



HAL
open science

Régimes matrimoniaux et droits des sociétés : les sociétés entre époux

Loris Galbois

► **To cite this version:**

Loris Galbois. Régimes matrimoniaux et droits des sociétés : les sociétés entre époux. Droit. 2017. dumas-02314849

HAL Id: dumas-02314849

<https://dumas.ccsd.cnrs.fr/dumas-02314849>

Submitted on 14 Oct 2019

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.



UNIVERSITÉ DE LA
RÉUNION **Faculté de droit et**
d'économie *Année universitaire*
2016-2017



Mémoire de Recherche

Présenté en vue de l'obtention du
MASTER II Droit du Patrimoine
Parcours « DROIT NOTARIAL »

« LE TITRE DE TON MÉMOIRE »

Par

Loris GALBOIS

Sous la direction de

Madame Anne-Françoise ZATTARA-GROS

MCF-HDR à l'Université de La Réunion

SOMMAIRE

SOMMAIRE	3
REMERCIEMENTS	5
TABLE DES ABRÉVIATIONS	6
INTRODUCTION	8
PREMIÈRE PARTIE – LES RÉGIMES MATRIMONIAUX : VÉRITABLE COLONNE VERTÉBRALE DES SOCIÉTÉS ENTRE ÉPOUX	16
CHAPITRE 1 - LA PRIMAUTÉ DES RÈGLES DES RÉGIMES MATRIMONIAUX AU STADE DE LA CONCEPTION D'UNE SOCIÉTÉ	16
SECTION 1 - LA SUPERIORITY DES RÈGLES DES RÉGIMES MATRIMONIAUX SUR LES RÈGLES RELATIVES AUX APPORTS EN SOCIÉTÉ	16
SECTION 2 - LE STATUT D'ASSOCIÉ À L'ÉPREUVE DES RÈGLES DU DROIT DES RÉGIMES MATRIMONIAUX	40
CHAPITRE 2 - L'EMPREINTE DES RÉGIME MATRIMONIAUX DANS LA GESTION DES SOCIÉTÉS	55
SECTION 1 - L'INCIDENCE DES RÉGIMES MATRIMONIAUX DANS LA GESTION DES DROITS SOCIAUX DES ÉPOUX ASSOCIÉS	55
SECTION 2 - L'INFLUENCE DES RÉGIMES MATRIMONIAUX SUR LES DROITS ET OBLIGATIONS DES ÉPOUX ASSOCIÉS	62
DEUXIÈME PARTIE – LES RÉGIMES MATRIMONIAUX : VÉRITABLES CŒUR DES SOCIÉTÉS ENTRE ÉPOUX	72
CHAPITRE 1 - LA POSITION DU DROIT DES RÉGIMES MATRIMONIAUX AU SEIN DES SOCIÉTÉS	72
SECTION 1 - LA PRÉPONDÉRANCE DES RÉGIMES MATRIMONIAUX AU SEIN DES FONCTIONS DE DIRECTION DES SOCIÉTÉS	72
SECTION 2 - L'EXCLUSION RELATIVE DES REGIMES MATRIMONIAUX DANS LA SOCIÉTÉ CRÉÉE DE FAIT ET LE COMPTE-COURANT D'ASSOCIÉ	77
CHAPITRE 2 - LES ÉPOUX FACE À LA DISPARITION DE LA SOCIÉTÉ	84
SECTION 1 - LA TRANSMISSION DES TITRES SOCIAUX SOUMIS AUX FILTRES RÉGIMES MATRIMONIAUX	84

SECTION 2 - LA DISPARITION DE LA SOCIÉTÉ ENTRE ÉPOUX	89
CONCLUSION	93
BIBLIOGRAPHIE	94
TABLE DES MATIÈRES	96

REMERCIEMENTS

Pour cette année, mes plus vifs et chaleureux remerciements :

A tous les enseignants du MASTER II Droit du Patrimoine qui ont partagé avec nous leurs connaissances, leur enthousiasme mais aussi le sens de la rigueur du raisonnement juridique.

A tous mes camarades de promotion pour leur complicité intellectuelle, leur solidarité et leur amitié.

A Madame Anne-Françoise ZATTARA-GROS, pour toute l'attention dont elle a fait preuve à mon égard et pour tous ses conseils avisés qui m'ont été d'un grand secours.

