deux en vue de son acquisition » ¹. En l'espèce, l'épouse non diplômée d'un pharmacien mis en redressement judiciaire avait demandé la nullité du prêt servant à l'acquisition de l'officine qui constituait un bien commun. La première chambre civile a posé que les époux avaient valablement contracté les emprunts, puisque l'acte d'acquisition ne stipulait aucune atteinte à l'exploitation exclusive de l'époux, mais surtout, a jugé que l'épouse n'avait pas compétence pour poursuivre la nullité d'actes conclus durant la période suspecte, en vertu de l'article L 621-110 du code de commerce. Celui-ci est révélateur du dessaisissement des pouvoirs de gestion du conjoint, puisqu'il prévoit que « l'action en nullité est exercée par l'administrateur, par le représentant des créanciers, par le liquidateur ou par le commissaire à l'exécution du plan. Elle a pour effet de reconstituer l'actif du débiteur ». Cet asservissement de la liberté du conjoint commun en biens, qui traduit la volonté du législateur de le mettre à l'écart de la procédure collective pour ne pas diminuer l'actif et ne pas augmenter le passif de l'entreprise en difficulté, (il ne lui est par exemple pas permis de former tierce opposition à la vente d'un bien commun par le liquidateur ²), est justifié par la protection des créanciers et l'objectif de sauvetage de l'entreprise, ce qui témoigne des carcans dans lesquels se trouve un contractant, dès lors qu'il est engagé dans le lien matrimonial. L'ambivalence du mariage s'illustre ici avec force car s'il confère beaucoup d'avantages de protection en matière sociale et successorale, il a pour contrepartie un important amoindrissement de la liberté contractuelle du conjoint commun en biens.

513. Cette sévérité se retrouve particulièrement en cas de liquidation judiciaire, depuis un arrêt de principe de la chambre commerciale du 4 octobre 2005 ³.

1) Cass. 1^{ère} Civ. 18 octobre 2005, JurisData n° 2005-030312 ; JCP G 2005, IV, 3428 ; AJF, p. 115, obs. P. Hilt.

2) Cass. Com 28 avril 2009, n° 08-10368, Defrénois 2010, n°39078, p. 478, note Deen Gibirila.

3) Cass. Com. 4 octobre 2005, n° 04-12.610, Dalloz 2005, n°37, p. 2592, obs. A. Lienhard.

514. En s'appuyant sur la combinaison des articles 1413 du code civil et L 622-9 du code de commerce, la haute juridiction a posé qu'en cas de liquidation judiciaire d'un débiteur marié sous le régime légal, les biens inclus dans l'actif de la procédure sont administrés par le seul liquidateur, qui exerce pendant toute la durée de la liquidation judiciaire les droits et actions du débiteur dessaisi concernant son patrimoine. « Les pouvoirs de gestion du conjoint *in bonis* en vertu des articles 1421 et suivants du code civil ne peuvent plus s'appliquer ». En l'espèce, il a donc été jugé qu'aucun des époux n'avait le pouvoir de contracter en son seul nom un bail, même précaire, sur un immeuble de la communauté. La chambre commerciale refuse ainsi à l'époux le droit de demander la nullité de l'acte passé en excès de pouvoir, ce qui aboutit à une simple inopposabilité de l'acte à la procédure. Le conjoint du chef d'entreprise se trouve placé dans une situation comparable à celle d'un incapable majeur, tout autant qu'à celle des cas de mise en œuvre de la responsabilité du fait d'autrui.

515. De même, si le plan de redressement, de continuation ou de sauvegarde fait cesser l'administration contrôlée, l'époux *in bonis* continue à être atteint dans ses droits par la procédure : la vente d'un bien professionnel commun qui n'a pas été déclaré inaliénable en est en l'occurrence l'illustration, puisqu'en ce cas, le conjoint ne percevra pas une quote-part du prix de vente, celui-ci étant confié pour consignation au commissaire à l'exécution, en prévision de la phase d'exécution du plan qui permet de régler les créanciers¹. En cas de liquidation², le dessaisissement atteint à nouveau l'époux, car ses pouvoirs de gestion sont alors conférés au liquidateur, ce qui rend impossible l'application de l'article 1421 du code civil relatif aux pouvoirs de gestion : L'époux *in bonis*, même en en instance de divorce, ne peut plus par exemple, toucher les loyers du bail d'un bien commun qui lui ont été octroyés par une ordonnance de non-conciliation³.

1) Article 102 alinéa 1 du décret du 27 décembre 1985.

2) *Opere citato* P-M Le Corre, p. 2157.

3) CA Bourges, 15 novembre 1997, JCP E 2008, n°1682.

516. Il est permis de se demander si le but poursuivi de continuation de l'entreprise et de protection des créanciers de celle-ci justifie vraiment une telle privation des droits du conjoint *in bonis*, qui repose sur le caractère commun des biens, d'autant qu'il semble atteindre et léser les créanciers personnels de celui-ci, s'ils n'ont pas pris le soin de déclarer leurs créances. Cette situation critiquable du conjoint *in bonis* est hélas insurmontable, du fait de l'impossible individualisation de la part de chaque époux sur les biens communs durant l'union ¹, ce qui montre que l'esprit communautaire, pourtant voulu comme moyen de protection de l'époux par le législateur, peut tourner au désavantage de celui-ci. Néanmoins, cette extrême sévérité témoigne en réalité d'un souci de le protéger malgré lui.

b. La protection des patrimoines des conjoints en cas de procédure collective

517. Le dessaisissement de pouvoir du chef d'entreprise et de son conjoint commun en biens est révélateur d'une volonté de les aider par l'intervention de professionnels, que sont l'administrateur et le liquidateur, plus aptes à servir les intérêts de l'entreprise que l'exploitant à l'origine des difficultés et son conjoint novice en la matière.

518. De plus, si la procédure collective permet au chef d'entreprise de ne pas s'enliser dans les difficultés par l'arrêt du cours des inscriptions des sûretés ² qu'elle enclenche après le jugement d'ouverture, elle ne touche désormais pas les biens propres du conjoint non codébiteur, qui demeurent insaisissables (1) et ne cantonne l'apurement de la dette aux biens communs qu'une fois la procédure achevée (2).

1) Cass. Com 22 mai 2012, n° 11-17.391, Gaz. Pal. Ed. Sp. Dt des entreprises en difficultés, 3 août 2012, n°216, p.25, note Voinot ; Gaz. Pal 8 novembre 2012, p. 14, note Benlisi.

2) Article L 622-30 du code de commerce.

1. La préservation des biens propres du conjoint in bonis

519. L'article 1418 du code civil dispose que « lorsqu'une dette est entrée en communauté du chef d'un seul des époux, elle ne peut être poursuivie sur les biens propres de l'autre ». Or, l'ancien article L 624-6 du code de commerce prévoyait que « le mandataire judiciaire ou l'administrateur peut, en prouvant par tous les moyens que les biens acquis par le conjoint du débiteur l'ont été avec des valeurs fournies par celui-ci, demander que les acquisitions ainsi faites soient réunies à l'actif », ce qui exposait fortement le patrimoine du conjoint. Une question prioritaire de constitutionnalité a été soumise par la Cour de Cassation au Conseil Constitutionnel ¹ sur le fait de savoir si cet article était contraire au droit de propriété et au principe d'égalité devant la loi, des articles 2 et 4 de la DDHC. La haute juridiction, qui ne discute pas du fait que le but de la disposition est d'intérêt général, s'interroge sur le moyen utilisé, consistant non à un rapport à la procédure collective des valeurs fournies par le débiteur, mais en la reprise en nature du bien acquis grâce à elles ², moyen qui peut apparaître disproportionné à l'objectif assigné par le texte, en privant le conjoint de tout droit réel sur le bien litigieux ³.

520. Le Conseil Constitutionnel a décidé que les dispositions de cet article ont pour but de « désigner comme le véritable propriétaire du bien, non pas celui que les règles du droit civil désignent comme tel, mais celui qui a fourni des valeurs permettant l'acquisition. Elles n'entraînent pas une privation de propriété » ⁴. Elles sont animées par la poursuite de l'intérêt général en visant la continuation de l'entreprise ou le désintéressement des créanciers. En revanche, « les dispositions contestées permettent de réunir à l'actif en nature tous les biens acquis pendant la durée du mariage avec des valeurs fournies par le conjoint quelle que soit la cause de cet apport, son ancienneté, l'origine

1) Cons. Const. 20 janvier 2012, n°2011-212, QPC Dalloz 2012, Pan. 2198, note Lucas ; LPA 6 février 2013, n°27, p. 5, note Yildirim ; Revue des Sociétés 2012, 192, note Roussel.

2) *Opere citato* P-M Le Corre, p. 2172.

3) Cass. Com. 2 novembre 2011, n°10-25.570, Revues des Sociétés 2011. 730, note Roussel Galle ; RTDCom. 2012, 198, n°8, obs. Martin-Serf.

4) *Ibid.*

des valeurs ou encore l'activité exercée par le conjoint à la date de l'apport. En l'absence de toute disposition retenue par le législateur pour assurer un encadrement des conditions dans lesquelles la réunion à l'actif est possible, les dispositions de l'article L 624-6 du code de commerce permettent qu'il soit porté au droit de propriété du conjoint du débiteur une atteinte disproportionnée au regard du but poursuivi. Elles doivent être déclarées contraire à la Constitution »¹. L'article L 624-6 du code de commerce a donc été abrogé. Le législateur est donc contraint de prévoir des conditions pour régler cette action, afin de rendre proportionné l'atteinte par rapport au but poursuivi. En attendant une intervention de sa part, la haute juridiction a jugé dans un arrêt du 11 avril 2012², que doit être cassé l'arrêt imposant la réunion à l'actif de la liquidation judiciaire du débiteur de la totalité des parts sociales détenues par son conjoint dans le capital d'une SCI, alors que selon la Cour « les parts sociales ne pouvaient être réunies à l'actif que proportionnellement au montant des valeurs fournies par le débiteur à son conjoint pour les acquérir ».

521. Les biens propres sont donc immunisés si la créance n'est pas née d'un prêt contracté solidairement par les époux, d'un cautionnement par le conjoint *in bonis*, ou est étrangère au domaine des dettes relevant de la solidarité fiscale ou ménagère³.

522. Le conjoint est ainsi autorisé à retirer ses biens propres de l'actif de la procédure par reprise, sous condition de démontrer la nature propre des biens en question, en combattant la présomption de communauté découlant du régime légal. Pour ce faire, l'article 1402 alinéa 2 du code civil impose la preuve préconstituée par écrit. Il convient donc en pratique que les actes

1) *Ibid.*

2) Cass. Com. 11 avril 2012, n°10-27.235, *Revue des Sociétés* 2012, 397, note Roussel Galle; Bull. Joly 2012, n°266, note Parachkénova.

3) Article 220 alinéa 1 du code civil.

d'acquisition du conjoint non professionnel stipulent une déclaration de remploi de bien propre, c'est-à-dire d'un bien appartenant au conjoint *in bonis* avant le mariage, ou d'utiliser la règle de l'accession, lorsque les circonstances de fait l'autorisent. Celle-ci permet en cas de création d'un fonds pendant le mariage, dans un immeuble appartenant en propre à l'époux *in bonis*, de faire échapper ce fonds à la qualification de bien commun et donc d'extirper sa valeur de la procédure collective.

523. Les conjoints mariés sous un régime séparatiste semblent *a priori* préservés des difficultés liées à l'établissement du caractère propre d'un bien, en dehors des cas d'acquisition de biens professionnels en indivision avant ou pendant l'union. L'article 1538 du code civil dispose en effet 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. Les présomptions de propriété énoncées au contrat de mariage ont effet à l'égard des tiers, aussi bien que dans les rapports entre époux, s'il n'en a été autrement convenu. La preuve contraire sera de droit, et elle se fera par tous les moyens propres à établir que les biens n'appartiennent pas à l'époux que la présomption désigne, ou même, s'ils lui appartiennent, qu'il les a acquis par une libéralité de l'autre époux. Les biens sur lesquels aucun des époux ne peut justifier d'une propriété exclusive sont réputés leur appartenir indivisément, à chacun pour moitié ». Ainsi, un époux séparé en biens qui acquiert un bien professionnel en son nom, est réputé propriétaire, indépendamment de l'origine des fonds ¹ et il en est de même, en cas d'acquisition financé par des deniers donnés par le conjoint ². Dans le régime séparatiste, la primauté du titre ne fait pas échec à la règle de l'accessoire ³ et paralyse la règle de la possession de l'ancien article 2279 du code civil ⁴.

1) Cass. 1 ère Civ. 9 octobre 1991, 90-15 .073, Defrénois 1992, 35408, note Champenois. ; Cass. 1 ère Civ. 17 décembre 1991, Dalloz1993, 580, note Courtine ; Cass. 1 ère Civ. 31 mai 2005, AJ Famille 2005, 325, obs. Hilt.

2) Cass. 1 ère Civ. 23 janvier 2007, RTDCiv. 2007, 317, obs. Hauser.

3) Cass. 1 ère Civ. 15 mai 2008, AJ Famille 2008, 301, obs. Hilt ; Cass. 1 ère Civ. 25 février1986, JCP 1986, II, 20702, note Simler ; Cass. Com 12 mars 2013, n°12-12.011, Revue des procédures collectives, juillet 2013 - n° 4.

4) Cass. 1ère Civ. 27 novembre 2001, JCP 2002, II, 10050, note S.Piedelièvre ; RTDCiv. 2002, 121, obs.Revet.

524. Dans le régime séparatiste, la présomption de propriété indivise est donc aisément évincée, puisqu'il s'agit d'une présomption simple dont la preuve contraire peut être apportée par tous moyens, ce qui se révèle très protecteur pour le conjoint *in bonis*. La jurisprudence en a déduit que c'est seulement en l'absence de preuve, faite par tous moyens, que joue la présomption légale d'indivision de propriété indivise édictée par l'article 1538 alinéa 3¹. Tout l'intérêt de ce régime, dès lors qu'un des époux est soumis à une procédure collective, est de faciliter l'établissement du caractère propre des biens du conjoint *in bonis* et ainsi, de le préserver des créanciers de l'entreprise de son époux.

525. Par un arrêt du 22 septembre 2009², la Cour de cassation a ainsi censuré la décision des juges du fond en considérant que « les fonds figurant sur le compte joint des époux étant réputés leur appartenir indivisément, [l'épouse] devait combattre cette présomption en démontrant qu'elle avait la propriété exclusive des fonds déposés sur ce compte ». Par cette décision, la Cour de cassation confirme sa jurisprudence antérieure³ et rappelle que l'action en rapport ouverte aux organes de la procédure collective (article L. 624-6 du code de commerce) est subordonnée à la seule preuve que les biens acquis par le conjoint l'ont été, ne serait-ce que pour partie, avec des valeurs fournies par le débiteur.

526. De plus, le fait que le salaire de chaque conjoint ne tombe pas en indivision, permet d'extirper la plupart du patrimoine du conjoint des créanciers professionnels. Il a ainsi été jugé, que viole l'article 1538 alinéa 3 du code civil, l'arrêt qui admet la propriété indivise des sommes figurant sur le

1) Cass. 1^{ère} Civ. 10 mars 1993, Defrénois 1993, 1083, obs. Champenois ; JCP 1994, I, 3733, n°22, obs. Storck.

2) Cass. Com. 22 septembre 2009, n°06-20.247, référence du 17/12/2015 : <http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000021081803&fastReqId=6208411&fastPos=1>

3) Cass. Com., 23 janvier 1996, n° 92-19.826, Bull. 1996, IV, n° 24.

compte joint des époux, alors que le mari soutenait que le compte était alimenté exclusivement par des fonds propres à lui ¹, ce qui est aisément justifiable si ces fonds proviennent de son salaire. De la même façon, la première chambre civile dans un arrêt du 2 avril 2008 ², a cassé l'arrêt qui considère que le dépôt de sommes sur des comptes joints ouverts au nom des époux manifeste l'intention des parties d'affecter ces dépenses engagées tant par le mari que par la femme et constitue un mode d'exécution de la contribution aux charges du mariage, peu important l'origine des fonds, déniait ainsi aux héritiers d'un époux la faculté d'apporter la preuve par tous moyens que les sommes figurant sur les comptes joints appartenaient exclusivement au défunt. Contrairement au régime légal, l'absence de communauté permet l'individualisation de la part de chacun et rend le conjoint étranger à toute solidarité de la dette professionnelle, par une démonstration facilitée du caractère propre des biens.

527. Si ce régime ne constitue pas un avantage pour le conjoint en cas de divorce lorsque l'activité professionnelle du chef d'entreprise est prospère, il est bien, en matière de procédure collective, le plus protecteur. Ceci corrobore l'idée développée ³ que le régime de la participation aux acquêts, qui fait partie des régimes séparatistes, forme la meilleure option pour l'époux *in bonis*, en raison de la preuve du caractère propre des biens apportée par la présence de l'état descriptif des patrimoines originaires des époux bien avisés d'y procéder.

528. Si le droit positif œuvre pour la protection des biens propres du conjoint du chef d'entreprise soumis à une procédure collective, il n'en demeure pas moins que l'époux *in bonis* s'en trouve de fait affecté par l'engagement des biens communs.

1) Cass. 1 ère Civ 22 juin 2004, JCP 2005, I, 128, n°19, obs.M. Storck ; RTDCiv. 2006, 361, obs. Vareille.

2) Cass. 1 èreCiv. 2 avril 2008, Dalloz2008, Pan. 1792, obs. Lemouland et Vigneau ; Dt Fam. 2009, n°93, note Beignier.

3) Cf pages 135 et suivantes.

529. En effet, il ressort de l'article 1413 du code civil que le paiement des dettes dont chaque époux est tenu pendant la communauté peut toujours être poursuivi sur les biens communs, ce qui soulève un effet en cascade à la fois du point de vue de la copropriété du conjoint sur les biens communs, que de ses créanciers personnels.

2. Le cantonnement du règlement des créanciers professionnels aux biens communs à l'achèvement de la procédure collective, source de difficultés

530. L'article 1413 du code civil pose le principe de l'engagement du patrimoine commun concernant les dettes contractées par l'un ou l'autre époux, à l'exception des gains et salaires du conjoint *in bonis*, immunisés par l'article 1414 du même code. Il est néanmoins prévu des limites à cet engagement tant du point de vue du conjoint (b) sur le fondement du droit à récompense au profit de la communauté pour l'apurement du passif sur des biens communs, que de ses créanciers (a), ce qui témoigne que l'effacement du droit matrimonial et du droit commun devant celui des procédures collectives n'est pas absolu.

a. Dispositif protégeant les droits des créanciers de l'époux in bonis sur les biens communs

531. Le jugement d'ouverture entraîne l'arrêt du cours des inscriptions et des poursuites individuelles des créances non déclarées ¹ du conjoint sous sauvegarde, redressement ou liquidation judiciaire, ce qui a pour résultat d'immuniser les biens communs dont il est copropriétaire, aussi longtemps

1) Article 152 de la loi du 25 janvier 1985.

que dure la procédure collective ; La question se pose donc de savoir si les créanciers de l'un des époux pourraient se tourner vers le conjoint *in bonis*, lui aussi copropriétaire de ces biens, en faisant jouer la règle posée à l'article 1413 du code civil ? Si l'arrêt des poursuites des créances professionnelles sur les biens communs se justifie à l'égard des deux époux par la préservation du patrimoine commun susceptible de constituer le gage d'apurement du passif pour sauver l'entreprise, le fondement de l'arrêt des créances personnelles pendant cette période soulève des difficultés du point de vue de l'obligation à la dette.

532. La chambre commerciale de la Cour de Cassation, dans un arrêt du 19 janvier 1993 ¹, a admis que le créancier pouvait, en l'absence de déclaration de créance au passif de l'époux commun en biens sous procédure collective, poursuivre l'époux *in bonis* codébiteur, en s'appuyant sur la règle de l'indépendance des engagements des coobligés. Face aux critiques doctrinales ² constatant la dénégation du but de sauvetage de l'entreprise auquel la solution conduisait, l'Assemblée Plénière de la Cour de Cassation, dans un arrêt du 23 décembre 1994 ³, a posé que « si la liquidation judiciaire d'une personne mariée sous le régime de la communauté ne modifie pas les droits que les créanciers de son conjoint tiennent du régime matrimonial, 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 la liquidation judiciaire peuvent eux-mêmes agir ». Les créanciers du conjoint *in bonis* ne peuvent donc appréhender aucun bien commun (pas même les gains et salaires ⁴), et doivent, s'ils veulent pouvoir

1) Cass. Com 19 janvier 1993, n° 89-16.518, LPA 7 mai 1993, p. 10, note Honorat et Patarin ; Defrénois 1993, 1045, 35616, obs. Derrida.

2) *Ibid.*

3) Ass. Plénière 23 décembre 1994, Bull. Joly 1995, Chronique, I, p. 229, note Sénéchal ; JCP N, 1995, II, 243, note Randoux ; Rev. jur. Com, 1995, 55, note M. Storck ; Defrénois 1995, 445, obs. Champenois ; RTDCom, 1995, 657, obs. Martin-Serf ; JCP 1995, I, 3869, obs. Simler.

4) Cass. Com. 16 novembre 2010, n°09-68.459, Revue des Procédures Collectives 2011, n°70, note Dumont-Lefranc.

appréhender les biens de leur débiteur, se soumettre aux règles de la procédure collective du conjoint. Cette déclaration est cependant une faculté ¹.

533. Les créanciers du conjoint *in bonis* sont libres d'entrer dans la procédure ou non, mais se trouvent quoiqu'il en soit dans une situation paradoxale puisqu'ils se trouvent touchés par une procédure qui ne concerne pas leur propre débiteur.

534. S'ils le font, ils participeront à la répartition. Sinon, leur droit subsiste néanmoins car leur créance n'est pas éteinte, mais temporairement paralysée. Ils pourront reprendre leurs poursuites sur les biens communs à l'issue de la procédure collective ² et être payés sur le prix de réalisation du bien, une fois que tous les créanciers inscrits qui ont déclaré leur créance ont été payés ³, sous réserve que le prix soit suffisant, ce qui les réduit à des créanciers de second ordre et témoigne du privilège des créanciers professionnels.

535. L'époux *in bonis* commun en biens, bien que touché par la procédure collective, dispose cependant d'un moyen d'être dédommagé par le biais des récompenses lors de la dissolution du lien matrimonial.

1) Cass. Com 14 mai 1996, n°94-11366, RTDCiv. 1996, 666, obs. Crocq ; JCP 1996, I, 584, n°9, obs. Pétel ; Cass. Com 2 mai 2001, n°98-13.039, Dalloz 2001, AJ 2030, obs. Lienhard.

2) Article L 643-2 alinéa 2 du code de commerce.

3) Cass com 28 janvier 2004, n° 02-17779,

Référence du 12/12/2015 :

<http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000007476467>

b. Dispositifs contrariant l'atteinte aux droits du conjoint in bonis sur les biens communs

536. La difficulté provenant de l'engagement des biens communs du chef d'entreprise soumis à une procédure collective, réside dans l'absence d'individualisation de la quote-part de chaque époux dans les biens communs et de l'impossible répartition entre les époux du prix de vente de ces biens. En effet, la chambre commerciale de la Cour de Cassation, dans un arrêt du 22 mai 2012 ¹, a reconnu que le prix de vente d'un bien commun entre dans sa totalité dans l'actif de la procédure collective du débiteur, sans qu'une répartition puisse être effectuée entre le débiteur et son conjoint. Dans cette affaire ², un couple avait vendu à l'amiable un bien commun, alors que l'un des époux était en liquidation judiciaire et sans être passé par le liquidateur. Ce dernier avait sollicité l'inopposabilité de la vente au motif de la violation de la règle du dessaisissement et la nullité du paiement au motif que le produit de la vente devait réintégrer l'actif du débiteur pour être réparti entre les créanciers de la procédure collective. Le couple avait pu bénéficier directement du prix de vente et le conjoint *in bonis* estimait au contraire que la créance du liquidateur ne pouvait porter que sur la seule moitié du prix de vente se rapportant à la part de l'époux objet de la procédure et non sur sa totalité ³. La Cour de Cassation a tranché en faveur du liquidateur et a répondu « qu'il résulte de l'article 154 de la loi du 25 janvier 1985 devenu l'article L. 622-16 du code de commerce dans sa rédaction antérieure à la loi du 26 juillet 2005 de sauvegarde des entreprises, que le liquidateur est chargé de répartir le prix de vente des immeubles dans l'actif de la liquidation judiciaire, fussent-ils des biens communs, et que les droits de chaque époux sur l'actif de la communauté ne peuvent être individualisés durant celle-ci ».

1) Cass. Com 22 mai 2012, n° 11-17.391, JurisData n° 2012-011159.

2) Référence du 14/12/2015 : <http://www.legavox.fr/blog/maitre-joan-drays/droits-epoux-lors-mise-liquidation-13005.htm#.Vm7EEOZtfwA>

3) *Ibid.*

537. Le conjoint *in bonis* ne peut donc espérer se voir dédommager que dans le cadre d'un partage dû à une procédure de divorce ou de séparation de corps mettant fin à la communauté, en invoquant l'article 1412 du code civil qui dispose que « récompense est due à la communauté qui a acquitté la dette personnelle d'un époux ». Les articles 1470 à 1474 du code civil prévoient que l'époux créancier de la communauté peut exiger le paiement du solde en sa faveur, le prélèvement sur les biens communs ou en cas d'insuffisance due à la faute de l'autre conjoint, prélèvement avant celui-ci sur les biens communs, voire sur les biens propres de l'époux responsable, avec cours des intérêts, sans toutefois pouvoir être préféré aux créanciers de la communauté.

538. Un arrêt de la cour d'appel de Lyon, en date du 10 octobre 2011 ¹, illustre l'impératif de demande de partage de l'indivision post-communautaire en cas de divorce ou séparation des époux dont l'un est commerçant. En l'espèce, en l'absence de déclaration de créance au moment du jugement d'ouverture de la liquidation judiciaire d'un époux commerçant, une épouse séparée de corps en indivision post-communautaire, s'est vu refuser sa demande de récompense pour le paiement des taxes foncières et charges de copropriété d'un immeuble commun, ainsi qu'imposer la vente aux enchères publiques de ce bien, puisque ses demandes d'attribution préférentielle et de droit à récompense ont été jugées forcloses, ce qui place l'ex-époux dans la même obligation de déclaration de créances que tous les créanciers antérieurs à une telle procédure et fait entrer la créance d'indivision dans le champ de la procédure collective. Cette solution est discutée en doctrine ² qui avance que le fait que le règlement des récompenses constitue une opération de partage dispenserait l'époux de déclarer au passif. Cette analyse ne semble pas pouvoir être suivie, car l'article 1474 du code civil traite l'époux comme un créancier de la communauté ³. Or, les biens communs étant tous soumis à la procédure collective, le créancier antérieur de la communauté doit

1) CA Lyon, 10 octobre 2011, n° 10/05367, référence du 15/12/2015 : <http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000025298484>

2) J-C Storck, fasc. 3170 « Redressement et liquidation judiciaire – Droit patrimonial de la famille et procédures collectives de paiement », n°26.

3) *Opere citato* P-M Le Corre, page 2332.

déclarer sa créance au passif, ce qui est le cas de l'époux créancier d'une récompense ¹. C'est donc sous réserve de déclaration de créance, que l'ex-conjoint pourra obtenir paiement de la récompense.

539. L'ouverture d'une procédure collective peut être perçue de manière ambivalente, car elle se présente selon les circonstances, comme une sanction du débiteur ou comme un moyen de renflouement d'entreprise surendettée. L'atteinte sur les biens personnels que peut subir le chef d'entreprise au titre d'une procédure collective, a pour corollaire un certain nombre d'avantages visant à prévenir ou à solutionner les difficultés, au maintien de la société et au remboursement des dettes: l'aide à la poursuite de l'activité par le gel du passif pendant la période d'observation et l'impossibilité pour les créanciers d'exiger le paiement immédiat de leurs dettes, l'arrêt des poursuites individuelles pour les créanciers antérieurs à la clôture de la procédure et aux créanciers postérieurs qui n'ont pas bénéficié du traitement préférentiel, l'arrêt des voies d'exécution, la nécessité de déclarer les créances, forment des atouts qui constituent un véritable bouclier et permettent de mettre fin à la dette. Aussi, il convient de se demander si cette protection peut bénéficier au conjoint impliqué dans l'activité ?

II . Le bénéfice des procédures collectives et le conjoint intéressé aux affaires

540. Il ressort des textes que le bénéfice des procédures collectives n'appartient qu'au seul débiteur (A). N'est-il pas injuste de voir ce champ d'application limité pour le conjoint non codébiteur, d'autant plus s'il contribue à l'exploitation et existe-t-il des solutions (B)?

1) *Ibid.*

i. La qualité pour demander le bénéfice d'une ouverture d'une procédure collective, entendue strictement

541. La procédure collective étant personnelle au débiteur, seule l'hypothèse de la co-exploitation d'un même fonds par des époux (1), permet au conjoint d'en bénéficier. La question du bénéfice de la procédure s'est également posée en cas d'inscription en tant que conjoint collaborateur (2).

1. Ouverture d'une procédure collective en cas de co-exploitation

542. L'ordonnance n° 2008-1345 du 18 décembre 2008 ¹ délimite la qualité pour demander l'ouverture d'une procédure collective au seul débiteur entendu comme « toute personne exerçant une activité commerciale ou artisanale, à tout agriculteur, à 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, ainsi qu'à toute personne morale de droit privé ² ». L'inscription au RCS ou au répertoire des métiers n'apparaît donc pas nécessaire. A cette qualité, s'ajoute la condition de justification de difficultés insurmontables pour demander l'ouverture d'une procédure de sauvegarde ³ et de cessation de paiements ⁴, c'est-à-dire d'impossibilité de faire face au passif exigible à l'aide de l'actif disponible, pour les procédures de redressement et de liquidation.

543. L'arrêt de la chambre commerciale du 15 mars 2005 ⁵ permet de cerner les critères propres à reconnaître la qualité de commerçant au conjoint qui travaille avec l'exploitant un fonds de commerce. En l'espèce, c'est parce

1) JORF n°0295 du 19 décembre 2008 page 1946, texte n° 29.

2) Articles L 620-2 du code de commerce.

3) *Ibid.*

4) Articles L 631-1 et s. et articles L 640-1 et s. du code de commerce.

5) Cass. Com 15 mars 2005, n° 03-19359, Bull. 2005, IV, n° 55, p. 60.

que l'épouse « réalisait de façon habituelle des actes de nature commerciale ayant pour finalité l'intérêt de l'entreprise commune », que la qualité de commerçant lui a été attribuée. Mais l'intérêt principal de l'arrêt est d'affirmer pour la première fois, le principe selon lequel les personnes qui exploitent en commun un fonds de commerce et qui remplissent les conditions fixées par l'article L. 620-2 du code de commerce peuvent, chacune, faire l'objet d'un redressement ou d'une liquidation judiciaire ; cependant, en l'absence de confusion des patrimoines, le tribunal doit, après avoir constaté l'état de cessation des paiements de chacune d'elles, ouvrir autant de procédures distinctes que de personnes ¹. Cette solution est dictée par le principe d'indépendance des procédures collectives atteignant plusieurs personnes tenues des mêmes dettes. À l'opposé, l'extension d'une procédure collective fondée sur la confusion des patrimoines entraîne l'unicité de la procédure collective. Toutefois, la chambre commerciale, qui exerce un contrôle strict sur la notion de confusion des patrimoines en raison de la théorie d'unicité du patrimoine en France, est désireuse de combattre la tentation de certaines juridictions d'ouvrir, pour des raisons de commodité, une procédure collective unique, en cas de co-exploitation d'un fonds de commerce. Or, l'unicité de la procédure collective ne peut obéir à de simples motifs de convenance, elle doit reposer sur des constatations révélant de flux financiers anormaux constitutifs de la confusion des patrimoines ².

544. Ainsi, si l'époux qui participe à la gestion du fonds et le co-exploite avec le conjoint professionnel libéral, déclaré au RCS ou au répertoire des métiers, la jurisprudence considère que chacun des époux a la qualité de commerçant. Cette solution est facilitée par l'inscription obligatoire au répertoire professionnel en tant qu'époux co-exploitant. La conséquence principale de cette jurisprudence réside dans le fait que l'époux qui participe à la gestion, peut faire l'objet d'une procédure collective sur ses biens personnels. Qu'en est-il en cas d'inscription de l'époux en tant que conjoint

1) Référence du 18/12/2015 :
https://www.courdecassation.fr/publications_26/rapport_annuel_36/rapport_2005_582/quatrieme_partie_jurisprudence_cour_590/activites_economiques_commerciales_financieres_603/entreprises_difficulte_604/entreprises_difficulte_droit_famille_7880.html

2) *Ibid.*

collaborateur ?

2 .La difficulté pour le conjoint collaborateur de demander à bénéficier de la procédure collective de son époux

545. La jurisprudence s'est avérée fluctuante concernant l'admission au bénéfice d'une procédure collective pour le conjoint collaborateur, tout d'abord considéré comme constitutif d'une présomption simple de mandat susceptible de preuve contraire, le statut de conjoint collaborateur est aujourd'hui révélateur d'une présomption quasi irréfragable, interdisant l'établissement de la commercialité pour revendiquer l'application d'une procédure collective.

546. Dans un arrêt de la chambre commerciale de la Cour de Cassation du 21 mai 1996 ¹, le pourvoi d'un créancier qui demandait l'extension d'une procédure au conjoint collaborateur a été rejeté, mais uniquement parce qu'il n'était pas démontré qu'il n'exerçait pas une activité commerciale à titre de profession habituelle, ce qui laissait sous entendre que la preuve contraire était possible et que la présomption de mandat était bien simple. Il en a découlé l'admission de la preuve contraire par les tiers ², autorisés à démontrer la co-exploitation si l'époux dépassait le cadre du mandat d'administration ³. La cour d'appel de Douai est allée plus loin dans un arrêt du 13 mars 1997 ⁴, en autorisant le conjoint qui avait opté pour ce statut, à établir lui-même le dépassement du mandat par la démonstration d'opérations (acquisition commune du fonds, signature du contrat de franchise, souscription de la cessation des paiements) au moment de la création de l'entreprise et de sa disparition prévisible, ce qui lui a permis de faire droit à sa demande d'extension de la procédure de liquidation judiciaire. Cette solution très clémente pour le conjoint, ne peut être justifiée que par les circonstances de faits, révélatrices de la situation financière catastrophique de l'épouse.

1) Cass. Com. 21 mai 1996, n°93-18.408, Dalloz 1996, IR, p.162.

2) CA Paris 3 janvier 2001, Act.Proc. Coll. 2001, n°169, obs. Vallansan ; CA Paris 5 mars 1999, JCP E 1999, chronique 1529, n° 1-A-1, note Cabrillac.

3) Pour une illustration de l'admission sur le simple établissement du règlement des factures par le conjoint : CA Toulouse, 21 juin 1999, Rev. Proced. Collect. 2000, 119, n°1, obs. Deleneuveille.

4) CA Douai 13 mars 1997, Dalloz 1997, p.433, note D. Voinot.

Il aura fallu attendre un arrêt de la chambre commerciale de la Cour de Cassation, en date du 11 février 2004 ¹, pour voir la jurisprudence fixée en la matière. En l'espèce, le commerçant demandait que la procédure de liquidation judiciaire dont il faisait l'objet, soit étendue à son épouse inscrite en tant que conjoint collaborateur. La chambre commerciale reprend la solution qu'elle avait déjà émise dans un arrêt du 25 mars 1997 ², et rejette sa demande en relevant que le choix pour ce statut fait obstacle à l'établissement par l'intéressé d'un statut contraire à celui pour lequel il a opté, ce qui confère un caractère irréfragable au mandat qu'il a reçu, du moins pour le conjoint collaborateur et son époux. Cette solution ne peut être qu'approuvée d'un point de vue juridique, car permettre à une personne de se prévaloir d'une qualité contraire à celle qu'elle a fait publier, enlèverait tout crédit au statut de collaborateur et contrarierait la sécurité juridique à l'encontre des tiers contractants. Cette décision fait donc prévaloir l'inscription de la qualité de collaborateur sur la réalisation d'actes de commerce à titre de profession habituelle, pour écarter la qualité de commerçant. Voulu comme un statut protecteur par le législateur, le choix pour la qualité de collaborateur peut donc se retourner contre le conjoint, d'autant que la subtilité de la solution laisse toujours la possibilité aux tiers d'invoquer l'établissement de la qualité de commerçant du prétendu collaborateur, pour demander sur le fondement de l'article L 123-8 du code de commerce ³, l'extension de la procédure à son encontre. Il faut pour cela, qu'ils parviennent à démontrer la confusion de patrimoines ou l'existence d'une société créée de fait. La présomption de mandat du conjoint collaborateur revêt donc un caractère mixte puisqu'elle apparaît irréfragable pour le conjoint, mais simple pour les tiers.

547. La loi n°2005-882 du 2 août 2005 est depuis intervenue en modifiant l'article L 121-7 dans le code de commerce. Celui-ci dispose que « dans les rapports avec les tiers, les actes de gestion et d'administration accomplis pour

- 1) Cass. Com. 11 février 2004, n°01-00.430, JCP E 2004, 783, note Cabrillac et Pétel ; Defrénois 2004, p. 1654, note D. Gibirila.
- 2) Cass. Com. 25 mars 1997, Defrénois 1998, p. 248, obs. Le Cannu ; Bull. Joly 1997, p. 589, note Vallansan.
- 3) Article L 11-8 du code de commerce : « La personne assujettie à l'immatriculation...ne peut invoquer son défaut d'inscription pour se soustraire aux responsabilités et aux obligations inhérentes à cette qualité. » ;

les besoins de l'entreprise par le conjoint collaborateur sont réputés l'être pour le compte du chef d'entreprise et n'entraînent à la charge du conjoint collaborateur aucune obligation personnelle ». Faut-il voir par l'emploi du mot « réputés », la possibilité pour le conjoint collaborateur de démontrer l'accomplissement habituel et de manière indépendante d'actes de commerce pour établir sa commercialité et demander l'extension de la procédure collective à son profit ? Il semble que oui, puisque cette même loi permet à une personne non immatriculée au RCS et travaillant en tant que professionnel indépendant, de bénéficier des procédures collectives si elle démontre le caractère habituel et régulier des actes de commerce qu'elle effectue ¹. Ceci est renforcé par l'ordonnance du 18 décembre 2008 qui autorise toute personne pratiquant une activité commerciale à recourir aux procédures collectives, indépendamment d'une immatriculation ². En cas de refus de l'application d'une procédure collective au conjoint, la question se pose de savoir s'il peut revendiquer le bénéfice d'une procédure de traitement des difficultés des particuliers créée par la loi Borloo du 1^{er} août 2003 ³ ?

B. Le recours possible au traitement des difficultés des particuliers par le conjoint *in bonis*

548. La loi Borloo n° 2003-710 du 1^{er} août 2003, modifiée par la loi n° 2010-737 du 1^{er} juillet 2010 ⁴, a instauré une procédure de surendettement pour traiter les difficultés des particuliers pour leurs dettes non professionnelles.

549. L'article L 333-3 du code de la consommation paraît exclure du domaine des procédures de surendettement le débiteur qui relève du champ des procédures collectives, puisqu'il dispose que « les dispositions du présent titre ne s'appliquent pas lorsque le débiteur relève des procédures

1) *Opere citato* P-M Le Corre, p.2308 ; Pétel, 7ème édition, n°59.

2) *Ibid.*

3) Loi Borloo n°2003-710 du 1^{er} août 2003, référence du 19/12/2015 : <http://www.wiki-credit.fr/procedures-traitement-surendettement/loi-surendettement/loi-borloo>; Articles L330-1 et s. du code de la consommation.

4) Loi n° 2010-737 du 1^{er} juillet 2010, référence du 21/12/2015 <http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000022419094>

instituées par le livre VI du code de commerce ». Or, le conjoint resté *in bonis* n'a la plupart du temps, pas d'argument pour bénéficier de la procédure collective, et ses créanciers ne peuvent généralement pas poursuivre le conjoint pour qu'une procédure collective soit ouverte en raison de celle de son époux.

550. La procédure de surendettement des particuliers permet d'accorder des délais de remboursement et de diminuer, en partie ou en totalité, des dettes n'étant pas liées à l'activité professionnelle, en déposant un dossier devant la commission de surendettement des particuliers de la Banque de France de son département. Celle-ci a un rôle comparable à l'administrateur judiciaire dans les procédures collectives, puisqu'elle va rechercher un accord amiable entre le débiteur et ses créanciers, pour établir un plan de remboursement comportant des rééchelonnements et des mesures de réduction des taux d'intérêt. Si aucun accord amiable ne peut être trouvé, la commission peut alors imposer au débiteur et à ses créanciers des mesures de traitement du surendettement. Certaines mesures peuvent être recommandées par la commission (effacement partiel par exemple) mais devront être validées par le juge de l'exécution ¹. La commission peut orienter le débiteur vers une procédure de rétablissement personnel avec liquidation judiciaire (vente judiciaire des biens du débiteur sous réserve de son accord, à l'exception des meubles nécessaires à la vie courante ou des biens non professionnels indispensables à l'exercice de votre activité professionnelle) ou sans, (avec effacement des dettes après validation par le juge, à l'exception de celles exclues par application de l'article L 333-1 ² du code de la consommation) ³.

551. Le conjoint *in bonis* qui se trouve dans une situation financière

- 1) Référence du 21/12/2015 ; <https://www.banque-france.fr/la-banque-de-france/missions/protection-du-consommateur/surendettement.html>
- 2) Article L 333-3 du code de la consommation : « Sauf accord du créancier, sont exclues de toute remise, de tout rééchelonnement ou effacement :1° Les dettes alimentaires ;2° Les réparations pécuniaires allouées aux victimes dans le cadre d'une condamnation pénale ;3° Les dettes ayant pour origine des manœuvres frauduleuses commises au préjudice des organismes de protection sociale énumérés à l'article L. 114-12 du code de la sécurité sociale.
- 3) *Ibid.*

embarrassante du fait de la vente des biens communs due à la procédure collective à laquelle est soumis son époux commerçant, artisan ou professionnel libéral, doit donc penser à y recourir. La première chambre civile de la Cour de Cassation dans un arrêt du 31 mars 1992 ¹ a admis que « le fait d'être marié avec un commerçant n'est pas à lui seul une cause d'exclusion des procédures de surendettement ». Pour ce faire, il est nécessaire que l'époux n'ait pas la qualité de commerçant, artisan ou professionnel libéral et que l'ensemble de ses dettes ne soit pas incorporé dans la procédure collective du conjoint ². Le problème vient donc de l'imbrication possible de l'incorporation des biens communs dans la procédure collective. La première chambre civile a jugé irrecevable, dans un arrêt du 11 octobre 2000 ³, la demande du conjoint du commerçant dont les dettes qu'il déclare se trouvent déjà incorporées dans la procédure collective ouverte au nom de son époux commerçant. Ceci permet d'éviter une concurrence entre les deux procédures ⁴ et aboutit à privilégier les créanciers professionnels sur les créanciers chirographaires.