A Maître Frédéric AUBERT pour son soutien sans faille, sa disponibilité et sa confiance.

A Vincent LIONNET, Alexandre MAUREL, Mathieu CARNIAMA et Thomas PARROSSES pour leur amitié, leur aide et leur soutien si précieux.

A ma mère et à mon frère, Chantal et Hugo, pour leur gentillesse, leur temps et leur patience.

A mon père, François, pour m'avoir accompagné durant ces deux années d'études et pour ces bons moments partagés à jamais ancrés.

TABLE DES ABRÉVIATIONS

A - Les juridictions

- Cons. Const. : Conseil constitutionnel
- CE : Conseil d'État
- TGI : Tribunal de grande instance
- Cons. Prud. : Conseil de prud'hommes
- CA : Cour d'appel
- Civ. : Chambre civile de la Cour de cassation
- Com. : Chambre commerciale de la Cour de cassation
- Crim. : Chambre criminelle de la Cour de cassation
- Ass. Plén. : Assemblée Plénière

B - Organismes

- CNB : Conseil national des barreaux

C - Termes juridiques

- RPVA : Réseau privé virtuel des avocats
- CRFPA : Centre régional de formation professionnelle des avocats
- CAPA : Certificat d'aptitude à la profession d'avocat
- Req. : Requête
- RIN : Règlement intérieur national de la profession d'avocat

D - Périodiques

- Bull. civ. : Bulletin des arrêts des chambres civiles de la Cour de cassation
- Bull. crim. : Bulletin des arrêts de la chambre criminelle de la Cour de cassation
- CCE : Communication commerce électronique
- D. : Recueil Dalloz
- Gaz. Pal. : La Gazette du Palais
- JCP G : Jurisclasseur périodique, édition générale
- RTD Civ. : Revue trimestrielle de droit civil

INTRODUCTION

« *Ubi societas ibi jus* »

Cet adage signifie que là où il y a une société, il y a un droit. Longtemps, le Droit ne reconnaissait pas les sociétés entre époux. Mais, par l'évolution de la condition de la femme, par un renforcement de l'égalité entre l'homme et la femme, cette situation ne pouvait plus tenir. Cela a entraîné la création de société entre époux et là où il y a société, il y a droit.

Les sociétés entre époux peuvent se définir comme toute société dans laquelle deux époux sont associés ensemble, seuls ou avec des tiers. Du fait de cette structure, ce type de société constitue une catégorie particulière parmi les sociétés dite de famille. En raison de sa constitution particulière, la société entre époux est à la charnière du droit des sociétés et du droit des régimes matrimoniaux. Pour assurer son bon fonctionnement, elle rend nécessaire l'articulation de ces deux droits. Puisqu'il s'agit avant tout d'une société, l'étude des conditions d'accès à la qualité d'associé d'un époux doit être effectuée. Cette qualité d'époux, même si elle pose déjà au sein des sociétés des complexités spécifiques, ne doit pas éluder les problématiques classiques issues de l'entrée en société d'un conjoint. Ainsi, dans un premier temps, les époux qui se voient devenir associés ensemble sont soumis aux mêmes règles que l'époux entré seul en société, outre le fait que cette association conjointe bénéficie d'un allègement du formalisme légal, tandis que, dans un second temps la société entre époux apporte une importante perturbation au paysage juridique. En effet, la création d'une telle société peut créer un ersatz de communauté entre époux séparés en biens ou peut permettre la mise en oeuvre de règles de gestion différentes de celles découlantes du régime matrimonial de la communauté pour les époux mariés sous ce régime.

Les sociétés entre époux n'ont été consacrées que tardivement par le législateur. L'association des époux au sein d'une même société ne requiert aucune condition particulière puisque que ce soit avant ou après 1978¹, le code civil reste silencieux à ce

¹ C.civ, article 1841 ancien, devenu l'article 1832-1 du même code.

sujet. En cela, la particularité des sociétés entre époux est assez restreinte. Le cas de l'apparition d'une société entre époux demande plus d'attention puisqu'elle crée des difficultés que ce soit pendant sa création, pendant son fonctionnement et lors de sa disparition. Ces difficultés sont identiques à celles que rencontre un époux qui entre en société. Ainsi, le maintien de l'article 1832-1 du code civil peut être critiqué puisque seul l'obligation d'avertissement du conjoint prévue par l'article 1832-2 du code civil, en cas d'emploi de biens communs pour un apport en société ou une acquisition de parts sociales non négociables suivie de la revendication par ce conjoint, de la qualité d'associé, présente une obligation spécifique.

Le code civil, au travers de l'article 1832-1 du code civil institue un régime de liberté totale de constitution d'une société entre époux. Cet article dispose ainsi que « même s'ils n'emploient que des biens de communauté pour les apports à une société ou pour l'acquisition de parts sociales, deux époux seuls ou avec d'autres personnes peuvent être associés dans une même société et participer ensemble ou non à la gestion sociale. Les avantages et libéralités résultant d'un contrat de société entre époux ne peuvent être annulés parce qu'ils constitueraient des donations déguisées, lorsque les conditions en ont été réglées par un acte authentique ». Cette liberté peut se voir quelque peu limitée par une règle de forme, mais de part sa nature facultative, ce formalisme a une portée très limitée.

« L'histoire des sociétés entre époux est celle d'une opposition nette entre la jurisprudence (plutôt hostile) et la doctrine (plutôt favorable). Longtemps marquée par l'absence de textes, elle se caractérise ensuite par la multiplication des interventions du législateur. Cette évolution va de la prohibition absolue à une permission totale »².

Dans un premier temps, aucun texte ne prohibait les sociétés entre époux et même le code civil restait silencieux car aucune règle générale ne menait à leur interdiction. Cette prohibition venait d'une jurisprudence constante du XIX^{ème} Siècle et de la première moitié du XX^{ème} Siècle. Cette jurisprudence prononçait la nullité de ces sociétés³. La première fois que la Cour de cassation a eu à traiter d'une affaire de société entre époux, elle ne s'était pas intéressée à sa licéité⁴. La problématique des sociétés entre époux ne

² C.-T. BARREAU, *Les sociétés entre époux*, éd. Dalloz.

³ G. RIPERT et R. ROBLOT, *Traité élémentaire de droit commercial*, t. 1, vol. 2, 18^e éd., par M. GERMAIN, 2002, LGDJ, no 1056-42

⁴ Cass. civ. 23 nov. 1812

date pas de l'époque contemporaine. Il est possible d'en retrouver des traces aussi bien dans l'ancien Droit que dans le droit romain. Il semble que dans ces droits anciens, ces sociétés particulières étaient valables et reconnues. Ce qui nous est contemporain c'était le revirement de jurisprudence alors que les textes restaient muets sur cette situation⁵.

Cette prohibition reposait essentiellement sur le fondement du principe d'immutabilité des conventions matrimoniales qui a été, depuis abrogé. Ainsi, à cause de cette immutabilité, les époux ne pouvaient modifier directement ou indirectement leur contrat de mariage ou les dispositions du régime légal si celles-ci leur étaient applicables. Cela résultait de l'ancienne rédaction de l'article 1395 du code civil. C'est parce que, « *dans l'hypothèse d'un régime communautaire, l'établissement d'une société entre époux entraînait un changement des règles de gestion et des règles de composition des différentes masses de biens* »⁶. « *Dans l'hypothèse d'un régime séparatiste, il permettait aux époux d'établir un patrimoine commun* »⁷.

La doctrine a également eu l'occasion d'avancer divers arguments comme celui de la révocabilité des donations entre époux. En réalisant un apport avantageant l'un des conjoints pouvait remettre en cause cette révocabilité prévue à l'article 1096 du code civil. Si cette situation se présentait, en raison du fait que l'époux ne pouvait pas modifier l'acte de société seul, cette libéralité devenait irrévocable. Un autre argument reposait sur l'ancien article 5 du code de commerce. Cet article ne reconnaissait le statut de « *marchande publique* » qu'à la femme mariée qui exerçait un commerce séparé de celui de son mari. Cette reconnaissance ne jouait pas lorsque la femme ne faisait que détailler les marchandises de commerce de son époux. « *En conséquence, elle ne pouvait, avec son mari, faire partie d'une société commerciale de personnes conférant la qualité de commerçant à chacun de ses membres, car elle n'exerçait pas une profession séparée* »⁸.