552. Pour prétendre au bénéfice de la procédure de surendettement, il convient de démontrer ⁵ que la dette n'a pas une nature professionnelle, mais celle-ci n'est pas appréciée de façon rigoureuse puisque la deuxième chambre civile, dans un arrêt du 8 avril 2004 ⁶, a considéré que la dette d'emprunt pour l'acquisition d'un fonds de commerce ne présentait pas un caractère professionnel pour le conjoint collaborateur d'un commerçant, bien que le conjoint collaborateur soit co-emprunteur, ce qui semble s'expliquer par le fait que celui-ci n'est pas rémunéré, bien qu'il soit inscrit au RCS. La deuxième

1) Cass. 1 ère Civ. 31 mars 1992, Bull. Civ. I, n°108 ;JCP 1992, II, 21942, note Paisant. Cass. 1 ère Civ. 22 janvier 2002, Bull. Civ. I, n°25, JCP 2002, p. 552.

2) *Ibid*, Cass. 1 ère Civ. 22 janvier 2002.

3) Cass. 1 ère Civ. 11 octobre 2000, Bull. Civ. I, n°242 ; RTDCom. 2001, p. 251.

4) RTDCom. 2002, « Surendettement des particuliers », p. 919, G. Paisant.

5) Cass. 2 ème Civ. 6 janvier 2011, Revue des procéd. collect. 2011, n°77, obs. Dumond-Lefrand ; RD. Banque fin. 2011, n°64, obs. Piedelièvre.

6) Cass. 2 ème Civ. 8 avril 2004, RTDCiv. 2004, p. 953, obs. Bruschi ; RTDCiv. 2004, p. 820, obs. Paisant.

chambre civile, dans un arrêt du 14 septembre 2006 ¹, a d'ailleurs eu l'occasion d'admettre directement au bénéfice de la procédure de surendettement un conjoint collaborateur d'un commerçant, puisque le mandat qui résulte de son inscription au RCS, fait présumer qu'il n'a pas lui-même la qualité de commerçant.

553. Si ces procédures constituent véritablement une aide pour le chef d'entreprise et son conjoint pour sortir des situations de crise financière, elles aboutissent à dessaisir le conjoint de ses pouvoirs et bien souvent à mettre en danger le patrimoine familial, notamment le logement familial qui forme la plupart du temps l'essentiel des biens communs. Or, le liquidateur est autorisé, en vertu des règles du dessaisissement, à vendre si nécessaire l'immeuble qui constitue un bien commun et qui sert au logement de la famille, pour appréhender la quote-part du conjoint en liquidation judiciaire. C'est pourquoi, il convient d'envisager les moyens de protéger l'époux *in bonis* de ces déconvenues.

§2) La mise en œuvre difficile de solutions efficaces mettant à l'abri le conjoint

554. Les moyens de protection du patrimoine du couple postérieurement à l'ouverture d'une procédure collective (A) apparaissant limités, il est nécessaire de prendre des dispositions préventives (B) dès lors qu'un époux exerce une activité commerciale, artisanale ou libérale en raison du risque de difficultés financières de l'exploitation susceptibles d'apparaître un jour.

A. Les techniques juridiques inopérantes à la protection contre une procédure collective de l'un des époux

555. Le changement de régime matrimonial, voire le divorce (1), les avantages matrimoniaux (2), ou les donations (3) paraissent inutiles pour tenter d'échapper à l'engagement des biens communs ou des biens propres du chef d'entreprise soumis à une procédure collective.

1) Cass. 2^{ème} Civ. 14 septembre 2006, Dt et Patrimoine 2007, chrron. p 89 ; Actualité proc. Colect. 2006, n°1888, note C-R. M ; RTDCom. 2006, p. 919, note G. Paisant.

1. Inutilité du changement de régime matrimonial ou du divorce

556. Il peut être tentant pour les époux communs en biens pressentant la venue d'une procédure collective de l'entreprise de l'un d'eux, de songer à recourir à un changement de régime matrimonial et particulièrement à la séparation de biens. Dans un arrêt de la première chambre civile de la Cour de Cassation du 19 octobre 2004 ¹, suite au redressement et à la mise en liquidation judiciaire de l'entreprise de son mari, une épouse a demandé la séparation de biens et l'attribution préférentielle du logement familial, afin de faire échapper celui-ci aux créanciers de son époux.

557. La haute juridiction reprend la solution qu'elle avait déjà émise dans son arrêt du 3 mai 2000 ², en admettant la demande de séparation judiciaire des biens, qui ne doit reposer que sur la mésentente des époux et non sur la préservation du patrimoine de la famille, mais spécifie clairement que cette séparation ne produit effet que pour l'avenir et refuse ainsi l'attribution préférentielle du bien commun constituant le gage des créanciers. Elle souligne que la mise en liquidation judiciaire n'est pas suffisante à démontrer le désordre des affaires d'un époux, que l'article 1443 du code civil érige en condition nécessaire, la menace pour les intérêts du conjoint *in bonis* constituant le critère déterminant et celui-ci ne peut se déduire de difficultés financières ³, puisque la séparation ne modifie les droits que pour l'avenir. En l'espèce, l'épouse ne pouvait voir sa demande d'attribution préférentielle aboutir, car elle est intervenue trop tard, le bien commun en question faisait déjà parti du gage des créanciers : la demande ne pouvait porter que sur des biens présents dans le patrimoine conjugal pour le reste de la période de liquidation judiciaire et pouvant réintégrer le patrimoine personnel de l'épouse ⁴. La solution est sans surprise au regard de l'article 1482 du code civil,

1) Cass. 1 ère Civ. 19 octobre 2004, n° 02-13659, Defrénois 2005, p. 990, obs. Deen Gibirila.

2) Cass. 1 ère Civ. 3 mai 2000, n° 98-10. 727, Defrénois 2000, 37205, note Sénéchal ; JCP E 2000, Jur. 1714, note Casey.

3) CA Rennes 31 mai 2001, JCP G 2001, IV, 1084.

4) *Ibid*, Deen Gibirila.

qui permet aux créanciers d'exercer leur droit de poursuite sur la communauté ayant existé en cas de passage d'un régime communautaire à un régime séparatiste. Qui plus est, la publication du changement de régime matrimonial leur est inopposable si le jugement d'ouverture de la procédure intervient dans les trois mois de ce changement. En conséquence, il y aura lieu de faire application de l'article 1483 du code civil, qui permet aux créanciers de la communauté dissoute d'exercer leurs droits à concurrence des trois quart des biens, et plus précisément, sur la moitié des biens de l'époux qui a fait entrer la dette en communauté et sur un quart des biens communs de l'autre ¹.

558. Quant au changement de régime avant l'ouverture de la procédure, il peut être attaqué par les créanciers sur le fondement des nullités de la période suspecte. Si les créanciers n'ont pas la faculté de remettre en cause la convention de changement du régime ou le jugement d'homologation en présence d'enfants mineurs ou d'opposition d'enfants majeurs, ils peuvent demander l'inopposabilité de l'état liquidatif intervenu dans la période suspecte ². En effet, ils disposent de la faculté de demander la nullité du partage de la communauté intervenu avant ouverture de la procédure collective, car considéré comme s'inscrivant dans la période suspecte, si la situation leur est préjudiciable. Il leur revient alors de démontrer le caractère frauduleux du principe et du montant des récompenses ³, ce qui sera aisément prouvé si le conjoint avait connaissance de l'état de cessation des paiements ⁴.

1) Colloque « Patrimoine familial et procédures collectives : prévention et réalisation du risque », 11 octobre 2013 ;

Référence du 26/12/2015 :

[http://www.lagbd.org/index.php/Patrimoine_familial_et_proc%C3%A9dures_collectives:_l%E2%80%99incidence_des_r%C3%A9gimes_matrimoniaux_et_du_pacte_civil_de_solidarit%C3%A9_\(fr\)](http://www.lagbd.org/index.php/Patrimoine_familial_et_proc%C3%A9dures_collectives:_l%E2%80%99incidence_des_r%C3%A9gimes_matrimoniaux_et_du_pacte_civil_de_solidarit%C3%A9_(fr))

2) Cass. Com 28 mars 1995, Bull. Civ. IV, n°11 ; Dalloz 1996, somm. 81, note A. Honorat.

3) Cass. 1 ère Civ. 19 mars 2014, n° 11-22. 194, Bull. Civ.I, n°48 ; Act. Proc. Coll. 2014 /09, comm. 171, note Leprovaux.

4) Cass. Com. 21 mai 1979, n°78-10.978, Bull. Civ. IV, n° 164 ; Defrénois 1980, 733, 32300, note Honorat.

559. L'article 1397 Code civil prévoit aussi que les créanciers non opposants peuvent attaquer le changement de régime s'il a été fait en fraude de leurs droits dans les conditions de l'article 1167 du code civil.

560. Si le changement de régime matrimonial est envisageable lors de la soumission à une procédure collective de l'un des époux, elle apparaît sans conséquence sur l'obligation à la dette des époux. Le divorce l'est tout autant, pour les raisons énoncées ci-dessus ¹, et l'époux débiteur se trouve dans l'interdiction d'invoquer le règlement d'une pension alimentaire ou d'une prestation compensatoire pour tenter d'échapper à ses créanciers ² et favoriser le paiement à son ex-conjoint. Celui-ci devra s'effectuer sur les biens dont le débiteur conserve la libre disposition. Les créanciers quant à eux, ont toujours la possibilité de former tierce opposition au jugement de fixation de la pension prévue à l'article 583 du code de procédure civile, pour demander l'inopposabilité « si le divorce a été l'occasion d'un montage frauduleux » ³ de par le montant élevé de la pension et peuvent en demander diminution ⁴, que le divorce ou la séparation soit postérieurs ou antérieurs au jugement d'ouverture ⁵.

2. La paralysie des avantages matrimoniaux en cas de procédure collective

561. L'avantage matrimonial est une clause du contrat de mariage pouvant s'insérer dans un contrat relatif à régime communautaire ou de participation aux acquêts, qui permet à un époux d'être plus avantageé au moment

1) Article 1483 du code civil.

2) Cass. Com 7 novembre 2006, n° 04-18.650, Dalloz 2006, 2912, note Lienhard.

3) Cass. 1 ère Civ. 5 novembre 2008, n°06-21. 256, Bull. Civ. I, n°252.

4) CA Dijon, 26 mars 2002, Rev. Proc. Coll. 2003, p. 352, n° 1, obs. Dumont.

5) Cf. Ordonnance du 18 décembre 2008.

du règlement de la succession ¹, sans que cet avantage ne relève du régime des donations ² ou de celui des successions, et ne sont donc pas fiscalement imposables à ce titre.

562. L'article L 624-8 du code de commerce dispose que « le conjoint du débiteur qui, lors de son mariage, dans l'année de celui-ci ou dans l'année suivante, était agriculteur ou exerçait une activité commerciale, artisanale ou toute autre activité professionnelle indépendante, ne peut exercer dans la procédure de sauvegarde aucune action à raison des avantages faits par l'un des époux à l'autre, dans le contrat de mariage ou pendant le mariage. Les créanciers ne peuvent, de leur côté, se prévaloir des avantages faits par l'un des époux à l'autre ». Les avantages concernés sont ceux consentis avant l'union, ou l'année au cours desquels ils sont intervenus alors que le débiteur était éligible à une procédure collective, ainsi que l'année suivante. Cette règle se retrouve s'agissant de la procédure de redressement judiciaire, à l'article L 631-18 du même code et à l'article L 641-14 pour la liquidation. Ce principe de l'inopposabilité des avantages matrimoniaux à la procédure collective interdit donc au conjoint de soustraire des actifs du débiteur, des libéralités qui lui auraient été faites et qui n'auraient pas été délivrées, c'est-à-dire d'exercer son droit de revendication sur des biens lui étant destinés et qui sont seulement cristallisés pendant la procédure, ce qui s'explique par la volonté de préserver le gage des créanciers professionnels. La clause au dernier vivant, la clause de préciput ou de partage inégal se révèlent donc inefficaces pour protéger le patrimoine du couple en cas de procédure collective, puisque le bien objet de l'avantage n'est chiffrable qu'à la dissolution du mariage. Le risque pour le conjoint bénéficiaire est donc de ne pas retrouver le bien au moment de la dissolution de l'union, celui-ci ayant pu servir à régler les dettes de l'entreprise s'il appartient en propre à l'exploitant.

563. Toutefois, l'article L 624-8 du code civil présente un aspect protecteur, puisqu'il prévoit que les créanciers ne peuvent pas invoquer les avantages matrimoniaux que les époux se sont concédés et exiger leur exécution.

1) Référence du 26/12/2015 : <https://www.service-public.fr/particuliers/glossaire/R1094>

2) Article 1527 du code civil.

564. L'aspect protecteur apparaît si le conjoint *in bonis* a effectué un avantage matrimonial au profit du chef d'entreprise soumis à une procédure collective, les créanciers de celui-ci ne peuvent pas réclamer l'accomplissement de la libéralité pour voir ainsi leur gage étendu. Cela revient à immuniser le bien objet de l'avantage des créanciers professionnels. De ce point de vu, l'avantage matrimonial apparaît très protecteur pour le patrimoine du couple.

3. Remise en cause des actes de dispositions à titre gratuit en cas de procédure collective

565. Les articles L 632-1 et L 621-107-1° du code de commerce prévoient la nullité des paiements des dettes échues, des actes à titre onéreux et des actes à titre gratuit translatifs de propriété mobilière ou immobilière intervenus pendant la période suspecte, c'est-à-dire entre la cessation des paiements et le jugement d'ouverture de la procédure collective ¹ et dans les six mois précédents cette date. Il serait naïf de la part du débiteur de tenter de diminuer le gage des créanciers en effectuant une donation d'un bien propre à son conjoint ou à ses enfants. Cette nullité atteint également toute donation d'un bien commun, elle prive donc le débiteur, mais aussi l'époux depuis la modification de l'article L632-1 ² du code de commerce qui vise « les actes intervenus » depuis la date de cessation des paiements, du pouvoir de disposer pendant la période suspecte de la procédure collective de son époux. Sous l'empire de la loi antérieure aux modifications opérées par celle du 26 juillet 2005, il était possible pour les juges du fond ³ de déclarer l'acte portant sur un bien commun, nul du seul chef de l'époux soumis à une procédure collective, du fait que l'ancien article L632-1 prévoyait la nullité pour les actes « accomplis par le débiteur ».

1) Cass.Com 19 janvier 1999, RJDA 1999, n°316.

2) Loi n° 2005-845 du 26 juillet 2005.

3) Cass. Com. 7 avril 2009, n° 06-19.538, Dalloz 2009, 1085, obs. Lienhard ; JCP E 2009, 1814, obs. Cabrillac.

566. En modifiant les termes de cet article, le législateur a entendu protéger le gage des créanciers qui porte désormais sur les biens communs. La chambre commerciale de la Cour de Cassation, dans un arrêt du 7 avril 2009 ¹, a ainsi pu affirmer que « lorsque le débiteur, époux commun en biens, a passé avec son conjoint, un acte à titre gratuit portant sur un bien commun qui fait partie du gage des créanciers, la nullité de cet acte, fait pendant la date de cessation des paiements ou dans les six mois précédents cette date, atteint l'acte en son entier » et les biens doivent réintégrer l'actif.

567. Cette nullité sera obligatoire si le débiteur ou son époux effectue des actes anormaux qui leur causent un préjudice ou qui nuit aux créanciers et dépasse donc le cas de la donation. Ainsi, la cour d'appel de Lyon, dans une décision du 17 février 2000 ², a jugé nuls et inopposables à la procédure collective, des actes de renonciation à la succession de leur mère par des débiteurs, postérieurement à la date de cessation des paiements car la succession apparaissait en l'espèce solvable et par conséquent, aurait permis d'accroître leurs patrimoines afin de contribuer à apurer le passif de leur société. Le débiteur ne peut donc ni se dépouiller, ni se priver de gains.

568. Elle sera facultative et laissée à l'appréciation des juges du fonds si une fraude aux droits des créanciers du débiteur est suspectée, ce qui sera aisé si la connaissance que le conjoint avait de la cessation des paiements est établie. La chambre commerciale de la Cour de Cassation a aussi jugé, dans une décision du 1^{er} février 2000 ³, comme constitutive de la volonté de soustraire des biens aux poursuites des créanciers et donc nulle, la donation de divers biens immobiliers faite par des époux dont l'un était en cessation de paiements à leur fils, car effectuée en période suspecte.

569. Même réalisée en dehors de la période suspecte, la libéralité n'est pas pour autant à l'abri d'une remise en cause ⁴ : elle demeurera exposée à une action paulienne de l'article 1167 du code civil dont la jurisprudence admet

1) CA Rennes, 1^{er} décembre 1988, Act. Proc. Coll. 1999, n°228, obs. Vallansan.

2) CA Lyon, 17 février 2000, Gazette du Palais 2002, p. 1023, note Christian D.

3) Cass. Com 1^{er} février 2000, RJDA 2000, n°570.

4) Référence du 27/12/2015 : <http://www.eleves-huissierjustice.fr/index.php/item/articles-2/l-epoux-in-bonis-et-la-procedure-collective-de-son-conjoint-2.html>

désormais l'exercice tant pas les créanciers *ut singuli*¹ que par les organes de la procédure² en cas de fraude de leurs droits. Mais en ce cas, l'inopposabilité de l'acte résultant de l'admission de l'action paulienne n'a d'effet qu'à l'égard du créancier qui a agi³.

570. Le patrimoine du couple pouvant difficilement être préservé des créanciers dès la période suspecte, il convient d'envisager si des moyens efficaces pourraient être pris de façon préventive.

B. Les moyens préventifs de protection efficaces en cas de procédure collective

571. Afin de préserver le patrimoine du couple, il est nécessaire d'organiser l'immunité du conjoint soit par les rapports juridiques entre époux (1), soit par les techniques de démembrement du patrimoine du chef d'entreprise (2).

1. Organisation des rapports entre époux

572. Les difficultés provenant de la procédure collective résident pour le conjoint *in bonis*, de la présence de biens communs dont il se trouve dessaisi et parfois dépouillé. Le régime légal constitue donc immanquablement un risque qu'il convient d'écarter lors du mariage. Le régime de la séparation de biens constitue théoriquement une protection imparable pour le conjoint, à la condition impérative de l'absence totale de biens acquis en indivision par les époux. Or, en pratique, les époux mariés sous ce régime ajoutent à leur contrat une société d'acquêts qui présume certains biens déterminés comme communs, bien souvent pour l'acquisition de leur résidence principale, ce qui réduit à néant la protection du conjoint *in bonis*. En effet, la présence de ce

1) Cass. 3^{ème} Civ. 12 octobre 2005, Bull. Civ.III, n°189 ; Defrénois 2006, 517, obs. Piedelièvre.

2) Cass. 1^{ère} Civ. 13 juillet 2004, LPA 13 avril 2005, note Lecuyer.

3) Cass. Com. 2 novembre 2005, LPA 17 novembre 2006, note Jambord ; Defrénois 2006, 927, note D. Gibirila.

bien commun pourra servir de gage aux créanciers professionnels.

573. De même, si la résidence principale a été acquise en indivision avant l'union, l'article 815-17 du code civil interdit aux créanciers personnels d'un indivisaire de saisir sa part dans le bien indivis ¹, mais leur attribue la faculté de demander le partage ². Cette faculté est aussi accordée au liquidateur judiciaire ³. Le coïndivisaire, qui, à la différence de l'époux n'est pas dessaisi de ses pouvoirs ⁴, peut alors arrêter le cours de l'action en partage en acquittant l'obligation au nom du débiteur, avec remboursement par prélèvement sur le bien indivis. Dans un arrêt de la première chambre civile de la Cour de Cassation du 28 mars 2012, la haute juridiction, saisie d'une demande de transmission d'une question prioritaire d'inconstitutionnalité, a jugé que, face au partage provoqué par le créancier, les droits fondamentaux des coïndivisaires sont sauvegardés par leur faculté d'arrêter l'action en partage, ainsi que par le mécanisme de l'attribution préférentielle ⁵, ce qui laisse le coïndivisaire dans une situation embarrassante. Celui-ci peut néanmoins faire obstacle à la demande d'action en partage, dans le cas d'une convention écrite à durée déterminée de maintien dans l'indivision, car en ce cas, le juge du fond ne peut ordonner la demande en partage des créanciers d'un indivisaire, qui se trouve paralysée ⁶. La mention d'une durée déterminée se révèle donc être un outil de protection efficace.

574. En outre, les avantages de l'option pour un régime de participation aux acquêts apparaissent, une fois de plus ⁷, indéniables en cas de procédure collective de l'un des époux en l'absence d'achat de biens en indivision.

1) Cass. 1^{ère} Civ. 1^{er} décembre 1999, JCP 2000, I, 278, n°6, obs. Le Guidec.

2) Cass. 1^{ère} Civ. 23 mai 2006, Bull. Civ. I, n°263.

3) Cass. Com. 3 octobre 2006, Dalloz 2006, AJ 2602, obs. Lienhard ; JCP 2007, I, 142, n°29, obs. Tisserand-Martin.

4) Cass. Com. 20 juin 1995, JCP E 1995, 513, obs. MC

5) Cass. 1^{ère} Civ. 28 mars 2012, n° 12-40.002, (non transmission)

Référence du 28/12/2015 :

<http://www.revuedlf.com/droit-civil-patrimonial/le-partage-provoque-par-le-creancier-face-aux-droits-fondamentaux-des-coindivisaires-2eme-partie/>

6) Cass. 1^{ère} Civ. 8 mars 1983, Dalloz 1983, 613, note Breton ; RTDCiv. 1984, 539, obs. Patarin.

7) Cf. pages 140 et suivantes.

L'absence de biens communs pendant l'union et la preuve facilitée de la composition des patrimoines distincts, par l'état descriptif, mettront sans conteste le conjoint à l'abri des créanciers professionnels de l'époux soumis à une procédure collective. Un choix réfléchi de l'organisation des rapports entre époux peut donc préserver le conjoint, mais il existe aussi d'autres parades pouvant se révéler fort efficaces.

2. Les mécanismes de protection extérieurs au droit des régimes matrimoniaux

575. Des mécanismes extérieurs au droit des régimes matrimoniaux peuvent sécuriser le patrimoine du conjoint *in bonis* ou même celui du couple : Le choix d'une forme sociale à responsabilité limitée (a), le système de la fiducie (b), l'utilisation d'une assurance-vie (c), ou encore la clause d'inaliénabilité (d) peuvent s'avérer fort utiles en cas de survenue d'une procédure collective du chef d'entreprise.

a. Choix pour une forme sociale à la responsabilité limitée

576. La SA, la SAS, la SARL en cas de pluralité d'associés, l'EURL et la EURL en cas d'exploitation par une seule personne, limitent l'engagement au passif social à hauteur du capital ou de l'apport effectué, sauf faute de gestion avérée. En effet, puisque la société est une personne morale autonome et distincte de ses associés, il lui incombe de couvrir ses dettes. Or, en matière de société unipersonnelle, la question s'est posée de savoir si la transmission universelle du patrimoine social à l'associé unique devait s'opérer en cas de dissolution suite à une procédure collective, en raison de l'article 1844-5 alinéa 3 du code civil qui prévoit que la disparition de la société entraîne la transmission universelle du patrimoine social en cas de réunion des parts en une seule main et qui entraîne par voie de conséquence, la charge du passif social à l'associé unique, ce qui a d'importantes répercussions pour le conjoint

commun en biens. Par deux arrêts du 12 juillet 2005 ¹, la chambre commerciale de la Cour de Cassation a répondu par la négative en retenant qu' « à compter du jugement d'ouverture, le patrimoine du débiteur ne peut être cédé ou transmis que selon les règles d'ordre public applicables aux procédures collectives ». La solution s'explique par l'impossible confusion de patrimoines en cas d'ouverture d'une procédure collective, puisqu'à compter de l'ouverture de la procédure, le patrimoine du débiteur, c'est-à-dire de la société unipersonnelle, fait l'objet d'une saisie collective au bénéfice de l'ensemble des créanciers, ce qui a pour conséquence, alors même que la dissolution intervient en cours de procédure, que ne peut s'opérer la confusion du patrimoine personnel de l'associé unique et de la société dissoute ². Cette décision permet de conserver la logique de l'écran de la personnalité morale entre le patrimoine de l'associé et les créanciers de la société, une solution contraire entraînerait l'inutilité de cette forme juridique. Le choix d'une forme sociale où la responsabilité des associés est limitée permet donc de cantonner les dettes et de préserver autant que possible le patrimoine familial.

577. Néanmoins, cette protection est anéantie en cas de faute de gestion et l'associé fautif se trouve alors tenu sur son patrimoine personnel, constitué par ses biens propres et les biens communs, ce qui atteint ainsi le conjoint. La question qui se pose est alors celle de savoir si le conjoint, à l'occasion de la dissolution du mariage, peut demander réparation pour les fautes de gestion ayant engagé la communauté ? La réponse n'est pas évidente en raison de la distinction du titre et de la finance des parts sociales. Dans un arrêt de la première chambre civile de la Cour de Cassation du 19 avril 2005 ³, un conjoint avait demandé que l'époux associé d'une EURL soumise à liquidation, rapporte à la communauté, en raison de fautes de gestion

- 1) Cass. Com 12 juillet 2005, n°1236 et 1237, Dalloz 2005, p. 2002, obs. Lienhard ; Dt des Soc. 2005, comm. 180, obs. Monnet ; JCP E 2005, 1586, note Legros.
- 2) « Droit des Sociétés », JCP E 2005, 1834, Caussain, Deboissy et Wicker.
- 3) Cass. 1 ère Civ. 19 avril 2005, JurisData n°2005-028146 ; Dt des Soc. 2005, comm. 196, obs. Monnet ; JCP E 2005, act. 969.

commises dans la société, la valeur des parts au jour de la dissolution de la communauté entre époux, parce que ces parts faisaient parties de la communauté. La haute juridiction rejette la demande au motif que « la cour d'appel n'avait pas décidé que la valeur de ces parts ne faisait pas partie de la communauté et que la cour d'appel avait pu juger à bon droit que l'époux n'avait pas engagé sa responsabilité envers la communauté dès lors que la société ne constituait pas un bien commun ». Afin de ne pas y voir une immunité envers l'ex-conjoint *in bonis*, il faut analyser la décision *a contrario* et comprendre que si les parts sociales ont été acquises grâce à des valeurs communes, par un époux ayant seul la qualité d'associé, celui-ci est redevable à la communauté des sommes engagées pour répondre de sa mauvaise gestion, parce les actes de gestion accomplis portaient sur un titre propre, mais aussi sur la valeur commune sur le fondement de l'article 1421 du code civil ¹. Cette analyse a été affirmée dans un arrêt de la première chambre civile de la Cour de Cassation du 22 juin 1999 ² à propos des parts d'une SCI, qui affirme que la communauté propriétaire de la valeur des parts a droit à réparation pour la mauvaise gestion de celles-ci.

b. Le recours à la fiducie pour démembrer le patrimoine du couple

578. Afin d'éviter la dissolution de la société et d'éventuelles répercussions sur son patrimoine, le chef d'entreprise qui a besoin de liquidités pour faire sortir sa société des difficultés ou simplement pour réaliser des dépenses de fonctionnement ou d'investissement, peut songer à recourir à un patrimoine fiduciaire auquel serait transmis certains actifs de l'entreprise et ainsi les mettre à l'abri des créanciers, à la condition que le contrat de fiducie ait été conclu en dehors de la période suspecte, en application de l'article L632-2 du code de commerce.

1) *Ibid*, Caussain, Deboissy et Wicker.

2) Cass. 1 ère Civ. 22 juin 1999, *ibid* ; RJPF 1999, 8/24, chron. Vauvillé.

579. Les contrats de fiducie-sûreté constitués pendant la période suspecte n'encourent pas la nullité, s'ils ont pour but de garantir une dette contractée concomitamment ou d'autres dettes postérieures à celle initialement garantie dans un contrat de fiducie existant. L'ouverture d'une procédure de sauvegarde ou de redressement judiciaire entraîne l'impossibilité pour le débiteur, de payer les créances nées antérieurement au jugement. La même règle est posée en matière de liquidation judiciaire. Le fiduciaire peut en principe réaliser l'actif fiduciaire à compter de cette date ¹, ce qui est une parade au gel des paiements.

580. De plus, le créancier ne pourra être désintéressé par le fiduciaire qu'à concurrence des créances échues mais non à échoir, compte tenu de la prohibition des clauses d'exigibilité anticipée pendant la sauvegarde ou le redressement judiciaire. Le juge commissaire peut néanmoins autoriser le débiteur à payer les créances antérieures au jugement d'ouverture pour obtenir le retour des actifs fiduciaires dans le patrimoine du constituant, si la poursuite de l'activité le justifie ².

581. La fiducie est expressément exclue du régime des contrats en cours en matière de sauvegarde, redressement et liquidation judiciaire. Mais la convention de mise à disposition relève du régime des contrats en cours pour la procédure de sauvegarde et celle de redressement judiciaire, contrairement à la liquidation judiciaire. L'exclusion du régime des contrats en cours de la fiducie est destinée à empêcher l'administrateur ou le liquidateur de résilier le contrat de fiducie, ce qui priverait dans ce cas le créancier de sa sûreté ³.

1) Référence du 29/12/2015 :

<http://www.bruno-bedaride-notaire.fr/fr/article/etudes-droit/presentation-juridique-fiscale-et-comptable-de-la-fiducie/actualites.html>

2) *Ibid.*

3) *Ibid.*

582. Pendant la sauvegarde ou le redressement judiciaire, l'attribution ou la vente à un tiers des biens et droits remis en fiducie-sûreté avec mise à disposition est interdit, sous réserve de l'exception où le redressement judiciaire est issu d'une conversion de la procédure de sauvegarde. Par conséquent, cette interdiction oblige le créancier à prévoir *ab initio*, une convention de mise à disposition à titre onéreux pour encaisser des loyers qui seront affectés au créancier fiduciaire. Par contre, la réalisation pendant la liquidation judiciaire permettra au créancier d'être désintéressé des créances échues et à échoir ¹. De plus, les créanciers fiduciaires sont exclus du comité des créanciers (droit de consultation et dispositions particulières applicables dans le cadre de l'élaboration du plan de redressement) ².

583. Cependant, l'article L. 641-12-1 du code de commerce relatif à la liquidation judiciaire prévoit que si « le débiteur est constituant et seul bénéficiaire d'un contrat de fiducie, l'ouverture ou le prononcé d'une liquidation judiciaire à son égard entraîne la résiliation de plein droit de ce contrat et le retour dans son patrimoine des droits, biens ou sûretés présents dans le patrimoine fiduciaire ». Le texte ne concerne que le cas du débiteur personne physique qui a constitué une fiducie-gestion dont il a été désigné bénéficiaire.

584. Aussi, dès lors qu'est désignée une autre personne en qualité de bénéficiaire, les biens seront à l'abri de la liquidation judiciaire ³. La fiducie-gestion présente donc un intérêt, à condition de ne pas avoir été constituée en période suspecte ⁴ en application de l'article L 632-1 9° et 10° du code de commerce, ou de ne pas être entachée d'une fraude susceptible d'être attaquée par le biais de l'action paulienne.

1) *Ibid.*

2) *Ibid.*

3) Colloque « Patrimoine familial et procédures collectives : Prévention et réalisation du risques », Lyon, 11 octobre 2013 : Référence du 29/12/2015 :

file:///C:/Users/c%C3%A9line/Downloads/BE%20-%20Gabarit%2021x29-7cm%20-%20COLLOQUE%20LYON%2010-2013%20-%20Version%20Site%20(3).pdf

4) Article L. 632-1, 9° et 10° du code de commerce.

585. En présence d'un dirigeant de société ou d'un associé, le mécanisme est encore plus intéressant puisque dirigeant ou l'associé n'étant pas le débiteur sujet de la procédure collective, on peut tout à fait être constituant et bénéficiaire d'une fiducie-gestion sans que les textes du Livre VI ne soient un problème. Le risque est d'autant plus faible que les extensions-sanctions ont disparu depuis la loi de sauvegarde des entreprises du 26 juillet 2005 ¹. Pourquoi ne pas envisager alors de placer les biens communs du couple dans un patrimoine fiduciaire, *a l'instar* de ce qui est pratique courante dans les pays anglo-saxons ?

c. Le recours à l'assurance-vie, échappatoire aux conséquences d'une procédure collective

586. Le chef d'entreprise dispose d'un outil très efficace, la souscription d'un contrat d'assurance-vie, pour faire échapper son épargne à ses créanciers et ce, du fait qu'il soit marié. En effet, l'article L. 132-14 du code des assurances dispose que "le capital ou la rente garantis au profit d'un bénéficiaire déterminé ne peuvent être réclamés par les créanciers du contractant."

587. De la même façon, l'article L 132-17 du code civil prévoit que « les articles L. 621-112 et L. 621-114 du code de commerce concernant les droits du conjoint du débiteur en redressement judiciaire sont sans application en cas d'assurance sur la vie contractée par un commerçant au profit de son conjoint ». Les sommes souscrites au profit du conjoint ne sont donc pas appréhendées par les créanciers de la procédure collective, à condition de respecter certains principes.

588. En application de l'article 1167 du code civil, ils peuvent aussi, en leur nom personnel, attaquer les actes accomplis par leur débiteur en fraude de leurs droits. De plus, l'article L132-13 alinéa 2 du code des assurances dispose que « le capital ou la rente payable au décès du contractant à un

1) *Ibid*, Colloque « Patrimoine familial et procédures collectives : Prévention et réalisation du risques », Lyon, 11 octobre 2013.

bénéficiaire déterminé ne sont soumis ni aux règles du rapport à succession, ni à celles de la réduction pour atteinte à la réserve des héritiers du contractant. Ces règles ne s'appliquent pas non plus aux sommes versées par le contractant à titre de primes, à moins que celles-ci aient été manifestement exagérées eu égard à ses facultés ». Il en découle que les créanciers ne peuvent exiger que leur soient versées des sommes correspondant aux primes payées en exécution du contrat. Ils ont seulement droit au remboursement des primes, si celles-ci étaient manifestement exagérées eu égard aux facultés de l'assuré. Ces dispositions ont pour but d'éradiquer une utilisation abusive du contrat d'assurance vie, contrat qui est hors succession sur le plan civil, qui ne tendrait qu'à détourner les règles de la dévolution légale. En cas d'abus, les primes sont alors soumises au régime des donations ou des règles successorales du rapport et de la réduction qui trouveront à s'appliquer ¹. La notion de primes excessives n'étant pas définie par la loi, il est revenu à la jurisprudence d'en fixer les contours. Le caractère excessif est apprécié souverainement ² par les juges du fond au moment du versement, au regard des critères objectifs que sont l'âge, les situations patrimoniale et familiale du souscripteur ³, ainsi que du critère subjectif de l'utilité du contrat ⁴. Le chef d'entreprise peut donc mettre tout ou partie de son épargne à l'abri des créanciers professionnels, sans fraude vis-à-vis de la loi et sans la faire sortir du patrimoine familial, à condition de ne pas commettre d'abus en versant des primes excessives et pourra en profiter lorsqu'il n'exercera plus d'activité professionnelle.

- 1) Cass. 1^{ère} Civ. 19 mars 2014, n°13-12.076, Dalloz actualités, référence du 30/12/2015 : file:///C:/Users/c%C3%A9line/Downloads/dalloz_actualite_-_assurance-vie_appreciation_du_caractere_manifestement_exagere_des_primes_-_2014-04-07.pdf
- 2) Cass. 1^{ère} Civ., 20 février 2001, n° 99-10.884, RCA 2001, n° 167, obs. H. Groutel.
- 3) Cass. ch. mixte, 23 novembre 2004, n° 01-13.592, Bull. mixte n° 4 ; AJDA 2004. 2302, obs. M.-C. Montecler et P. Seydoux ; D. 2004. 3191 ; RDI 2005. 11, obs. L. Grynbaum ; AJ fam. 2005. 70, obs. F. Bicheron ; RTDCiv. 2005. 88, obs. R. Encinas de Munagorri ; ibid. 434, obs. M. Grimaldi ; RCA 2005, n° 42 ; RGDA 2005. 110, note L. Mayaux ; Cass. 2^{ème} Civ. 10 avril 2008, n° 06-16.725, Bull. civ. II, n° 79 ; D. 2008. 1275 ; RDSS 2008. 583, obs. T. Tauran ; RLDC juin 2008, n° 3040, note Leandri ; JCP N 2008. 1234, note Hovasse ; RCA 2008, n° 207.
- 4) Cass. 2^{ème} Civ., 10 avril 2008, ibid ; Cass. 1^{ère} Civ, 1er juillet 1997, n° 95-15.674, Bull. civ. I, n° 217 ; D. 1998. 543, note S. Choisez ; RCA 1997, n° 317 ; ibid. Chron. 25, note Courtieu ; RGDA 1997. 822, note Bigot ; JCP 1998. I. 133, chron. Le Guidec. Cass. 1^{ère} Civ. 19 mars 2014, n°13-12.076,

d. Existence d'une clause d'inaliénabilité

590. Si la loi Macron n° 2015-990 du 6 août 2015 ¹ a rendu insaisissable de plein droit la résidence principale de l'entrepreneur individuel, le chef d'entreprise qui exerce son activité sous une autre forme sociale, est susceptible d'engager ce bien en cas de procédure collective. Or, la résidence principale constitue le plus souvent un bien commun formant l'essentiel du patrimoine du couple. Pour contrer ce danger, la solution peut consister à insérer dans l'acte d'acquisition une clause d'inaliénabilité. Celle-ci se définit comme une clause stipulée en principe dans une libéralité, visant à interdire au donataire de transférer la propriété du bien qui en fait l'objet au profit d'un tiers. Pour être valable, cette clause doit être justifiée par un intérêt légitime et être limitée dans le temps ². La jurisprudence admet la validité de ces clauses pour les actes à titre onéreux ³, apprécie de façon élargie l'intérêt légitime et reconnaît les intérêts « de confort », en admettant par exemple qu'un usufruitier préfère que son enfant reste le nu-propiétaire du bien qu'il lui donne car cela peut faciliter leurs relations, notamment pour tout ce qui concerne la répartition des charges à payer et les réparations à effectuer ⁴. La question se pose donc de savoir en cas de procédure collective, si une telle clause pourrait être déclarée opposable au liquidateur pour faire échapper la résidence principale du couple aux créanciers professionnels. Si la déclaration d'insaisissabilité est opposable aux créanciers dont les droits naissent, postérieurement à la publication, à l'occasion de l'activité professionnelle du déclarant selon l'article L526-1 du code de commerce, la loi est muette s'agissant de son application en cas de procédure collective et de son opposabilité au liquidateur qui peut représenter à la fois les créanciers antérieurs et postérieurs à cette déclaration.

1) Loi n°2015-990 du 6 août 2015 JORF n°0181 du 7 août 2015 page 13537.

2) « Vocabulaire juridique », G. Cornu, Quadrige Dicos Poche, PUF, 2016.

3) Cass. 1 ère Civ. 31 octobre 2007, n°05-14.238 Référence du 4/01/2016 :

<http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000017919465&fastReqId=493847021&fastPos=1>

4) Référence du 4/01/2016 :

<http://www.explorimmo.com/edito/conseils/vos-droits/detail/article/clause-dinalienabilite-dun-bien-donne-ou-legue.html>

591. Un arrêt de la chambre commerciale de la Cour de Cassation en date du 28 juin 2011 ¹ est venu mettre fin aux incertitudes jurisprudentielles ² et doctrinales en la matière, en consacrant l'opposabilité de la déclaration d'insaisissabilité de la résidence principale en cas de liquidation judiciaire. En l'espèce, un entrepreneur individuel commun en biens devait faire face à la mise en liquidation judiciaire de sa société. Un an au préalable, il avait procédé à une déclaration notariée d'insaisissabilité concernant son immeuble d'habitation. Or, le liquidateur judiciaire s'est vu autorisé par une ordonnance du juge-commissaire, à vendre aux enchères publiques ce bien. L'entrepreneur interjette appel de la décision et la cour d'appel confirme l'ordonnance du juge-commissaire. Elle justifie sa position par le fait que la déclaration d'insaisissabilité n'a d'effet qu'à l'égard des créanciers dont les droits naissent postérieurement à la publication de celle-ci et à l'occasion de l'activité professionnelle du déclarant et qu'elle ne permet pas de déroger à la règle du dessaisissement à l'égard du bien concerné. Elle retient par conséquent que cette déclaration ne pouvant être opposable aux créanciers antérieurs à la publication ou dont les créances ne sont pas nées lors de l'activité professionnelle, la déclaration ne saurait faire obstacle à la vente du bien en question. La chambre commerciale affirme que « le débiteur peut opposer la déclaration d'insaisissabilité qu'il a effectuée avant qu'il ne soit mis en liquidation judiciaire, en dépit de la règle du dessaisissement », reconnaissant ainsi que le juge-commissaire a commis un excès de pouvoir en autorisant la vente du bien objet de la déclaration, celle-ci étant opposable au liquidateur ³.

1) Cass. Com 28 juin 2011, n°10-15.482, Bull.2011, IV, n°109.

2) Cass. Com. 28 avril 1998, n° 95-20.245 ; Cass. Com., 14 octobre 1997, n° 95-18.029 et Cass. Com. 16 mars 2010, n° 08-13.147, Bull. 2010, IV, n° 55. Réf. du 6/01/2016 : https://www.courdecassation.fr/publications_26/rapport_annuel_36/rapport_2011_4212/quatrieme_partie_jurisprudence_cour_4241/commerciales_financi_4263/entreprises_difficulte_22839.html

3) Référence du 5/01/2016 :

<http://www.lepetitjuriste.fr/droit-des-affaires/droit-des-entreprises-en-difficulte/quand-la-declaration-notariee-dinsaisissabilite-passe-la-liquidation-judiciaire-trepasse/>

592. L'inopposabilité de la déclaration reste donc confinée aux créanciers antérieurs à sa publicité, ou à ceux dont la créance est extraprofessionnelle ¹. Malgré la dérogation au principe du dessaisissement, cette solution peut se justifier par le fait que le juge-commissaire ou le liquidateur sont incompetents pour agir car leur mission se limite à des actions dans l'intérêt collectif des créanciers, et non pas dans l'intérêt de certains créanciers seulement ². Etant donné que l'insaisissabilité de la résidence principale est aujourd'hui de plein droit pour l'entrepreneur individuel ³, il est possible d'affirmer que la décision de la chambre commerciale est pleinement transposable aux chefs d'entreprise exerçant sous une autre forme sociale, de telle sorte que cette insaisissabilité constitue un véritable bouclier de protection pour le couple contre les créanciers postérieurs à sa publication.

593. Si la communauté de biens expose fortement le conjoint en cas de procédure collective, il convient de se demander si le lien juridique existant entre partenaires de PACS n'est pas plus protecteur.

Section 2) Le statut de partenaire de PACS, plus favorable en cas de procédure collective

594. Depuis la loi n° 2006-728 du 23 juin 2006 concernant les PACS conclus à compter du 1^{er} janvier 2007, le statut de partenaire de PACS apparaît bien plus enviable que celui d'époux dès lors que surgit une procédure collective (§1). Néanmoins, la pratique fréquente de l'achat d'un fonds ou de parts sociales en indivision entre partenaires peut venir anéantir cette protection (§2).

- 1) « La déclaration d'insaisissabilité résiste à la liquidation judiciaire ! », C. Lebel, JCP N n°36, 9 septembre 2011, 1238.
- 2) *Ibid*, <http://www.lepetitjuriste.fr/droit-des-affaires/droit-des-entreprises-en-difficulte/quand-la-declaration-notariee-dinsaisissabilite-passe-la-liquidation-judiciaire-trepasse/>
- 3) Loi n°2015-990 du 6 août 2015 JORF n°0181 du 7 août 2015 page 13537.

§1) Le statut enviable du partenaire en cas de procédure collective

595. Selon l'article 515-5 du code civil, il n'existe pas de patrimoine commun entre partenaires, puisque les biens acquis au nom de l'un sont présumés lui appartenir à titre personnel, *a l'instar* des époux séparés de biens. La preuve de la nature personnelle d'un bien peut être apportée par tous les moyens, tant à l'égard du partenaire qu'à l'égard d'un tiers, à défaut une présomption d'indivision par moitié jouera entre les membres du couple¹. Le principe selon lequel les biens acquis par le conjoint *in bonis* au moyen de deniers fournis par son époux sous procédure collective peuvent être intégrés à l'actif de la procédure, ne concerne pas les partenaires puisque ils sont soumis au régime de la séparation de patrimoines. Il en résulte en application du droit commun, qu'en cas d'acquisition par un partenaire d'un bien financé par l'autre, le bien appartiendra au partenaire acquéreur car c'est bien le titre, c'est-à-dire l'acte d'acquisition au nom de l'un des partenaires, qui fait la propriété et non le financement. Le partenaire l'ayant financé aura un droit de créance mais en cas de demande de remboursement, il n'est pas sûr qu'il l'obtienne car en la matière, tout est question de preuve préconstituée. La charge de la preuve pèse donc sur le partenaire qui prétend que tel ou tel bien lui est personnel, en application de l'article 515-5 alinéa 2 du code civil et s'il y parvient, le bien n'entre pas dans l'indivision. L'article 515-7 du code civil, issu de la loi n° 2011-331 du 28 mars 2011 dispose que « sauf convention contraire, les créances dont les partenaires sont titulaires l'un envers l'autre sont évaluées selon les règles prévues à l'article 1469 du code civil. Ces créances peuvent être compensées avec les avantages que leur titulaire a pu retirer de la vie commune, notamment en ne contribuant pas à hauteur de ses facultés aux dettes contractées pour les besoins de la vie courante ».

596. Par conséquent, chacun reste seul tenu de ses dettes personnelles nées avant ou pendant le pacte, hors le cas des dépenses ménagères prévues à l'article 515-4 du code civil, ce qui sécurise le patrimoine du partenaire du chef d'entreprise en cas de procédure collective.

1) Réf. du 8/01/2016 : <http://www.dalloz-actualite.fr/article/liquidation-des-interets-patrimoniaux-des-pacs-0#.Vo5sEfnhDIU>

597. La tentation peut donc être grande pour le chef d'entreprise de faire acquérir par son partenaire tous les biens, afin de ne pas détenir d'actif susceptible de couvrir les dettes de la société. La règle selon laquelle « possession vaut titre » applicable aux partenaires, forme un avantage certain par rapport au régime applicable aux époux, tout particulièrement en cas de procédure collective. Mais elle peut aussi se retourner contre le chef d'entreprise en cas de rupture du PACS. Pour récupérer après clôture de la procédure collective, les biens acquis au nom de son partenaire qu'il aurait financé, le chef d'entreprise peut alors se prévaloir de l'existence d'un prêt pour l'acquisition du bien et demander le remboursement des deniers à son partenaire, à condition d'en rapporter la preuve par écrit ¹. A défaut, le juge du fond peut admettre l'impossibilité morale de se procurer un écrit et permettre la démonstration de la preuve du prêt par tous moyens. Il s'expose néanmoins à l'admission de l'existence d'une donation des sommes ayant financé l'acquisition du bien par son ex-partenaire ou d'une demande de requalification en rémunération due au titre de la collaboration de celui-ci à l'activité professionnelle, dès lors que celle-ci a dépassé la contribution normale aux dépenses de la vie courante ².

598. Si le régime légal applicable aux partenaires de PACS s'avère généralement beaucoup plus protecteur que celui du conjoint en cas de procédure collective, le régime conventionnel de l'indivision apporte également de meilleures garanties au partenaire non-exploitant et ne s'étant pas porté caution.

§2) La protection du partenaire *in bonis* en indivision avec le chef d'entreprise soumis à une procédure collective

599. Il se peut que les partenaires de PACS aient acquis ensemble de manière volontaire, c'est-à-dire par convention, un bien en indivision, ou plus rarement de façon involontaire, aucun des deux ne pouvant prouver l'acquisition ou la création en son nom personnel. La situation du partenaire *in*

1) Article 1341 du code civil.

2) *Opere citato* Brun-Wauthier, p. 356.

bonis est alors privilégiée par rapport au conjoint commun en biens, tant du point de vue des pouvoirs sur les biens indivis concernés par la procédure collective, que par rapport au droit de gage des créanciers du partenaire sous procédure collective.

600. L'article 815-17 du code civil prévoit que « les créanciers qui auraient pu agir sur les biens indivis avant qu'il y eût indivision, et ceux dont la créance résulte de la conservation ou de la gestion des biens indivis, seront payés par prélèvement sur l'actif avant le partage. Ils peuvent en outre poursuivre la saisie et la vente des biens indivis. Les créanciers personnels d'un indivisaire ne peuvent saisir sa part dans les biens indivis, meubles ou immeubles. Ils ont toutefois la faculté de provoquer le partage au nom de leur débiteur ou d'intervenir dans le partage provoqué par lui. Les coïndivisaires peuvent arrêter le cours de l'action en partage en acquittant l'obligation au nom et en l'acquit du débiteur. Ceux qui exerceront cette faculté se rembourseront par prélèvement sur les biens indivis ».

601. En cas d'acquisition en indivision d'un bien entre les partenaires avant le jugement d'ouverture, les créanciers du débiteur étant essentiellement des créanciers personnels de l'indivisaire au sens de l'article 815-17 du code civil, les règles applicables sont alors pour l'essentiel celles du droit de l'indivision, de sorte que le partenaire va continuer de disposer de toutes les prérogatives attachées à sa qualité d'indivisaire ¹. À ce titre, il peut demander le partage, l'action en revendication, voire l'attribution préférentielle d'un bien, sous réserve, le cas échéant, en cas de liquidation judiciaire, de mettre en cause le liquidateur, sous peine d'inopposabilité de l'acte en cause à la procédure collective ². À ce titre, les biens indivis ne pouvant être réalisés par le liquidateur, ce dernier peut seulement, comme tout créancier personnel d'un indivisaire, provoquer le partage en application de

1) Référence du 11/01/2016 :

https://www.courdecassation.fr/publications_26/rapport_annuel_36/rapport_2011_4212/troisieme_partie_etude_risque_4213/charge_risque_4214/charge_risque_4238/procedures_collectives_22850.html

2) *Opere citato* Cass. Com, 7 avril 2009, n° 08-16.510.

l'article 815-17, alinéa 3, du code civil ¹ et non saisir la part de l'indivisaire débiteur ². Par conséquent, le liquidateur est fondé à agir sans obtenir l'autorisation du juge-commissaire, comme l'a rappelé la Cour de Cassation dans un arrêt du 12 novembre 2008 ³. La première chambre civile de la Cour de Cassation, dans un arrêt du 28 mars 2012 ⁴, a affirmé de façon relativement sévère, que face au partage provoqué par le créancier, les droits fondamentaux des coindivisaires sont sauvegardés par leur faculté d'arrêter l'action en partage, ainsi que par le mécanisme de l'attribution préférentielle. Il n'y a donc pas selon elle, d'atteinte disproportionnée au droit de propriété de l'indivisaire non débiteur en raison des garanties d'actions qui lui sont offertes par le législateur.

602. Par ailleurs, la chambre commerciale de la Cour de Cassation a réitéré dans un arrêt du 10 février 2015 ⁵ sa position selon laquelle l'inaliénabilité temporaire d'un immeuble indivis résultant d'un plan de redressement n'est pas opposable à l'indivisaire *in bonis* sur le fondement de l'article 815 du code civil, le débiteur n'étant titulaire que d'une quote-part abstraite en attendant le partage, ce qui laisse au partenaire la liberté d'agir sur le bien, notamment d'arrêter la demande de partage en payant la dette du débiteur et se rembourser par prélèvement sur les biens indivis au moment d'un partage ultérieur.

603. Par contre, dans le cas plus marginal où l'indivision est née après le jugement d'ouverture, la procédure collective va alors retrouver tout son effet attractif, de telle sorte que les biens indivis vont être appréhendés

- 1) Cass. 1 ère Civ. 15 juillet 1999, Bull. Civ. I, n°243, JCP 2000, I, 278, n°6, obs. Le Guidec.
- 2) Cass. Com. 3 octobre 2006, Dalloz 2006, AJ 2602, obs. Lienhard ; JCP 2007, I, 142, n°29, obs. Tisserand-Martin.
- 3) *Opere citato* Cass. Com, 12 novembre 2008, pourvoi n° 07-17.078.
- 4) Cass. 1 ère Civ. 28 mars 2012, n°12-40.002, RLDF 2012, chron.n° 16, N. Pierre, réf. du 12/01/2016 :

<http://www.revuedlf.com/droit-civil-patrimonial/le-partage-provoque-par-le-creancier-face-aux-droits-fondamentaux-des-coindivisaires-2eme-partie/>

- 5) Cass. com., 10 février 2015, n° 13-24.659, référence du 11/01/2016 :

<https://www.infogreffe.fr/societes/informations-et-dossiers-entreprises/bulletin-actualite-greffiers/primaute-indivision-sur-procedure-collective-lorsque-dissolution-du-mariage.html>

par la procédure collective ¹. Ainsi, seul le juge-commissaire peut, par exemple, autoriser la vente et décider du mode de réalisation du bien ², le partenaire coïndivisaire étant ainsi paralysé dans les actions sur le bien. Or, face à ce constat, il est possible de voir apparaître un jour une question prioritaire de constitutionnalité, portant sur le caractère proportionné de l'atteinte au droit de propriété du coïndivisaire sur le bien, puisque celui-ci se trouve dépourvu de moyen d'agir, notamment en demandant l'attribution préférentielle. L'argument de la Cour de Cassation dans sa jurisprudence du 28 mars 2012 ³ ne tient plus, ce qui fragilise la justification de la haute juridiction en cas d'indivision portant sur un bien acquis avant la procédure collective et laisse penser qu'il aurait été plus judicieux de sa part, de fonder sa décision sur les garanties offertes au coïndivisaire résidant dans le droit à la demande de maintien dans l'indivision prévu à l'article 821 du code civil, ou celle d'un sursis au partage prévu à l'article 820 du même code ⁴ qui apparaît tout particulièrement approprié en cas d'impossibilité temporaire du partenaire de reprendre l'entreprise du débiteur.

604. Conclusion : Malgré l'existence de moyens d'actions plus ou moins efficaces, l'époux ou le partenaire de PACS demeurent fortement exposés face à la procédure collective de la société du chef d'entreprise. Cependant, la présence de risques apparaît relative en comparaison de l'hypothèse dans laquelle ils se seraient portés caution pour le chef d'entreprise.

1) *Ibid* : https://www.courdecassation.fr/publications_26/rapport_annuel_36/rapport_2011_42_12/troisieme_partie_etude_risque_4213/charge_risque_4214/charge_risque_4238/procedures_collectives_22850.html

2) Cass. 2ème Civ., 9 novembre 2006, n° 05-12.205, Revue de Droit bancaire et financier, Mai 2007, n° 3, Comm. Piedelièvre.

3) *Ibid*, Cass. 1 ère Civ. 28 mars 2012, n°12-40.002.

4) *Ibid*, Cass. 1 ère Civ. 28 mars 2012, n°12-40.002.

Chapitre 2 : Le cautionnement, un service risqué et à éviter

605. Le cautionnement est une sûreté personnelle par laquelle une personne, la caution, s'engage à l'égard d'une personne bénéficiaire, à payer la dette du débiteur principal, en cas de défaillance de sa part. En raison des risques liés à cet acte pour la caution, la loi encadre les conditions d'admission de sa validité, tout particulièrement lorsqu'il s'agit d'un cautionnement entre conjoints, en raison de la mise en péril de l'éventuel patrimoine commun. Si l'examen des conséquences de l'application d'un tel acte entre conjoints permet d'en mesurer tous les dangers et révèle une sévérité dans les exigences de son admission (**section 1**), des solutions existent pour l'époux caution afin d'échapper à son engagement, ainsi que pour le couple dont l'un est chef d'entreprise, pour éviter d'y avoir recours (**section 2**).

Section 1) La protection du conjoint contre le cautionnement non expressément consenti

606. 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 ». Cette disposition protectrice permet au conjoint du chef d'entreprise de ne pas être inquiété sur ses biens propres ou sur les biens communs en cas de difficultés du chef d'entreprise, si l'époux ne s'est pas expressément porté caution pour celui-ci. L'acceptation d'un cautionnement par le conjoint engageant les biens communs nécessite des conditions de forme rigoureuses (§1), ce qui se comprend aisément aux vues des dangers pour le patrimoine familial qu'elle entraîne (§2). Il existe cependant des moyens pour l'époux d'y échapper (§3).

§1) Le cautionnement, une notion entendue strictement

607. Le cautionnement est un acte grave, puisqu'il implique que la personne caution engage la totalité de ses biens en cas de défaillance du débiteur principal. Or, le patrimoine d'un époux marié sous le régime légal comprend ses biens propres et les biens communs. C'est pourquoi, l'article 1415 du code civil, s'il laisse la liberté à chaque conjoint de se porter caution sans l'accord de son époux au nom de l'autonomie de gestion, restreint le gage des créanciers à ses biens propres et revenus, à défaut d'accord exprès de l'époux, ce qui permet d'immuniser le patrimoine commun. En cas d'accord du conjoint, ce dernier n'engage alors pas ses biens propres. Ce privilège est cantonné au contrat de cautionnement, qui est entendu strictement. En effet, l'article 1415 du code civil ne serait être applicable lorsqu'un époux engage les biens communs non en sa qualité de caution, mais comme associé responsable des dettes d'une société de personnes. Dans un arrêt de la

cour d'appel de Paris en date du 14 novembre 2002 ¹, des époux ont tenté d'étendre l'application de l'article 1415 du code civil à la situation dans laquelle l'un d'eux prend la qualité d'associé d'une société civile et est donc indéfiniment et solidairement tenu de répondre des dettes sociales, car l'épouse était intervenue à l'acte constitutif de la société pour être informée des apports en numéraires pris sur les biens communs, tout en renonçant personnellement à la qualité d'associée. Contrairement à une précédente jurisprudence ², qui avait admis l'assimilation en relevant que le créancier ne pouvait poursuivre un associé sur les biens communs sans prouver que l'épouse avait accepté que ceux-ci fussent engagés, et que la participation d'un époux à une société « a des conséquences d'une telle gravité qu'il peut être considéré que la situation est semblable à celle qui résulte d'un cautionnement », la cour d'appel de Paris refuse les prétentions des époux. Elle relève que l'engagement de l'époux ressortait de sa qualité d'associé et non de celle de caution, mais relève de surcroît de façon très ambivalente qu'en signant l'acte constitutif de la société, l'épouse avait accepté l'étendue des engagements pris par son époux sur les biens communs. Tout en refusant l'assimilation au cautionnement de façon justifiée, la cour raisonne cependant par analogie à cette notion juridique, ce qui est critiquable. Dans deux arrêts de la première chambre civile de la Cour de Cassation du 17 janvier 2006 ³, la Haute Juridiction a conforté cette solution qui conduit à l'engagement des biens communs de l'associé, sans nécessité d'accord du conjoint, par des motifs adaptés. Elle relève que « le contrat de société civile, qui fait naître une obligation subsidiaire de répondre indéfiniment du passif social, ne saurait être assimilé à un cautionnement », ce qui revient à dire que les engagements n'ont tout simplement pas la même nature et surtout pas le même but, puisque si l'engagement de la caution a pour objet de garantir la dette d'autrui, celui de

1) CA Paris 14 novembre 2002, Juris-Data n° 2002-222897 ; Dt des Sociétés 2004, février 2004, p. 17

2) CA Versailles, 2 mai 2002, Dt des Sociétés 2003, n° 85.

3) Cass. 1 ère Civ. 17 janvier 2006, n° 03-11.461 et n° 02-16. 031657 ; JCP E 2006, n° 19, p. 854 ; Revue des Sociétés 2006, p. 540, note D. Legeais ; Dt des Soc. 2006, p. 23, obs. F-X Lucas ; Joly 2006, 171, obs. Y. Dereu.

l'associé réside avant tout dans la volonté de partager les bénéfices ou profiter des économies qui pourraient résulter de l'entreprise commune, la contribution aux pertes n'étant qu'une éventualité attachée à la qualité d'associé ¹. Il apparaît donc normal que ce risque soit encourue sans garantie spécifique, contrairement à la personne caution qui s'engage à titre principal à couvrir ce risque. De plus, la protection de l'article 1415 du code civil se justifie par l'absence de contrepartie pour la caution qui rend avant tout un service désintéressé en s'obligeant, alors que l'associé et son conjoint profitent des bénéfices résultant de l'engagement au contrat de société. Enfin, si le conjoint de l'associé n'a pas à donner son accord à la conclusion du contrat de société, sa connaissance sur les risques encourus par la communauté est garantie par l'obligation d'information lors de l'apport en société prévue à l'article 1832-2 du code civil ².

608. Si le domaine de l'article 1415 du code civil est entendu strictement par les emprunts et cautionnements *stricto sensu*, les conditions formelles de l'accord du conjoint pour un cautionnement par son époux chef d'entreprise engageant les biens communs sont admises avec souplesse. En effet, si le consentement doit être exprès et si l'engagement peut être limité à certains biens, les mentions manuscrites de l'article 1326 du code civil relatives au cautionnement de droit commun n'ont pas vocation à s'appliquer pour valider le consentement de l'époux, et sa manifestation expresse de volonté est laissée à l'appréciation souveraine des juges du fond ³. Ainsi, il a été jugé que le fait d'intervenir à la saisie diligentée en raison de l'inexécution par la caution de son obligation, ne vaut pas consentement exprès ⁴. En revanche, le consentement du conjoint a été admis dans un arrêt de la première chambre

1) *Ibid* F-X Lucas.

2) Cass. 1 ère Civ. 13 novembre 1996, n° 94-12. 304 JCPN 1997, 1081, note L. Leveneur ; RTDCiv. 1997, 729, obs. B. Vareille.

3) Cass. 1 ère Civ. 29 avril 1997, n° 95-14.500, Dt de la Famille 1997, n°181, obs. B. Beignier.

4) CA Lyon, 18 février 1999, Dt de la Famille 1999, n°140, obs. B. Beignier.

civile du 9 juillet 2014 ¹, alors que l'épouse s'était contentée de parapher toutes les pages de l'acte de cautionnement souscrit par son conjoint et qu'elle y a apposé la mention, écrite de sa main, de la somme cautionnée en toutes lettres et en chiffres, sans signature manuscrite de sa part, celle-ci ne subordonnant pas la preuve du consentement exprès.

609. Dans l'hypothèse où l'épouse ne se contente pas de donner son accord, mais se porte caution pour ou aux côtés de son conjoint chef d'entreprise, le cautionnement revêt la nature d'acte civil avec toutes les conséquences que cela comporte pour le créancier : présence de la mention manuscrite imposée par l'article 1326 du code civil pour la validité de l'engagement sous peine de qualification de simple commencement de preuve par écrit, caractère proportionné de l'engagement ² et compétence de la juridiction civile. En l'absence de la mention manuscrite obligatoire, le créancier se trouvera donc fort dépourvu, étant donné que la jurisprudence déclare nul l'engagement de cautionnement du conjoint en l'absence d'établissement de l'intérêt personnel de celui-ci à l'acte, étant entendu que cet intérêt ne peut résulter que d'une participation effective à la gestion de la société et ne peut se déduire de la qualité d'époux commun en biens même détenant une part dans le capital social ³.

610. Le conjoint du chef d'entreprise se trouve contraint bien souvent en pratique de valider le cautionnement de son conjoint débiteur ou de garantir la dette à ses côtés, afin que l'entrepreneur puisse obtenir du crédit auprès des établissements bancaires pour développer ou pérenniser son activité. Or, ce soutien moral et surtout financier peut s'avérer fort risqué pour le patrimoine du couple.

1) Cass. 1^{ère} Civ., 9 juillet 2014, n° 13-16070, Crédit mutuel Sélestat Scherwiller, réf. du 15/03/2016 : https://www.lextenso-fr.biblio-dist.ut-capitole.fr/weblextenso/revue/pdf?pdf=/Weblextenso/La-une-des-revues/pdfnews/BJs-11_201411.pdf

2) Cass. Com. 17 juin 1997, arrêt Macron, RDBF 2000, n°3, mai-juin, p. 190, obs. M. Saint-Cène et J. Grillot.

3) Cass. 1^{ère} Civ. 9 décembre 1992, Dalloz 1993, Somm., 311.

§2) Les dangers du cautionnement pour le conjoint

611. Le cautionnement par le conjoint du crédit accordé à l'entreprise de son époux s'avère fort dangereux pour le patrimoine de la famille du chef d'entreprise (I), et peut aboutir à traiter plus sévèrement l'époux caution que le chef d'entreprise lui-même, en cas de procédure collective (II).

I. La mise en péril du patrimoine familial à raison du cautionnement de l'activité du chef d'entreprise

612. Les créanciers, et particulièrement les établissements bancaires, réclament en pratique en plus du cautionnement du chef d'entreprise souhaitant bénéficier de crédit pour le développement de son activité, celui de son épouse. Cela aboutit pour les époux mariés sous le régime légal, à des risques pouvant s'avérer dramatiques pour le patrimoine familial. En effet, si l'épouse a donné son consentement au cautionnement pris par l'entrepreneur seul, les biens propres du chef d'entreprise et les biens communs du couple répondront de la dette et seuls seront préservés les biens propres de l'épouse, en application de l'article 1415 du code civil. Si elle s'est aussi portée caution, les deux masses propres garantiront la dette¹. Enfin, si les deux conjoints donnent leurs accords croisés, tous les biens propres et communs serviront de gage au créancier². C'est pourquoi, il convient de négocier la limite de l'engagement à un seul bien déterminé du couple et pour une certaine durée, afin de limiter d'importantes déconvenues pour le patrimoine du ménage.

613. Pour tenter de sécuriser celui-ci, le chef d'entreprise qui se porte seul caution, peut opter pour un régime séparatiste ou pour le PACS, mais une comptabilité rigoureuse des achats est nécessaire et contraignante en pratique, afin de ne pas aboutir à une communauté de biens qui pourrait garantir la dette. Il est par ailleurs illusoire pour le chef d'entreprise de former un patrimoine au nom de son épouse ou partenaire pour amenuiser

1) CA de Paris 2 novembre 2006, n° 05/07648, réf. du 8/03/2016 : http://droits.leparticulier.fr/_argent/conjoint-biens-propres.html

2) Réf. du 8/03/2016 : http://www.leparticulier.fr/jcms/c_46019/caution-d-entreprise-comment-eviter-le-pire

la consistance de son patrimoine propre, puisque le créancier peut obtenir aisément la requalification en biens propres du dirigeant de telles opérations ¹. Cependant, si seuls ses biens propres et ses revenus, qui sont pourtant des biens communs en régime de communauté, sont garants de la dette de l'entrepreneur qui s'est porté caution indépendamment de son conjoint, la question s'est posée en jurisprudence de savoir si les revenus tirés de l'exploitation peuvent être préservés s'ils ne constituaient pas la seule rémunération de l'époux débiteur, mais également celle de son époux travaillant avec lui ? Dans un arrêt de la première chambre civile de la Cour de Cassation du 16 mai 2000 ², deux époux communs en biens exploitant ensemble le même cheptel étaient créanciers auprès d'une laiterie de certaines sommes provenant de la vente de lait de leur élevage. L'époux s'était seul porté caution d'un tiers auprès d'un établissement bancaire qui a effectué une saisie-attribution sur les sommes dues par la laiterie. La première chambre civile casse l'arrêt de la cour d'appel qui avait rejeté la main levée de cette saisie, au motif que la cour d'appel n'avait pas recherché si l'épouse ne participait pas à l'entretien du cheptel commun et « si les paies de lait saisies ne constituaient pas la rétribution de son travail ». Or, que les paies de l'épouse soient considérées comme des revenus ou des gains, ils constituaient des biens communs immunisés du fait du cautionnement effectué par l'époux seul. En l'espèce, l'impossible ventilation qui aurait permis d'identifier les revenus de l'époux saisissables était impossible, du fait de l'absence de convention entre les conjoints déterminant les rémunérations respectives. La communauté de biens apparaît pour une fois protectrice, puisque la jurisprudence privilégie l'immunité des biens communs sur l'obligation à la dette.

614. Si le cautionnement constitue généralement un service très risqué pour le conjoint, il est d'autant plus à éviter qu'il aboutit à le traiter plus durement que le chef d'entreprise en difficultés placé sous procédure collective.

1) *Ibid.*

2) Cass. 1^{ère} Civ. 16 mai 2000, Bull. Civ. I, n° 140, p. 93 ; Defrénois 2000, 1183, obs. Champenois ; RTDCiv. 2001, p. 186, obs. B. Vareille.

II. Le sort peu enviable de l'époux caution du chef d'entreprise placé sous procédure collective

615. Si en principe le bénéfice de la procédure collective n'impacte pas l'engagement de l'époux caution (A), des exceptions (B) sont prévues en cas de procédure de sauvegarde ou lors de la période d'observation.

1. Principe

616. Le but de la mise sous procédure collective étant d'aider le chef d'entreprise à surmonter les difficultés, de nombreux avantages lui sont accordés, à commencer par l'arrêt des poursuites individuelles des créanciers contre leur débiteur et l'interdiction qui lui est faite de payer les créances antérieures au jugement d'ouverture de la procédure. Or, dans un arrêt de la première chambre civile du 14 juin 2000 ¹, la Cour de Cassation a clairement affirmé que ces règles de protection ne sont pas applicables au bénéfice de la caution, ce qui conduit à la traiter avec plus de rigueur que le chef d'entreprise alors même à l'origine de la dette, d'autant plus que les établissements bancaires exigent le plus souvent une caution solidaire du conjoint ne lui permettant d'invoquer ni le bénéfice de discussion ², ni celui de division ³. Il en résulte que l'époux caution sera tenu de payer même après le jugement d'ouverture pour une créance antérieure, que les intérêts continuent à courir à l'égard de la caution en cas de redressement ou de liquidation judiciaire ⁴, que le conjoint peut être sujet à des mesures conservatoires telle une inscription d'hypothèque judiciaire provisoire ⁵, ou même tenu au cas de l'absence

1) Cass. 1^{ère} Civ. 14 juin 2000, n° 98610.577, Bull. Civ. I, n° 182 ; Defrénois 2001, 368, obs. Théry.

2) Le bénéfice de discussion permet à la caution de suspendre les poursuites en paiement du créancier contre elle en l'obligeant à d'abord exiger que le débiteur la paye, en indiquant les biens dont ce dernier dispose et sur lesquels le paiement peut s'effectuer (article 2300 du code civil).

3) Le bénéfice de division permet, en présence de plusieurs cautions pour une même dette, à chaque caution – normalement tenue de l'intégralité de la dette - d'exiger que le créancier divise préalablement son action et la réduise à la part et portion de chacune d'elle.

4) Grenoble chb. Commerciale 26 mars 1997, Rev. Proc. Coll. 1998, 291, n°10, obs. Macorig-Venier.

5) Art. L 622-28 du code de commerce issu de l'ordonnance du 14 mars 2014.

d'admission au passif des créanciers ¹.

617. L'explication vient du fait que l'engagement de la caution relève du droit commun et que les avantages conférés par une procédure collective tels des délais de paiement, sont éminemment personnels et ne peuvent bénéficier à la caution. Il suffira donc au créancier d'apporter la preuve de l'effectivité et du montant de sa créance, ainsi que de la déchéance du terme de sa créance ² en raison du caractère accessoire du cautionnement, devant la juridiction civile, pour recouvrer celle-ci. Le but est en effet de permettre au créancier d'éviter l'extinction de sa créance contre la caution, en cas de d'inscription de la procédure collective du débiteur principal dans la durée. Si le cautionnement revêt bien un caractère accessoire à la dette du débiteur principal du point de vue du créancier, l'engagement de la caution apparaît autonome à celle-ci, puisque la règle de l'accessoire ne bénéficie pas à la personne caution qui ne peut profiter des avantages découlant de la procédure collective, ce qui révèle la nature mixte de l'acte de cautionnement.

ii. Exceptions

618. Si l'article L 631-20 du code de commerce empêche les cautions personnes physiques de se prévaloir du jugement arrêtant le plan de redressement pour revendiquer l'arrêt des poursuites, les articles L 626-11, L 621-48 et L 622-26 du code de commerce prévoient au contraire qu'elles ne peuvent être poursuivies ni durant la période d'observation (1), ni durant tout le temps de l'exécution du plan de sauvegarde (2).

1) Cass. Com 19 janvier 1993, n°91-11. 426, Dalloz 1993, somm. 309, obs. Aynès (possibilité de demander un sursis à statuer).

2) Cass. Com. 26 janvier 2010, n°09-10.244, NP, n°93 F-D.

1. Absence de poursuites contre la caution en période d'observation

619. L'article L621-48 alinéa 2 du code de commerce, devenu l'article L 622-28 alinéa 2 par l'ordonnance n° 2014-326 du 12 mars 2014, dispose que « le jugement d'ouverture du redressement judiciaire suspend jusqu'au jugement arrêtant le plan de redressement ou prononçant la liquidation toute action contre les cautions personnelles personnes physiques. Le tribunal peut ensuite leur accorder des délais ou un différé de paiement dans la limite de deux ans ». Ce texte permet ainsi de suspendre l'action en paiement contre la caution durant la période d'observation, sous peine d'annulation du jugement rendant recevable une telle action pendant cette période ¹ et oblige le créancier à justifier du jugement prononçant la liquidation judiciaire ² ou arrêtant le plan de redressement ³ pour reprendre son action en paiement ⁴. Cette disposition s'inscrit dans la logique de l'article 2290 alinéa 1 du code civil, qui prévoit que « le cautionnement ne peut excéder ce qui est dû par le débiteur, ni être contracté sous des conditions plus onéreuses », et fait retrouver toute la force du caractère de la règle de l'accessoire en matière de cautionnement. En effet, la caution ne peut se trouver plus mal lotie que le débiteur lors de cette période, qui se veut être un « cliché instantané » de la situation de l'entreprise pour trouver et mettre en place les meilleures mesures de restructuration, par une évaluation des dettes et une reconstitution de la trésorerie ⁵. Ce moment de répit destiné à accorder les meilleures chances de survie de l'entreprise qui bénéficie aussi à la caution, se justifie d'autant plus qu'il s'agit d'une période courte ; L'article L 621-3 alinéa 1 du code de commerce précise que « le jugement ouvre une période d'observation d'une durée maximale de six mois qui peut être renouvelée une fois par décision

1) CA Paris, 15^{ème} chb. B. 8 octobre 2004, RG n° 03/00399.

2) CA Caen, 1^{ère} chb. Section civile, 13 novembre 2008, RG n° 08 :00531, Revue des Procédures Collectives 2009, étude 8,, obs. Patureau et Pérot-Reboul.

3) CA Amiens chb. Eco. 21 novembre 2013, 11/01090, Revue des Procédures Collectives 2014, comm. 20, note Fraimout.

4) Droit et Pratiques des Procédures Collectives, Le Corre, Dalloz Action, 8^{ème} édition, 2015-2016, p. 2217.

5) Réf. du 9/03/2016 : <https://www.pernaud.fr/info/glossaire/9206825/periode-d-observation>

motivée à la demande de l'administrateur, du débiteur ou du ministère public », ce qui contre le risque de prescription de la dette à l'égard de la caution. En application de l'article L 622-28 du code de commerce, la caution bénéficie donc d'une suspension des poursuites et de la faculté de se prévaloir de l'arrêt du cours des intérêts pendant toute la période d'observation.

2. Interdiction de poursuite de la caution en cas de plan de sauvegarde du débiteur

620. L'ordonnance n° 2008-1345 du 18 décembre 2008 dans son article 166, a réformé l'article L 626-11 alinéa 2 du code de commerce qui dispose que « le jugement qui arrête le plan en rend les dispositions opposables à tous. A l'exception des personnes morales, les coobligés et les personnes ayant consenti une sûreté personnelle ou ayant affecté ou cédé un bien en garantie peuvent s'en prévaloir ». L'application de la règle de l'accessoire tient ici au fait qu'en cas de plan de sauvegarde, le débiteur principal n'est pas en cessation de paiement, et s'il l'est, il doit ne pas avoir dépassé les 45 jours. Le débiteur n'étant pas en état de cessation de paiement, l'obligation à la dette n'est pas encore exigible à titre principal ou à titre accessoire. L'obligation de la caution existe mais est suspendue, jusqu'au prononcé du jugement arrêtant le plan de redressement. La chambre économique de la cour d'appel d'Amiens a récemment fait application de ce principe, en jugeant dans un arrêt du 21 novembre 2013 ¹, qu'aux "termes de l'article L 622-28 du code de commerce, le jugement d'ouverture suspend jusqu'au jugement arrêtant le plan ou prononçant la liquidation toute action contre les personnes physiques coobligées ou ayant consenti une sûreté personnelle ou ayant affecté ou cédé un bien en garantie. C'est donc en contradiction avec ces dispositions que le

1) CA d'Amiens, chambre économique, 21 novembre 2013, n° 11/01090 : JurisData n° 2013-027108.

tribunal a débouté la banque de sa demande dirigée contre la caution solidaire de la société débitrice, dont le plan de continuation a été adopté. La caution est donc condamnée à payer à la banque la somme de 42 240 euros, montant total de sa créance déclarée au passif de la société". La cour rappelle ainsi que le bénéfice de la suspension des poursuites ne profite aux cautions et garants personnes physiques que jusqu'au jugement arrêtant le plan de redressement ¹.

621. Le cautionnement du chef d'entreprise ou de son conjoint conduit généralement à mettre en danger le patrimoine familial, aussi il convient de se demander s'il existe des solutions permettant de contrer la pression exercée par les professionnels du crédit pour éviter d'y avoir recours.

Section 2) Techniques permettant de déjouer le cautionnement de l'époux pour son conjoint

622. En cas de défaillance de l'entrepreneur débiteur principal, l'époux caution va se retrouver tenu de rembourser la dette. Cet engagement souvent imposé par une obligation morale et par la pression des établissements bancaires, risque d'avoir des conséquences fâcheuses sur le patrimoine du couple et peut aboutir dans la pratique, au divorce. Si les possibilités de limiter ou de remettre en cause l'obligation sont minces (§1), il est judicieux pour le couple de s'informer auprès de professionnels du droit sur les solutions permettant d'éviter un recours au cautionnement (§2), notamment par l'utilisation de fonds de garantie proposés par l'état.

1) Réf. du 11/03/2016 : <http://www.legavox.fr/blog/maitre-joan-dray/dirigeant-caution-delaiss-plan-redressement-15350.htm#.VuLWRfnhDIU>

S1) Les possibilités de remettre en cause l'obligation de paiement de l'époux caution

623. La prudence s'impose pour l'époux caution qui doit éviter de signer « un chèque en blanc » à la banque et limiter son engagement (A). A défaut, des recours sont possibles (B) pour remettre en cause son obligation de payer.

A. Moyens préventifs de limitation de l'engagement de l'époux caution

624. L'époux caution précautionneux doit veiller à limiter la portée de son engagement, à la fois à concurrence d'une certaine somme clairement déterminée dans l'acte de cautionnement, en veillant à ce qu'elle corresponde à la valeur d'un bien de son patrimoine, et à déterminer l'affectation de l'acte de cautionnement à une opération déterminée.

625. Il est également très important de prévoir l'annulation du cautionnement en cas de transformation de la société en une autre forme sociale, en cas de changement d'activité ¹, la nouvelle activité pouvant s'avérer plus risquée économiquement, et surtout en cas de départ du chef d'entreprise, afin que l'époux qui s'est engagé avant tout pour aider son conjoint entrepreneur, ne se retrouve pas tenu pour un parfait étranger.

626. Enfin, il est indispensable de prévoir un cautionnement à durée indéterminée pour un maximum de protection. En effet, il permet de révoquer le cautionnement à tout moment par lettre adressée en recommandé, avec avis de réception, ce qui est prudent notamment en cas de divorce, de démission du chef d'entreprise ou de cession d'entreprise ². Cela limitera le cautionnement aux dettes du conjoint débiteur nées avant la révocation.

1) Réf. du 20/03/2016 : http://www.leparticulier.fr/jcms/c_46019/caution-d-entreprise-comment-eviter-le-pire

2) *Ibid.*

B. Moyens de remise en cause de l'obligation de cautionnement a posteriori

627. Les recours de l'époux caution ne sont envisageables que s'il ne s'est pas engagé à garantir une obligation à première demande, à savoir une obligation de payer immédiatement sans possibilité d'exercer un recours au préalable. Cependant, le taux de réussite des contentieux en annulation du cautionnement engagés par les personnes cautions envers les créanciers reste mince et repose principalement d'une part, sur la preuve par la caution d'un vice de procédure grave dans l'acte de cautionnement (1) ou d'autre part, sur une imprudence volontaire (2) de la part du créancier.

1. Vices de procédure susceptibles d'entraîner l'annulation de l'acte

628. La jurisprudence est abondante en ce qui concerne les vices de procédure recevables ¹ car les conditions de forme garantissent à la caution de mesurer la portée réelle de son engagement. L'absence de communication par la banque d'un formulaire de renseignement complet sur la situation financière et patrimoniale de la caution est ainsi jugée caractéristique d'un engagement disproportionné ². En application de l'article 2292 du code civil, les limites du contrat de cautionnement, notamment son objet, sa durée et son étendue, doivent apparaître clairement dans l'acte. La présence des mentions manuscrites des articles L 341-1 et 3 du code de la consommation sont impératives sans être enfermées dans un formalisme rigoureux, puisque seules les erreurs affectant le sens ou la portée des mentions manuscrites peuvent entraîner la nullité de l'acte de caution, ce qui évince les

1) Ref. du 21/03/2016 : http://www.legavox.fr/blog/maitre-anthony-bem/moyens-defense-caution-poursuivie-paiement-1210.htm#.Vu_dXuLhDIV

2) CA Paris, 22 septembre 2015 Crédit du Nord / M et Mme X, réf. du 21/03/2016 : <http://www.legavox.fr/blog/maitre-anthony-bem/disproportion-cautionnement-peut-etre-invoquee-18685.pdf>.

erreurs matérielles de ponctuation ¹ et l'oubli ou l'ajout de certains mots ². La nullité du cautionnement est également encourue en cas d'omission de la mention de la durée ³ ou du délai de l'engagement. Il est aussi indispensable que la caution soit informée chaque année de la portée de son engagement et de sa faculté d'y mettre fin ⁴, ainsi que de l'évolution du montant de la créance garantie et de ses accessoires ⁵, ainsi que des incidents de paiement du débiteur principal ⁶ et consente expressément à toute modification ultérieure du contrat de prêt cautionné sous peine d'inopposabilité ⁷.

2.Imprudence volontaire de la part du créancier susceptible d'entraîner l'annulation du cautionnement

629. L'article L 341-4 du code de la consommation issu de la loi n° 2003-721 du 1er août 2003 pour l'initiative économique, dispose qu' « un créancier professionnel ne peut se prévaloir d'un contrat de cautionnement conclu par une personne physique dont l'engagement était, lors de sa conclusion, manifestement disproportionné à ses biens et revenus, à moins que le patrimoine de cette caution, au moment où celle-ci est appelée, ne lui permette de faire face à son obligation ». Cette disposition très protectrice impose à l'établissement bancaire de se renseigner sur les capacités d'endettement de la personne caution. La jurisprudence est venue récemment préciser la notion d'engagement disproportionné eu égard aux revenus et

- 1) Cass. Com, 5 avril 2011, n° 10-16426, réf. du 31/03/2016 : <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000023832315&fastReqId=332414120&fastPos=1>
- 2) Cass. 1 ère Civ, 10 avril 2013, n° 12-18544, réf. du 21/03/2016 : <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000027304026&fastReqId=128863934&fastPos=1>.
- 3) CA Montpellier, 22 avril 2014, n°13/03451, réf. du 21/03/2016 : <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000029683813>
- 4) Article 313-22 du code monétaire et financier.
- 5) Article 2293 alinéa 2 du code civil.
- 6) Article 47 II de la loi du 11 février 1994.
- 7) Cass. Com, 24 juin 2014 n° 13-21074, réf. du 23/03/2016 : http://www.gazettedupalais.com/services/actualites/actu_jur/e-docs/la_modification_du_pret_et_le_cautionnement_de_la_gerante_/document_actu_jur.phtml?cle_doc=0000270B

patrimoines s'agissant d'époux communs en biens, cautions pour l'entreprise de l'un d'eux. Dans un arrêt du 22 septembre 2015 ¹, la cour d'appel de Paris a jugé *que* « le caractère manifestement disproportionné de la caution doit être examiné au regard de la communauté et non individuellement ». En l'espèce, la cour retient que « le total des engagements représentait, si l'on ajoute les sommes mensuelles de remboursement du prêt cautionné, plus de 55 % de leurs revenus mensuels » alors même que les usages bancaires n'autorisent qu'une charge mensuelle d'endettement de 33% des revenus mensuels, et que l'établissement bancaire leur avait déjà consenti un emprunt pour l'acquisition de leur résidence, lequel n'étant pas encore remboursé ne pouvait garantir le paiement de l'intégralité du prêt ». Cet arrêt se situe dans le droit fil de la jurisprudence ², il en ressort que l'ensemble des dettes et revenus de la caution doivent être pris en considération pour déterminer le caractère proportionné ou non de l'engagement, et que c'est bien au jour où est contracté l'engagement, que l'examen financier doit avoir lieu. L'établissement bancaire se voit donc imposé une véritable obligation de renseignement approfondi de l'état financier de la personne caution, ce bilan sera d'autant plus poussé si celle-ci est mariée sous le régime légal. Cette immixtion se justifie pleinement dans l'intérêt de la caution qui effectue un service désintéressé en se portant garant. Il s'agit bien là de protéger la caution malgré elle.

630. En sus de cette obligation de renseignement, les professionnels du crédit sont tenus d'une obligation de conseil et d'un devoir de mise en garde vis-à-vis des cautions profanes, c'est-à-dire qui n'exerce pas de fonction dans

1) CA Paris Crédit du Nord / M et Mme X, 22 septembre 2015, réf. du 21/03/2016 : <http://www.legavox.fr/blog/maitre-anthony-bem/disproportion-cautionnement-peut-etre-invoquee-18685.pdf>

2) Tribunal de Commerce de Versailles, 4 décembre 2013, réf. du 22/03/2016 : http://www.codes-et-lois.fr/feeds/blogs-juridiques/_89a3afd196fa947d6bf576aa2b7ff195

la gestion de l'entreprise ¹ ou dans la présentation du dossier de prêt ², sous peine de l'octroi de dommages et intérêts correspondants aux sommes dues par la caution ³. Cette obligation de mise en garde, qui a été consacré par quatre arrêts de principe rendus le 12 juillet 2005 ⁴, consiste concrètement à ne pas accorder à un emprunteur un crédit excessif ou disproportionné compte tenu de son patrimoine et de ses revenus, à se renseigner sur les capacités de remboursement de l'emprunteur et à alerter sur les risques encourus en cas de non remboursement du crédit par l'emprunteur ⁵. Elle ne bénéficie qu'à la caution profane, à savoir la personne qui ne dispose pas de compétences et de connaissances effectives en matière financière ⁶ et s'applique donc pleinement à l'époux caution. Cependant, un arrêt de la première chambre civile de la Cour de Cassation en date du 13 janvier 2015 ⁷, a jugé que la banque n'est débitrice d'aucun devoir de mise en garde envers une caution, eût-elle été non avertie, dès lors que l'ouverture de crédit était adaptée au regard des capacités financières de l'emprunteur à la date de l'engagement de la caution. Cela signifie que pour pouvoir invoquer le manquement du banquier à son devoir de mise en garde et se libérer de son engagement, l'emprunteur non averti ou profane devra rapporter la preuve du caractère disproportionné du crédit par rapport à sa situation financière et patrimoniale. La preuve du caractère disproportionné du crédit incombe en tout état de cause à l'emprunteur.

- 1) Cass. com., 31 mai 2005, n° 01-00720, réf. du 22/03/2016 : <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000007050823>
- 2) Cass. com., 1er juill. 2003, n° 00-16591, réf. du 22/03/2016 : <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000007049244>
- 3) *Ibid* <http://www.legavox.fr/blog/maitre-anthony-bem/moyens-defense-caution-poursuivie-paiement-1210.htm#.Vu6td5j2bIU>
- 4) Cass. 1 ère Civ, 12 juillet 2005, pourvoi n° 03-10921,
- 5) Réf. du 22/03/2016 : <http://www.legavox.fr/blog/yaya-mendy/devoir-mise-garde-banquier-dispensateur-16889.htm#.VvFys-LhDIU>
- 6) Cass. 1 ère Civ., 4 juin 2014, n° 13-10975, réf. du 22/03/2016 : <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000029056874&fastReqId=780213944&fastPos=1>
- 7) Cass. 1 ère Civ , 13 janvier 2015, n°13-24875, réf. du 22/03/2016 : <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000030118054>

631. Par ailleurs, la caution peut se retrouver déchargée de son obligation en cas de faute pour négligence du professionnel du crédit n'ayant pas effectué la déclaration de créance lors du jugement d'ouverture ¹, sur le fondement de la perte du bénéfice de subrogation de la caution ², ce qui rendra le cautionnement inopposable à son égard.

632. Enfin, l'époux caution peut pour se soustraire à son obligation, invoquer le délai de prescription de l'action en recouvrement du créancier professionnel de deux ans, prévu à l'article L 137-2 du code de la consommation ³. En effet, ce délai commence à courir à la date où l'établissement bancaire a connu ou aurait dû connaître les faits lui permettant d'exercer l'action en recouvrement du crédit consentie à un professionnel ou un consommateur, c'est à dire à la date du premier incident de paiement non régularisé de la part du débiteur, et non de la date de l'envoi de la mise en demeure ou de la déchéance du terme par la banque.

633. Toutes ces actions de l'époux caution, dans le cas où elles aboutissent, ont le grand intérêt de bénéficier aussi au conjoint chef d'entreprise qui se serait également porté garant pour son entreprise, depuis un arrêt de principe de la chambre commerciale de la Cour de Cassation en date du 18 mars 2014 ⁴. La haute juridiction considère que l'existence de plusieurs cautions solidaires peut être érigée en condition d'un cautionnement, de sorte que la disparition des cautionnements solidaires entraîne l'annulation de la caution litigieuse.

634. Même si la jurisprudence a évolué pour tendre à favoriser la protection des personnes cautions, il n'en demeure pas moins qu'un tel engagement remplissant toutes les conditions de validité est lourd de conséquences sur un plan patrimonial et la pérennité du couple. C'est pourquoi il est préférable autant que faire se peut, d'envisager le recours à d'autres garanties.

1) Articles L 622-24 et L 622-26 du code de commerce.

2) Cass. 1^{ère} Civ., 3 juillet 2013, n°12-21126, réf. du 23/03/2016 : http://revuefiduciaire.grouperf.com/guide/20142/20120423103209994_som.html

3) *Ibid* : <http://www.legavox.fr/blog/maitre-anthony-bem/moyens-defense-caution-poursuivie-paiement-1210.htm#.VvKNLOLhDIV>

4) Cass. Com. 18 mars 2014 n°13-11733, réf. du 23/03/2016 : <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000028763047>

§2) Les moyens d'éviter le recours au cautionnement

635. Afin de préserver l'harmonie du couple du chef d'entreprise, celui-ci peut utiliser d'autres garanties que le cautionnement (A) afin d'obtenir du crédit pour son activité et éviter d'impliquer son conjoint, au premier rang desquelles se trouve la mise en œuvre du mécanisme du soutien financier d'organismes publics (B).

A. L'utilisation d'autres garanties que le cautionnement

636. Pour protéger le patrimoine du couple, ou du moins limiter l'étendue du cautionnement, le chef d'entreprise peut avoir recours à la technique de l'affacturage (1), ou à celle du nantissement (2), qui permettront de tenir les biens personnels hors du gage des créanciers.

1. Le recours au contrat d'affacturage

637. Le chef d'entreprise qui a besoin de trésorerie, peut déjouer la nécessité d'avoir recours à un prêt, pour l'octroi duquel l'établissement bancaire impose bien souvent le cautionnement de sa part et de celle du conjoint. La technique de l'affacturage consiste pour la société à revendre les créances qu'elle détient sur ses clients à un organisme spécialisé, qui en assure le recouvrement à sa place et rachète le montant des créances avant leurs termes, moyennant une commission, des frais de gestion et une retenue de garantie représentant généralement 15 % du montant de la créance². Elle permet donc au chef d'entreprise d'obtenir des liquidités sans avoir à attendre que le terme des créances soit échu, mais ce rachat implique une perte correspondant à la rémunération de l'organisme affactureur. Cependant cette technique n'est intéressante que s'agissant de créances dont le recouvrement est fiable car le contrat d'affacturage, à défaut d'assurance-crédit, fait supporter le risque d'insolvabilité sur le souscripteur.

1) Réf. du 24/03/2016 :
<http://www.lescledelabanque.com/Web/Cdb/Entrepreneurs/Content.nsf/DocumentsByIDWeb/79BLSU?OpenDocument>

2.Souscription d'un nantissement conventionnel

638. Pour éviter d'engager son patrimoine ou de solliciter le cautionnement par son conjoint, le chef d'entreprise peut donner en garantie à son créancier un bien meuble incorporel, comme une créance, des parts sociales (hormis les parts d'une SCP de profession libérale), son fonds de commerce ou artisanal. Peuvent être compris dans le nantissement d'un fonds artisanal ou de commerce, les éléments rattachés au fonds tels que l'enseigne, le nom professionnel, le droit au bail, la clientèle, le mobilier, l'outillage et le matériel professionnel, les stocks ¹. Le créancier disposera d'un privilège avec droit de préférence et droit de suite sur le bien apporté en garantie et pourra à échéance, solliciter en cas de non paiement la vente judiciaire du bien, ou l'attribution judiciaire. Le nantissement constitue donc un avantage certain pour le créancier et pour le débiteur car le bien apporté en garantie lui permet de voir engager avant tout son patrimoine professionnel, en laissant ses biens personnels hors du gage des créanciers.

639. Si l'établissement bancaire refuse le nantissement d'un bien professionnel, en considérant que la demande du débiteur s'avère trop risquée, et que celui-ci souhaite éviter de demander à son conjoint de se porter caution, il paraît judicieux de penser à recourir au fond de garantie étatique de l'Oséo, renommé en 2013 Banque Publique d'Investissement (BPI) ou de la Siagi.

B.Le recours aux organismes de caution, technique efficace afin de contrer les risques du cautionnement du conjoint

640. L'aide d'organismes de cautionnement tels que la BPI (1) ou la Siagi (2) peut permettre d'éviter le cautionnement par l'époux du chef d'entreprise et préserver le patrimoine familial, même si elle n'écarte pas tout risque de contentieux (3).

1) Réf. du 24/03/2016 : <http://www.petite-entreprise.net/P-1755-84-G1-avantages-et-inconvenients-de-l-affacturation.html>

1. Cautionnement ou financement par la BPI

641. La Banque Publique d'Investissements est un établissement public à caractère industriel et commercial, créé pour aider à pallier la crise économique, qui aide au financement de la création ou du développement des PME et TPE. Elle propose trois sorte d'aides que sont le soutien à l'innovation, la garantie bancaire et le cofinancement bancaire ¹.

642. Concernant la garantie bancaire, la BPI peut garantir auprès des établissements bancaires une partie des prêts contractés par les PME. Ce dispositif est réservé aux entreprises réalisant moins de 50 millions d'euros de chiffre d'affaires annuel et comptant moins de 250 salariés ². L'objectif du prêt peut revêtir des domaines divers tels que la création, l'investissement, ou la restructuration financière. Environ 80 000 garanties de prêts pour les TPE et PME sont octroyées chaque année. L'organisme est sollicité par les banques elles-mêmes. Ces dernières, en obtenant ainsi l'assurance d'être en partie remboursées en cas d'impayés, consentent à octroyer des prêts plus risqués ou des taux plus intéressants ³. La garantie n'est déclenchée qu'en dernier recours, sur une partie seulement du prêt accordé par la banque (soit environ 50 %) ⁴.

643. Concernant le cofinancement, la BPI propose des prêts « mezzanine » aux entreprises destinés à faciliter le financement des investissements immatériels, à faible valeur de gage et donc difficiles à financer. Les prêts s'accompagnent toujours d'un financement bancaire ou d'apports en fonds propres. Selon leur finalité, les durées de remboursement sont entre cinq et sept ans avec un différé d'amortissement de capital de 12 à 24 mois. Elle n'exige aucune garantie sur les actifs de l'entreprise, ni sur le patrimoine du dirigeant ⁵.

1) Réf. du 24/03/2016 : <https://www.service-public.fr/professionnels-entreprises/vosdroits/F31636>

2) Réf. du 25/03/2016 : <https://fr.wikipedia.org/wiki/Os%C3%A9o>

3) Réf. du 25/03/2016 : <http://www.journaldunet.com/management/pme/garantie-oseo.shtml>

4) *Ibid*, <https://fr.wikipedia.org/wiki/Os%C3%A9o>

5) Réf. du 25/03/2016 : <http://www.financement-tpe-pme.com/prets-doseo/>

644. Le recours à ces mécanismes peut constituer un outil précieux pour le chef d'entreprise, lui permettant d'obtenir du crédit, indépendamment de l'engagement du patrimoine familial et d'avoir recours au soutien financier de son conjoint, ou tout le moins de limiter le risque d'endettement.

2. Cautionnement par la SIAGI

645. La SIAGI (Société Interprofessionnelle Artisanale de Garantie d'Investissements) est une société de cautionnement mutuel, gérée par les chambres des métiers, qui peut intervenir en lieu et place de la caution personnelle du dirigeant d'entreprise artisanale, commerciale, agricole, au professionnel libéral, ne dépassant pas 20 millions de chiffre d'affaire annuel ou d'une autre personne physique, dans la limite de 50 % du montant du crédit pour la création, la reprise ou le développement d'une entreprise. Si le chef d'entreprise supporte des frais de cautionnement et une commission d'environ 1,5 % du montant du prêt, il bénéficie en contre partie de l'immense avantage d'éviter d'apporter le cautionnement de son conjoint. Face à la diminution du risque pour l'établissement bancaire, l'obtention et le montant du crédit se trouvent facilités. La garantie est toutefois limitée à 70 % pour les prêts inférieurs à 38 000 euros ¹. Pour les prêts supérieurs ou égaux à cette somme, le montant de la garantie est plafonné à 27 000 euros. Les établissements financiers n'ont pas à exiger de cautions personnelles, mais peuvent prendre des garanties sur les biens financés tels le nantissement sur le fonds de commerce, un gage sur des véhicules ou le matériel. Les emprunts garantis ont un montant minimum de 5 000 euros sur une durée de remboursement de 2 à 7 ans ². La SIAGI peut fournir une garantie sans caution personnelle grâce à un fonds de garantie mutuel versé par les emprunteurs, qui couvre le risque de la banque en cas de défaut de paiement

1) Réf. du 25/03/2016 : http://www.cma-bourgogne.fr/portals/61/basedoc/Les%20aides%20aux%20artisans/Fonds_Garantie.pdf

2) *Ibid.*

de la part des entrepreneurs ¹. En cas d'incidents, la SIAGI se charge de trouver des solutions qui permettent à l'entreprise de poursuivre son activité ².

3. La possibilité d'annulation du cautionnement par le chef d'entreprise ou son conjoint en cas de garantie de caution par la BPI

646. En pratique, le chef d'entreprise et son conjoint, poussés par la pression des établissements bancaires, se portent bien souvent caution en supplément de la garantie amenée par la BPI, croyant leur obligation restreinte grâce à celle-ci. Or, cette garantie ne bénéficie qu'à la banque prêteuse et non pas à la personne qui s'est portée caution du remboursement de l'emprunt ³. Dans un arrêt de la chambre commerciale de la Cour de Cassation, en date du 3 décembre 2013 ⁴, la haute juridiction a admis que le défaut d'information de la banque peut induire en erreur les cautions qui pensent, à tort, que cette garantie limitera d'autant la somme qui pourra leur être réclamée en vertu de leur engagement de caution. En l'espèce, la Cour retient que « c'est par une interprétation souveraine de la note de la banque, rendue nécessaire par l'ambiguïté de ses termes et, partant, exclusive de dénaturation, que la cour d'appel a considéré qu'il résulte de ce document que la banque a substitué au projet initial de prêt à la société, assorti d'un engagement de caution d'Oseo Sofaris pour 70 % et de M. X(...) pour 30 %, un prêt personnel à M. X(...) ; qu'elle a relevé, ensuite, que cette modification du projet initial s'est effectuée dans la précipitation et la confusion, notamment de la part de la banque, qui s'est égarée dans le montage du projet et n'a pu transmettre à M. X (...) des informations qu'elle-même ne semblait pas maîtriser, en particulier sur la garantie d'Oseo Sofaris ; qu'ayant ainsi fait

1) Réf. du 25/03/2016 : <http://www.creditentreprise.fr/191-siagi>

2) *Ibid.*

3) Réf. du 25/03/2016 : <http://www.legavox.fr/blog/maitre-anthony-bem/moyens-defense-caution-poursuivie-paiement-1210.htm#.VvFpl-LhDIV>

4) Cass. Com., 3 décembre 2013, n° 12-23976, réf. du 25/03/2016 : <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURI TEXT000028291198&fastReqId=433946196&fastPos=1>

ressortir que M. X (...), peu important sa qualité, n'avait pas été mis en mesure d'apprécier les conséquences, sur son engagement personnel, de la modification du projet initial intervenue dans de telles conditions, la cour d'appel a pu en déduire que la banque avait commis une faute à son égard ».

647. Cet arrêt se situe dans le droit fil de la jurisprudence de la cour d'appel de Versailles du 16 mai 2013 ¹ qui reconnaît que le défaut d'information constitue une faute à l'origine d'un préjudice pour la caution. La chambre commerciale de la Cour de Cassation dans un arrêt en date du 23 septembre 2014 ², en a tiré pour conséquence que le défaut d'information peut conduire à l'annulation pure et simple du cautionnement pour réticence dolosive. En l'espèce, la Cour relève que « le prêt litigieux était assorti de la garantie de l'Oséo, laquelle était de nature à accréditer auprès des cautions, l'effectivité du renforcement de la trésorerie de la société ». La validité du cautionnement en cas de garantie de la BPI est donc subordonnée à la délivrance par les établissements bancaires, d'informations sur les modalités et conditions d'exécution de cette garantie. La tendance est donc à un renforcement accru des obligations des banques en matière de cautionnement se justifiant par la nature première de cet engagement qui se veut être désintéressé et dénué de contrepartie, ce qui se traduit par une sorte de déresponsabilisation des cautions (obligation d'information renforcée et extension du champ de la caution considérée comme profane) et met en avant tous les risques entraînés par la souscription de cet acte.

648. Conclusion : L'activité du chef d'entreprise a nécessairement un impact sur son couple dès lors que les conjoints se sont engagés dans le lien juridique du PACS ou du mariage, et ce, à tous les stades de leurs parcours de vie (choix du régime juridique les unissant, séparation, collaboration professionnelle entre époux), ainsi qu'à tous les stades de la vie sociale (choix

1) CA Versailles 16 mai, n°12/02606, réf. du 26/03/2013 : <http://www.rineauassociés.com/index.php/actualit%C3%A9/10-actualit%C3%A9s/70-l-annulation-du-cautionnement-pour-defaut-d-information-de-la-caution-sur-le-fonctionnement-d-une-garantie-d-oseo-ou-de-la-bpi>

2) Cass. Com. 24 septembre 2014, n° 13-20766, réf. du 26/03/2016 : <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000029514928>

de la forme sociale, conséquences de l'activité sur les patrimoines, difficultés de l'entreprise ou cessation d'activité, souscription de crédit). Ces conséquences juridiques peuvent impacter les relations humaines et découlent de l'imbrication des patrimoines. Elles traduisent l'effacement de l'individualité et parfois de la liberté du chef d'entreprise dès lors qu'il est engagé dans les liens du mariage ou du PACS, contrairement au concubin. Le chef d'entreprise doit bien souvent prendre en considération l'impact de ses choix professionnels sur le patrimoine familial et la sérénité de l'ambiance familiale et se trouvera devant la nécessité morale le moment venu, d'anticiper sa cessation d'activité ou son décès pour préserver son conjoint et sa société.

**2^{ème} Partie : Les incidences de l'activité
professionnelle au décès du chef d'entreprise**

649. En l'absence de lien de droit unissant le chef d'entreprise à son concubin, la protection de ce dernier paraît difficile en cas de décès (**titre 1**), comparativement au statut de conjoint, bien plus avantageux (**titre2**).

Titre 1 La recherche difficile d'une protection pour le concubin, en cas de décès du chef d'entreprise

650. Le chef d'entreprise dispose de techniques juridiques plus ou moins avantageuses, issues du droit des successions et libéralités ou du droit des sociétés, lui permettant de transmettre le bénéfice de son activité professionnelle à son concubin : le legs ou la donation (**chapitre 1**), ou l'insertion de clauses statutaires ou extrastatutaires préventives (**chapitre 2**).

Chapitre 1) Les moyens de protection issus du droit commun à la disposition du chef d'entreprise, soucieux de préserver les intérêts à venir de son concubin

651. Les concubins n'étant liés par aucun lien juridique, ils ne bénéficient pas d'un droit de succession légal, lorsque l'un d'eux décède. Un chef d'entreprise qui souhaite transmettre les parts sociales de son entreprise ou un fonds à son concubin, peut faire un testament à son avantage et ce, même si le chef d'entreprise est uni par les liens du mariage avec une autre personne. La jurisprudence le permet de façon constante ¹, depuis un très ancien arrêt de principe de la Chambre des Requêtes du 8 juin 1926 ² (**Section1**). Il peut aussi lui consentir une donation (**Section2**).

1) Cass. Assemblée Plénière 29 octobre 2004 Bull. Civ. N°12 ; R, p. 203 et 206.

2) DP 1927, 1, 113, note R. Savatier.

Section 1) Le testament, à défaut de meilleure gratification du concubin

652. Le chef d'entreprise a la faculté de léguer à son concubin la totalité ou une partie de son patrimoine en présence d'héritiers (§1). Cependant au regard de la lourdeur de la fiscalité en l'absence de lien juridique, il conviendra de penser à recourir en parallèle à une autre pratique beaucoup plus avantageuse, la souscription d'une assurance-vie (§2).

§1. Le testament en faveur du concubin, une solution palliative

653. Il est loisible au chef d'entreprise de transmettre une partie de son patrimoine à son concubin, dans la limite de la part réservataire attribuée d'office par le législateur aux descendants (enfants ou à défaut petits-enfants) et au conjoint, sachant que depuis la loi n°2007-1822 du 24 décembre 2007, entrée en vigueur le 1^e janvier 2008 ¹, les ascendants, frères et sœurs, neveux et nièces ne sont plus des héritiers réservataires. Ces derniers ont la possibilité d'hériter en l'absence de descendance du défunt, mais ce n'est pas un automatisme : la personne a pu rédiger un testament pour transmettre son patrimoine à d'autres, auquel cas ils ne pourront rien réclamer ².

654. Ces dispositions sont révélatrices des fragments de l'esprit du code napoléonien qui perdure encore aujourd'hui, très attaché à ce que le droit de propriété reste dans la famille « légitime ». Sous peine de nullité du testament en faveur du concubin, le chef d'entreprise doit respecter la part qui est attribuée aux héritiers :

1) Réf du 5/11 :2014 : <http://84.96.29.178/fiscalis/pdf/208/8m108.pdf>.

2) Référence du 23/10/2014: <http://danc.free.fr/success/succes3.1>) htm

RESERVE SUCCESSORALE :

NOMBRE D'ENFANTS	RESERVE POUR LES DESCENDANTS	QUOTITE DISPONIBLE PAR LE CHEF D'ENTREPRISE
UN ENFANT	1/2	1/2
DEUX ENFANTS	2/3 (UN TIERS PAR ENFANT)	1/3
TROIS ENFANTS	3/4 (UN QUART PAR ENFANT)	1/4
TROIS ENFANTS ET PLUS	3/4 (DIVISE PAR LE NOMBRE D'ENFANT)	1/4

655. En l'absence d'enfant, le conjoint survivant bénéficie d'une réserve d'1/4, ce qui laisse une quotité disponible de $\frac{3}{4}$ ¹.

656. A condition de respecter la part réservataire des héritiers, le chef d'entreprise peut rédiger un testament olographe en faveur de son compagnon, valable sous réserve de bien respecter les formes prévues à l'article 970 du code civil, ou devant un notaire garant de sa validité et de son caractère réalisable dans des situations familiales complexes (présence d'enfant commun ou non, de conjoint ou de parents).

Trois situations sont envisageables s'agissant du legs de parts sociales ou de fonds :

- le legs universel ² : le chef d'entreprise entend léguer l'ensemble de son patrimoine à son concubin, ce qui ne présente guère de difficulté en l'absence

1) Référence du 23/10/2014 :

<http://www.toutsurlasuccession.com/reserve-et-quotite-disponible-droits-et-devoirs.html>

2) Référence du 23/10/2014 : <http://droitfinances.commentcamarche.net/forum/affich-5347393-testament-usufruit-et-leg-d-appartement>.

d'héritiers. En revanche, s'il en existe, le legs ne sera envisageable qu'à hauteur de la quotité disponible, car les liens de filiation ou d'alliance sont primordiaux en droit successoral français. Ainsi, le chef d'entreprise ne peut léguer à son concubin que la part qui dépasse celle réservée à ses héritiers. Il ne pourra disposer à sa guise de son patrimoine en présence d'enfants ou de conjoint. La quotité disponible correspond comme il a été vu, à la moitié de la succession en présence d'un enfant, du tiers en présence de deux enfants et du quart s'il en a plus de trois. Si le chef d'entreprise ne laisse qu'un époux, cette quotité disponible sera importante, puisqu'elle s'élèvera au trois quart de la succession.

657. Si le chef d'entreprise effectue un legs qui dépasse cette quotité, par exemple dans un testament olographe, les héritiers pourront recourir au juge pour exiger la baisse du legs consenti au concubin.

658. Celui-ci aura le choix de conserver le bien légué, sous réserve d'indemniser les héritiers de la valeur qui leur est due (réduction en valeur), ou s'il ne le peut pas, de verser l'indemnité en nature : si le legs comprend la totalité du patrimoine, il ne sera pas valable et le concubin n'aura droit à rien.

659. Si le legs n'outrepasse qu'une partie des droits des héritiers, la réduction sera fragmentaire, le concubin sera en indivision avec les héritiers concernant le bien transmis, ce qui peut aboutir à une situation délicate. Dans le cas où les héritiers seraient les enfants du couple, ils peuvent renoncer avant ou après le décès, à l'action en réduction, pour que le parent survivant bénéficie du bien légué. Ils le retrouveront alors au décès de celui-ci.

- Le legs en usufruit ¹ est particulièrement intéressant en cas de coexploitation d'un fonds par des concubins, ou s'ils sont associés d'une SCI propriétaire du local où est exploité le fonds. Le concubin survivant bénéficiera des parts sociales de la SCI ou du fonds indivis, ce qui lui permettra de rester maître de l'activité professionnelle qui était exercée en commun. Les héritiers nus propriétaires du chef d'entreprise décédé le premier, ne seront pas redevables des droits de succession.

1) Articles 1014 et 1015 du code civil.

- Les legs graduel et résiduel ¹ permettent au chef d'entreprise de léguer un bien à son concubin, en l'occurrence un fonds ou des parts sociales, avec au décès de celui-ci, un retour aux personnes qu'il désigne. Il présente donc l'avantage de garantir que le bien légué restera dans la famille, avec des bénéficiaires successifs.

660. Le legs graduel contraint le concubin du chef d'entreprise à conserver le bien et à le transmettre à son décès aux personnes désignées. A la différence du legs en usufruit, le concubin est « propriétaire » du bien légué mais un propriétaire tenu d'une obligation, celle de garder la propriété du bien, en l'occurrence du fonds ou des parts sociales, qui deviennent donc des biens inaliénables vis-à-vis des tiers.

661. Le legs résiduel laisse une liberté au concubin survivant de disposer comme il l'entend du bien, ce n'est que si celui-ci existe toujours à son décès, qu'il intègrera le patrimoine des personnes désignées par le chef d'entreprise. Le concubin peut ainsi céder le fonds ou les droits sociaux, ou en faire donation si le chef d'entreprise l'a permis, mais il lui est interdit de les transmettre par testament.

662. Les principaux inconvénients du testament pour le concubin résident dans son caractère révocable ² et au coût financier considérable que le concubin devra supporter, s'agissant du règlement des droits de succession. Puisqu'ils sont juridiquement des étrangers, c'est le droit commun entre personnes non parentes qui s'appliquera aux taux maximal de 60%, après abattement de 1 564 euros. De plus, le concubin survivant ayant plus de trois enfants, jouit d'une diminution sur les droits de succession de 305 euros par enfant, dès le troisième. Cet abaissement n'est toutefois pas envisageable si le concubin a au préalable bénéficié de donations de la part du défunt dans les six années avant le décès.

1) Articles 1040 et 1057 du code civil.

2) Articles 1035 et suivants du code civil (pour une application en matière de concubinage dès le lendemain de la réalisation du testament, voir l'arrêt de la 1^{ère} Chb. Civ. Du 30 novembre 2004 n° 1736 F-PB, Bull. Civ I, n°297.

663. Ces dispositions se révélant très sévères pour le concubin du chef d'entreprise et même injustes au regard de l'évolution de la société avec l'expansion des familles recomposées, un vaste projet de réforme des successions et des libéralités a vu le jour en 2005. Cette réforme est entrée en vigueur au 1^{er} janvier 2007, elle a consisté à adapter plus de 200 articles du code civil à notre société actuelle. Il s'agit notamment de permettre le recours au pacte successoral devant notaire, qui autorise les héritiers à abandonner préalablement au décès, leurs droits réservataires pour la globalité ou pour partie. Ce projet peut paraître juste pour le concubin survivant sans ressources, mais suppose une bonne entente avec leurs enfants communs. Cette réforme révolutionne l'esprit du code civil voulu par Napoléon, qui prohibait les pactes sur successions futures dans son article 1130 alinéa 2. Il est aujourd'hui en contradiction avec la part réservataire qui avait été instaurée dans le but de protéger les héritiers.

664. L'établissement d'un pacte successoral nécessite l'intervention de deux notaires, celui de la personne qui renonce à sa part successorale et celui du bénéficiaire. L'abandon peut concerner un bien désigné ou une part conceptuelle du patrimoine. Celui qui renonce garde sa qualité d'héritier et aura la faculté de se rétracter, en entamant une procédure judiciaire devant le tribunal de grande instance, spécialement si à l'ouverture de la succession, il connaît des difficultés financières qui ne seraient pas apparues en l'absence de sa renonciation. Le pacte successoral encoure aussi la nullité, dans le cas où le bénéficiaire ses obligations alimentaires vis-à-vis du renonçant, ou en cas de crime ou de délit du bénéficiaire envers le renonçant. En dehors de ces hypothèses, un pacte successoral est irrévocable. Il permettra donc au chef d'entreprise de favoriser son compagnon, au détriment de ses descendants ¹.

1) « Concubinage, PACS ou mariage que choisir ? » L. de Percin, Guid'Utile, 2^{ème} édition, 2007, p. 145

665. En l'état actuel du droit et au regard du régime fiscal très défavorable, le testament, qui a un faible coût financier (environ 125 euros en moyenne pour un testament devant notaire) ¹, n'est pas la meilleure des solutions à envisager.

666. La souscription d'une assurance vie en faveur du concubin bénéficiaire peut pallier aux inconvénients du coût élevé des droits de succession du testament.

§2) Le recours à l'assurance-vie au profit du concubin, solution idéale

667. Elle permet de faire fructifier des fonds avec des avantages fiscaux considérables pour les bénéficiaires en cas de décès de l'assuré. Les gains provenant de l'assurance vie (et non le capital) sont imposables en cas de retrait du capital avant une période de huit ans depuis sa souscription, sous réserve de certaines conditions de dispense de la taxation, avec des abattements au-delà de cette période.

668. Elle constitue un mode de transmission privilégié du patrimoine car les fonds légués aux bénéficiaires seront dispensés du paiement des droits successoraux, si le souscripteur est âgé de moins de 70 ans, lors de la conclusion du contrat d'assurance-vie. Ils sont considérés comme ne faisant pas partie de l'actif successoral ². Les sommes concédées au décès se font hors succession et surtout, sans tenir compte de la réserve successorale protectrice du code civil. Elles permettront au concubin du chef d'entreprise de payer en globalité ou en partie, les frais de succession s'élevant à 60% du bien, en l'occurrence du fonds professionnel, légué par testament. Mieux vaut pour un chef d'entreprise fortuné et soucieux de gratifier son concubin, y

1) Référence du 24/10/2014 : <http://www.pratique.fr/cout-donation-testament-frais-notaire.htmr>

2) Référence du 24/10/2014 : <http://fr.wikipedia.org/wiki/Assurance-vie>.

penser. Pour les concubins, l'assurance-vie reste la meilleure façon de transmettre un capital.

669. Dans une succession, le concubin survivant est assimilé à un étranger et ne peut prétendre à aucun avantage fiscal. Il doit payer des droits de 60 % sur la succession, après un abattement de 1 594 euros. En transmettant des sommes par le biais d'un contrat d'assurance-vie, le concubin profitera d'une fiscalité alléguée.

670. Si le chef d'entreprise épargne sur un contrat d'assurance-vie avant l'âge de 70 ans, son compagnon percevra jusqu'à 152 500 euros, en franchise de droits de succession. Au-delà de ce plafond, les sommes transmises, capital et intérêts accumulés, seront imposées forfaitairement -seulement- à 20 % jusqu'à 902 838 euros et à 25 % au-delà ¹. S'il place des fonds dans une assurance-vie après ses 70 ans, l'exonération de droits est valable par contrat et limitée à 30 500 euros, les sommes transmises au-delà sont taxées selon le barème des droits de succession. Dans cette hypothèse, seul le capital est taxé, les gains accumulés sur le contrat sont exonérés de taxation.

671. L'assurance-vie permet donc au chef d'entreprise d'avantager son concubin de deux façons en pratique : soit il souhaite qu'à son décès, son concubin ait une part dans son entreprise et dans ce cas, les capitaux perçus par le concubin lui permettront de s'acquitter des droits de succession (selon l'importance de la somme), soit à son départ à la retraite, le chef d'entreprise souhaite vendre sa société et placer la somme dans une assurance-vie, avec comme seul bénéficiaire son concubin. Il prendra soin de le faire avant ses 70 ans, mais doit être conscient que le choix du bénéficiaire, en l'occurrence son concubin, est irrévocable, dès l'acceptation par celui-ci du bénéfice de l'assurance-vie.

672. Cette pratique permettrait-elle au chef d'entreprise de dépouiller ses héritiers ou de contourner les droits de l'administration fiscale ?

1) Référence du 24/10/2014 : http://www.lemonde.fr/argent/article/2012/12/24/utiliser-l-assurance-vie-pour-leguer-des-capitaux-dans-un-couple_1810006_1657007.html

La prudence s'impose si le capital est manifestement très conséquent ¹ : la souscription d'une assurance-vie en faveur du concubin ne peut pas être qualifiée de donation directe, puisqu'il n'y a pas d'acte authentique que la loi exige pour une telle qualification, mais le risque apparaît de la qualification de donation indirecte, avec des conséquences sur le plan fiscal. La jurisprudence procède au cas par cas.

673. En effet, par un important arrêt en date du 21 décembre 2007, (rapport de M. Falcone Conseiller rapporteur et Avis de M. Sarcelet, Avocat général - BICC n°681 du 1er mai 2008)², la chambre mixte de la Cour de cassation a décidé que " l'acceptation d'une donation, dans les formes prescrites par les articles 932 et suivants du code civil, n'est exigée que pour la donation passée en la forme authentique et peut résulter de l'attribution du bénéfice du contrat d'assurance-vie" et qu'"un contrat d'assurance-vie peut être requalifié en donation si les circonstances dans lesquelles son bénéficiaire a été désigné, révèlent la volonté du souscripteur de se dépouiller de manière irrévocable". Dans cet arrêt, la haute juridiction a retenu la volonté du souscripteur de se dépouiller de manière irrévocable pour retenir la qualification de donation. La conséquence pratique a été l'assujettissement aux droits de mutation à titre gratuit.

674. Dans son arrêt du 19 novembre 2004 ³, le Conseil d'Etat a, pour admettre la qualification de donation, retenu l'intention libérale, la volonté de se dépouiller de « manière actuelle et non aléatoire », l'espérance de vie du souscripteur et l'importance des primes versées, par rapport au contenu du patrimoine.

675. L'arrêt de la première chambre civile du 17 mars 2010 ⁴ a rejeté la qualification de donation pour une assurance-vie en l'absence de volonté du souscripteur « de se dépouiller de manière irrévocable ».

1) Référence du 27/10/2014 : <http://www.dictionnaire-juridique.com/definition/don-donation.php>.

2) *Ibid.*

3) JCP 2005, II. 10018, concl. Devys.

4) Bull. Civ I, n°66. Dalloz 2010, Actu. 893.

676. Tout est affaire de circonstances pour la jurisprudence, les critères retenus étant fluctuants, le doute est jeté sur le caractère cumulatif des éléments traditionnellement exigés pour constituer une donation (intention libérale, une absence de contrepartie et un dessaisissement du donateur) ¹.

677. L'administration fiscale ou les héritiers peuvent ainsi demander au juge, de vérifier si les primes revêtent un caractère manifestement exagéré, pour justifier un rapport à succession ou une réduction pour atteinte à la réserve des héritiers. Dans l'appréciation qu'il fait des situations patrimoniale et familiale du souscripteur par rapport aux primes versées, le juge du fonds est souverain ².

678. A défaut de souscription d'assurance-vie au profit du concubin, le chef d'entreprise peut recourir à la technique de la donation dans le cadre d'une donation-partage, un peu plus avantageuse.

Section2) La donation entre concubins, un choix peu avantageux

679. La donation est définie par le code civil à l'article 894 comme « l'acte par lequel le donateur se dépouille actuellement et irrévocablement de la chose donnée en faveur du donataire qui l'accepte ». Une donation implique de manière cumulative une intention libérale, une absence de contrepartie et un dessaisissement du donateur.

680. Contrairement au testament, la donation suppose l'acceptation de se « dépouiller » du bien de son vivant, c'est pourquoi la loi exige l'intervention du notaire, garant du consentement du donateur. L'acceptation du donataire prend la forme d'une déclaration spéciale par un acte séparé authentique, ou par une notification en une forme quelconque au donateur. Rien de plus

1) Référence du 2/11/2014: <http://www.institut-numerique.org/section-2-une-donation-indirecte-4fd5b8b63cde3>.

2) 1^{ère} chambre civile, 17 juin 2009, pourvoi n°08-13620, BICC n°713 du 15 décembre 2009.

normal à ce que le donataire consente à ce qu'un bien entre dans son patrimoine.

681. Les donations au concubin survivant ne sont pas permises, à la différence de celles consenties à l'époux. La donation ne pourra porter que sur un bien présent dans le patrimoine du chef d'entreprise et de son vivant. La donation entre vifs est donc permise en faveur du concubin, même s'il s'agit d'un concubin adultère, mais à la condition que le bien fasse partie de la quotité disponible. La donation d'un fonds ou de parts sociales au concubin est cependant un choix à murement réfléchir, car elle présente la particularité, si elle a été acceptée, d'être irrévocable y compris en cas de séparation, hormis les cas prévus par la loi : survenance d'un enfant, inexécution des charges de la donation, ingratitude du donataire¹. La donation peut être directe ou indirecte.

682. Concernant la donation proprement dite, la donation directe, l'article 931 du code civil dispose « tous actes portant donation entre vifs seront passés devant notaires dans la forme ordinaire des contrats ; et il en restera minute, sous peine de nullité ».

683. Si la donation est directe et en présence d'héritiers du chef d'entreprise (enfants/conjoint), elle ne pourra porter que sur la quotité disponible de la succession, puisque la loi française leur réserve d'office une grande partie du patrimoine du défunt, c'est-à-dire sur la part des sommes dont il pouvait disposer librement, sous peine de réduction (sous forme de restitution ou de paiement d'indemnités) demandée judiciairement. Bien entendu, toute donation portant sur des biens communs serait nulle, si le chef d'entreprise est uni par le mariage avec une autre personne.

684. Mais les donations entre concubins sont fréquemment effectuées de manière indirecte. Une donation indirecte n'a évidemment pas lieu devant notaire, puisque les protagonistes n'entendent pas donner de qualification juridique à leur acte, mais ils n'ont pas du tout pour autant l'intention de cacher

1) Article 953 du code civil.

la libéralité. Tel est le cas si un concubin qui se porte caution pour l'achat d'un fonds réalisé par l'obtention d'un prêt bancaire, rembourse entièrement le prêt, sans avoir été préalablement sollicité par les créanciers. Le malheureux concubin ne pourra pas se retourner contre le débiteur principal ¹.

685. En théorie, s'agissant des donations indirectes, les droits de donation restent dus, l'administration n'étant pas juge de la validité des actes. Celui qui bénéficie de la donation est tenu de faire les démarches auprès des services fiscaux et payer les droits.

686. Il conviendra donc aux concubins de rester dans la légalité, sous peine de s'exposer à de lourdes amendes.

687. Peu avantageuse dans son application classique (I), elle peut s'avérer intéressante dans le cadre d'une donation-partage (II).

§1) La donation classique, une solution onéreuse

688. La donation qui peut porter sur la nue-propriété ou l'usufruit du bien mobilier ou immobilier, est fortement taxée, puisque le taux est de 60% de la valeur du bien donné au concubin. Elle a lieu par acte authentique. Il revient au bénéficiaire de payer les droits de donation, auxquels s'ajoutent les droits d'enregistrement, à hauteur de 2,5% de l'actif net (actif moins passif), depuis le 1^{er} janvier 2012 ². L'abattement est variable selon l'âge du donateur entre époux (selon qu'il a plus ou moins de 70 ans), mais non entre concubins, qui ne se voient pas attribués d'abattement, preuve des résurgences persistantes de l'esprit du code Napoléonien, au nom du sacrosaint lien unissant la propriété et la famille « légitime ». Les réductions de droits pour charges de famille sont de 305 euros par enfant à compter du troisième, ce qui est assez dérisoire. Aux droits de donation viendra s'ajouter la taxe de publicité foncière si la donation porte sur un immeuble (local où est exploité le fonds) de 0,60%.

1) CA Bordeaux 26 février 2002 n°00-4956.

2) Référence du 4/11/2014 : <http://intranet.notalia.fr/index.php/2011/10/partage-et-licitations-definitions-notions-et-fiscalite/>.

689. L'article 1712 du code général des impôts (CGI) prévoit que les droits sur les donations doivent en principe être payés par celui qui bénéficie de la donation (le donataire). Cependant, ce principe connaît plusieurs exceptions. Il est permis que la personne qui donne (le donateur) règle une partie ou la totalité des droits de donation dus, à la place du donataire. Ce paiement peut résulter de l'acte de donation mais peut être aussi spontané. Le paiement des droits par le donateur n'est pas considéré par les tribunaux et par l'administration, comme un complément de donation. Il n'est donc pas soumis aux droits de donation ¹. Ce paiement est un avantage très intéressant pour celui qui reçoit la donation. Le chef d'entreprise très fortuné y trouvera un moyen d'avantager son concubin.

690. Le principal inconvénient de la donation réside dans le fait que le bien donné est réévalué au jour du décès, ce qui est plus que fâcheux concernant une activité prospère. Elle présente néanmoins un intérêt en l'absence d'héritier, puisqu'elle permettra d'éviter que le patrimoine du chef d'entreprise décédé ne revienne à l'Etat.

§2) La donation-partage, une solution avantageuse pour le concubin

691. La donation-partage ² permet de répartir son patrimoine entre ses héritiers, en constituant des lots (ou à défaut d'héritier de transmettre au concubin), mais à la différence de la donation simple, la valeur des biens est figée au jour de la donation et non au décès du donataire. Elle présente donc l'intérêt d'éviter la réévaluation du bien au jour du décès, ce qui est fort utile s'agissant d'un fonds appelé à prospérer, ou de parts sociales prenant de la valeur au fil des années. Elle nécessite un acte notarié, ce qui a un coût financier ³, et l'accord des héritiers, ce qui devrait prévenir d'éventuels conflits lors de la succession. Comme pour la donation classique, elle ne peut porter

- 1) Référence du 4/11/2014 : <http://www.droitissimo.com/donation-succession/cout-dune-donation/qui-doit-payer-droits-donations>.
- 2) Articles 1075 et suivants du code civil.
- 3) Réf du 5/11 /2014 : <http://succession.comprendrechoisir.com/comprendre/frais-de-notaire-donation>

que sur des biens présents.

692. Depuis le 1^e janvier 2008, l'article 16 de la loi de finances pour 2008 (Loi n°2007-1822 du 24 décembre 2007) ¹, permet d'inclure à la donation-partage des personnes autres que des descendants ou successibles en cas de transmission d'une entreprise ou de parts ou actions d'une société dans laquelle le disposant a des fonctions de direction ². Il est donc possible pour le chef d'entreprise de donner à son concubin, dans la limite de l'actif disponible, une part de son entreprise. Cela sous-entend que le concubin s'entende bien avec les héritiers, afin de ne pas aboutir à des divergences dans les grandes décisions relatives à la gestion. Si le bien en question est équitablement réparti, la donation-partage est un bon moyen d'assurer l'égalité. Le bien ne rentrera pas en compte dans la succession – s'il a bien été prélevé dans le respect de l'actif disponible - puisqu'au jour du décès, il ne fera plus partie du patrimoine du chef d'entreprise.

693. Toutefois, il convient de recommander au chef d'entreprise de donner la nue-propriété en conservant lui-même l'usufruit, la pleine propriété étant transmise aux bénéficiaires au jour du décès. Cela sera utile en cas de discordance avec les bénéficiaires et garantira au chef d'entreprise de continuer à jouir du bien de son vivant, d'exercer souverainement les pouvoirs de décisions et d'administration dans l'entreprise.

694. A son décès, le concubin ne paiera donc pas les frais de succession élevés, il sera considéré comme pleinement propriétaire depuis le jour de la donation, d'un bien qui il faut espérer pour lui, aura pris une valeur importante. La donation-partage est donc intéressante si elle est effectuée en tout début d'activité.

695. Il semble cependant, que l'utilisation de clauses statutaires ou extra-statutaires constitue un moyen plus simple et avantageux pour gratifier le concubin du chef d'entreprise.

1) Réf du 5/11 /2014 : <http://84.96.29.178/fiscalis/pdf/208/8m108.pdf>.

2) Réf du 5/11 /2014 : <http://www.lexisnexis.fr/pdf/DO/8m108.pdf>.

Chapitre 2) L'utilisation de clauses extrastatutaires ou statutaires, comme moyens de protection du concubin associé au chef d'entreprise

696. Parce que l'entreprise n'est pas un bien comme les autres dans le patrimoine de son propriétaire, en ce qu'elle a vocation à constituer une entité autonome, qui a vocation à lui survivre, certaines clauses empruntées au droit civil comme la tontine (**section 1**), ou d'autres issues du droit des sociétés (**section 2**), facilitent la transmission par le chef d'entreprise, à la personne de son choix, même si celle-ci n'a pas de lien juridique avec lui.

Section1) La pratique de la tontine ou clause d'accroissement en matière de concubinage

697. La tontine est fréquemment conseillée par les notaires aux concubins en l'absence d'héritiers, s'agissant de l'acquisition de leur résidence principale. Dans le cadre du droit des affaires, peut-elle présenter un intérêt pour le chef d'entreprise et son concubin ? Le mécanisme sera brièvement étudié en droit civil (§1), pour savoir si les intérêts qu'il présente peuvent être utilisés dans le domaine du droit des affaires (§2).

§1) L'utilité limitée de la technique en droit civil

698. La tontine ou clause d'accroissement est une technique juridique dont la validité a été reconnue par l'arrêt n° 68-10 452 de la chambre mixte de la Cour de Cassation du 27 novembre 1970 ¹, qui permet aux concubins d'acheter un bien, en stipulant dans l'acte qu'au décès de l'un d'eux, le survivant sera censé avoir été l'unique propriétaire depuis l'origine. Le défunt sera considéré comme n'ayant jamais été propriétaire du bien. Elle aura comme conséquence une exonération des droits de succession pour le survivant, s'agissant d'un bien acheté en commun et permet d'évincer les héritiers, puisque tout se passe comme si le bien n'était jamais entré dans le patrimoine du défunt. Elle permet surtout de protéger le bien des créanciers personnels des concubins, puisque ce bien n'étant pas indivis et n'ayant pas de propriétaire identifié, il revêt un caractère inaliénable et insaisissable, depuis que la première chambre civile l'a clairement reconnu dans son arrêt du 17 octobre 2012 ².

1) Chb Mixte 27 novembre 1970, réf. du 4/04/2016 : <https://www.mcj.fr/jurisprudence/cour-de-cassation-chambre-mixte-du-27-novembre-1970-68-10-452-publie-au-bulletin-713987>

2) Cass. 1^{ère} Civ. 17 oct. 2012, n° 11-25-252.

699. Cette clause présente un intérêt lorsqu'il s'agit de la résidence principale des concubins copropriétaires et que la valeur du bien n'excède pas la somme de 76.000 euros (article 754 A, alinéa 2, du CGI). En cas de décès de l'un d'eux, le survivant ne paiera que les droits de mutation à titre onéreux (à savoir les droits d'enregistrement ou de publicité foncière (4,5% à partir du 1^{er} mars 2014), la taxe additionnelle aux droits d'enregistrement (1,2%), le montant de la taxe de publicité foncière ou de droits d'enregistrement (2,37%))¹.

700. Ces droits de mutation a titre onéreux sont bien plus cléments que ceux à titre gratuit et il ressort d'une jurisprudence constante de la cour d'appel de Chambéry, notamment dans un arrêt du 18 février 2014², que l'application de la clause de tontine relève bien de ce régime.

701. Pour être valable et sous peine de nullité relative (article 1304 du code civil) ou de requalification en donation entraînant des sanctions financières, certaines conditions sont exigées : participation des deux concubins au financement, absence d'écart d'âge important, absence de maladie incurable de l'un des acquéreurs³, donc l'égalité dans les chances de gains. La cour d'appel de Montpellier dans une décision n°11/00002 du 31 mai 2012⁴, a constaté que le fait pour un concubin d'avoir remboursé seul un prêt et financé la conservation et l'amélioration du bien, n'était pas de nature à démontrer l'absence d'aléa à la date de la signature de l'acte.

702. La tontine présente néanmoins trois inconvénients :

- d'une part, il ne peut y être mis fin qu'avec l'autorisation unanime des concubins. A défaut, comme la tontine est distincte de l'indivision (de telle

1) Référence du 7/11/2014 :

<http://amcsa.fr/newsletter/hausse-des-droits-de-mutation-a-titre-onereux/>

2) CA Chambéry 18 février 2014, référence du 25/11/2015 :

<http://www.michel-leroy.fr/2009/04/23/de-l%E2%80%99usage-de-la-clause-de-tontine.html>

3) Réf. du 7/11/2014 : <http://www.amcsa.fr/newsletter/hausse-des-droits-de-mutation-a-titre-onereux/>

4) Dossiers Pratiques Francis Lefebvre « Mariage – PACS – Union libre » Editions Francis Lefebvre 2008, p. 333.

sorte que le droit au partage ne peut être invoqué), la situation demeurera figée jusqu'au décès de l'un d'eux.

703. La haute juridiction rappelle régulièrement et encore récemment, que « l'achat en commun d'un bien avec clause d'accroissement est exclusif de l'indivision, mais que toutefois il confère aux parties des droits concurrents de jouissance indivise sur le bien tant que la condition de prédécès d'un des acquéreurs ne s'est pas réalisée »¹.

704. Curieusement, elle accepte d'octroyer à l'une des parties à la clause tontinière, une indemnité d'occupation, lorsque l'autre a seul joui du bien. Elle rejette donc l'application des règles de l'indivision s'agissant de la propriété du bien, de telle sorte que le partage demeure impossible, mais pas de celles relatives à la jouissance, puisqu'il suffit que l'un des concubins ait seul bénéficié du bien en pratique, pour que l'autre puisse demander à son ancien compagnon – voire à ses héritiers - indemnisation. Le Professeur William Dross fait remarquer à ce sujet très adroitement, qu'au lieu de s'appuyer sur l'indivision pour motiver ses décisions en la matière, la Cour de Cassation ferait mieux de s'appuyer sur la notion de propriété collective qui mériterait d'être reconnue en droit français. Celle-ci permet aux parties d'utiliser le bien selon leur besoin, tout en prohibant le partage, elle justifierait plus habilement les solutions jurisprudentielles.

- D'autre part, le bien ne faisant pas partie du patrimoine du défunt, ses héritiers n'auront aucun droit dessus.

- Enfin, l'avantage fiscal permettant d'exonérer le survivant des droits de succession ne trouve à s'appliquer que lorsqu'il s'agit de la résidence principale dont le montant est inférieur à 76 000 euros, ce qui est rare à notre époque. Si la tontine porte sur le contrat d'acquisition d'un autre bien, le survivant est redevable des droits de succession (article 754 A du CGI) au taux de 60%, après l'abattement de 1520 euros.

1) Civ. 3 ème, 17 déc. 2013, RTDCiv. 2014, p. 407, note W. Dross.

705. Hormis l'achat de la résidence principale, la tontine ne semble pas présenter grand intérêt pour les concubins. Pourtant, comme les statuts d'une société ne sont pas assimilables à un contrat d'acquisition, le recours à cette pratique peut permettre au chef d'entreprise d'avantager son concubin pour la transmission de parts sociales.

§2) Une technique intéressante dans le monde des affaires

706. L'article 1832 du code civil définit la société comme la volonté de «deux ou plusieurs personnes de convenir 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. Elle peut être instituée, dans les cas prévus par la loi, par l'acte de volonté d'une seule personne. »

707. Les statuts d'une société peuvent être définis comme « l'acte constitutif d'une société rédigé par écrit, comportant un certain nombre de mentions obligatoires qui posent les objectifs, ainsi que les règles de fonctionnement de la société »¹. Or, selon l'article 754 A du CGI, le régime fiscal désavantageux de la tontine ne concerne que les contrats d'acquisition en commun d'un bien: ni le contrat de société, ni les statuts qui l'organisent, n'ont la nature de contrats d'acquisition. Il est donc loisible pour un chef d'entreprise d'insérer dans les statuts de sa société une clause de tontine stipulant qu'au décès d'un associé, l'associé survivant sera considéré comme propriétaire des parts sociales de celui-ci, ainsi que des apports, de la répartition du capital, du droit de vote et de la répartition des dividendes. L'intérêt et non des moindres, est qu'il n'y a pas lieu d'exiger de droits de succession ou de libéralité (très élevés entre tiers), mais juste celui de cession des parts sociales qui s'élève à 4,80%.

708. La tontine présente donc un immense intérêt lorsque les concubins sont associés dans une SCI propriétaire du local où est exploité un fonds

1) « Lexique des termes juridiques », édition 2014-2015, Dalloz.

professionnel, ou s'ils sont tous les deux associés dans une société en commandite ou en nom collectif. La technique fiscalement très avantageuse a cependant une lourde incidence sur la société au décès de l'associé : les parts sociales étant réunies en une seule main, la société pourrait encourir la nullité pour l'avenir car elle ne remplit plus les conditions de validité de l'article 1832 du code civil. En effet, dans pareille situation, l'article 1844-5 du code civil prévoit que les tiers – en l'occurrence l'administration fiscale – peuvent demander au juge dans le délai d'un an la régularisation de la situation dans les six mois, sous peine d'annulation non rétroactive de la société.

709. L'associé survivant devra trouver un autre actionnaire ou transformer la société en une autre forme, si la loi le permet. Pour se préserver de sanctions fiscales, l'associé unique devra prouver les conditions de régularité de la tontine (absence d'aléa sur l'espérance de vie etc...) et le caractère réel de l'activité de la société, si son fonctionnement a toujours respecté les exigences de la loi (tenue d'une comptabilité régulière, réunion en assemblées générales...) le but de la création de la société n'étant pas de frauder les tiers sera avéré et l'associé survivant sera à l'abri des sanctions ¹.

710. Pour utiliser cette technique en droit des sociétés, il est essentiel pour les associés de réunir les conditions de validité de la clause tontinière et de bien respecter ses conditions de validité, notamment l'égalité dans les chances de gains et la présence d'aléa. Ainsi dans un arrêt du 10 mai 2007, la première chambre civile de la Cour de Cassation ², a considéré qu'un concubin qui avait financé seul le capital d'une société et ses augmentations, en mauvaise santé et beaucoup plus âgé que l'autre associé avait effectué une libéralité en l'absence d'aléa.

711. Pour parer aux risques de mécontentes et de la rétroactivité, il convient cependant de prendre garde à aménager les statuts :

1) Réf : 7/11/2014 : <http://www.village-notaires.com/Les-nouveautes-fiscales-relatives>

2) Cass. 1 ère Civ ; 10 mai 2007, n°05-21011. Référence du 25/11/2015 : <http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEX T000017828574&fastReqId=657318790&fastPos=1>

- le danger de rester prisonnier de la société en cas de mésentente est réel. Il faut donc veiller à insérer certaines clauses, telles une clause de retrait, une clause résolutoire ou prévoir la durée de vie déterminée de la société avec tacite reconduction et d'inclure la possibilité de dénoncer le contrat de société moyennant un préavis.
- Pour ne pas encourir la dissolution de la société pour réunion de toutes les parts en une seule main, il est préférable de faire entrer un tiers dans le capital pour un minimum de parts. L'acte de tontine ne portera ainsi pas sur l'ensemble des parts sociales de la société. Il est par ailleurs indispensable de penser à prévoir dans les statuts la règle de l'unanimité dans les décisions, puisque l'associé décédé n'est censé n'avoir jamais voté et que la question de l'inégalité dans les droits de vote peut se poser.

Section 2) L'utilité du recours à l'insertion de certaines clauses dans le pacte social

712. L'exercice de l'exploitation du chef d'entreprise sous forme sociale, dans la quelle son concubin est impliqué en tant qu'associé ou pas, permet d'anticiper favorablement le partage des biens professionnels du couple par l'aménagement de clauses statutaires (§2). A défaut, le concubin survivant s'expose à la suprématie du droit de propriété découlant de la succession des héritiers du chef d'entreprise (§1).

§1) Les risques à la constitution mal maîtrisée d'une société entre concubins

713. L'article 1861 du code civil dispose que les parts sociales ne peuvent être cédées qu'avec l'agrément de tous les associés et que, sauf dispositions contraires des statuts, ne sont pas soumises à agrément les cessions consenties à des ascendants ou descendants du cédant. Les

héritiers risquent, en cas de relations conflictuelles avec le concubin associé survivant, de demander son retrait ou le remboursement du compte courant d'associés, ceux-ci étant remboursables à tout moment, sans possibilité d'opposition d'un refus justifié par les difficultés de trésorerie de l'entreprise ¹. La situation risque alors d'aboutir sur une indivision post-successorale instable et persistante, du fait du coût élevé en pratique des partages successoraux.

714. De plus, la situation va poser la question de la désignation d'un nouveau gérant succédant au chef d'entreprise décédé. Les articles 1846 et 1846-1 du code civil posent le principe en la matière : dans le silence des statuts, tout associé peut demander au président du tribunal la désignation d'un mandataire pour réunir les associés, afin de choisir un nouveau gérant. Cette décision des associés doit être prise, sauf disposition contraire des statuts, à plus de la moitié des parts sociales. La situation peut donc apparaître très problématique en cas de mésentente, voire fatale à la société, qui peut être dissoute de façon anticipée par le tribunal à la demande de tout intéressé, lorsqu'elle est dépourvue de gérant depuis plus d'un an. Il est fort heureusement possible de devancer ces difficultés, au moyen de l'aménagement des statuts.

§2) Les moyens d'anticiper la rupture du concubinage par décès

715. Certaines clauses ou opérations constituent des techniques juridiques remarquablement efficaces pour combler l'absence de régime matrimonial entre concubins, qu'il s'agisse de l'insertion de clauses d'agrément (I), de clauses relatives à la gérance (II) dans les statuts, ou encore de démembrements croisés de parts sociales (III).

1) Cass. Com. 8 décembre 2009, n° 08-16-418. Référence du 21/11/2015 : <http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000021475291&fastReqId=59992356>

I. La clause d'agrément, faveur ou défaveur pour le concubin.

716. En l'absence de testament, les parts sociales du chef d'entreprise sont transmises à ses héritiers. Les clauses d'agrément qui permettent aux associés d'agrèer à *priori* une vente d'actions, peuvent permettre de déjouer cette transmission. L'article L228-23 du code de commerce dispose que « dans une société dont les actions ne sont pas admises aux négociations sur un marché réglementé, la cession d'actions ou de valeurs mobilières donnant accès au capital, à quelque titre que ce soit, peut être soumise à l'agrément de la société par une clause des statuts ». Ces clauses peuvent tantôt nuire au concubin du chef d'entreprise, tantôt lui conférer un privilège :

717. du côté des héritiers associés du chef d'entreprise, il est envisageable pour limiter les cas d'ingérence à venir dans la société, d'insérer dans les statuts ou un pacte d'actionnaires, une clause d'agrément qui mettra le chef d'entreprise désireux de transmettre à son concubin ses parts sociales, dans l'embarras. Cependant, si cette clause est assortie d'une exigence de dédommagement du tiers non agréé, les héritiers peuvent se retrouver obligés d'accepter le concubin, si la vente de l'actif social est la seule façon de le désintéresser. Le chef d'entreprise soucieux de préserver les intérêts de son concubin a donc tout intérêt à œuvrer dans la transcription de ce dédommagement dans le pacte social.

718. Si les héritiers réservataires du chef d'entreprise ne sont pas associés de la société, le concubin peut être protégé par une clause d'agrément au concubin survivant stipulée dans les statuts. Elle évitera la transmission aux héritiers des parts sociales du chef d'entreprise à son décès, ceux-ci ne pouvant devenir propriétaires l'accord du survivant à la condition de pouvoir lui-même racheter leurs parts notamment grâce à la souscription d'une assurance décès à son profit, celui-ci pourra empêcher les héritiers de devenir associés.

II. L'efficacité des clauses relatives à la gérance en cas de décès

719. Pour parer au problème de désignation d'un nouveau gérant consécutivement au décès, il apparaît judicieux de prévoir dans les statuts à la constitution de la société en cas de cogérance des concubins, une clause de gérance successive qui protège le survivant, pour une durée indéterminée. Il convient dans les statuts d'accorder les pouvoirs les plus étendus à la gérance, en prévoyant par exemple, la possibilité pour le gérant de procéder à la vente de tout ou partie de l'actif social de la société. Le concubin disposera ainsi d'une grande autonomie de gestion.

720. En l'absence de clause de gérance successive et si les droits des concubins sont égaux dans le capital social, il est souhaitable que chacun lègue une part sociale à l'autre, en prenant soin que celle-ci ait une valeur inférieure à 1594 euros aux fins d'optimisation fiscale, et ce dans le but de transmettre la majorité des voix aux assemblées générales. Le concubin gérant majoritaire survivant ne paiera pas de droits de succession et deviendra libre de sa gestion.

721. Une clause prévoyant la conversion automatique de la cogérance en gérance simple au survivant est tout aussi envisageable et présente l'avantage de la simplicité.

III. Le démembrement croisé des parts sociales, solution idéale en matière de concubinage

722. Le démembrement croisé des parts sociales consiste à effectuer un legs en pleine propriété ou en usufruit, par chaque concubin à l'autre, de sa part dans l'indivision, dans la limite de la quotité disponible en présence d'héritiers réservataires.

723. Par ce montage, chaque concubin se trouve usufruitier de ses propres parts et nu-proprétaire des parts de l'autre. Si l'un des deux décède, l'autre a la pleine propriété des parts du défunt par réunion de l'usufruit, s'éteignant au décès de son titulaire, à la nue-proprété, et sans droits de succession à payer. Il garde ainsi l'usufruit de ses propres parts. Cela lui permet d'avoir un droit de jouissance sur la totalité. Ce démembrement forme une protection efficace, car si la nue-proprété des parts du concubin survivant est transmise aux héritiers du défunt, cela ne leur donne le pouvoir ni d'imposer la vente des parts sociales, ni d'exiger l'exclusion du concubin survivant.

724. Le démembrement croisé des parts sociales permet la distribution à son concubin des bénéfices mis en réserve. Le concubin nu-proprétaire gratifiant peut décider de mettre en réserve tous les bénéfices de la société, ce qui permet à son décès à l'associé survivant de décider de la distribution de tous ces bénéfices. L'arrêt de la chambre commerciale de la Cour de Cassation en date du 10 février 2009 ¹, a admis la validité de cette opération en excluant la requalification en donation, étant donné que l'actif ne sort pas du patrimoine de la société. L'opération constitue un acte relevant de la comptabilité de la société et les sommes n'étant à aucun moment entrées dans le patrimoine de celui-ci, l'exclusion de la requalification en donation apparaît indiscutable.

725. L'arrêt de principe de la chambre commerciale de la Cour de Cassation du 27 mai 2015 ², est allé plus loin en cas distribution des bénéfices mis en réserve et de leur perception par l'associé usufruitier. Cette somme n'est pas considérée avoir été perçue en pleine propriété, mais sous le régime du quasi-usufruit : Si le concubin usufruitier gratifié perçoit la somme et en jouit, il est débiteur d'une créance de restitution. Cette dette est pourtant indolore, puisqu'elle ne sera exigée qu'au décès de l'associé. L'associé

- 1) Cass. Com. 10 février 2009, n° 07-21.807, référence du 25/11/2015 : <http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000020256925&fastReqId=876541441&fastPos=1>
- 2) Cass. Com. 27 mai 2015, n° 14-16246, réf. du 25/11/2015 : https://www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/chambre_commerciale_574/515_27_31798.html

survivant fera valoir qu'il détient une créance sur la succession car il devient propriétaire et se fait remboursé sans taxation, ni droits de succession.

726. Cette technique ne peut pas donner un résultat similaire en cas d'indivision. La première chambre civile de la Cour de Cassation, dans un arrêt du 6 mars 2013 ¹, a ainsi requalifié une donation à laquelle les parties voulaient conférer la nature de donation-partage, en donation simple, ce qui implique de lourdes conséquences fiscales pour les concubins. Ceux-ci ne peuvent donc effectuer de donation-partage sans répartition des biens.

727. Conclusion : Aux vues du régime fiscal français très défavorable au concubin s'agissant des droits de succession et de donation, il ne saurait que trop être recommandé au chef d'une entreprise vouée à rester prospère, de préserver les intérêts à venir de son compagnon, en s'unissant à lui par des liens juridiques au travers du PACS ou du mariage. A contrario, le concubinage paraît souhaitable en cas de difficultés financières de l'entreprise, puisque le concubin restera un tiers à part entière vis-à-vis des créanciers, ou en cas de volonté du chef d'entreprise détenteur de parts sociales de rester seul maître du destin de celles-ci.

1) Cass. 1 ère Civ. 6 mars 2013, n°
<http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000027153105&fastReqId=2024174880&fastPos=1>

Titre 2 La qualité d'époux, meilleur gage de sécurité pour la succession du chef d'entreprise

728. Contrairement au concubin ou au partenaire de PACS, l'époux bénéficie de la qualité d'héritier réservataire depuis la loi 2001-1135 du 3 décembre 2001 avec exonération des droits de succession ¹, ce qui démontre la survivance de l'esprit du code napoléonien voulant conserver la propriété dans la famille légitime et la volonté de mettre sur un piédestal l'institution du mariage, et constitue un paradoxe avec l'évolution législative ayant gommé les discriminations successorales entre les enfants légitimes, naturels ou adultérins. L'explication pourrait se justifier par le fait que les enfants subissent un statut qu'ils n'ont pas choisi et méritent donc une protection, alors que la personne qui était en couple avec le défunt, a choisi librement son statut de concubin, partenaire ou d'époux et que de ce fait, elle décide de se placer sous un régime successoral plus ou moins protecteur.

729. En effet, selon le droit commun, l'époux est un héritier à part entière et ses droits successoraux sont plus ou moins étendus selon la composition de la famille. En l'absence d'enfant, le conjoint survivant du chef d'entreprise recueille la moitié des biens de celui-ci en pleine propriété, l'autre moitié étant partagée à parts égales entre ses ascendants ². En présence d'un seul ascendant du défunt, le conjoint survivant reçoit les trois quarts du patrimoine, le quart restant étant attribué au père ou à la mère encore en vie ³. Quand le *de cuius* ne laisse pas d'enfants et que ses ascendants sont déjà décédés, la totalité du patrimoine va au conjoint survivant ⁴, à l'exception toutefois des biens mobiliers et immobiliers que le défunt avait reçus de ses parents, par donation ou succession. Si ces biens figurent encore dans le patrimoine du défunt, les frères et sœurs de ce dernier, ou ses neveux et nièces, en recueillent la moitié.

1) Loi TEPA n° 2007-1223 du 21 août 2007.

2) Article 757-1 du code civil.

3) *Ibid.*

4) Article 757-2 du code civil.

730. En présence d'enfants, l'époux survivant peut avoir à choisir quelle part de succession du défunt il recevra. En particulier, lorsque les autres héritiers du défunt sont les enfants du couple, la loi n° 2001-1135 du 3 décembre 2001 ¹ donne au conjoint le choix, entre le quart de la succession en pleine propriété, ou la totalité de la succession en usufruit, le conjoint conservant alors la jouissance de tous les biens du défunt. Lorsque les époux ont effectué une donation au dernier vivant, le conjoint reçoit alors, à son choix, soit l'usufruit de toute la succession, soit le 1/4 de la succession en pleine propriété et les 3/4 restants en usufruit, soit enfin la quotité disponible de la succession, en pleine propriété ². Cette quotité est fixée par la loi selon le nombre d'enfants que laisse le défunt ³.

731. Les choix du conjoint survivant sont étendus lorsque les conjoints se sont consentis de leur vivant une donation entre époux : la moitié de la succession en présence d'un enfant, le tiers pour deux enfants, ou le quart pour trois enfants et plus.

732. Les droits successoraux de l'époux sur les biens propres du *de cuius* lui confèrent donc une part importante de son patrimoine, d'autant que, le conjoint survivant récupère en outre la moitié des biens communs ou indivis, sans avoir à payer de droits de succession et hérite d'une partie de l'autre moitié des biens communs ou indivis. Or, comme le fonds ou les parts sociales revêtent un caractère éminemment attachés à la personne, ils tomberont le plus souvent dans la catégorie des biens propres du défunt, engendrant ainsi des difficultés pour leur pérennité et parfois pour l'harmonie familiale. Après avoir envisagé les droits du conjoint survivant sur le fonds ou les parts sociales au décès du chef d'entreprise (**chapitre 1**), les moyens préventifs de l'avantager (**chapitre 2**) seront examinés.

1) 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, JORF n°281 du 4 décembre 2001 page 19279, texte n° 1.

2) Article 757 du code civil.

3) Voir tableau page 297.

Chapitre 1) Le sort traditionnel du fonds ou des parts au décès du chef d'entreprise

733. Outre les incidences successorales, le décès du chef d'entreprise, qu'il exploite en son nom personnel un fonds commercial, artisanal ou libéral, ou qu'il soit associé et dirigeant dans une société, va avoir une incidence conséquente sur l'activité professionnelle : blocage des comptes bancaires, cessation des mandats qu'il a pu donner à son conjoint, arrêt des travaux en cours, éventuelle mise à la charge du conjoint des dettes professionnelles, modification de la répartition du capital, modalité de son remplacement si cela est possible, organisation de la reprise ou de la cessation de l'activité.

734. La continuation de l'exploitation en nom personnel va s'avérer bien difficile pour le conjoint car l'entreprise fait partie du patrimoine global du *de cuius* (**section 1**) et a donc vocation à être partagée entre ses héritiers. De surcroît, la reprise d'activité exercée en nom personnel par le survivant suppose que celui-ci détiennent le savoir-faire ou les qualifications nécessaires.

735. L'exploitation sous une forme sociale facilite au contraire la succession (**section 2**) et la continuation de la société car si les titres font partie du patrimoine du *de cuius*, la personne morale existe de façon autonome avec la capacité juridique, une identité, un patrimoine et une trésorerie propres. La disparition du dirigeant n'a pas d'impact immédiat sur l'existence de l'entreprise qui continue son activité sous la responsabilité d'un dirigeant provisoire nommé par les autres associés et les héritiers. Les engagements sont souscrits par la société et se poursuivent sans formalité particulière ¹.

1) Réf. du 6/04/2016 : http://www.ffbatiment.fr/federation-francaise-du-batiment/laffb/mediatheque/batiment-actualite.html?ID_ARTICL

Section 1) Le devenir du fonds en cas de décès du chef d'entreprise

736. S'agissant d'un fonds, l'époux nommé dans l'acte d'achat est propriétaire, sans considération des deniers qui financent l'opération. De même, si un époux crée un fonds et l'exploite, il en est le propriétaire et son immatriculation au RCS ou à la chambre des métiers corrobore cette qualité. Le conjoint n'est donc pas propriétaire de ce fonds ayant la nature de bien propre, et qui a vocation à être attribué à tous les héritiers (§1). Même s'il existe des moyens pour le conjoint de se le réapproprier s'il a participé à l'exploitation, ou du moins d'obtenir *a posteriori* une indemnité à ce titre (§2), il est souhaitable pour parer aux difficultés de liquidation, d'anticiper par l'exercice de l'activité sous une forme sociale facilitant la transmission, telle l'EIRL (§3).

§1) L'indivision, une situation incompatible avec la bonne gestion de l'entreprise

737. La disparition du *de cuius* va placer son entreprise dans l'indivision entre ses héritiers jusqu'à la réalisation du partage. Que celle-ci soit conventionnelle (II), ou inorganisée (I), elle donne bien souvent lieu à des difficultés pratiques.

I. L'indivision subie, source de complications

738. Le décès de l'entrepreneur entraîne l'application du régime légal de l'indivision, dont le problème réside dans l'unanimité ou la majorité des deux tiers dans les prises de décisions posée à l'article 815-3 du code civil, hormis le cas des actes conservatoires qui peuvent être passés par un seul indivisaire¹. S'il est compréhensible que l'unanimité soit requise pour tous les actes ne

1) Article 815-2 alinéa 1 du code civil.

relevant pas de la gestion normale de l'exploitation à peine d'inopposabilité pour les autres indivisaires, tels la conclusion ou le renouvellement du bail commercial, artisanal ou rural, la vente d'un actif de l'entreprise, la majorité des deux tiers requise pour la gestion au quotidien de l'entreprise est totalement inadéquate. Comment concilier l'impératif de requérir l'avis de chaque indivisaire lorsqu'il s'agit du passage d'une commande, de la vente d'une partie des stocks, du paiement des salaires du personnel ¹ ? Il paraît vivement conseillé de confier un mandat d'administration général à l'un des indivisaires, afin qu'il puisse prendre en charge la gestion normale de l'entreprise ². A défaut, un mandat tacite ³ peut être présumé lorsqu'un indivisaire prend en charge la gestion normale du bien indivis et que les autres en ont connaissance, et ne manifestent pas d'opposition. Les règles de la gestion d'affaires ⁴ peuvent aussi trouver à s'appliquer en l'absence de mandat exprès pour conforter un acte effectué par un indivisaire seul, si cet acte bénéficie à toute l'indivision. Pour éviter ces techniques supplétives et sécuriser la bonne conduite de l'entreprise, mieux vaut-il avoir recours à une indivision organisée en attendant le partage ?

II. L'indivision conventionnelle préférable, préalablement au partage ?

739. Les articles 1873-1 et suivants du code civil laissent la possibilité aux indivisaires de conclure une convention relative à l'exercice de leurs droits, pour une durée maximale de cinq ans. Cette convention doit être établie par écrit, sous peine de nullité, et désigner le bien indivis et les quotes-parts de chaque indivisaire. Lorsqu'elle concerne un fonds de commerce, la convention doit faire l'objet d'une déclaration au greffe du TGI du lieu d'ouverture de la succession, nécessite la constitution d'un inventaire et donne

1) « La transmission de l'entreprise familiale », H. Le Nabasque, F. Boussier, F. Richen, Dalloz, Réussir en affaires, 1992, p. 53.

2) Article 815-3 du code civil.

3) Article 815-3 alinéa 4 du code civil.

4) Article 814-2 du code civil.

lieu à une publicité dans un journal d'annonces légales. Elle a pour intérêt de pouvoir faire procéder à la désignation d'un ou plusieurs gérants, choisis ou non parmi les indivisaires, pour faciliter la gestion de l'entreprise indivise. La convention va permettre notamment de désigner un ou plusieurs gérants choisis parmi les indivisaires ou non, de fixer les limites de ses pouvoirs, de déterminer sa rémunération, de prévoir la répartition des bénéfices et des pertes de l'indivision. Si elle revêt un intérêt certain concernant la gestion de biens meubles ou immeubles de nature civile, celle-ci est inopérante en matière de gestion d'un fonds indivis, en raison des pouvoirs de gestion extrêmement limités du gérant en la matière. En effet, la gestion d'une entreprise impose la réactivité du dirigeant dans la prise de décisions, et celle-ci est inconciliable avec l'impossibilité faite au gérant d'un fonds indivis de réaliser certains actes seuls, tels les actes de disposition relatifs à un fonds de commerce ou à une exploitation, le nantissement du fonds, la conclusion d'un bail rural ou commercial.

740. A moins de prévoir dans la convention d'indivision que certaines décisions seront prises autrement qu'à l'unanimité, ou de devoir en arriver à une demande d'autorisation judiciaire pour la réalisation de certains actes, l'indivision peut facilement s'avérer être une source de conflits et de blocage dans la continuation de l'entreprise. Elle ne peut présenter un intérêt que dans le cas où le conjoint ou tout autre héritier potentiellement repreneur, ne dispose pas encore du diplôme nécessaire pour exploiter le fonds. Le conjoint a dans ce cas, la possibilité de demander le maintien dans l'indivision pendant une durée maximale de cinq ans ¹.

1) Article 823 du code civil.

§2) Les possibilités offertes au conjoint pour l'appropriation du fonds de l'entrepreneur décédé

741. Selon que le conjoint ait participé (I) ou non (II) à l'exploitation, il dispose de diverses possibilités relatives au fonds exploité par le chef d'entreprise décédé.

I. Les droits du conjoint ayant participé à l'exploitation

742. Le fait d'avoir participé à l'exploitation permet au conjoint, sous certaines conditions, de demander une créance de salaire différée (A) et parfois même, de revendiquer la qualité de copropriétaire pour demander l'attribution préférentielle (B) du fonds.

1. Créance de salaire différé

743. L'article L321-13 du code rural, modifié par loi n°2013-1278 du 29 décembre 2013 - article 26, dispose que les descendants d'un exploitant agricole qui participent directement et effectivement à l'exploitation, sans être associés aux bénéfices ni aux pertes et qui ne reçoivent pas de salaire en argent en contrepartie de leur collaboration, sont réputés légalement bénéficiaires d'un contrat de travail à salaire différé ; sans que la prise en compte de ce salaire pour la détermination des parts successorales puisse donner lieu au paiement d'une soulte à la charge des cohéritiers. Le taux annuel du salaire sera égal, pour chacune des années de participation, à la valeur des deux tiers de la somme correspondant à 2 080 fois le taux du salaire minimum interprofessionnel de croissance en vigueur, soit au jour du partage consécutif au décès de l'exploitant, soit au plus tard à la date du règlement de la créance, si ce règlement intervient du vivant de l'exploitant.

744. Cette disposition se retrouve pour le partenaire de PACS et le conjoint survivant du chef d'une entreprise artisanale, commerciale ou libérale qui justifie par tous moyens avoir participé directement et effectivement à l'activité de l'entreprise pendant au moins dix années, sans recevoir de salaire, ni être associé aux bénéfices et aux pertes de l'entreprise. Celui-ci est en droit de réclamer une créance égale à trois fois le SMIC annuel en vigueur au jour du décès, dans la limite de 25 % de l'actif successoral. Le montant des droits du conjoint dans les opérations de partage successoral et de liquidation du régime matrimonial est diminué du montant de cette créance ¹.

745. Cette disposition est particulièrement protectrice du conjoint survivant ayant participé à l'activité du chef d'entreprise, dans la mesure où ce conjoint bénéficie d'une créance de salaire différée en l'absence de choix pour l'un des statuts, qui est pourtant impératif. L'idée de protection de la personne malgré elle se retrouve ici, elle permet au conjoint de compenser, dans une moindre mesure, le droit à une retraite décente pour le travail fourni, et condamne définitivement l'attraction de l'industrie du conjoint vers le spectre du devoir d'assistance de l'article 212 du code civil. Néanmoins, le conjoint survivant doit prendre garde au délai de prescription pour l'action en paiement qui a été réformé par la loi du 17 juin 2008, passant ce délai de trente ans à cinq ans, et rendant toutes les créances nées entre le 18 juin 1983 et le 17 juin 2008, prescrites.

746. Ce droit de créance n'est pas conditionné par une participation permanente et exclusive à l'exploitation ², mais il convient que l'aide ne soit pas simplement occasionnelle auquel cas, le devoir d'entraide et d'assistance retrouve son emprise ³.

1) Article 14 de la loi n° 89-108 du 31 décembre 1989, sous l'article L 121-8 du code de commerce.

2) Réf. du 11/04/2016 :

file:///C:/Users/c%C3%A9line/Downloads/dalloz_actualite_-_creance_de_salaire_differe__conditions_doctroi_et_beneficiaires_-_2012-07-05.pdf

3) Cass. 1 ère Civ. 16 juillet 1997, n° 95-19.520 ; Cass. 1 ère Civ. 10 juin 1980, n° 79-12.117, Dalloz jurisprudence ; CA Agen, 28 octobre 1998, JCP N 1999. 1054 ; RD rural 1999. 253 ; CA Toulouse, 28 juin 2005 ; JCP N 2005. II. 10165, obs. Krajewski ; CA Bourges, 3 octobre 2005, JurisData n° 2005-287391.

747. La reconnaissance d'une participation directe et effective à l'exploitation, sans considération de son exercice à temps complet ou à temps partiel ¹, est appréciée souverainement par les juges du fond, et est ainsi jugée incompatible avec l'établissement d'une activité principale à l'extérieur ² qui est révélatrice d'une aide occasionnelle.

748. La première chambre civile de la Cour de Cassation, dans un arrêt du 20 juin 2012 ³, a fait prévaloir la nature de bien commun de l'industrie des époux sur le caractère *intuitu personae* de la relation de travail, en faisant entrer dans le patrimoine du *de cuius* titulaire de la créance de salaire différé celle-ci, et en permettant ainsi au conjoint survivant du débiteur de la créance, de réclamer son bénéfice. Alors que la cour d'appel avait relevé que « l'impossibilité de dévolution à d'autres que les enfants du bénéficiaire, vivants ou représentés, exclut que d'autres ayants droit que ces derniers puissent revendiquer la créance de leur auteur à ce titre, quand bien même cette créance serait déjà certaine et liquide au décès de ce dernier ». La Cour de cassation censure ce raisonnement au visa de l'article L 321-14, alinéa 1er, du code rural ¹. Elle relève que "la créance de salaire différé, ayant été définitivement fixée avant le décès de sa bénéficiaire, était entrée dans le patrimoine de cette dernière et devait se retrouver dans sa succession, de sorte que le mari était fondé à demander qu'il en soit tenu compte dans la succession de l'exploitant qui en était débiteur".

749. La créance de salaire différé peut cependant constituer un montant bien dérisoire pour un conjoint ayant consacré des années de travail à l'exploitation du chef d'entreprise décédé. C'est pourquoi des solutions plus avantageuses s'offrent à lui.

1) *Ibid* Krajewski.

2) Jurisprudence relative au descendant : Cass. 1 ère Civ., 20 juin 2012, n° 11-20.217, réf. du 11/04/2016 :

<https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000026060595&fastReqId=900817591&fastPos=1>

3) Cass. 1 ère Civ., 20 juin 2012, n° 11-12.850, réf. du 11/04/2016 :

<https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000026060914>

2. L'attribution préférentielle du fonds

750. Le code civil prévoit aux articles 831 à 834, la possibilité pour « le conjoint survivant ou tout héritier copropriétaire de demander l'attribution préférentielle par voie de partage, à charge de soulte s'il y a lieu, de toute entreprise, ou partie d'entreprise agricole, commerciale, industrielle, artisanale ou libérale ou quote-part indivise d'une telle entreprise, même formée pour une part de biens dont il était déjà propriétaire ou copropriétaire avant le décès, à l'exploitation de laquelle il participe ou a participé effectivement. Dans le cas de l'héritier, la condition de participation peut être ou avoir été remplie par son conjoint ou ses descendants. La demande d'attribution préférentielle peut porter sur des droits sociaux. »²

751. Initialement prévue pour éviter le morcellement et la disparition de l'exploitation agricole consécutivement au partage de la succession du chef d'entreprise, l'attribution préférentielle a été étendue par la loi n° 2006-728 du 23 juin 2006 à toutes les entreprises quelles que soient leurs nature. Ce mécanisme permet de pérenniser l'exploitation après le décès de l'entrepreneur qui n'aurait pas anticipé sa transmission et de pallier à l'absence de personnalité morale de l'entreprise. L'attribution préférentielle suppose un certains nombre de conditions au premier rang desquelles se trouvent des critères impératifs tenant au bénéficiaire potentiel (1), à l'exploitation (2), mais peut causer des difficultés car elle n'est pas de droit (3).

1) *Ibid.*

2) Article 831 du code civil.

1. Conditions relatives au bénéficiaire

752. Le demandeur doit avoir la qualité d'époux, de partenaire de PACS ou d'héritier et doit surtout être copropriétaire du fonds. Cela suppose que sa propriété exclusive ne soit pas établie ou que le bien soit indivis, c'est-à-dire que son acte d'acquisition ait été fait conjointement sans répartition apparente, ou encore qu'il s'agisse d'un bien commun, parce que le nom de chaque époux ou partenaire apparaît dans l'acte d'achat, ou qu'une société d'acquêts ait été constituée comprenant le fonds ou plus généralement tous biens acquis à titre onéreux. La condition de la qualité de copropriétaire doit être remplie au jour de l'ouverture de la succession du *de cuius*.

753. Pour voir aboutir sa requête, le demandeur doit participer ou avoir participé effectivement à l'exploitation. Il est indifférent qu'il ait un statut dans l'entreprise ou que sa participation soit de pur fait, ni qu'il exerce une activité parallèle ou que cette participation ait cessée au jour du décès ou de la demande. L'appréciation de cette participation est laissée à l'appréciation souveraine des juges du fond ¹. Chaque cas sera apprécié selon l'investissement respectif des époux ou partenaires dans le développement de la clientèle, des responsabilités endossées, des mentions inscrites au RCS ou au répertoire des métiers, du titulaire du bail commercial ².

754. Enfin, les juges du fond s'attachent particulièrement à l'aptitude du demandeur à gérer le bien, puisque le but premier de l'attribution préférentielle tient à la continuation de l'activité et sa pérennité : compatibilité des fonctions et du temps consacré à l'entreprise en cas d'exercice d'une autre activité professionnelle, éloignement géographique, détention du diplôme nécessaire à l'activité, âge du demandeur, capacités financières, capacité à gérer l'exploitation, à la mettre en valeur et à la développer, sans la mettre en péril.

1) « La transmission d'entreprise », Mémento pratique Francis Lefebvre 2013-2014, p.202.

2) *Ibid*, p. 46.

755. C'est ainsi que dans un arrêt de la première chambre civile du 4 juillet 2007 ¹, la Cour de Cassation a rejeté la demande d'attribution préférentielle d'une exploitation agricole d'un héritier, en relevant que celui-ci s'était contenté d'en percevoir les revenus et de défraichir les parcelles boisées, ce qui avait eu pour effet la poursuite en justice des indivisaires et de lui-même. Le rôle des juges apparaît donc fondamental dans l'appréciation des compétences d'un bon gestionnaire, qui devra présenter tous les gages de sérieux pour démontrer ses capacités, mais pose paradoxalement la question de savoir si les magistrats détiennent les compétences techniques pour apprécier la situation ².

2. Conditions relatives à l'exploitation

756. L'article 831 du code civil ne donne pas de définition de l'entreprise sujette à une demande d'attribution préférentielle. La doctrine ³ la définit comme un concept, une organisation, une unité économique qui n'a pas la personnalité juridique et qui suppose que son activité soit développée de manière autonome et revête un caractère économique. Toute entreprise qui remplit ces critères est susceptible de faire l'objet d'une attribution préférentielle, sans considération de sa forme, de son activité ou de sa rentabilité. Dans un arrêt du 20 mai 2009 ⁴, la première chambre civile de la Cour de Cassation a par exemple, refusé cette qualification à une parcelle sur laquelle les indivisaires, qui n'étaient pas agriculteurs, se contentaient de partager entre eux les récoltes de truffes selon le travail fourni par eux.

1) Cass. 1 ère Civ. 4 juillet 2007, n° 05-13334, BICC n°671 du 15 novembre 2007.

2) « L'attribution préférentielle de l'entreprise », T. Cathou, F. Morel, B. Saintourens, « La disparition du chef d'entreprise : Anticiper-Gérer-Transmettre », J. Raynard, Lexinexis 2012.

3) *Ibid.*

4) Cass. 1 ère Civ. 20 mai 2009, n° 14-536, JCP N 2009, act. n° 426.

757. La haute juridiction a approuvé la cour d'appel d'avoir analysé l'activité comme constituant un simple « hobby » et le fait que cette propriété d'agrément ne constituait pas une exploitation agricole de nature à faire l'objet d'une attribution préférentielle ¹.

758. La demande peut porter sur tout ou partie des actifs de l'entreprise, c'est-à-dire sur une quote-part indivise de l'exploitation détenue avec un tiers. L'article 831-2 du code civil prévoit que la demande puisse concerner la propriété de l'immeuble si le *de cujus* en était propriétaire, ou le droit au bail du local à usage professionnel servant effectivement à l'exercice de la profession s'il en était locataire, et des objets mobiliers à usage professionnel garnissant ce local, ainsi que les éléments mobiliers nécessaires à l'exploitation. Cependant, l'attribution du droit au bail de l'immeuble où est exploité le fonds, est soumise à la volonté du propriétaire de l'immeuble, car il n'est pas jugé constitutif d'un élément nécessaire du fonds, qui peut exister en dehors de lui ². Le propriétaire peut donc le résilier sous réserve d'indemnités, notamment dans le cas où l'attributaire ne procéderait pas à son immatriculation au RCS, avant le moment du renouvellement du bail. Dans l'hypothèse où l'immeuble était en partie affecté à l'exercice de l'activité et en partie à l'usage d'habitation, la demande d'attribution pourra concerner le tout, ou uniquement une partie des locaux. Dans un arrêt de la première chambre civile de la Cour de Cassation du 6 février 2008 ³, un couple avait fait une donation à l'un de ses fils, d'un fonds de commerce exploité dans un immeuble leur appartenant, lequel a fait l'objet d'un bail commercial consenti au profit du donataire par les parents. Des conflits sont apparus entre les deux frères et la cour d'appel a ordonné l'attribution préférentielle de l'immeuble au donataire. La haute juridiction, a rejeté le pourvoi formé par le frère du donataire,

1) Réf. du 12/04/2016 : <http://www.easydroit.fr/jurisprudence/1ere-chambre-civile-20-Mai-2009-LA-COUR-DE-CASSATION-PREMIERE-CHAMBRE-CIVILE-a-rendu-l-arr/C406130/>

2) Cass. 1 ère Civ. 11 juin 1968, Dalloz 1969,1, note Voirin.

3) Cass. 1 ère Civ. 6 février 2008, n°06-19.089, JCP E, 2008, n° 15, 10 avril, droit des affaires, p. 15.

estimant que les murs dans lesquels le fonds de commerce était exploité, constituaient une composante de l'entreprise.

759. La demande d'attribution préférentielle doit donc répondre à des conditions légales et relève d'un caractère facultatif pour le juge du fond, qui apprécie souverainement si elle apparaît opportune. Face à l'incertitude de l'aboutissement de la demande, elle constitue pour le bénéficiaire potentiel, l'action de la dernière chance. Qui plus est, elle revêt un coût onéreux.

5. Difficultés relatives au dénouement de l'attribution préférentielle

760. En application de l'article 834 alinéa 1 du code civil, le bénéficiaire de l'attribution préférentielle devient propriétaire du bien seulement au jour du partage définitif entre les héritiers, à charge du versement d'une soule déterminée selon l'évaluation de la valeur de l'entreprise. Or, celle-ci peut causer difficulté. Si dans un arrêt du 25 juin 2014, la première chambre civile de la Cour de Cassation ¹, a jugé que la demande d'attribution préférentielle suppose d'interroger les parties sur la valeur de l'immeuble concerné, la jurisprudence a depuis évolué. Dans un arrêt en date du 16 mars 2016 ², elle est revenu sur ce principe en posant que l'évaluation de l'immeuble est sans incidence sur le principe même de l'attribution préférentielle : En l'espèce, la haute juridiction casse l'arrêt de la cour d'appel qui a rejeté la demande de l'épouse tendant à l'attribution préférentielle d'un immeuble. Les juges du fond avaient motivé leur décision par le fait qu'ils ne disposaient pas d'informations suffisantes pour accueillir la demande en l'absence de nouvelle estimation de

1) Cass. 1 ère Civ. 25 juin 2014, n°13-16-529, réf. du 14/04/2016 :

<https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000029153101&fastReqId=110945054&fastPos=1>

2) Cass. 1 ère Civ. 16 mars 2016, n° 15-14822, réf. du 14/04/2016 :

https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do;jsessionid=434A3DBE6CAF6AE7FAFC7E91ADF56C72.tpdila16v_2?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000032264940&fastReqId=646025671&fastPos=44

l'un des biens immobiliers, dans un contexte de crise financière ayant une incidence directe sur les prix du marché. Par cet arrêt, la Cour de Cassation pose que la décision d'attribution préférentielle se limite à réaliser le principe du transfert de propriété dans le cadre du partage, sans considération des modalités, ce qui se comprend aisément en matière d'attribution d'une entreprise, au vu de la complexité de l'évaluation de celle-ci en l'absence de forme sociale et donc de capital.

761. S'il est certain que l'évaluation de l'entreprise doit se réaliser au jour le plus proche du partage, ses modalités sont difficiles car il conviendra de retenir la valeur vénale de chaque élément composant le fonds. Or, s'il est aisé de connaître la valeur de certains éléments tels que le stock ou les marchandises, celle de la clientèle, élément essentiel du fonds, est difficilement appréhendable. En l'absence de détermination amiable entre les parties, il conviendra d'avoir recours à un expert. La valeur du fonds est alors communément fixée selon les usages, en prenant en compte le chiffre d'affaires hors taxes ou le bénéfice réel comptable et parfois en intégrant le paramètre géographique de la localisation du fonds ¹.

762. De plus, puisque le bien attribué reste en indivision jusqu'à la réalisation du partage, il se peut que se pose la question de sa réévaluation si celui-ci est géré par l'un des indivisaires, puisque les fruits et plus-values profitent à l'indivision ². La jurisprudence en la matière est fixée depuis un arrêt de la première chambre civile du 23 juin 2010 ³, qui pose que l'activité personnelle déployée par un indivisaire ayant contribué à améliorer un bien indivis n'est pas une dépense d'amélioration au sens de l'article 815-13 du code civil mais donne seulement droit à rémunération, conformément à l'article 815-12. Autrement dit, l'activité personnelle déployée par un indivisaire accroît

1) « Fiscalité pratique des donations, successions et testaments », E. Brillant, G. Rivière, Lexisnexus, 4 ème édition, 2013, p. 24.

2) Article 815-10 du code civil.

3) Cass. 1 ère Civ. 23 juin 2010, n° 09-13.688, réf. du 14/04/2016 :

<http://actu.dalloz-etudiant.fr/a-la-une/article/indivision-compensation-de-lactivite-personnelle-de-lun-des-indivisaires/h/5312352f0db6cc5711f8a71dddcaabd4.html>

l'indivision, mais par le jeu de la compensation, l'indivisaire peut prétendre à la rémunération de son activité.

763. Enfin, si la valeur de l'entreprise est supérieure au montant des droits de l'attributaire dans la masse à partager, celui-ci sera débiteur d'une soulte en principe payée comptant, à l'égard des autres héritiers, ce qui implique des capacités financières pour l'attributaire. Etant donné que le principe de l'attribution est fixé avant même l'évaluation, le législateur a prévu à l'article 834 du code civil, une possibilité de renonciation pour le bénéficiaire se rendant compte au jour du partage définitif qu'il n'a pas la capacité de verser la soulte, lorsque la valeur du bien a augmenté depuis l'attribution, de plus du quart au jour du partage, indépendamment de son fait personnel. Cependant, il ressort de la jurisprudence ¹ qu'il ne peut y avoir déchéance du bénéfice de l'attribution en cas de défaut de paiement, ce qui est révélateur de l'inadéquation du principe de l'autonomie de la décision d'attribution par rapport à sa réalisation effective. La question de l'effectivité du versement de la soulte pourrait pourtant être garantie par la souscription par le chef d'entreprise d'une assurance vie au profit du conjoint.

764. En revanche, en application de l'article 787 C du CGI, l'ensemble des biens affectés à l'exploitation d'une entreprise individuelle transmise par décès sont exonérés de droits, à concurrence de la moitié de la valeur des biens lorsque le défunt a détenu pendant au moins deux ans l'entreprise, lorsque l'héritier prend l'engagement de conserver pendant au moins six ans l'exploitation, ou lorsqu'il poursuit l'exploitation durant cinq ans.

765. Les droits du conjoint ayant participé à l'activité du chef d'entreprise sur l'exploitation sont donc conditionnels et non sécurisés. La question se pose alors de savoir quelle est la situation du conjoint étranger à l'activité ?

1) Cass. 1 ère Civ. 28 octobre 1975, Gazette du Palais 1976, 1, 169, note G. R ; Cass. 1 ère Civ. 20 janvier 2010 n° 09-65317, réf. du 14/04/2016 : <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000021730646&fastReqId=1799155907&fastPos=1->

II. Les solutions s'offrant au conjoint n'ayant pas participé à l'exploitation

766. Le conjoint qui a exploité le fonds au côté du chef d'entreprise, mais qui ne souhaite pas ou ne peut pas pour des raisons matérielles ou personnelles, continuer lui-même l'activité professionnelle, dispose, comme l'époux étranger à l'exploitation, de la possibilité de mettre le fonds en location-gérance (A) ou de procéder à sa cession (B).

a. La mise en location gérance du fonds

767. Il se peut que l'activité déployée par le chef d'entreprise représente l'unique source de revenus de la famille et que la disparition brutale de celui-ci place le conjoint et ses enfants mineurs dans une situation financière catastrophique. Il paraît alors judicieux de mettre le fonds en location-gérance. Celle-ci, dans son principe général, est un contrat réglementé par la loi ¹ par lequel, l'exploitant d'un fonds de commerce ou artisanal concède à un commerçant dit « le gérant » le droit d'administrer son fonds ² pour son propre compte et à ses risques, en contrepartie du versement d'une redevance. Le contrat est sujet à publicité par l'inscription d'une mention au registre du commerce ou répertoire des métiers. Jusqu'à la publication, et pendant un délai de six mois à compter de cette publication, les parties sont solidaires des dettes contractées par le gérant à l'égard des tiers. Bien qu'il ne soit pas prévu par la loi, le contrat de location-gérance se rencontre

1) Article L 144-1 et s. du code de commerce.

2) Réf. du 15/04/2016 :

<http://www.dictionnaire-juridique.com/definition/location-gerance.php>

en pratique pour l'exercice des professions libérales ¹. Ce contrat est un excellent moyen pour le loueur de percevoir des revenus dans l'attente de la vente du fonds et pour le gérant de tester la rentabilité d'une exploitation préalablement à son éventuelle acquisition.

768. Cependant afin de garantir la rentabilité et la viabilité de l'exploitation, l'article L 144-3 alinéa 1 du code civil relatif aux conditions requises pour le loueur, impose que celui-ci est tenu d'avoir exploité pendant deux ans au moins le fonds mis en gérance, à peine de nullité du contrat ² et sous réserve de dérogation judiciaire ³, ce qui plaçait le conjoint survivant étranger à l'activité dans l'embarras. L'ordonnance n°2004-274 du 25 mars 2004 ⁴ a introduit à l'article L 144-5 5° et 7° du code de commerce, la possibilité de mettre le fonds en location-gérance pour les héritiers sans condition de participation à l'activité et pour le conjoint attributaire à la suite de la dissolution du régime matrimonial, lorsque ce conjoint a participé à son exploitation pendant au moins deux ans avant la dissolution du régime matrimonial ou son partage. Le conjoint survivant usufruitier ou attributaire s'est donc vu conférer la faculté de placer le fonds recueilli en location-gérance, à la condition qu'il y ait participé durant deux ans en tant que conjoint collaborateur, conjoint salarié, ou conjoint sans statut mais en mesure d'apporter la preuve de son exploitation, ou sans condition en qualité d'héritier en demandant une dérogation judiciaire, depuis l'arrêt de la chambre commerciale de la Cour de Cassation du 11 décembre 2007 ⁵ qui en a autorisé le principe.

1) Voir doc. PDF, p. 24 :Réf. du 15/04/2016 :

http://www.centrepluri.fr/dynamic/documents/brochures/05evaluation_des_clienteles.pdf

2) Article L 144-5 du code de commerce.

3) Article L 144-10 du code de commerce.

4) Réf. du 15/04/2016 :

<https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000000249843>

5) Cass. Com 11 décembre 2007, n° 05-19 145, Dalloz 2008, AJ 159, obs. Chevrier ; RTDCom 2008, 500, obs. Saintourens ; JCP E 2008, n° 16, p. 22, note Mairot.

769. La mise en location-gérance ne permet pas d'éviter l'application de la fiscalité liée à la cessation d'activité et donne lieu à l'imposition des plus-values, laquelle n'est sujette à l'exonération que dans le cas d'une continuation de l'exploitation par les héritiers, selon l'article 41 du CGI. Le Conseil d'Etat a eu l'occasion de rappeler ce principe dans un arrêt du 22 décembre 2010 ¹.

770. Les redevances perçues par l'héritier bailleur doivent correspondre à la valeur locative réelle du fonds, sous peine de requalification par l'administration d'acte anormal de gestion ou d'abus de droit, et sont assujetties à la TVA, à la CSG et aux prélèvements sociaux. Les bénéficiaires sont imposables dans la catégorie des BIC non-professionnels.

b. La cession du fonds par le conjoint survivant

771. La cession du fonds par le conjoint survivant est possible en l'absence de démembrement, ce qui implique que le conjoint en soit l'unique propriétaire à l'issue du partage, soit par les effets de la succession, soit par le jeu du contrat matrimonial ou de l'attribution préférentielle. En effet, si le conjoint survivant est usufruitier, il doit exploiter ou faire exploiter le fonds et outre le fait qu'il soit tenu d'effectuer les dépenses d'entretien, de renouveler le matériel, l'outillage et le stock, il ne peut pas céder le fonds.

772. La cession du fonds par le conjoint survivant sera examinée sommairement en raison de l'absence de spécificités, puisque c'est le régime classique de la cession du fonds qui s'applique en ce cas. La cession d'un fonds de commerce est encadrée par un formalisme rigoureux ² et suppose que soient déterminés ses éléments corporels et incorporels au premier rang desquels se trouve la clientèle. Le conjoint survivant peut préférer au paiement

1) CE 23 décembre 2010, n° 311172, réf. du 15/04/2016 :

<https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.do?idTexte=CETATEXT000023296302>

2) Article L 141-1 du code de commerce.

comptant, un paiement viager s'il peut faire face au paiement des plus-values générées par la vente.

773. Sous réserve que l'artisan n'ait aussi la qualité de commerçant, la cession d'un fonds artisanal n'obéit à aucune disposition spécifique, contrairement à la cession d'un fonds de commerce. Conformément au droit commun, l'acte doit donc contenir l'énumération des éléments cédés. La fiscalité des cessions d'entreprise artisanale entraîne l'exigibilité du versement des droits d'enregistrement et l'imposition de la plus-value.

774. La cession d'un fonds agricole constitue une mutation immobilière nécessitant la rédaction d'un acte authentique devant notaire et génère des droits d'enregistrement et de publication au fichier immobilier. L'imposition des plus-values est applicable lorsque le chiffre d'affaires est supérieur à un certain seuil déterminé par le législateur.

775. La cession d'un fonds libéral est valable depuis l'arrêt de la première chambre civile du 7 novembre 2000¹, qui a autorisé le principe de la cession des clientèles civiles, sous réserve du respect de la liberté de choix des clients. Cette cession ne porte que sur la finance et non sur le titre, élément fondamentalement empreint d'*intuitu personae*. En outre, les héritiers du professionnel libéral sont autorisés à effectuer la présentation du successeur à la clientèle moyennant finance. La cession est soumise aux droits d'enregistrement et à l'imposition de la plus-value au-delà de certains seuils.

§3) L'EIRL, une forme sociale facilitant la transmission

776. La difficulté de transmission de l'entreprise exercée en nom personnel tient au fait de l'absence de personnalité juridique, l'entreprise étant comprise dans le patrimoine de l'entrepreneur, elle a le plus souvent vocation à disparaître avec lui, en raison de sa mise en indivision et des rigidités qui en découlent. Afin de parer à ces difficultés, la loi n° 2010-658 du 15 juin

1) Cass. 1^{ère} Civ. 7 novembre 2000, n° 98-17731, réf. du 18/04/2016 :

<https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000007042229>

2010 relative à l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée ¹ a instauré l'entreprise individuelle à responsabilité limitée (EIRL) permettant de créer un véritable patrimoine d'affectation afin de protéger l'entrepreneur individuel et ses héritiers, tout en échappant au formalisme lourd de création d'une société ². Le principal avantage de cette institution est de donner la possibilité à l'entrepreneur de soustraire son patrimoine personnel au gage de ses créanciers professionnels et d'opter pour l'impôt sur les sociétés, sans création d'une personne morale ³. En effet, l'article L 526-1 du code de commerce permet à une personne physique immatriculée à un registre de publicité légale à caractère professionnel ou exerçant une activité professionnelle agricole ou indépendante, de déclarer insaisissables ses droits sur l'immeuble où se situe sa résidence principale, ainsi que sur tout bien foncier bâti ou non bâti non affecté à un usage professionnel par une déclaration d'insaisissabilité opposable aux créanciers postérieurs à cette déclaration, remettant ainsi en cause la classique théorie d'unicité du patrimoine. Tout entrepreneur individuel a ainsi la faculté d'affecter à son activité professionnelle un patrimoine détaché de son patrimoine personnel, sans création d'une personne morale. Les biens communs ou indivis peuvent également être affectés, sous réserve que l'entrepreneur obtienne l'accord exprès du conjoint ou des co-indivisaires, en application de l'article L 526-10 du code de commerce. Par l'instauration d'un patrimoine d'affectation, le patrimoine de l'entrepreneur individuel se scinde en deux : d'un côté, le patrimoine professionnel ; de l'autre, le patrimoine privé ⁴. Seul donc le patrimoine affecté va servir pour répondre à ses obligations à l'égard des créanciers dont le droit de gage ne va porter que sur ce patrimoine ⁵.

1) JORF n°0137 du 16 juin 2010 page 10984, texte n° 1

2) « L'entreprise individuelle à responsabilité limitée après les textes de décembre 2010 », D. Gibrila, Bull. Joly Sociétés, mars 2011, 105, p. 234 et s.

3) *Ibid.*

4) *Ibid.*

5) RLDA juin 2010, n° 2921, note A-L. Thomat-Raynaud; RLDA juin 2010, n° 2922, L. Pellizza.

777. Concernant la succession de l'entrepreneur exerçant son activité par le biais d'une EIRL, l'article L 526-14-1 du code de commerce permet à un héritier qui manifeste sa volonté de continuer l'activité et qui la reprend, de voir l'affectation perdurer : Les enfants et le conjoint survivant commun en biens, peuvent ainsi rester en indivision sur l'ensemble du patrimoine du *de cujus*, sous l'usufruit du conjoint. Celui-ci peut effectuer une déclaration de reprise au RCS ou au répertoire des métiers, avec l'intervention des enfants nuspropriétaires à concurrence de la moitié des biens indivis affectés, cette intervention étant nécessaire pour maintenir l'affectation des biens qui avant le décès, étaient communs aux époux. Cette opération permet la reprise de l'activité professionnelle par le conjoint survivant, sous réserve des qualifications nécessaires, sans incidences préjudiciables pour l'entreprise, ses salariés, ses clients, fournisseurs et créanciers, ces derniers voyant ainsi leur gage maintenu ¹.

778. **Conclusion :** En l'absence de mise en société, la pérennité de l'entreprise individuelle est menacée au décès du chef d'entreprise en raison de la situation des héritiers placés sous le régime de l'indivision et des aléas de la poursuite d'activité. Le choix de l'exercice sous une forme sociale paraît plus adapté aux besoins de la transmission. La société est une entité stable et autonome de la personne de l'associé, même dans les sociétés d'intérêts, à la condition que les statuts prévoient la survie de l'entreprise en cas de décès d'un associé.

1) *Opere citato* Francis Lefebvre 5449, p. 93

Section 2) Le destin des parts sociales

779. La détermination de l'époux titulaire de titres de société est aisée en raison des exigences de publicité en la matière. En effet, s'agissant des sociétés commerciales composées de parts sociales telles les SNC, SARL ou SCS et les sociétés civiles, la répartition du capital doit être mentionnée sur les statuts déposés au greffe du tribunal de commerce. Ainsi, si au cours d'un mariage soumis au régime de la communauté réduite aux acquêts, les deux époux acquièrent ensemble des parts sociales, ils ont l'un et l'autre la qualité d'associé, les parts étant détenues en ce cas par la communauté. Au décès de l'un d'eux, la qualité d'associé attachée à des parts sociales non négociables dépendant de celle-ci ne tombe pas dans l'indivision post-communautaire qui n'en recueille que leur valeur. Un arrêt de la première chambre civile du 12 juin 2014 ¹, en a ainsi déduit que le conjoint associé survivant peut transmettre son titre sans recueillir l'accord de ses coïndivisaires.

780. En revanche, si l'un des époux acquiert seul des parts sociales, il a seul la qualité d'associé, la communauté ne détenant que la valeur patrimoniale des parts. La finance est donc un bien indivis entre les époux et la quote-part détenue par le défunt a donc vocation à être attribuée à ses héritiers qui se retrouvent en indivision. La question se pose alors de savoir si les héritiers ont ou non vocation à entrer dans la société (§1), et si l'indivision entre héritiers peut causer des difficultés (§2).

1) Cass. 1^{ère} Civ. 12 juin 2014, n° 13-16 309, réf. du 21/04/2016 :

https://www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/premiere_chambre_civile_568/673_12_29492.html

§1) L'entrée des héritiers dans la société conditionnée par la forme sociale

781. Si le fait que la personnalité de l'associé est le plus souvent indifférente dans les sociétés de capitaux et que la succession des titres ne soulève ainsi pas de problème particulier (I), le fort *intuitu personae* régnant dans les sociétés de personne, ne laisse que peu de possibilités aux héritiers d'entrer dans de telles sociétés (II).

I. Sociétés de capitaux et héritiers

782. En principe et dans le silence des statuts, le décès d'un associé n'entraîne pas la disparition de la personne morale. Les articles L 223-13 alinéa 1 du code de commerce relatif à la SARL et L 228-23 alinéa 3 relatif à la SA notamment, prévoient que les titres sociaux sont librement transmissibles par voie de succession. Cependant, l'organisation des sociétés de capitaux laisse une grande liberté aux associés de prévoir des aménagements à la loi par le biais des statuts, qui peuvent ainsi faciliter l'entrée dans la société de certains héritiers, mais aussi l'empêcher, par la présence de clauses d'agrément.

783. L'article L 223-13 alinéa 3 et 4 du code de commerce relatif à la SARL, prévoit la possibilité de stipuler dans le pacte social qu'en cas de décès de l'un des associés, la société continuera avec l'une des personnes suivantes : Les héritiers, les associés survivants, le conjoint survivant, un ou plusieurs des héritiers, ou toute autre personne désignée par les statuts ou par voie testamentaire. Ces personnes deviennent ainsi copropriétaires indivis des parts sociales du fait de la succession, sous réserve qu'ils l'acceptent, ce qui pose la question de l'attribution de la qualité d'associé qui sera étudié plus loin dans les développements¹. De plus, les articles 1390 et suivants du code civil

1) Voir pages 348 et suivantes.

permettent au conjoint survivant de recueillir les parts sociales par le fait d'un aménagement du contrat de mariage.

784. Les héritiers de l'associé unique d'une EURL deviendront eux aussi copropriétaires indivis des parts sociales, cette situation imposant la transformation de la société en SARL.

785. L'entrée dans la société des héritiers peut à l'inverse être contrée par l'aménagement des statuts prévoyant leur agrément, si les héritiers ne possèdent pas déjà la qualité d'associé. Ces clauses d'agrément sont permises notamment à l'article L 223-14 du code de commerce, relatif à la SARL. En cas de refus d'agrément, les parts sociales du *de cuius* doivent être rachetées par des tiers ou par la société, dans les trois mois du refus et ce, en raison des difficultés dans la prise de décisions liées au gel des parts du défunt ¹. Le prix de rachat est fixé par les parties, ou à défaut, par un expert mandaté par le président du tribunal de commerce.

786. Hormis le cas de présence de clauses d'agrément, la transmission des parts sociales et de la qualité d'associé en cas d'héritier unique, sont donc facilitées en raison de l'absence d'incidence de la personnalité de l'associé dans ces formes sociales. Tout est ainsi mis en œuvre pour permettre la continuation de la personne morale, qui est une entité distincte des associés et qui peut exister indépendamment de leurs personnalités. Celles-ci n'ayant aucune incidence sur la personne morale, l'attribution de la qualité d'associé ne doit pas gêner la pérennité de la société. L'existence des associés ne devant pas être liée à celle de la société, tout est fait pour que le décès de l'un d'eux n'impacte pas sur la sérénité de la vie sociale. Le droit fiscal a d'ailleurs prévu des abattements dans les frais de succession de parts sociales, lorsque les héritiers souscrivent des engagements de conservation des titres ².

1) « La transmission d'entreprise » Francis Lefebvre 2013-2014, p. 111.

2) « Sécuriser et optimiser la transmission de l'entreprise familiale », J. Prieur et J. Saint-Amand, Droit et Patrimoine avril 2007, n° 158, p. 89.

II. Sociétés de personnes et héritiers

787. Le législateur a prévu le principe de la disparition de la société de personnes en cas de décès d'un associé ¹, sauf clauses contraires dans les statuts, car son existence repose principalement sur la personnalité de ses fondateurs. En cas de clause d'agrément, les héritiers non agréés deviennent créanciers d'une indemnité correspondante à la valeur des droits sociaux et conservent vocation à la répartition des bénéfices jusqu'à la cession ou au rachat des parts de leur auteur ².

788. Afin de parer à la dissolution de la société au décès d'un associé, il est possible et fréquent, d'insérer dans les statuts une clause prévoyant la continuation avec les associés survivants ou avec les héritiers, voire un tiers, avec ou sans agrément. En cas de continuation avec les seuls associés survivants, les héritiers deviennent créanciers de la société ³ à concurrence de la valeur des parts du *de cuius* déterminées au jour du décès, ou des associés survivant en cas de clause de rachat.

789. La continuation de la société avec les héritiers suppose que ceux-ci n'aient pas une qualité incompatible avec le statut de certaines professions ou fonctions ou soient titulaires des diplômes nécessaires à l'exercice de l'activité. Il est parfois prévu dans les statuts, la possibilité pour les associés, ou même pour les héritiers, de choisir au moment du décès, entre les options de continuation de la société entre associés survivants ou avec les héritiers, ou de dissolution ⁴.

1) Article L 221-15 du code de commerce pour les SNC ; Article L 222-1 du code de commerce pour les SCS.

2) Cass. 1 ère Civ. 12 juillet 2012, n°11-18. 453, ref. du 12/05/2016

https://www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/premiere_chambre_civile_568/917_12_23_889.html

3) Article 221-15 alinéa 4 du code de commerce.

4) *Ibid* Francis Lefebvre, p. 117.

790. Les statuts doivent alors prévoir le délai accordé pour choisir l'option. Un arrêt de la chambre commerciale de la Cour de Cassation en date du 14 décembre 2004 ¹, constitue une illustration de cette situation et en fixe les contours. En l'espèce, les statuts d'une SNC disposaient qu'au décès de l'un des associés, ses héritiers disposaient de l'option d'entrer dans la société en tant qu'associés commanditaires ou d'associés en nom, dans les six mois suivants le décès et qu'à défaut et à l'issue du terme, l'associé survivant avait un délai d'un mois pour déclarer sa volonté de racheter les droits de l'associé décédé, faute de quoi, la société serait dissoute. L'arrêt vient valider cette clause statutaire qui reporte au moment du décès, l'exercice par les associés survivants de cette option, sur le fondement de l'article L 221-15 du code de commerce. La chambre commerciale privilégie ainsi la volonté des héritiers sur celle de l'associé survivant, puisque en cas d'option de leurs parts pour la qualité d'associés commanditaires, l'associé survivant se trouve contraint de revêtir la qualité de commandité, seul susceptible d'être poursuivi par les créanciers de la société ².

791. Cette situation illustre bien le fait que les statuts constituent la loi des parties, à laquelle se soumet l'associé en les signant. La validité de cette clause laisse apparaître la dangerosité à laquelle s'expose l'associé survivant, de voir ses choix de racheter les parts du *de cuius* ou de dissoudre la société, dépendant de la volonté souveraine des héritiers.

792. En l'espèce, les héritiers avaient signifié vouloir devenir associés commanditaires. Malgré cela, l'associé survivant leur avait proposé de racheter les parts du défunt, ce qu'ils avaient accepté. Par la suite, il n'a pas obtenu les fonds nécessaires à son projet et les héritiers ont demandé la dissolution de la société, pour cause d'unicité d'associé. La haute juridiction a refusé la dissolution pour ce motif, en relevant que les héritiers ne pouvaient pas invoquer le fait que des pourparlers engagés avec l'associé survivant pour le rachat de leurs parts n'avaient pas abouti, dès lors qu'ils avaient fait

1) Cass. Com. 14 décembre 2004, n° 03-12878, Bulletin Joly Sociétés 2005, §110, p. 529, note B. Saintourens.

2) *Ibid*

connaître antérieurement, leur volonté d'entrer dans la société, qui avait continué d'exister dès leur manifestation de volonté, et qui leur a conféré la qualité d'associés.

793. Cette qualité d'associé conférée aux héritiers qui se trouvent bien souvent en indivision s'agissant des parts sociales, peut causer des difficultés en pratique en cours de vie sociale.

§2) Problème du droit de vote des héritiers indivisaires

794. En l'absence de clause d'agrément ou lorsque l'agrément a été accordé aux héritiers de l'associé décédé, ceux-ci recueillent les parts sociales du *de cuius* et la qualité d'associé ¹, ce qui leur confère le droit de participer aux prises de décisions de la société lors des assemblées ou des consultations écrites, en application de l'article 1844 alinéa 1 du code civil. L'alinéa 2 de cet article prévoit que les indivisaires ne peuvent pas exercer individuellement le droit de vote, mais doivent être représentés par un mandataire unique qu'ils désignent ensemble, ou à défaut d'entente, qui est désigné en justice. L'existence d'un mandat conditionne l'effectivité du droit de vote des indivisaires. Ils peuvent donner un mandat général pour les actes d'administration, ou choisir un mandataire pour chaque assemblée. Il est préconisé de donner un mandat spécial à l'unanimité pour les actes de disposition ². En l'absence de consensus sur le sens du vote et en cas d'urgence, il paraît envisageable, en application de l'article 872 du code de procédure civile, de donner au juge des référés, le pouvoir de commander au mandataire qu'il désigne, les directives pour voter dans un sens déterminé ou de s'abstenir ³.

1) Cass. Crim. 4 novembre 2009, n° 09-80.818, RJD 3/10, n° 245.

2) *Opere citato* Francis Lefebvre, p. 120.

3) *Ibid.*

795. En cas de démembrement des parts, l'article 1844 alinéa 3 du code civil dispose que le droit de vote appartient au nu-proprétaire, sauf pour les décisions concernant l'affectation des bénéfices, où il est réservé à l'usufruitier. Dans l'hypothèse d'une donation entre époux portant sur la totalité de la succession en usufruit en présence d'enfants, le conjoint survivant disposera alors de la pleine propriété de sa moitié des parts faisant parti de la communauté, et de l'usufruit de l'autre moitié et des biens propres du *de cuius*. Il aura ainsi la jouissance de la totalité des actions, le droit de vote lui appartenant.

796. Il est également possible d'insérer dans les statuts une clause attribuant l'intégralité des droits de vote à l'usufruitier. Un arrêt de la chambre commerciale de la Cour de Cassation en date du 2 décembre 2008 illustre le contentieux possible en la matière entre usufruitier et nu-proprétaire lors de l'exercice du droit de vote dans ce cas ¹. En l'espèce, cette clause était contestée par le nu-proprétaire arguant que la décision votée notamment par l'usufruitier devait être annulée, au motif que l'exercice par l'usufruitier de son droit de vote avait porté atteinte à la substance des titres. La haute juridiction a censuré la décision des juges du fond qui avaient accueilli la demande, en lui reprochant de ne pas avoir recherché si l'exercice par l'usufruitier de son droit de vote, avait été ou non, contraire à l'intérêt de la société et dans le seul but de favoriser ses intérêts, au détriment de celui des autres associés. Un abus de jouissance ne peut donc invalider une décision auquel l'usufruitier aurait participé.

797. Par ailleurs, la qualité d'associé en cas de démembrement des titres, est controversée en doctrine. Si la jurisprudence reconnaît cette qualité au nu-proprétaire ², celle-ci est incertaine s'agissant de l'usufruitier. Si cette qualité

1) Cass. Com 2 décembre 2008, Droit des Sociétés 2009, comm. 46 ; Bulletin Joly 2009, p. 116, obs. T. Revet.

2) Cass. Com 4 janvier 1994, Droit et Patrimoine, juillet-août 1994, p. 69, obs. J-P Bertrel.

est notamment subordonnée à la présence de l'*affectio societatis*, à l'exercice du droit de vote et la perception des dividendes, rien ne semble s'opposer à ce que l'usufruitier ne puisse revêtir cette qualité.

798. Conclusion : Afin de parer au principal inconvénient que constitue l'indivision touchant le fonds ou les parts sociales au décès du chef d'entreprise, il est possible pour celui-ci de transmettre ce qui constitue son activité à son conjoint, ses enfants, à ses héritiers, ou même à toute personne qu'il voudrait gratifier en utilisant divers techniques offertes par la loi.

Chapitre 2) Les moyens d'avantager son conjoint

799. A défaut d'anticipation de sa transmission, l'entreprise court le risque de disparaître au décès de son fondateur, car elle se trouve, le plus souvent, morcelée entre des héritiers n'ayant pas toujours les compétences, ou l'envie, pour la poursuite de l'activité, et subit les difficultés liées à la gestion d'un bien indivis.

800. Or, les règles de dévolution successorale applicables à l'entreprise ne diffèrent en rien de celles relatives aux autres biens, le code civil n'opérant aucune distinction selon que le patrimoine successoral comporte ou non une entreprise. Aussi, les droits du conjoint survivant, ne sont pas toujours adaptés aux transmissions d'entreprise. En effet, si le propriétaire d'une entreprise décède sans avoir pris de disposition particulière, son conjoint peut se retrouver avec le quart des titres de la société en pleine propriété, ou l'usufruit de la totalité des titres. L'indivision entre les héritiers peut alors conduire au blocage des décisions en raison des pouvoirs accrus du conjoint.

801. Il est donc souhaitable que le chef d'entreprise anticipe sa transmission pour permettre de confier la dévolution de son entreprise qui constitue bien souvent l'essentiel de son patrimoine, à la personne de son choix. Pour ce faire, il dispose d'un certain nombre de techniques de transmissions à titre gratuit, dont le testament et la donation, qui dérogent au régime de l'indivision et qui, assortis de la mise en œuvre du Pacte Dutreil (**section 1**), constituent des outils de transmission privilégiés d'un point de vue fiscal. Les techniques issues du droit des régimes matrimoniaux (**section 2**) permettent quant à elles, au chef d'entreprise de privilégier la transmission au conjoint survivant.

Section 1) La transmission à titre gratuit des titres ou du fonds par la mise en œuvre de l'avantageux Pacte Dutreil

802. L'entreprise est un bien particulier, en ce qu'elle a vocation à survivre à son créateur, du fait de sa personnalité juridique autonome et indépendante de lui. C'est pourquoi le législateur est intervenu par la loi Dutreil du 1^{er} août 2003¹, pour éviter que les héritiers d'un chef d'entreprise ne soient obligés à son décès, de vendre l'activité familiale pour payer les droits de succession, et a ainsi permis de faciliter la transmission d'entreprise dans un cadre familial, en instituant un outil d'optimisation fiscale très efficace, qui prévoit une assiette des droits de mutation à titre gratuit réduite de 75 % et un abattement en ligne directe. La mise en œuvre du Pacte Dutreil (§2) est conditionnée par l'anticipation par le chef d'entreprise de la transmission (§1).

§1) L'anticipation, un préalable nécessaire

803. Le régime fiscal très favorable institué par la loi Dutreil, implique que le chef d'entreprise ait pris des dispositions testamentaires concernant la dévolution de son entreprise, ou qu'il ait effectué une donation de celle-ci de son vivant. Or, pour être valables, la donation et le testament nécessitent le respect de certaines conditions de forme, mais surtout, celui des principes du droit successoral : Principe du respect de l'intangibilité de la réserve successorale, égalité des descendants et prohibition des pactes de successions futures de l'article 1130 du code civil. Le chef d'entreprise ne peut donc évincer la part qui revient à chacun de ses héritiers sur son patrimoine et ne dispose que de la quotité disponible pour gratifier l'un d'eux. Par ailleurs, s'il effectue une donation de son entreprise à l'un d'eux, une soulte correspondant à la valeur de la donation peut être demandée par les

1) Loi n° 2003-721 du 1 août 2003 pour l'initiative économique, réf. du 11 mai 2016 : <https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=LEGITEXT000005634924>

cohéritiers, au moment de la succession pour rétablir l'égalité entre les héritiers, avec le risque de la réévaluation du bien au jour du partage, qui peut avoir prospéré grâce au travail du bénéficiaire.

804. A moins que les héritiers ne renoncent par anticipation à agir en réduction contre la personne gratifiée, la dévolution de l'entreprise à l'un des héritiers par testament ou donation, ne peut s'entendre sans compensation. La dévolution de l'entreprise peut s'avérer simple en présence d'un enfant unique bénéficiaire d'une donation et d'un conjoint ne désirant pas reprendre l'entreprise, avec l'insertion d'une clause de réserve d'usufruit au donateur, avec réversibilité au conjoint survivant insérée dans l'acte de donation, permettant de recevoir une partie, ou la totalité des revenus de l'entreprise ¹. Dans ce cas, toute limitation des pouvoirs de l'usufruitier à l'affection des bénéfices doit impérativement figurer dans les statuts ². Mais en présence de plusieurs enfants, la difficulté du principe d'égalité entre les héritiers ressurgit. C'est pourquoi, l'utilisation du droit des régimes matrimoniaux est préférable pour permettre la transmission de l'entreprise au seul conjoint survivant, la mise en œuvre du Pacte Dutreil pour la transmission de l'entreprise ou des titres sociaux n'étant pleinement efficace que dans le cadre d'une donation-partage ou d'un testament-partage entre tous les héritiers, enfants et conjoint, qui deviendront copropriétaires du bien et le pérenniseront à la condition d'une bonne entente familiale.

§ 2) Mise en œuvre de la transmission par le Pacte Dutreil

805. Grâce à la loi Dutreil du 1^{er} août 2003, la transmission des titres de sociétés (I) et des entreprises individuelles (II) ayant une activité industrielle, commerciale, artisanale, agricole ou libérale est susceptible de bénéficier d'une exonération, qu'il s'agisse de la transmission par donation ou par succession, et que cette transmission s'opère en pleine propriété ou dans le cadre d'un démembrement de propriété. Cette exonération est des trois quart

1) Rép. min n° 11747, JOAN, 29 oct. 2013.

2) TGI Paris, 9ème ch. 14 févr. 2014, n° 13/04076.

de la valeur des titres ou de l'entreprise, sous conditions de diverses conditions tenant tant à l'auteur de la transmission, que des bénéficiaires.

806. Le Pacte Dutreil peut produire ses effets soit à la seule initiative des héritiers ou légataire, soit du fait d'un pacte réputé acquis au profit des héritiers, légataires ou donataires ¹. Un arrêt de la première chambre civile du 20 février 2014 est venu permettre d'engager la responsabilité professionnelle du conseil, en l'occurrence du notaire, qui se voit tenu d'éclairer ses clients des avantages fiscaux du pacte Dutreil et des conditions à remplir ².

I. Transmission de titres sociaux

807. L'auteur de la transmission doit avoir pris l'engagement pour lui et ses ayants cause, de conserver ses titres avec les autres associés, pour une durée minimale de deux ans. Cet engagement collectif, ou Pacte Dutreil, doit être en cours au jour du décès. Le point de départ du délai court selon les cas, à partir de l'enregistrement de l'engagement de conservation auprès de l'administration fiscale, ou du jour de la conclusion de l'acte authentique. L'engagement doit porter sur au moins 34 % des titres ³.

808. La loi de finances pour 2008 ⁴ a assoupli la nécessité d'anticipation, en permettant aux héritiers (enfants, conjoint ou partenaire) de conclure entre eux, ou avec d'autres associés, l'engagement collectif de conservation, dans les six mois qui suivent la transmission. Cependant un arrêt de la chambre commerciale de la Cour de Cassation du 16 avril 2013 ⁵, est venu préciser que

1) Réf. du 10/05/2016 :

<http://www.notaires.fr/fr/dispositif-dutreil-et-transmission-dentreprise-familiale>

2) Cass. 1 ère Civ. 20 février 2014, n° 11/07790, réf. du 12/05/2016 :

<http://patrimoine.lesechos.fr/impots/droits-de-succession/0203576429347-miser-sur-le-pacte-dutreil-1015128.php>

3) « Fiscalité pratique des donations, successions et testaments », E. Brillant et G. Rivière, Lexisnexus, 4 ème édition, 2013, p. 80.

4) Loi de finances pour 2008, n° 2007-1822, 24 décembre 2007.

5) Cass. Com. 16 avril 2013, n° 12-17432, réf. du 13/05/2016 :

<https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000027338158&fastReqId=167013098&fastPos=5&oldAction=rechJuriJudi>

le donataire, héritier, ou légataire doit prendre l'engagement de conservation dans l'acte de donation ou dans la déclaration de succession. En cas d'oubli, il n'est pas possible de régulariser. Les héritiers ou donataires s'engagent à conserver individuellement les titres qu'ils reçoivent pendant quatre ans, à compter de l'expiration de l'engagement collectif de conservation.

809. Enfin, l'un des signataires de l'engagement collectif de conservation ou un des donataires ou héritiers, doit s'engager à exercer une fonction de dirigeant dans la société pendant toute la durée de l'engagement collectif de conservation, ainsi que pendant les trois années qui suivent la transmission à titre gratuit. Cependant, la situation de l'entreprise ne demeure pas figée par le pacte: Un arrêt de la première chambre civile du 6 janvier 2014 ¹ est venu préciser que si une société change d'activité opérationnelle par la suite, l'abattement de 75 % n'est pas remis en cause. En outre, la loi de finance rectificative pour 2011 ² a posé que le pacte n'est pas remis en cause par le départ d'un associé, ou en cas de la cession des parts à un non signataire. Dans la première hypothèse, le nouvel associé devra signer la prorogation du pacte. Dans la seconde, l'avantage fiscal n'est pas remis en cause pour les autres signataires, à la condition que le seuil des 34 % soit maintenu jusqu'au terme de l'engagement par les autres signataires qui conservent leurs titres, ou que le cessionnaire rejoigne le pacte, pour permettre que le pourcentage des 34 % soit maintenu ³.

810. Dès lors que toutes ces conditions sont réunies, les parts transmises sont exonérées de droit de donation ou de succession à hauteur des trois quarts de leur valeur. Autrement dit, le donataire ou héritier n'aura des droits à payer que sur les 25 % restants, après application éventuelle de l'abattement dont il bénéficie (100 000 euros par bénéficiaire si la transmission est faite au profit des enfants) ⁴. De plus, si la donation est consentie en pleine propriété

1) Cass. 1 ère Civ. 6 janvier 2014, n°12/04587

2) Loi de finance rectificative pour 2011, n°2011-900 du 29 juillet 2011.

3) *Opere citato* E. Brillant et G. Rivière.

4) Réf. Du 13/05/2016 : <http://patrimoine.lesechos.fr/impots/droits-de-succession/0203576429347-miser-sur-le-pacte-dutreil-1015128.php>

et que le donateur à moins de 70 ans au jour de la donation, les donataires peuvent bénéficier d'une réduction des droits à payer de 50 %. Ils peuvent demander à bénéficier des dispositifs de paiement différé et fractionné des droits applicables en cas de transmission d'entreprise.

811. Plutôt que de consentir une donation en pleine propriété, il est possible de ne donner dans le cadre d'un pacte Dutreil, que la nue-propriété des titres et de s'en réserver l'usufruit, afin notamment de continuer à percevoir les dividendes, ou en faire bénéficier le conjoint survivant. Dans cette hypothèse, les donataires ne peuvent pas profiter de la réduction des droits de donation de 50 %, qui ne joue que pour les donations en pleine propriété. Mais les droits de donation ne seront calculés que sur la valeur de la nue-propriété des titres, par définition moins élevée que celle de la pleine propriété ¹. Cette valeur est déterminée à partir d'un barème qui dépend de l'âge du donateur au jour de la donation.

812. Le non-respect des conditions remet en cause l'exonération partielle. Si elle intervient après la transmission, elle entraîne le paiement des droits de donation ou succession qui auraient été dus en l'absence de pacte Dutreil, majorés des intérêts de retard. De plus, l'administration fiscale impose qu'il lui soit adressé chaque année et pendant toute la durée de l'engagement collectif de conservation, puis pendant celle de l'engagement individuel, une attestation selon laquelle les conditions d'application du dispositif sont bien remplies. Le défaut de production de ces documents, même si ces conditions de fond sont respectées, entraîne l'obligation de payer les droits ².

1) *Ibid.*

2) Réf. du 13/05/2016 :

<http://patrimoine.lesechos.fr/impots/droits-de-succession/0203576429347-miser-sur-le-pacte-dutreil-1015128.php>

II. Transmission d'une entreprise individuelle

813. La transmission à titre gratuit d'une entreprise individuelle, suite à un décès ou dans le cadre d'une donation, est en principe génératrice de droits d'enregistrement. Il est néanmoins possible d'en limiter le coût si l'entreprise fait l'objet d'un engagement de conservation.

814. La transmission, par donation ou suite à un décès, de l'ensemble des biens meubles ou immeubles, corporels ou incorporels, affectés à l'exploitation d'une entreprise individuelle peut être exonérée de droits de mutation à titre gratuit, à hauteur des trois quarts de la valeur des biens transmis. Ce dispositif concerne les donations consenties avec réserve d'usufruit et aux successions et donations consenties en pleine propriété. L'exonération de 75% s'effectue sur la valeur en nue-propriété des biens, et bénéficie aussi aux donations d'usufruit, sans limitation de montant. La première loi de finance rectificative pour 2011 ¹ a supprimé les réductions de droits pour les donations mais a toutefois maintenu une réduction de 50%, si les conditions des engagements Dutreil sont remplies, sous réserve que le donateur ait moins de 70 ans au jour de l'acte de donation et que celle-ci soit faite en pleine propriété ². Cependant un arrêt de la première chambre civile en date du 11 avril 2013, a précisé qu'un abattement sur la valeur de l'entreprise ne peut être pratiqué sous prétexte d'un pacte Dutreil ³. La transmission peut porter sur la totalité, ou seulement sur une quote-part indivise des biens ⁴. En cas de donation, celle-ci peut porter uniquement sur l'usufruit ou la nue-propriété de l'entreprise. Sont concernées les entreprises exerçant une activité industrielle,

1) Loi n° 2011-900 du 29 juillet 2011.

2) *Opere citato* E. Brillant et G. Rivière, p. 87 et s.

3) Cass. 1 ère Civ. 11 avril 2013, n° 11/0231, réf. du 17/05/2016 :

http://www.pactes-dutreil.com/1_information-pacte-dutreil/jurisprudence-pacte-dutreil-2013-2014.html

4) Réf. du 13/05/2016 :

<http://www.actionexpertise.fr/transmission-dune-entreprise-individuelle-les-points-cles-du-pacte-dutreil/>

commerciale, artisanale, libérale ou agricole ¹, mais la formulation très large du texte permet de penser qu'elle peut concerner la transmission des offices publics ou ministériels ². Pour ce faire, l'entreprise individuelle doit avoir été détenue depuis plus de deux ans par le défunt ou donateur quand elle a été acquise à titre onéreux, alors qu'aucun délai de détention n'est impératif lorsqu'elle a été créée ou acquise à titre gratuit.

815. Un arrêt de la chambre commerciale du 10 septembre 2013 ³ a toutefois précisé que le défunt n'était pas tenu d'exercer l'activité au moment de son décès, celle-ci étant exercée en l'espèce par l'épouse survivante, ce qui laisse à penser que la nécessité de reprise de l'activité par l'un des héritiers est imposée au moment du décès ou de la donation. Quoiqu'il en soit, l'article 787 C du CGI impose aux héritiers, donataires ou légataires de prendre l'engagement, dans la déclaration de succession, pour lui et ses ayants-cause à titre gratuit, de conserver l'ensemble des biens affectés à l'exploitation de l'entreprise, pour une durée de quatre ans et de poursuivre effectivement l'exploitation pendant trois ans suite à la transmission. L'administration fiscale contraint à un mécanisme lourd de déclaration *a l'instar* de ce qu'elle exige pour les titres sociaux, puisque sous peine de devoir payer le complément de droit et des intérêts de retard, chacun des héritiers, donataire ou légataire doit lui adresser chaque année, une attestation déclarant que l'engagement individuel de conservation est respecté et que l'un d'eux poursuit effectivement l'exploitation de l'activité.

816. Malgré cette lourdeur administrative, le pacte Dutreil représente, au-delà des avantages fiscaux qu'il octroie, un outil de transmission privilégié en permettant la pérennité des entreprises familiales car il garantit, pendant la délicate période de la transmission, la stabilité du capital et le maintien de la

1) Art. 787 B du CGI.

2) *Opere citato* E. Brillant et G. Rivière.

3) Cass. Com. 10 septembre 2013, n° 12-21.140, réf. du 17/05/2016 :

<https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEX T000027949599&fastReqId=415732433&fastPos=1>

direction de l'entreprise, par la présence obligatoire d'un dirigeant parmi les signataires du pacte ou leurs donataires ou héritiers. Il va permettre au conjoint de continuer à bénéficier des revenus de l'activité du chef d'entreprise en reprenant lui-même l'exploitation ou en continuant à toucher les bénéfices de celle-ci, en cas de transmission de la nue-propriété aux enfants.

Section 2) Les outils offerts par le droit des régimes matrimoniaux

817. Motivé par diverses raisons, dont le fait que ses enfants majeurs possèdent une situation professionnelle bien établie et que le conjoint puisse se trouver dans une situation financière précaire à son décès, le chef d'entreprise peut souhaiter avantager celui-ci s'agissant de la dévolution de son activité, *a fortiori* si le conjoint possède toutes les compétences requises et a participé à l'activité. Le droit des régimes matrimoniaux offre diverses possibilités au chef d'entreprise pour attribuer son entreprise ou ses parts dans sa société au seul conjoint survivant, par le biais d'un changement de régime matrimonial (§1) ou par un aménagement contractuel du régime légal (§2).

§1) Le changement de régime matrimonial

818. Dans la pratique, les chefs d'entreprise adoptent le plus souvent le régime matrimonial de la séparation de biens. Or, si celui-ci s'avère très efficace pour préserver le patrimoine familial du passif professionnel d'un époux, il est défavorable au conjoint survivant lors de la succession, étant donné l'absence de biens communs, sauf constitution d'une société d'acquêts limitée au fonds ou aux parts. Dans ce régime, en l'absence de testament, de donation ou d'aménagements contractuels, l'entreprise qui constitue un bien

propre, aura vocation à entrer en indivision entre tous les héritiers et à être partagée entre eux. Le conjoint se trouve donc en concurrence avec les enfants du couple, voire avec les enfants d'un premier lit, et doit opter pour le quart de la pleine propriété de l'entreprise ou la totalité en usufruit, avec toutes les difficultés de gestion que cela implique.

819. L'adoption d'un régime communautaire à la place d'un régime séparatiste, aura pour effet, même si elle ne constitue pas un mode usuel de transmission, de faire entrer l'entreprise individuelle, ou des titres de sociétés, dans la communauté. En effet, le passage du régime séparatiste au régime de la communauté universelle avec attribution intégrale de la communauté au conjoint survivant, a pour conséquence de confondre les patrimoines des époux qui se composent alors d'une seule et unique masse de biens communs, ceux acquis avant et pendant le mariage et ceux provenant de succession ou de donation. L'époux survivant récupère ainsi au décès du *de cuius*, la moitié de l'entreprise ou des parts sociales, et hérite en plus sur l'autre moitié des biens communs qui représente la part de l'époux défunt, ce qui l'avantage par rapport aux autres héritiers comparativement à un régime séparatiste. Le chef d'entreprise a donc intérêt à opérer un tel changement s'il souhaite avantager son conjoint, mais à la condition que l'opération intervienne à un âge avancé, en raison des risques que cela entraîne pour lui en cas de divorce. L'article 1397 du code civil dispose que la modification qui doit s'effectuer par acte notarié, peut intervenir après un délai de deux années d'application d'un régime matrimonial antérieur et que la décision doit intervenir dans l'intérêt de la famille, ce qui vise des intérêts tant patrimoniaux, qu'extrapatrimoniaux, l'intérêt des conjoints, et plus particulièrement celui du conjoint survivant qui prime généralement sur celui des enfants ¹. L'article 1397 alinéa 2 et 3 dispose que « les personnes qui avaient été parties dans le contrat modifié et les enfants majeurs de chaque époux sont informés personnellement de la modification envisagée. Chacun d'eux peut s'opposer à la modification dans le délai de trois mois. Les créanciers

1) *Opere citato* F. Lefebvre, p. 55.

sont informés de la modification envisagée par la publication d'un avis dans un journal d'annonces légales. Chacun d'eux peut s'opposer à la modification dans les trois mois suivant la publication ». En cas d'opposition ou en présence d'enfants mineurs, les époux peuvent demander au juge des affaires familiales l'homologation judiciaire de leur convention modificative. Les enfants disposent de la possibilité de faire appel de la décision d'homologation et d'un recours en révision, en qualité d'ayants cause à titre universel de leur auteur. Le changement implique donc un climat d'harmonie familiale et les moyens financiers de l'opérer (frais notariés, de publication et de partage préalable si besoin). Le passage d'un régime séparatiste à un régime communautaire constituant une extrémité, le droit des régimes matrimoniaux offre des moyens juridiques plus simples et moins onéreux pour aboutir à privilégier le conjoint survivant, par le biais d'un certain nombre d'avantages matrimoniaux.

§2) Les aménagements contractuels du régime matrimonial

820. L'avantage matrimonial est une clause du contrat de mariage qui permet à un époux d'être plus avantageé, soit pendant le mariage, soit au moment du règlement de la succession. Il permet donc à l'époux survivant de bénéficier d'une part successorale plus importante que celle fixée par la loi. Dans ce cadre légal, le chef d'entreprise ne peut léguer ou donner à son conjoint que la quotité disponible. Les clauses contractuelles au régime matrimonial, sans toujours constituer un avantage matrimonial, constituent donc un moyen efficace de transmettre une partie de son patrimoine à son conjoint. Il s'agit, dans la pratique, de conventions conclues entre les époux dans le cadre du contrat de mariage, conventions qui ne sont pas soumises aux règles du droit successoral et qui ne sont donc pas taxables, puisqu'elles ne sont pas assimilées à des donations. Après avoir envisagé succinctement les différentes clauses permettant d'avantager le conjoint survivant lors du décès du chef d'entreprise (I), les actions à la disposition des héritiers pour y contreter seront examinées (II).

I. Clauses matrimoniales permettant d'avantager le conjoint survivant

A. Clause alsacienne

821. La clause alsacienne ou clause de reprise des apports, permet qu'un bien apporté par un époux à la communauté, soit recueilli à son décès par le conjoint survivant. Elle est née de la pratique notariale en Alsace et a été validée d'abord par la jurisprudence ¹, puis par la loi n° 2006-728 du 23 juin 2006. Elle présente l'immense avantage pour l'époux qui apporte un bien personnel à la communauté de le reprendre, lorsque le mariage se dissout non par un décès, mais par un divorce ². Elle ne constitue donc pas un avantage matrimonial *stricto sensu*, mais permet d'atténuer les effets du régime de la communauté en cas de divorce et vient protéger de manière efficace le conjoint survivant.

B. Clause commerciale ou clause de prélèvement moyennant indemnité

822. Le contrat de mariage peut comporter une clause permettant d'attribuer à l'un des époux à la dissolution de la communauté par le décès de l'un d'eux, un bien commun, moyennant une indemnité maintenant l'égalité du partage, ou autorisant le conjoint survivant à acquérir un bien propre du *de cuius*, sous réserve du versement d'une indemnité aux héritiers ³. Le montant de l'indemnité est estimé d'après la valeur des biens au jour où le conjoint survivant exerce son option. Le bénéficiaire de la clause dispose d'une alternative en pouvant exiger ou non l'attribution du bien concerné. Cette clause peut être prévue dans un régime de séparation de biens concernant les biens personnels, ou dans un régime de communauté concernant les

1) CA Colmar, 16 mai 1990, réf. du 19/05/2016 :

http://www.assuranceneo.fr/patritheque/html/fam_clause_alsacienne.htm

2) Cass. 1 ère Civ. 17 novembre 2010, n° 09-68. 292, réf. du 19/05/2016 :

http://actu.dalloz-etudiant.fr/fileadmin/actualites/pdfs/NOVEMBRE_2012/AJFAM2011-55.pdf

3) Article 1390 alinéa 1 du code civil.

biens propres. Quand elle concerne un bien propre, cette clause constitue un pacte sur succession future, exceptionnellement autorisé par la loi ¹. Elle permet donc d'éviter l'indivision d'un fonds ou des parts sociales, le conjoint survivant en devenant seul propriétaire, sans constituer néanmoins un avantage financier. Elle facilite la transmission des entreprises en permettant au conjoint survivant, acquéreur ou attributaire d'un fonds propre du *de cujus*, en garantissant l'équité par l'indemnité versé aux héritiers. Néanmoins, comme la clause alsacienne, elle paraît révocable en cas de divorce car l'article 1390 du code civil qui lui est relatif, prévoit ses effets en cas de dissolution du mariage par la mort de l'un des époux.

C. Clause de préciput

823. L'utilisation d'une clause de préciput constitue une des clauses les plus efficaces pour assurer une protection optimale du conjoint survivant, sans pour autant déséquilibrer la transmission du patrimoine familial. Elle est prévue à l'article 1515 du code civil qui dispose qu' « il peut être convenu, dans le contrat de mariage, que le survivant des époux, ou l'un d'eux s'il survit, sera autorisé à prélever sur la communauté, avant tout partage, soit une certaine somme, soit certains biens en nature, soit une certaine quantité d'une espèce déterminée de biens ». La clause de préciput permet donc de choisir les biens qui seront attribués, hors succession et donc sans atteinte à la réserve, au survivant des époux. Mais elle est conditionnée par la nature du bien qui doit être commun, ce qui implique que le fonds ait été acquis ou créé pendant l'union, ou les parts sociales acquises conjointement. La clause de préciput permet de choisir les biens qui seront attribués, hors succession, au survivant des époux ². Cette attribution sera réalisée avant l'ouverture de la succession, le bien objet de la clause étant uniquement soumis au droit de

1) Réf. du 19/05/2016 :
<http://www.bruno-bedaride-notaire.fr/fr/c/-/clause-commerciale-contrat-de-mariage-/lexique-juridique-et-fiscal-de-bedaride-notaire-d-affaires.html>

2) Réf. du 19/05/2016 :
<http://www.leblogpatrimoine.com/strategie/la-clause-de-preciput-pour-un-contrat-de-mariage-sur-mesure.html>

partage de 2,5% lors du prélèvement, et le patrimoine objet de la clause de préciput ne sera pas dans la déclaration de succession. C'est seulement au décès du conjoint survivant bénéficiaire de la clause de préciput, que les héritiers du conjoint survivant recevront cet élément du patrimoine ¹, ce qui permet de ne pas léser les enfants qui retrouveront le bien en question à posteriori. La légitimité de cette clause tient au caractère nécessairement commun du bien, ce qui en conditionne et limite l'usage.

D. Clause dérogeant au partage par moitié

824. En vertu des articles 1520 et 1524 du code civil, les époux peuvent insérer dans leur contrat de mariage une clause stipulant qu'au décès de l'un d'eux, le survivant aura droit au deux tiers ou au trois quart de l'actif de la communauté, voire à l'intégralité à la place de la moitié légale, les droits des héritiers se trouvant alors réduits d'autant, puisque la succession peut comprendre alors seulement un tiers ou un quart de la communauté ². L'article 1524 du code civil laisse quant à lui la possibilité à des époux mariés sous le régime de la participation aux acquêts de convenir d'une clause d'attribution de la totalité des acquêts à l'époux survivant. La condition de survie est impérative : la communauté ne peut être intégralement attribuée à un époux que lors du décès de son conjoint. Dans l'hypothèse d'une dissolution par divorce et en l'absence de révocation, cette clause ne prendra effet en tout état de cause qu'au décès ³.

825. Pour permettre à ces clauses de produire leurs effets, les époux devront prendre soin d'écartier dans l'acte notarié, le droit de retour ou de reprise des apports des héritiers, droit qui n'est pas d'ordre public.

1) *Ibid.*

2) Réf. du 19/05/2016 :

http://www.notaires-caulnes.fr/autres/31_dossiermariage.pdf

3) Réf. du 20/05/2016 :

[http://www.lagbd.org/index.php/R%C3%A9gimes_matrimoniaux:_am%C3%A9nagement_s_des_conventions_permettant_d'adapter_les_mod%C3%A8les_du_Code_civil_%C3%A0_la_situation_des_parties_\(fr\)](http://www.lagbd.org/index.php/R%C3%A9gimes_matrimoniaux:_am%C3%A9nagement_s_des_conventions_permettant_d'adapter_les_mod%C3%A8les_du_Code_civil_%C3%A0_la_situation_des_parties_(fr))

II. Recours des héritiers

826. Lorsque les époux sont convenus d'exclure la reprise par les héritiers du conjoint prédécédé des apports et capitaux tombés dans la communauté du chef de celui-ci, ces derniers n'ont aucune créance à faire valoir sur la succession du survivant au titre de leur valeur. Ce principe a été rappelé dans un arrêt de la première chambre civile du 25 septembre 2013 ¹ au sujet d'époux ayant adopté la communauté universelle avec attribution intégrale au conjoint survivant.

827. A défaut de telles stipulations dans le contrat de mariage, les héritiers disposent de la faculté d'user de leur droit de reprise prévu à l'article 1525 alinéa 2 du code civil.

828. Celui-ci prévoit que la stipulation de parts inégales et la clause d'attribution intégrale sauf stipulation contraire, n'empêchent pas les héritiers du conjoint décédé de faire la reprise des apports et capitaux tombés dans la communauté du chef de leur auteur. Les biens concernés sont ceux qui sont entrés en communauté du chef de l'époux prédécédé alors qu'ils auraient été propres dans le régime légal à savoir les biens apportés au mariage ou acquis au cours de l'union à titre gratuit. La reprise des apports a pour conséquence de limiter l'inégalité du partage voulu par les époux aux seuls acquêts, et confère la qualité de copartageant à l'héritier qui en bénéficie.

829. Par ailleurs, l'action en retranchement, variété d'action en réduction, est une protection légale des enfants des précédents lits du défunt qui bénéficie aussi si elle aboutit aux enfants communs ², lorsqu'un époux survivant a retiré un avantage de la liquidation du régime matrimonial et que cet avantage excède les limites de ce dont l'époux prédécédé pouvait disposer à titre gratuit en faveur de son conjoint. Sont visées par l'action toutes les variétés de partage inégal bénéficiant au survivant des époux.

1) Cass. 1^{ère} Civ. 25 septembre 2013, n° 12-23. 111, réf. du 20/05/2016 : www.dalloz-actualite.fr/.../clause-d-attribution-integrale-au-conjoint-survivant-exclusi...

2) Cass. Civ., 27 mars 1923 ; A. Colomer, « Les régimes matrimoniaux », 2^{ème} éd., n° 1173, F. Theret et Y. Lequette, « Les successions, les libéralités », n° 638.

830. Pour chiffrer l'avantage matrimonial en vue de l'action en retranchement ¹, il convient de liquider fictivement la communauté telle qu'elle aurait dû l'être si les époux avaient été mariés sous le régime légal, puis il convient ensuite de liquider la communauté telle que prévue par le contrat de mariage. Le résultat obtenu après soustraction des droits reçus en communauté légale, de la part réellement perçue forme l'avantage matrimonial. Cette différence entre les deux liquidations est considérée comme une libéralité consentie au survivant. Une fois cet avantage au profit de l'un des époux déterminé, il convient de rechercher si ce dernier excède le montant de la quotité disponible permise entre époux. Si tel est le cas, l'excédent sera soumis au retranchement et réintégré à l'actif de la succession. Dans la mesure où chacun des époux peut gratifier l'autre de l'usufruit universel, l'action en retranchement sera paralysée chaque fois que l'avantage matrimonial sera stipulé en usufruit. En effet, dans ce cas, la quotité disponible spéciale entre époux de l'article 1094-1 du Code civil ne sera pas dépassée par l'avantage matrimonial ².

831. **Conclusion** : Parce que l'utilisation du Pacte Dutreil est plutôt conçue pour la transmission du fonds ou des parts sociales aux enfants, le chef d'entreprise qui souhaite avantager son conjoint, trouvera un outil précieux dans le droit des régimes matrimoniaux qui lui permettra de procéder à un aménagement de son contrat de mariage, afin de gratifier son époux.

1) Réf. du 20/05/2016 : http://www.mugarra-associes.notaires.fr/ftp/article/77/Laction_en_retranchement.pdf

2) *Ibid.*

CONCLUSION

832. Il se peut que le chef d'entreprise demeure avec son épouse pour des raisons de convenances personnelles, souvent en raison de la présence d'enfants mineurs, mais en soit détaché et ne souhaite pas l'avantager, voire la pénaliser, lorsque viendra le temps de sa succession. Il peut en être de même pour un chef d'entreprise séparé de corps, situation dans laquelle le conjoint conserve sa qualité d'héritier. Or, il existe des techniques juridiques plus ou moins efficaces, permettant de défavoriser son conjoint.

833. L'utilisation du mandat à effet posthume peut sembler s'avérer utile au chef d'entreprise soucieux de protéger ses enfants mineurs, pour empêcher que le conjoint ne reprenne son entreprise, s'il venait à disparaître. Il permet au chef d'entreprise méfiant sur l'aptitude du conjoint à gérer ses affaires, de désigner un ou plusieurs mandataires de son choix, pour qu'ils gèrent l'exploitation à son décès, sans transfert de propriété, en attendant que ses enfants deviennent capables de reprendre son activité. Ce mandat, prévu pour une durée de deux ans renouvelable par le juge, peut être conféré pour une durée de cinq ans renouvelable, en raison de l'inaptitude, de l'âge du ou des héritiers, ou de la nécessité de gérer des biens professionnels ¹. Ce mandat a pour conséquence de priver temporairement ses héritiers de leurs droits successoraux et constitue par la même, une exception au principe de la saisine héréditaire prévu à l'article 724 du code civil ².

834. Un arrêt de la première chambre civile du 12 mai 2010 ³, est hélas venu affaiblir l'intérêt de cet outil, en posant que le mandataire ne dispose pas du pouvoir de s'opposer à l'aliénation par les héritiers des biens mentionnés dans le mandat. En l'espèce, une mère de famille est décédée en laissant des enfants mineurs ; elle avait donné à son père un mandat pour accomplir des

1) Article 812-1-1 du code civil.

2) Art. 724 du code civil : « les héritiers désignés par la loi sont saisis de plein droits des biens, droits et actions du défunt ».

Réf. du 21/05/2016 : <http://www.village-notaires.com/La-fragilite-du-mandat-a-effet>

3) Cass. 1 ère Civ. 12 mai 2010, n° 09-10556, réf. du 20/05/2010 :

<https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEX T000022213996&fastReqId=2076310471&fastPos=1>

actes d'administration et de gestion sur l'ensemble de la succession dans l'intérêt des enfants, vraisemblablement pour tenir son époux à l'écart de celle-ci. Mais celui-ci, administrateur légal des héritiers mineurs, a souhaité mettre en vente l'appartement dépendant de la succession, dans le but de racheter deux studios pour les enfants. La première chambre civile, au visa des articles 812, 812-1, 812-4 et 389-3 du code civil, pose alors le principe que « les pouvoirs d'administration ou de gestion qui peuvent être conférés au mandataire posthume... ne lui permettent pas de s'opposer à l'aliénation par les héritiers des biens mentionnés dans le mandat, laquelle », rappelle-t-elle, « constitue une cause d'extinction de celui-ci », ce qui vient diminuer l'intérêt du mandat à effet posthume, qui se limite à des pouvoirs de gestion et s'explique par la nécessité de contrebalancer la privation des héritiers de leurs droits et de l'atteinte éventuelle à leur réserve héréditaire ¹.

835. Les aménagements sociétaires constitueraient-ils pour le chef d'entreprise, des moyens plus efficaces pour transmettre ses biens professionnels à qui il l'entend ? En principe, à son décès, les droits sociaux ou le fonds, commercial ou artisanal, vont faire l'objet d'un démembrement de propriété, car son conjoint recevra l'usufruit, ce qui lui donnera le droit de percevoir les dividendes et les bénéfices de la société, avec le droit de vote étant attaché à ces questions, et les enfants la nue-propriété. Dans les sociétés à intérêts, telles les SNC, SARL ou sociétés civiles, le chef d'entreprise peut procéder à l'éviction de son conjoint, en insérant dans les statuts une clause stipulant que la société continuera avec la personne de son choix, la plupart du temps l'un de ses enfants. Il sera alors possible d'indiquer dans les statuts, celui auquel fonds ou les parts seront attribués, sans restriction aucune, puisqu'il pourra s'agir d'un héritier ou d'un tiers. Dans le cas où les statuts ne désignent pas le continueur du défunt, ce dernier peut le désigner par testament ². Le chef d'entreprise peut aussi procéder à

1) *Ibid*, <http://www.village-notaires.com/La-fragilite-du-mandat-a-effet>

2) « La disparition du chef d'entreprise : Les aménagements sociétaires », A. Rabreau, « La disparition du chef d'entreprise : Anticiper, gérer, transmettre », J. Raynard, Lexisnexis 2012.

l'éviction de son conjoint survivant par le biais de l'insertion d'une clause d'agrément dans les statuts qui permettra aux associés de sélectionner, parmi les héritiers, ceux qui pourront remplacer le défunt, avec versement d'une indemnité, correspondant à la valeur des parts calculée au moment du décès, pour les héritiers évincés. Ce stratagème sera efficace si les associés survivants respectent les consignes de vote que le défunt a pu émettre.

836. En revanche, hormis le cas de la SAS, l'éviction d'un héritier dans les sociétés d'actions est impossible, du fait de l'article L 228-23 alinéa 3 du code de commerce. Celui-ci dispose que les clauses d'agrément insérées dans les statuts des sociétés d'action ne sont pas applicables en cas de succession. Ceci s'explique par l'indifférence de la personne de l'associé dans ce type de forme sociale.

837. Au vu des développements, et hormis le cas très marginal d'une anticipation de la transmission en défaveur du conjoint survivant, et de la solidarité des dettes en l'absence d'adoption d'une forme sociale pour exercer l'activité professionnelle, il est donc possible d'affirmer, que le statut d'époux commun en biens assure une protection maximale pour le conjoint d'un chef d'entreprise dont l'activité est prospère. Le législateur n'a eu de cesse de sécuriser la situation du conjoint en matière de succession, de divorce, de droits sociaux, sans compter la reconnaissance de l'époux participant à l'activité. C'est d'ailleurs bien sur ce modèle qu'il s'est calqué, pour améliorer le statut du partenaire de PACS, et c'est cet esprit communautaire que la jurisprudence tente parfois d'insuffler au profit des concubins, lorsqu'il s'agit de rétablir l'équité.

838. La protection varie considérablement selon le statut de concubin, partenaire et d'époux et révèle bien des disparités entre eux, et même entre régimes choisis pour un même statut, ce qui contraste avec l'œuvre que le législateur a effectué pour établir l'égalité entre enfants légitimes, naturels ou adultérins, témoignant que les liens du sang sont définitivement plus protecteurs que les liens d'alliance. Ce constat a toujours existé et c'est pourquoi déjà en droit romain, avait été créé l'adoption qui permettait aux concubins d'obtenir un lien de droit privilégié en matière de succession.

BIBLIOGRAPHIE NON EXHAUSTIVE :

I. THESES

- *Y. Gaudichon*,
« La gestion fiscale du patrimoine du chef d'entreprise », Orléans, 2002.
- *C. Langlois*,
« Succession du chef d'entreprise : Contribution à l'étude du processus de transmission de la petite entreprise familiale », Grenoble, 1987.

II. OUVRAGES

- *J. Arènes, B. Barthelet, P. Benoit, G. Eid, J-M Ghitti, X. Lacroix*,
« Quel avenir pour la famille? Le coût du non-mariage », Bayard, 2006.
- *B. Beignier*,
« Régimes matrimoniaux, PACS, concubinage », Montchrétien, Lextenso éditions, 2012.
- *G. Biolley*,
« L'ADN des meilleurs groupes familiaux, parcours de l'entrepreneur et pérennisation de l'organisation », collection HEC Paris, édition de Boeck, 2013.
- *C. Bonvalet, A. Gotman, Y. Grafmeyer, I. Bertaux-Wiame, D. Maison, L. Ortalda*
« La famille et ses proches, l'aménagement des territoires », Travaux et documents, PUF diffusion, 1999, p.28.
- *E. Brancaleoni – F. Masquelier*,
« Transmettre, céder ou reprendre une entreprise », Delmas, 4^{ème} édition, 2005.
- *E. Brillant, G. Rivière*,
« Fiscalité pratique des donations, successions et testaments », LexisNexis, 4^{ème} édition.
- *A-S Brun-Wauthier*,
« Régimes matrimoniaux et régimes patrimoniaux des couples non mariés », collection Paradigme, 2013.
- *J. Carbonnier*,
« La famille, l'enfant, le couple », droit civil, tome II, 21^{ème} édition, PUF, 2002, p.391.
- *S. Castagné*,
« Le conjoint du chef d'entreprise », Litec Professionnels, LexisNexis, 2008.
« Le conjoint du chef d'entreprise », LexisNexis, Litec 2008, p. 112.
- *P-J Claux et S. David*,
« Droit et pratique du divorce », 3^{ème} édition, Dalloz, 2015-2016, p.955 et s.

- *P. Cléon, J-M Sabourin,*
« La transmission d'entreprise pour les nuls », First Editions, 2013.
- *P. Courbe et F. Jault-Seseke,*
« Les personnes, la famille, les incapacités », droit civil, memento Dalloz, LMD, 8ème édition.
- *L. de Percin,*
« Concubinage, PACS ou mariage que choisir ? », Guid'Utile, 2ème édition, 2007, p. 145.
- *J-F. Desbuquois,*
« Les pactes Dutreil », éditions Formation Entreprise, 2012.
- « *La famille et ses proches, l'aménagement des territoires* »,
Travaux et documents, PUF diffusion, 1999, p. 28.
- *A. Grevet,*
« Céder son entreprise », collection Création d'entreprise, édition Eyrolles, 2013.
- *M. Grimaldi,*
« Droit patrimonial de la famille », Dalloz Action, 5^{ème} édition, 2015-2016.
- *Dossiers Pratiques Francis Lefebvre,*
« Mariage – PACS – Union libre » Editions Francis Lefebvre 2008.
- « *Lexique des termes juridiques* »,
Édition 2014-2015, Dalloz.
- *P-M Le Corre,*
« Droit et pratique des procédures collectives », Dalloz, 2013-2014, 7ème édition, p. 2156.
- *H. Le Nabasque, F. Boussier, F. Richen,*
« La transmission de l'entreprise familiale », Dalloz, collection Réussir en Affaires, 1992.
- *P. Malaurie, L. Aynès, H. Fulchiron,*
« La famille », Droit Civil, Defrénois, Lextenso Editions, 4ème édition, 2011.
- *B. Maubru,*
« La fiscalité des transmissions d'entreprise individuelles – BIC – BNC », éditions du Cridon, 1992.
- *S. Meaux,*
« Mariage, PACS, union libre : Bien choisir le statut juridique de votre couple », Les essentiels, p.125.
- *Mémento Pratique Francis Lefebvre,*
« Droit de la famille », 2014-2015.
- *Mémento Francis Lefebvre,*
« Transmission d'entreprise 2013 – 2014 », 2013.

- *A. Mendoza-Caminade*,
« Les épreuves de droit commercial et des affaires au CRFPA et à l'ENM », Elipses, p.40 et s.
- *M. Monteillet-Geffroy*,
« Les conditions de l'enrichissement sans cause dans les relations de famille », préf. F. Monéger, 2001, éd. La Mouette.
- *J. Raynard*,
« La disparition du chef d'entreprise : Anticiper – Gérer – Transmettre », LexisNexis, 2012.
- *H. Savall, V. Zardet*,
« Les entreprises familiales : création, succession, gouvernance et management », collection Management socio-économique, éditions Economica, 2012.

III. MELANGES

- *J Amiel-Donat*,
« La femme du boulanger. Dix ans après », Mélanges A. Colomer, Litec, 1993, Litec, p.7.
- *A. Lamboley*
« Entreprise libérale et régimes matrimoniaux, un droit encore incertain », 1993, Mélanges A. Colomer, Litec, p. 202 et s.
- *C. Lebel*,
« L'unité du patrimoine à l'épreuve des procédures collectives », Mélanges Goubeaux, Dalloz-LGDJ, 2009, p.331.
- *F-X Lucas*,
« Interrogations sur la qualité de commerçant de l'associé en nom », Mélanges Honorat, Editions Frison-Roche 2000, p.281.
« La société dite créée de fait », Mélanges Y. Guyon, 2003, p.737.
- *B Maubru*,
« Les sociétés créées de fait entre époux », Mélanges J.Derrupé, Litec 1991, p.275.
- *P. Pétel*
« Le nouvel article 4 du code de commerce : Dix ans après », Mélanges A. Colomer 1993, p.365.
- *B Saintourens*,
« L'héritier de l'associé », Mélanges Bouloc, Dalloz, 2006, p.1025.
- *Y. Serra*,
« La non-industrie personnelle des époux », Mélanges A. Colomer, Litec 1993, p.449.

IV. CHRONIQUES, ETUDES, INSTRUCTIONS

- *Actes de Colloque,*

« EIRL : quel avenir ? », LPA 28 avr. 2011, p.42.

- *L-A. Barrière et L. Elineau,*

« L'EIRL ou l'échec du droit des sociétés », Dt des Soc 2011, étude 8.

- *S. de Bénalcazar,*

« Eloge de la raison juridique ou remontée des enfers », Dt de la Fam. 2007, étude n°2.

- *Bertheuil-Desfossés,*

« Sûreté et gestion : constituants personnes physiques », JCP N 2009, n°26, p.18.

- *R. Besnard Goudet,*

« Réflexions sur le PACS et le Droit des Sociétés », JCP E 2001, 1129.

- *C. Boudineau,*

« La loi Madelin. Quelle avancée pour les professions non salariées ? », LPA 27 oct.1995, n°129, p.10.

- *M. Brazier,*

JCP 1966, I, 1984.

- *M. Burgard,*

« La fiducie après la loi du 4 août 2008, l'ordonnance du 30 janvier 2009 et la loi du 1^{er} mai 2009 », LPA 24 août 2009.

- *S. Castagné,*

« Un mariage à trois : Le commerçant, son conjoint et le fonds de commerce » JCP N 2006, 1350.

« Le conjoint du chef d'entreprise après la loi du 2 août 2005 en faveur des PME, un statut rénové pour les conjoints collaborateurs », JCP 2006, p. 2065 et p. 1498.

- *Cl Champaud,*

« Observations sur les sociétés d'exercice libéral », RTDCom 1991, p.52.

- *J-L. Chabot,*

« Le fonds libéral en droit patrimonial de la famille », LPA 26 mars 2002.

- *C. Champaud et D. Danet,*

« Patrimoine affecté à une entreprise individuelle », RTDCom. 2010, p.349.

- *C. Champeaud et D. Danet,*

« La fiducie entrepreneuriale », RTDCom 2007, p.734.

- *J-P Chazal,*

Defrénois 2000, art. 37191.

- *N. Cocquempot-Caulier,*

« La protection du conjoint collaborateur...un leurre », JCP Ent. 2002, p.675. *D. De Roux,*
« l'entrepreneur à patrimoine affecté », Dt et Pat déc. 2008, p.20.

- *N. Cocquempot-Caulier*,
« La protection du conjoint collaborateur...un leurre », JCP E 2002, 676.
- *Colloque*,
« La fiducie, révolution juridique et pratique des affaires », JCP E 2007, n°36.
- *A. Colomer*
« Les régimes matrimoniaux et le droit commercial », Defrénois 1984, spéc.n°507 et s.
- *P. Courtier*,
« La fiducie et le principe d'unité du patrimoine », Gaz. Pal. 2007, p.234.
- *J-J Daigre*,
« Les SEL », Bull.Joly Soc. 1991, para 83, p.243.
- *I. Dauriac et C. Grare-Didier*,
« Le projet EIRL : l'enjeu pour la famille », Defrénois 2010, p.819.
- *F. Davy*,
« Cession isolée d'un bien immobilier d'une EIRL », Defrénois 2010, 2289.
- *Y. Delecraz*,
« Le nouveau régime des biens dans le PACS », AJ Fam. 2007, 15
- *A. Delfosse*,
Defrénois 2007, p.581.
- *A. Depondt*,
« Le PACS, aspects patrimoniaux », Dt et Pat. 2008, p. 74.
- *J. Derruppé*, « Régimes de communauté et droit des sociétés » JCP 1971, I, 2403.
- *d'Hoir- Laupêtre*,
« L'EIRL, un patrimoine affecté...voué à une désaffectation certaine ! », LPA 14 janvier 2011.
- *P-M. Dinh*,
« l'EIRL un hybride en droit français », JCP E 2010, n° 1979.
- *Dossier*,
« Le contrat de fiducie et l'opération fiduciaire », Dt et pat, juin 2008, p.45.
- *Dossier*,
« Approches critiques de l'EIRL », Bull.Joly Ent. Diff. 2011, p.52.
- *E Dubuisson*,
« Projet de loi EIRL : comprendre la technique et les enjeux », JCP N 2010, n°1115.
« Angoisse du praticien face à un entrepreneur individuel qui veut s'engager comme EIRL », JCP N 2010, n°1263.
« EIRL et particularités de transmission », RLDA juin 2010, p.64.

- *H. Fulchiron*,
« Le nouveau PACS est arrivé » Defrénois 2006, 1621
- *R. Besnard Goudet*,
« Réflexions sur le Pacs et le droit des sociétés » JCP E, 2001, p.1128.
- *D. Gibirila*
« Non-admission au bénéfice de la liquidation judiciaire du conjoint collaborateur du commerçant », Defrénois 2004, p. 1654.
Chronique de jurisprudence commerciale, Defrénois 2006, p. 927.
« L'entreprise individuelle à responsabilité limitée après les textes de décembre 2010 », Bull. Joly Sociétés, mars 2011, 105, p. 234 et s.
- *R. Gouyet*,
« Le choix d'une société d'exercice libéral comme mode d'exercice libéral », LPA 12 avr. 2000, p.4.
- *F. Granet-Lambrechts*,
« 32 propositions pour une révision de la loi du 15 novembre 1999 relative au PACS », Droit de la famille, 2005, étude 9.
- *D. Guevel*,
« Contribution à un essai de la notion de commerçant », LPA 25 août 1993, p.11.
- *S. Lambert-Wiber*,
« Unité du patrimoine et responsabilité financière de l'époux commun de biens », Defrénois 1999, 1153.
- *Lambert*
« Le sort du conjoint in bonis engagé aux côtés de son époux surendetté ou soumis à une procédure collective », , RTDCom. 2007,485 et s, sp487, n°3.
- *V. Larribau-Terneyre*
« Les nouvelles compétences du JAF : cadrage ou verrouillage ? », Dt de la Fam. 2011, étude 5.
« Le créancier se trouva fort dépourvu lorsque le divorce fut venu ou le nouvel article 1387-1 du code civil », Dt Fam. 2005, Etude 21.
- *J. Laurent*,
« Les pouvoirs », Droit et Patrimoine 2013, p. 221.
- *L. Lauvergnat*,
« Réflexions sur la généralisation du recours à la fiducie par la LME », Dt et Procéd. 2009, p.68.
- *Leavy*,
« Quels pouvoirs et devoirs pour le fiduciaire ? » Banq. et Dt janv-fév. 2009, p.14.

- *M. Lebeau*,
« Brèves remarques sur l'indivision d'acquêts des partenaires liés par un PACS », *Defrénois* 2010, 2093.
- *P-M. Le Corre*,
« Le passif de l'EIRL », *Bull.Joly Ent Diff.* 2011, p.70.
- *D. Legeais*,
« La réforme des sûretés, la fiducie et les procédures collectives » *Rev. Soc* 2007, p.687.
- *A. Legrand*,
« L'auto-entrepreneur à l'ère de l'EIRL », *D.* 2010, p.1898.
« L'entrepreneur individuel à responsabilité limitée pourra-t-il prétendre à une procédure de surendettement ? », *D.* 2010, 2385.
- *A Lienhard*,
« Censure formelle du Conseil constitutionnel », *D.* 2009, 2412.
- *F-X Lucas*,
« L'entrepreneur à patrimoine affecté, est-ce une si bonne idée ? » *Bull.Joly* 2008, p. 83.
- *M-C. Mariani-Riela*,
« Le devenir des mesures de protection du patrimoine individuel en cas de procédures collectives » *RLDA* juin 2010, p.57.
- *C. Malecki*,
« Le PACS et le droit des sociétés », *Revue des Sociétés* 2000, n°4, p. 653.
« Conjoint, pacsé : que reste-t-il de leurs différences en droit des sociétés après la loi n° 2006-728 du 23 juin 2006 ? », *JCP E* 2006, p. 2409.
- *F. Marmoz*,
« EIRL : nouvelle technique de l'organisation de l'entreprise », *D.* 2010, p.1570.
- *R. Martin*,
« La coopération conjugale dans l'entreprise familiale », *D.* 1982, chroniques p. 293.
- *A. Martin-Serf*,
« L'entreprise individuelle à risques limités », *RJCom* 2004, p.75.
- *M-E - Mathieu*,
« Vers un contrat de fiducie dans le Code Civil ? », *Dt et Pat*, fév. 2007, p.22.
- *J. Monnet*,
« Qualité de commerçant de l'associé en nom : un repère en discussion », *Dt des Soc* mars 2005, n°3, p.48.
- *M-H. Monsériè-Bon*,
« EIRL, EURL quelques éléments de réflexion », *RJCom.* 2010, p.460.

- *Pierre Murat*,
« Les régimes matrimoniaux et les régimes « pacsimoniaux » à l'épreuve de la rupture des couples », JCP N 2011, 34.
- *Notes anonymes*,
« Régime fiscal de la fiducie constituée par des personnes physiques en vue de la gestion de leur patrimoine privé », JCP N 2009, n°26, p.26.
- *Note de la rédaction*,
« Constitution et fonctionnement de l'EIRL », JCP N 2010, n°1261.
- *Note de la rédaction*,
« EIRL ou EURL, que choisir ? », BRDA 2011, n°10, p.14.
- *L.Nurit-Pontier*,
« Le couple et le droit des sociétés » Dr et patrimoine, juin 2003, p.20.
- *G. Paisant*,
« Peut-on abandonner la distinction du titre et de la finance en régime de communauté ? », JCP N, 1984, I, 19.
- *F. Pasqualini*,
« Les sociétés entre époux » JCP E, 1999, p.1858.
- *A. Pézard*,
« De l'utilité de la fiducie en droit financier », RTDF 2007, p.45.
- *D. Ponton-Grillet*,
« La spéculation en droit privé », D. 1990, chroniques p. 157.
- *J Prieur et P-J Saint Armand*,
« Sécuriser et optimiser la transmission de l'entreprise familiale », Dt et Pat 2007, p.89.
- *A. Prum*,
« L'arrivée annoncée de la fiducie », RD Banq. Fin. 2007, alerte 1.
- *R. Raffi*,
« Statut du conjoint collaborateur : évolution récente et difficultés d'application », LPA 4-5 août 2009.
- *J.Revel*,
« Droit des sociétés et régime matrimonial » Dalloz, 1993, chron.p.33.
- *C. Roussel*,
« Intérêts et limites de la fiducie après la loi LME, au sens du droit des sûretés », Dt et Pat, déc.2008, p.28.
« Combinaison fiducie et entreprise à patrimoine affecté », JCP N 2009, n°52, p.40.
« Un statut juridique et fiscal pour l'entrepreneur individuel : enfin ! », Dt et Pat 2010, p.17.
- *C. Roussel et Van Steenlandt*,
« Le droit français de l'entreprise à l'heure du 21 ème siècle », JCP N 2010, n°1327.

- *M. Roussile*,
« Modifications de certains éléments des SEL », Dt. Soc. 2011, n°111.
- *B. Saintourens*,
« A propos de l'article 12 de la loi 2005-882 du 2 août 2005 en faveur des petites et moyennes entreprises, la réforme du statut du conjoint du chef d'entreprise travaillant dans l'entreprise familiale », RTDCom. 2005, p.701.

« Régime juridique de la cession du fonds de commerce intégré dans le patrimoine affecté d'une EIRL », RTDCom. 2010, p.691.

« Organisation générale du commerce : Actes de commerce, commerçants et fonds de commerce », RTDCom. 2005, p. 703.
- *J-P Sénéchal*,
« EIRL : affectation de biens communs ou indivis », Bull.Joly Ent. Diff. 2011, p.62.
- *A. Sériaux*,
« Notion de patrimoine », RTDCiv. 1994, 801.
- *Ph Simler*,
« EIRL et communauté de biens entre époux », JCP 2011, n°4.

« Le nouveau régime matrimonial optionnel franco-allemand de participation aux acquêts », Droit de la Famille 2010, n°8.
- *Table ronde*,
« Le patrimoine d'affectation du professionnel indépendant », RLDC juin 2010, p.71,
- *F. Terré*,
« La personne et ses patrimoines ou l'EIRL », JCP E 2011, n°1011.

« EIRL naissance d'une nouvelle catégorie de personne physique ? », Dt et Fam 2011, étude 15.
- *J. Vallansan*,
« Le sort de l'éventuelle entreprise à patrimoine affecté soumise à une procédure collective » JCP E 2010, n°4, p.36.
- *B. Vareille*.
RTDCiv. 1996, Avr-juin 1996, p. 464.
- *D. Velardocchio*,
Lamy Sociétés Commerciales, Bulletin d'actualité, avr. 2000, n°123, p.2.
- *J-P. Viguier*,
« Du patrimoine d'affectation et de la loi relative à l'EIRL », Dt et Pat, sept. 2010, p.24.
- *Williate-Péllittéri*
« La boîte de Pandorre du monde des affaires », spéc. 80, LPA 9 août 2004.

« Les sociétés en participation de professions libérales réglementées et la réforme des sociétés civiles professionnelles », Bull.Joly Soc. 1991, para 245, p.825.

« Du nouveau en matière de SEL », Bull.joly 1994, para104, p.361.

« Modernisation du régime des sociétés de professions libérales Loi du 28 mars 2011 », Rev.Soc. 2011, p.543.

IV. AVIS/ REPONSES MINISTERIELLES :

- Avis CCRCS n° 04-55: BRDA 2005, n°2, p. 15.
- Avis CCRCS n° 05-88 bis du 15 décembre 2005, BRDA 2006, n° 6, p. 14.
- Réponse ministérielle n°10650 : JOAN 16 mars 1979, p. 1724.
- Rep. Min. Pringalle, n°12432, JOAN, 8 septembre 1979, p.7151.

- Rep. Min. n° 13294: JOAN Q, 20 août 1990, p. 3995.
- Rép. min n° 11747, JOAN, 29 oct. 2013.
-

V. DECRETS / CIRCULAIRES :

- Bulletin officiel du ministère de la justice n° 103 (1 er juillet au 30 septembre 2006), circulaires de la Direction des affaires civiles et du sceau, circulaire relative à la constitution des dossiers de cessions des offices publics et/ou ministériels, CIV 2006-12 M/26-06-2006 : Source du 26 juin 2015 : http://www.textes.justice.gouv.fr/art_pix/103-CIV-c.pdf

- Décret n°2012-783, 30 mai 2012, relatif à la partie réglementaire du Code de procédures civiles d'exécution, JO 31 mai, p. 9375.

VI. SITES INTERNET

- Lexibase. com
- Références septembre 2014 :
- <http://videos.lesechos.fr/them/3mn/jean-godefroy-desmazieres-la-transmission-familiale-d-entreprise-2764953670001.html>
- <http://videos.lesechos.fr/them/3mn/patrick-leclere-protoger-le-patrimoine-du-chef-d-entreprise-et-de-sa-famille-1925487896001.html>
- <http://www.general.fr/professionnel/nos-services-pro/tous-les-dossiers-conseils/protection-chef-entreprise/#statut-entreprise>
- <http://www.general.fr/professionnel/nos-services-pro/tous-les-dossiers-conseils/dossier-article-14-conjoint/>
- <http://www.apce.com/pid590/sarl-de-famille.html>
- <http://www.echos-judiciaires.com/chroniques-du-barreau/la-protection-du-logement-familial-du-chef-d-entreprise-a5198.html>
- <http://www.echos-judiciaires.com/chroniques-du-barreau-r25.html>

- <http://www.echos-judiciaires.com/chroniques-du-barreau/reforme-fiscale-des-cessions-de-valeurs-mobilieres-actions-et-parts-sociales-a9862.html>
- <http://www.echos-judiciaires.com/chroniques-du-barreau/anticiper-le-partage-de-sa-succession-les-liberalites-partages-a10149.html>
- <http://www.professioncgp.com/transmission-dentreprise-et-famille-recomposee/>
- http://www.avocats-picovschi.com/la-transmission-d-entreprise-familiale_article_289.html
- <http://www.info-retraite.fr/?id=parent>
- <http://www.notaires.fr/notaires/regime-matrimonial-du-chef-d-entreprise>
- <http://www.ganpatrimoine.fr/page/transmettre-son-entreprise-en-allegeant-sa-fiscalite.html>
- <http://www.gestionprivee.caisse-epargne.fr/entreprise/transmettre-entreprise-pacte-dutheil/>
- http://www.persee.fr/web/revues/home/prescript/article/pop_0032-4663_1995_num_50_3_5997
- http://www.uniondesfamilles.org/chiffres_sur_evolution_familles.htm
- <http://www.haute-marne.chambagri.fr/kit/fileadmin/documents/pac/p1070001.htm#%collabo>
- http://www.msa44-85.fr/lfr/documents/98935/1122622/FA3_Statut_Collaborateur.pdf
- http://www.lexisnexis.fr/pdf/DO/Directive_Unxdic_nx_2008-13.pdf
- Référence octobre 2014: [http://danc.free.fr/success/succes3.1\) htm](http://danc.free.fr/success/succes3.1) htm)
- Référence du 23/10/2014 : <http://www.toutsurlasuccession.com/reserve-et-quotite-disponible-droits-et-devoirs.html>
- Référence du 23/10/2014 : <http://droitfinances.commentcamarche.net/forum/affich-5347393-testament-usufruit-et-leg-d-appartement>.
- Référence du 24/10/2014 : <http://www.pratique.fr/cout-donation-testament-frais-notaire.htmr>.
- Référence du 24/10/2014 : <http://fr.wikipedia.org/wiki/Assurance-vie>.
- Référence du 24/10/2014 : http://www.lemonde.fr/argent/article/2012/12/24/utiliser-l-assurance-vie-pour-leguer-des-capitaux-dans-un-couple_1810006_1657007.html.
- Référence du 27/10/2014 : <http://www.dictionnaire-juridique.com/definition/don-donation.php>
- Référence novembre 2014 : <http://www.institut-numerique.org/section-2-une-donation-indirecte-4fd5b8b63cde3>.
- Référence du 4/11/2014 : <http://intranet.notalia.fr/index.php/2011/10/partage-et-licitations-definitions-notions-et-fiscalite/>.
- Référence du 4/11/2014 : <http://www.droitissimo.com/donation-succession/cout-dune-donation/qui-doit-payer-droits-donations>
- Référence du 5/11/2014: <http://succession.comprendrechoisir.com/comprendre/frais-de-notaire-donation>.

- Référence du 5/11 :2014 : <http://84.96.29.178/fiscalis/pdf/208/8m108.pdf>.
- Référence du 5/11 :2014 : <http://www.lexisnexis.fr/pdf/DO/8m108.pdf>.
- Référence du 7/11/2014 : <http://amcsa.fr/newsletter/hausse-des-droits-de-mutation-a-titre-onereux/>
- Référence du 7/11/2014 : <http://www.village-notaires.com/Les-nouveautes-fiscales-relatives>.
- Référence du 9/11/2014 : <http://www.talenz.fr/outils-fiscaux/cession-fonds-commerce>.
- Référence du 27 /11/2014 : <http://droit-finances.commentcamarche.net/contents/677-la-fiscalite-de-l-indivision>.
- Référence décembre 2014 : http://fr.wikipedia.org/wiki/Th%C3%A9orie_de_l'apparence
- Référence du 28/12/2014 : <http://www.corporatezero.com/index.php/item/61-les-societes-sans-personnalite-juridique/61-les-societes-sans-personnalite-juridique>
- Référence 20/03/ 2015 : <http://droit-finances.commentcamarche.net/faq/26162-acte-conservatoire-definition-et-exemples>
- Référence du 20/03/2015 : <http://droit-finances.commentcamarche.net/faq/26163-acte-d-administration-definition-et-exemples#q=acte+d%27administration&cur=1&url=%2F>
- Référence du 20/03/2015 : <http://droit-finances.commentcamarche.net/faq/26158-acte-de-disposition-definition-et-exemples#q=actes+de+disposition&cur=1&url=%2F>:
- Référence juin 2015 :
- Référence du 26 juin 2015 : <http://www.avocat-campi.com/divorce-entrepreneur.php>
- Référence du 27 juin 2015 : <http://www.distripedie.com/distripedie/spip.php?article1546>.
- Référence du 27 juin 2015 : <http://www.village-notaires.com/Les-biens-du-couple-actualite-2010>
- <http://www.village-notaires.com/Les-biens-du-couple-actualite-2010>
- Référence juillet 2015 :
- Référence du 7 juillet 2015 : <http://www.dictionnaire-juridique.com/definition/regimes-matrimoniaux.php>
- Référence du 8 juillet 2015 : Sourcedu26juin2015 : http://www.legalnewsnotaires.com/index.php?option=com_content&view=article&id=88411.
- Référence du 22 juillet 2015 : http://www.expertise-audit.fr/Public/Creer/creer_4.php
- Référence du 22 juillet 2015 <http://www.village-justice.com/articles/SELARL-Unipersonnelle-outil,17790.html>

- Référence septembre 2015 :
- Référence du 17/09/2015 : http://www.lexisnexis.fr/pdf/DO/Directive_Unxdic_nx_2008-13.pdf
- Référence du 12/09/2015 : <http://droit-finances.commentcamarche.net/contents/621-conjoint-salarie-le-statut-du-conjoint-salarie>
- Référence du 13 du 12/09/2015 : <http://www.vieliberale.fr/exercice-en-liberal-professionnels-sante/statut-du-conjoint-du-professionnel-sante-liberal.html#paragraphe4322>
- Référence du 24/09/2015 : <http://www.documentissime.fr/dossiers-droit-pratique/dossier-242-le-statut-du-conjoint-associe/le-statut-du-conjoint-associe.html>
- Référence octobre 2015 :
- Référence du 9/09/2015 : http://www.cma-lyon.fr/documents/pdf/social_collaborateur.pdf.
- Réf. du 9/09/2015 : <http://www.femmesdelartisanat.com/dossiers-professionnels/formation-apprentissage/formation-gestion-dentreprise-geab-les-organismes-formation/>
- Référence du 9/09/2015 : http://www.cma-lyon.fr/documents/pdf/social_collaborateur.pdf
- Référence du 9/09/2015 : <https://www.cfe-metiers.com/HTM/StatutConjoints.pdf>
- Référence du 1/10/2015 : <http://www.notaires.paris-idf.fr/entrepreneur/quest-ce-quune-societe-en-nom-collectif-snc> et <http://www.iea-avocats.fr/images/lespartssocialesetregimes.pdf>
- Référence du 8 octobre 2015 : http://www.cma13.fr/fileadmin/documents/CMA13-dossiersThematiques/conjoint/CMA13_DT-conjoint_Consequences-conjoint-sans-statut.pdf
- Références novembre 2015 :
- Référence du 5/11/2015 : <http://bofip.impots.gouv.fr/bofip/1655-PGP.html>
- Référence du 9/11/2015 : <https://www.apce.com/pid10614/imposition-des-plus-values.html?espace=3>
- Référence du 13/11/ 2015 : <http://www.avocat-campi.com/divorce-entrepreneur.php>
- Référence du 15 novembre 2015 : <http://www.lecoindesentrepreneurs.fr/clause-d-agrement-fonctionnement/>
- Référence du 16 novembre 2015 : http://revuefiduciaire.grouperf.com/guide/20122/rfiducgu20122_0400_58076D_001.html
- Référence du 16 novembre 2015 : http://fiches.dalloz-etudiant.fr/fileadmin/contenu_fiches/Prive/La_repartition_des_richesses_dans_le_r egime_legal/D_1992_37_Le_Guidec.pdf

- Références décembre 2015 :
- Référence du 14/12/2015 : <http://www.legavox.fr/blog/maitre-joan-dray/droits-epoux-lors-mise-liquidation-13005.htm#.Vm7EEOZtfwA>
- Référence du 27/12/2015 : <http://www.eleves-huissierjustice.fr/index.php/item/articles-2/l-epoux-in-bonis-et-la-procedure-collective-de-son-conjoint-2.html>
- Référence du 28/12/2015 :
<http://www.revuedlf.com/droit-civil-patrimonial/le-partage-provoque-par-le-creancier-face-aux-droits-fondamentaux-des-coindivisaires-2eme-partie/>
- Référence du 29/12/2015 :
<http://www.bruno-bedaride-notaire.fr/fr/article/etudes-droit/presentation-juridique-fiscale-et-comptable-de-la-fiducie/actualites.html>
- Référence janvier 2016 :
- Référence du 5/01/2016 :
<http://www.lepetitjuriste.fr/droit-des-affaires/droit-des-entreprises-en-difficulte/quand-la-declaration-notariee-dinsaisissabilite-passe-la-liquidation-judiciaire-trepasse/>
- Réf. du 8/01/2016 : <http://www.dalloz-actualite.fr/article/liquidation-des-interets-patrimoniaux-des-pacses-0#.Vo5sEfnhDIU>
- Référence du 11/01/2016 :
https://www.courdecassation.fr/publications_26/rapport_annuel_36/rapport_2011_4212/troisieme_partie_etude_risque_4213/charge_risque_4214/charge_risque_4238/procedures_collectives_22850.html
- Référence mars 2016 :
- Réf. du 11/03/2016 : <http://www.legavox.fr/blog/maitre-joan-dray/dirigeant-caution-delaiss-plan-redressement-15350.htm#.VuLWRfnhDIU>
- Réf. du 20/03/2016 : http://www.leparticulier.fr/jcms/c_46019/caution-d-entreprise-comment-eviter-le-pire
- Réf. du 24/03/2016 : <http://www.petite-entreprise.net/P-1755-84-G1-avantages-et-inconvenients-de-l-affacturage.html>
- Réf. du 25/03/2016 : <http://www.legavox.fr/blog/maitre-anthony-bem/moyens-defense-caution-poursuivie-paiement-1210.htm#.VvFpl-LhDIV>
- Réf. du 13/05/2016 :
<http://patrimoine.lesechos.fr/impots/droits-de-succession/0203576429347-miser-sur-le-pacte-dutrail-1015128.php>
- Référence mai 2016 :
- Réf. du 19/05/2016 :
<http://www.bruno-bedaride-notaire.fr/fr/c/-/clause-commerciale-contrat-de-mariage-/lexique-juridique-et-fiscal-de-bedaride-notaire-d-affaires.html>

INDEX

(Les numéros indiqués renvoient aux paragraphes)

- **A** :

Affacturage : 637.

Apport en industrie : 471 à 473.

Apport en société : 271

Associé : 40 à 65, 80 à 82, 84 à 105, 190 à 192, 393 à 413, 474, 482 et s.,
792 et s.

Attribution préférentielle : 485 à 495, 750 à 765.

Assurance-vie : 80, 586 à 589, 667 à 678.

Avantages matrimoniaux : 561 et s., 820 et s.

- **B** :

Bail : 250, 255.

Bénévolat : 83 et s., 350 et s.

Biens communs : 245, 290 et s., 257 et s.

Biens propres : 247, 248, 251 à 253, 274, 290 et s., 500.

BIP : 641 à 644.

- **C** :

Cautionnement : 606 à 648.

Cession de clientèle : 253 à 268.

Cession de parts sociales : 174 à 182, 222 à 227, 476, 771 et s.

Changement de régime matrimonial : 556 et s., 818 et 819.

Clause alsacienne : 821.

Clause commerciale : 822.

Clause d'agrément : 484, 716 à 718, 788 et s.

Clause d'inaliénabilité : 590 à 593.

Clause du contrat de mariage : 820 et s.
Clauses statutaires : 712 et s.
Clientèle : 253 et s.
Co-exploitation : 39 à 65, 393 et s.
Cogestion : 158 et s., 252 à 268, 352 et s.
Consentement du conjoint : 254, 272, 610, 612
Collaboration : 41 et s., 347 et s.
Communauté réduite aux acquêts : 244 et s.
Commercialité de fait : 415 à 425.
Communauté universelle : 243.
Concubinage : 17 à 126, 650 à 727.
Conjoint associé : 393 et s.
Conjoint collaborateur : 350 et s.
Conjoint salarié : 381 et s.
Conjoint survivant : 728 et s.
Contrat de travail : 382 et s., 440 à 454.
Convention de changement de régime matrimonial : 556 et s., 817 et s.
Convention d'indivision : 77 à 79, 739 et s.
Créance de salaire différé : 743 et s.
Créanciers : 194 à 202, 286 à 306, 335 à 341, 530 à 539, 589 à 604, 616 à 621, 629 et s.

- **D:**

Démembrement de parts sociales : 722 à 726.
Dettes : 286 à 306, 509 et s., 611 et s.
Divorce : 326 et s., 342, 455 à 505, 556 et s.
Donation : 565 et s., 679 à 695, 795, 803 à 816.
Donation au dernier vivant : 824 et s.

- **E** :

EIRL : 303, 776 et 777, 813 et s.

Enrichissement sans cause : 106 à 113, 436 à 439.

Entreprise en difficulté : 506 à 604.

Epoux : 237 à 593, 605 à 648, 728 à 838.

Exploitation commune : 39 à 65, 80 à 126, 347 à 454, 542 et s.

- **F** :

Famille : 1 à 10.

Fiducie : 578 et s.

Fonds de commerce : 247 à 268, 458 à 462, 736 à 780.

Fonds libéral : 463, 736 à 780.

- **H** :

Héritiers : 653 à 678, 728 à 797.

- **I** :

Indivision : 67 à 79, 131 à 202, 322 à 325, 462 à 466, 496 à 499, 599 et s.,
737 à 740, 779 et s.

- **L** :

Lien de subordination : 440 à 453.

Liquidation judiciaire : 507 à 604.

Location gérance : 256, 767 à 770.

Locaux professionnels : 250 à 252.

- **M** :

Mandat à effet posthume : 833 et 834.

Mandat entre époux : 247 et s.

Mariage : 237 à 648, 728 à 838.

- **N** :

Nantissement : 638 à 639.

- **P** :

Pacte Dutreil : 802 à 816.

PACS : 127 à 236, 594 à 604.

Partage : 458 à 480, 500 à 505, 739 et s.

Participation aux acquêts : 328 à 346.

Patrimoine : 114 à 126, 139 à 192, 208 à 219, 247 à 346, 458 à 480, 517 à 539.

Période d'observation : 619.

Plan de sauvegarde : 620.

Prêt : 17 à 38.

Procédures collectives : 121 et s., 507 à 604.

- **R** :

Redressement judiciaire : 507 à 604.

Régimes matrimoniaux : 242 à 346.

Régime de la participation aux acquêts : 328 à 345.

Régime de la séparation de biens : 307 à 327.

Retraite : 431 à 434

- S:

Siagi : 655 et s.

Société créée de fait : 84 à 105.

Sociétés de capitaux : 782 à 786.

Sociétés de personne : 787 à 793.

Société de portefeuilles : 80 à 82.

Société entre époux : 593 et s.

Solidarité : 393 à 413.

Succession : 650 à 831.

- T:

Testament : 652 à 666.

Théorie de l'accessoire : 18 et s.

Théorie de l'apparence : 115 et s.

Théorie du patrimoine : 1.

Travail dissimulé : 426 et s.

Tontine : 697 à 711.

Transmission : 649 à 831.

- V:

Vices de procédure : 628 et s.

TABLE DES MATIERES

Liste des principales abréviations p. 3.

Sommaire p. 7.

Introduction p. 8.

1^{ère} Partie : L'incidence de l'activité professionnelle sur le couple, du vivant du chef d'entreprise p. 17.

Titre 1 : La protection de la personne en couple avec le chef d'entreprise contre les incidences de la pratique des affaires p. 18.

Chapitre 1 : Les incidences de l'activité professionnelle sur le concubin et le partenaire du PACS p. 19.

Section 1) Des moyens de protection limités pour le concubin p. 20.

§ 1. Les moyens pour le concubin de préserver ses intérêts en cas de prêt au chef d'entreprise p. 20.

I. La problématique de la preuve en matière de prêts entre concubins p. 21.

II. Les actions envisageables pour obtenir gain de cause p. 24.

§2 Le sort du concubin travaillant avec le chef d'entreprise p. 26.

I. La co exploitation d'un fonds par les concubins p. 26.

A. La société créée par des concubins aux fins de co-exploitation, garante des droits de chacun p. 27.

B. Le danger de l'indivision pour les concubins p. 37.

1. Les risques de l'indivision légale pour les concubins p. 37.

2. L'établissement préférable d'une convention d'indivision par les concubins p. 39.

3. Création d'une société civile de portefeuilles entre concubins p. 40.

II. Une juste reconnaissance de l'aide bénévole apportée par le concubin p. 41.

A. La difficulté d'établir l'existence d'une société créée de fait p. 42.

B. L'action *de in rem verso*, meilleure garante de succès pour le concubin p. 51.

C. Une aide pouvant avoir des conséquences dangereuses pour le patrimoine du concubin p. 55.

1. Un concubin associé malgré lui par la théorie de l'apparence p. 55.

2. Les dangers pour le patrimoine du concubin p. 57.

Section 2. Les possibilités offertes par le PACS p. 60.

§1. Le régime d'indivision applicable aux PACS conclus avant le 1/01/2007, dangereux pour le partenaire et les tiers ? p. 61.

A. Les dangers des effets patrimoniaux du PACS pour les partenaires p. 64.

1. Des effets patrimoniaux du PACS difficilement conciliables avec le droit des affaires p. 64.

a. Les effets indésirables du PACS préalablement au démarrage de l'activité professionnelle du chef d'entreprise p. 65.

b. Les effets indésirables du PACS s'agissant de la gestion de l'activité et de l'exercice des droits p. 70.

2. Les effets patrimoniaux du PACS sources de difficultés en pratique p. 77.

a. En cas de cession de parts sociales p. 77.

b. En cas de dissolution du PACS p. 80.

B. Les dangers pour les tiers contractant avec le chef d'entreprise partenaire de PACS p. 82.

1. Des conséquences patrimoniales du PACS injustes pour la vie sociale p. 82.

a. Les difficultés rencontrées par les associés p. 82.

b. L'incompatibilité du PACS et du droit des affaires du point de vue de l'intérêt de la société p. 84.

2. Les difficultés rencontrées par les créanciers des partenaires p. 85.

§2. Le régime de séparation de biens applicable aux PACS conclus depuis le 1/01/2007, en apparence plus protecteur pour le partenaire du chef d'entreprise p. 88.

A. Un nouveau régime a priori plus protecteur pour le partenaire p. 86.

1. La publicité du PACS conférant un véritable statut social aux partenaires p. 89.

2. La séparation de biens, un changement radical et mieux adapté au droit des sociétés p. 90.

a. d'une Super-Communauté à la séparation des patrimoines p. 90.

b. Un régime des biens plus conforme aux nécessités des affaires p. 92.

B. L'éloignement du partenaire du statut de conjoint en pratique p. 94.

1. Les évolutions concernant le partenaire du chef d'entreprise attendues en droit des affaires p. 95.

a. Le partenaire, un oublié du droit de cession des titres sociaux p.95.

- b. L'impossible représentation aux assemblées par son partenaire ? p. 96.
- c. L'absence de droit du partenaire sur les biens professionnels du chef d'entreprise p. 97.

2. Les insatisfactions persistantes en droit civil tendant à éloigner le partenaire du statut de conjoint p. 98.

Chapitre 2. Les choix de protection à envisager concernant l'époux du chef d'entreprise p. 101.

Section 1. Un régime matrimonial à murement réfléchir p.100.

I. L'incompatibilité des régimes communautaires avec la pratique du droit des affaires p. 103.

A. La communauté universelle, une option inenvisageable p. 103.

B. Le régime légal de la communauté d'acquêt ou une absence de choix révélatrice de négligence p. 104.

1. Complexités relatives à la détermination des actifs et à la gestion p. 104.

a. Le sort des instruments de travail p. 105.

b. Les locaux professionnels p. 106.

c. Difficultés relatives à la cession de clientèle p. 107.

d. Le sort des parts sociales en régime de communauté p. 108.

2. Le sort commun des dettes professionnelles, principal inconvénient du régime légal p. 121.

a. Le conjoint a priori préservé des dettes du chef d'entreprise nées antérieurement au mariage p. 122.

b. L'incidence sur l'époux des dettes du chef d'entreprise créées postérieurement au mariage p. 124.

II. La séparation de biens, une protection factice du conjoint p. 131.

A. Le régime de la séparation de bien, souhaitable du point de vue du chef d'entreprise p. 131.

B. Les inconvénients du régime de la séparation de biens pour le conjoint p. 133.

1. En raison du fréquent recours à l'indivision en pratique p. 135.

2. En cas de divorce p. 136.

III. Le régime de participation aux acquêts, solution préférable p. 137.

A. La participation aux acquêts, un régime adapté pour le chef d'entreprise p. 138.

B. Des avantages indéniables pour le conjoint marié sous le régime de la participation aux acquêts p. 140.

1. La protection du conjoint à l'égard des créanciers professionnels du chef d'entreprise p.140.

2. Le droit de participation du conjoint en cas de divorce garant d'une protection efficace p. 142.

Section 2. Le choix d'un statut juridique pour le conjoint travaillant avec le chef d'entreprise, vivement conseillé p. 145.

I. Les statuts possibles pour le conjoint travaillant avec le chef d'entreprise, garants de protection p. 146.

A. Un statut de conjoint collaborateur enviable ? p. 146.

1. Avantages p. 147.

2. Inconvénients p.155.

B. Le statut de conjoint salarié, solution idéale p. 160.

1. Avantages p. 160.

2. Inconvénients p. 163.

C. Le statut de conjoint associé, source d'égalité dans le couple p. 165.

1. Des avantages indéniables pour le conjoint p. 165.

2. Inconvénients de la société entre époux p. 168.

a. La qualité de conjoint associé, un statut risqué pour l'époux p. 169.

b. Un statut risqué pour le chef d'entreprise en cas de divorce p. 170.

c. Inconvénients pour les autres associés p. 171.

II. La dangerosité de l'absence de choix entre les statuts possibles p. 173.

A. La menace de la commercialité de fait pour le conjoint p. 174.

B. Les risques du travail dissimulé p. 177.

C. Absence de cotisation pour le droit à la retraite à titre personnel p. 181.

III. Les recours envisageables en l'absence de choix pour l'un des statuts du conjoint travaillant avec le chef d'entreprise p. 182.

A.L'impossible demande fondée sur l'enrichissement sans cause en régime de communauté p. 183.

B.L'admission facilitée de l'existence d'un contrat de travail *a posteriori* entre conjoints p. 185.

1. L'abandon du critère de lien de subordination pour la qualification de contrat de travail entre époux p. 185.

2. L'abandon du critère de lien de subordination en vue de la protection des tiers contre le travail fictif p. 189.

Section 3) La situation de l'époux commun en biens en cas de divorce avec le chef d'entreprise p. 190.

§1) Les droits du conjoint sur les biens professionnels communs en cas de divorce, illustrant la force de l'esprit communautaire lors du partage p. 191.

I. L'irréremédiable attraction vers la communauté des biens professionnels acquis ou développés durant l'union, témoignant de la protection du conjoint en cas de divorce p. 191.

A. La problématique des conséquences du partage du fonds commun p. 192.

1. Sort du fonds de commerce commun en cas de divorce p. 192.

2. Sort du fonds civil en cas de divorce p. 195.

B. Survivance après la dissolution du mariage des conséquences de l'industrie personnelle constitutive d'un bien commun p. 199.

C. Le sort des parts sociales en cas de divorce, révélateur de la protection du conjoint p. 201.

III. Recours du chef d'entreprise pour la réappropriation de l'activité professionnelle au terme du divorce à charge de récompense p. 205.

A. La renonciation par le conjoint de la revendication à la qualité d'associé, précaution indispensable p. 206.

B. La protection des associés par l'insertion d'une clause d'agrément spécifique p. 206.

C. L'attribution préférentielle, une solution parfois inopérante, en raison de la nécessité du versement d'une soulte souvent conséquente p. 207.

D. La demande de rémunération pour la gérance du bien professionnel indivis, garante du rétablissement d'un minimum d'équité p. 212.

§2) Les conséquences dans le partage du financement pendant l'union d'un bien professionnel propre p. 214.

Titre 2 : L'incidence des difficultés financières du chef d'entreprise sur son couple p. 219.

Chapitre 1 : La protection du patrimoine de l'époux ou du partenaire en cas de procédure collective p. 220.

Section 1) Inconvénients et avantages pour l'époux de la mise en place d'une procédure collective à l'égard de l'entreprise de son conjoint p. 220.

§1) La prédominance de l'application du droit des procédures collectives sur les droits du conjoint p. 221.

I. Les atteintes aux droits du conjoint, tiers à la société du chef d'entreprise p. 222.

A. L'atteinte à la libre disposition des biens communs par le dessaisissement de pouvoir du conjoint p. 222.

B. La protection des patrimoines des conjoints en cas de procédure collective p. 225.

1. La préservation des biens propres du conjoint in bonis p. 226.

2. Le cantonnement du règlement des créanciers professionnels aux biens communs à l'achèvement de la procédure collective, source de difficultés p. 231.

a. Dispositif protégeant les droits des créanciers de l'époux in bonis sur les biens communs p. 231.

b. Dispositifs contrant l'atteinte aux droits du conjoint in bonis sur les biens communs p. 232.

II. Le bénéfice des procédures collectives et le conjoint intéressé aux affaires p. 236.

A. La qualité pour demander le bénéfice d'une ouverture d'une procédure collective, entendue strictement p. 237.

1. Ouverture d'une procédure collective en cas de co-exploitation p. 237.

2. La difficulté pour le conjoint collaborateur de demander à bénéficier de la procédure collective de son époux p. 239.

B. Le recours possible au traitement des difficultés des particuliers par le conjoint in bonis p. 241.

§2) La mise en œuvre difficile de solutions efficaces mettant à l'abri le conjoint p. 244.

A. Les techniques juridiques inopérantes à la protection contre une procédure collective de l'un des époux p. 244.

1. Inutilité du changement de régime matrimonial ou du divorce p. 245.

2. La paralysie des avantages matrimoniaux en cas de procédure collective p. 247.

3. Remise en cause des actes de dispositions à titre gratuit en cas de procédure collective p. 249.

B. Les moyens préventifs de protection efficaces en cas de procédure collective p. 251.

1. Organisation des rapports entre époux p. 251.

2. Les mécanismes de protection extérieurs au droit des régimes matrimoniaux p. 253.

a. Choix pour une forme sociale à la responsabilité limitée p. 253.

b. Le recours à la fiducie pour démembrer le patrimoine du couple p. 255.

c. Le recours à l'assurance-vie, échappatoire aux conséquences d'une procédure collective p. 258.

d. Existence d'une clause d'inaliénabilité p. 260.

Section 2) Le statut de partenaire de PACS, plus favorable en cas de procédure collective p. 262.

§1) Le statut enviable du partenaire en cas de procédure collective p. 263.

§2) La protection du partenaire in bonis en indivision avec le chef d'entreprise soumis à une procédure collective p. 264.

Chapitre 2 : Le cautionnement, un service risqué et à éviter p. 268.

Section 1) La protection du conjoint contre le cautionnement non expressément consenti p. 269.

§1) Le cautionnement, une notion entendue strictement p. 269.

§2) Les dangers du cautionnement pour le conjoint p. 273.

I. La mise en péril du patrimoine familial à raison du cautionnement de l'activité du chef d'entreprise p. 273.

II. Le sort peu enviable de l'époux caution du chef d'entreprise placé sous procédure collective p. 275.

A. Principe p. 275.

B. Exceptions p. 276.

1. Absence de poursuites contre la caution en période d'observation p. 277.

2. Interdiction de poursuite de la caution en cas de plan de sauvegarde du débiteur p.278.

Section 2) Techniques permettant de déjouer le cautionnement de l'époux pour son conjoint p. 279.

S1) Les possibilités de remettre en cause l'obligation de paiement de l'époux caution p. 280.

A. Moyens préventifs de limitation de l'engagement de l'époux caution p. 280.

B. Moyens de remise en cause de l'obligation de cautionnement a posteriori p. 281.

1. Vices de procédure susceptibles d'entraîner l'annulation de l'acte p. 281.

2. Imprudence volontaire de la part du créancier susceptible d'entraîner l'annulation du cautionnement p. 282.

§2) Les moyens d'éluder le recours au cautionnement p. 286.

A L'utilisation d'autres garanties que le cautionnement p. 286.

1. Le recours au contrat d'affacturage p. 286.

2. Souscription d'un nantissement conventionnel p.287.

B. Le recours aux organismes de caution, technique efficace afin de contrer les risques du cautionnement du conjoint p. 2857

1. Cautionnement ou financement par la BPI p. 288.

2. Cautionnement par la SIAGI p. 289.

3. La possibilité d'annulation du cautionnement par le chef d'entreprise ou son conjoint en cas de garantie de caution par la BPI p.290.

2ème Partie : L'incidence de l'activité professionnelle au décès du chef d'entreprise p. 293.

Titre 1 La recherche difficile d'une protection pour le concubin, en cas de décès du chef d'entreprise p. 294.

Chapitre 1) Les moyens de protection issus du droit commun à la disposition du chef d'entreprise, soucieux de préserver les intérêts à venir de son concubin p. 295.

Section 1) Le testament, à défaut de meilleure gratification du concubin p. 296.

§1. Le testament en faveur du concubin, une solution palliative p. 296.

§2. Le recours à l'assurance-vie au profit du concubin, solution idéale p. 301.

Section 2) La donation entre concubins, un choix peu avantageux p. 304.

§1) La donation classique, une solution onéreuse p. 306.

§2) La donation-partage, une solution avantageuse pour le concubin p. 307.

Chapitre 2) L'utilisation de clauses extrastatutaires ou statutaires, comme moyens de protection du concubin associé au chef d'entreprise p.309.

Section 1) La pratique de la tontine ou clause d'accroissement en matière de concubinage p. 310.

§1) L'utilité limitée de la technique en droit civil p. 310.

§2) Une technique intéressante dans le monde des affaires p. 313.

Section 2) L'utilité du recours à l'insertion de certaines clauses dans le pacte social p. 313.

§1) Les risques à la constitution mal maîtrisée d'une société entre concubins p. 313.

§2) Les moyens d'anticiper la rupture du concubinage par décès p. 316.

I. La clause d'agrément, faveur ou défaveur pour le concubin p. 317.

II. L'efficacité des clauses relatives à la gérance en cas de décès p. 318.

III. Le démembrement croisé des parts sociales, solution idéale en matière de concubinage p. 318.

Titre 2 La qualité d'époux, meilleur gage de sécurité pour la succession p. 321.

Chapitre 1) Le sort traditionnel du fonds ou des parts au décès ou du chef d'entreprise p. 323.

Section 1) Le devenir du fonds en cas de décès du chef d'entreprise p. 324.

§1) L'indivision, une situation incompatible avec la bonne gestion de l'entreprise p. 324.

I.L'indivision subie, source de complications p. 324.

II.L'indivision conventionnelle préférable, préalablement au partage ? p. 325.

§2) Les possibilités offertes au conjoint pour l'appropriation du fonds de l'entrepreneur décédé p. 327.

I.Les droits du conjoint ayant participé à l'exploitation p. 327.

A. La créance de salaire différé p. 327.

B. L'attribution préférentielle du fonds p. 330.

1. Conditions relatives au bénéficiaire p. 331.

2. Conditions relatives à l'exploitation p. 332.

3.Difficultés relatives au dénouement de l'attribution préférentielle p. 334.

II. Les solutions s'offrant au conjoint n'ayant pas participé à l'exploitation p. 337.

A.La mise en location gérance du fonds p. 337.

B.La cession de clientèle pour les fonds civils p. 339.

§3)L'EIRL, une forme sociale facilitant la transmission p. 340.

Section 2) Le destin des parts sociales p. 343.

§1) L'entrée des héritiers dans la société conditionnée par la forme sociale p. 344.

I.Sociétés de capitaux et héritiers p. 344.

II. Sociétés de personnes et héritiers p. 346.

§2)Le problème du droit de vote des héritiers indivisaires p. 348.

Chapitre 2) Les moyens d'avantager son conjoint p. 351.

Section 1) La transmission à titre gratuit des titres ou du fonds par la mise en œuvre de l'avantageux Pacte Dutreil p. 352.

§1) L'anticipation, un préalable nécessaire p. 352.

§ 2) Mise en œuvre de la transmission par le Pacte Dutreil p. 353.

I.Transmission des titres sociaux p. 354.

II.Transmission d'une entreprise individuelle p. 357.

Section 2) Les outils offerts par le droit des régimes matrimoniaux p. 359.

§1) Le changement de régime matrimonial p. 359.

§2) Les aménagements contractuels du régime matrimonial p. 361.

I. Clauses matrimoniales permettant d'avantager le conjoint survivant p. 362.

A. Clause alsacienne p. 362.

B. Clause commerciale ou clause de prélèvement moyennant indemnité p. 362.

C. Clause de préciput p. 363.

D. Clause dérogeant au partage par moitié p. 364.

II. Recours des héritiers p. 365.

Conclusion p. 367.

Bibliographie p. 371.

Index p. 385.

Table des matières : p. 390.

RESUME :

Le fait, pour un chef d'entreprise, d'exercer une activité professionnelle par la gestion d'un fonds de commerce, artisanal ou libéral ou de parts sociales d'une société, a des incidences sur la personne qui partage sa vie. Les difficultés personnelles ou financières qu'il peut rencontrer, parce qu'elles ont un impact sur son patrimoine, peuvent influencer sur celui de son concubin, partenaire de PACS, ou époux, *a fortiori* lorsque ces derniers ont des intérêts financiers communs avec le chef d'entreprise (prêt, cautionnement, acquisition en commun des outils professionnels), ou lorsqu'ils participent à son activité professionnelle (de façon légitime avec adoption d'un statut ou en dehors de tout cadre légal).

L'activité professionnelle exercée par le chef d'entreprise peut donc avoir des conséquences positives (sur le patrimoine du couple) ou négatives sur la personne en couple avec lui, selon la prospérité que connaît l'activité, ou les difficultés qu'elle rencontre (procédure collective, souscription d'emprunts, existence de dettes, conflits entre associés). Il convient donc de s'interroger sur le statut le plus protecteur pour la personne en couple avec le chef d'entreprise ? Par ailleurs, l'existence même de l'activité peut se trouver perturbée par l'évolution du couple (adoption d'un nouveau lien juridique ou modification de celui-ci, mais surtout rupture, ou décès du chef d'entreprise). D'où la nécessité d'envisager au gré des hypothèses, les meilleurs moyens de protection qui concernent la personne en couple avec le chef d'entreprise, ce dernier et l'entreprise elle-même, une des difficultés tenant à l'autonomie que celle-ci revêt en tant que sujet de droit indépendant du chef d'entreprise