De plus, la femme était considérée, à l'époque, comme incapable. Pour passer outre cette incapacité et lui permettre de devenir associée dans une société entre époux, celle-ci devait nécessairement recueillir l'accord de son mari pour qu'elle puisse s'obliger par contrat. Une autre barrière résultait de la catégorie des biens réservés de la loi du 13 juillet

⁵ Cass. req. 12 juill. 1887

⁶ Cass. crim. 9 août 1851 ; Cass. req. 8 déc. 1891 ; Cass. req. 15 févr. 1937

⁷ Cass. req. 7 févr. 1860 ; Cass. civ. 7 mars 1888 ; 19 mai 1908

⁸ Cass. civ. 27 janv. 1875 ; 23 janv. 1912

1907. « *Si elle apportait de tels biens en société, elle devait obtenir le consentement de son conjoint*⁹. »

La sanction de cette prohibition était la nullité absolue et d'ordre public de la société entre époux¹⁰. Cette interdiction concernait toutes les sociétés entre époux, quelles aient été créées avant ou en cours de mariage, qu'elles aient été constituée qu'entre les seuls époux ou qu'entre les époux et des tiers. Étaient également concernées les sociétés dans lesquelles un époux était entré à la suite d'un héritage ainsi que celles dans lesquelles les époux étaient volontairement entrés. Cependant, la Cour de cassation prenait le soin d'user de toutes les occasions pour afin de l'écarter¹¹.

Cette solution était vivement critiquée par la doctrine en ce qu'elle créait une incapacité sans texte. En effet, ni le code civil, ni le code de commerce n'interdisait la constitution de sociétés entre époux. Cela aurait dû être rendu possible au regard du principe de la liberté contractuelle.

Un pas avait été franchi, grâce à la suppression de l'autorité parentale qui constituait un obstacle à la validité des époux, par les lois du 18 février 1938 et du 22 septembre 1942. Malgré cette ouverture, les juges avaient maintenu leur positions¹².

Même si ces lois ont constitué une avancée, ces dernières n'en demeuraient pas moins insuffisantes. En effet, outre le fait que la loi du 18 février 1938 avait restitué à la femme sa capacité civile, en matière commerciale, l'autorisation de son mari était toujours requise pour pouvoir acquérir la qualité de commerçante. Quant à la femme mariée, elle ne disposait toujours d'aucun pouvoir sur les biens communs. Pour ce qui est de la loi du 22 septembre 1942, elle avait substitué le système d'opposition à l'autorisation maritale. Cela avait pour conséquence de permettre à la femme mariée d'exercer une profession différente de celle de son époux, notamment celle de marchande publique, à moins que son mari ne s'y oppose¹³. Cela laissait le pouvoir décisionnel au mari qui pouvait s'opposer à ce que son conjoint devienne associé d'une société en nom collectif ou de réaliser un apport en industrie¹⁴. À l'inverse, lorsque l'épouse souhaitait devenir associée dans une

⁹ E. THALLER, *Traité général théorique et pratique de droit commercial, 1908-1911, Rousseau*

¹⁰ CA Nancy, 9 févr. 1901

¹¹ Cass. civ. 2 mars 1932, S. 1933

¹² CA Lyon, 3 mai 1948 ; T. com. Seine, 8 août 1952 ; CA Paris, 7 déc. 1954

¹³ C. civ, article 223 anc.

¹⁴ A. COLOMER, *L'entrée en société d'une personne mariée, Defrénois 1977.1273*

société civile, dans une société par actions ou dans une société à responsabilité limitée, le principe était celui de la liberté.

Le législateur avait décidé de renforcer ses intentions en adoptant l'ordonnance en date du 19 décembre 1958¹⁵ qui avait créé l'article 1841 du code civil. Il n'en demeure pas moins que l'article 1841 était resté incomplet puisqu'il se contentait de poser le principe de la légalité des sociétés entre époux. La seule conséquence qu'il ait eu est qu'il avait cassé la résistance des juges. Cet article disposait ainsi que « *deux époux peuvent être simultanément au nombre des associés et participer ensemble ou séparément à la gestion : ils ne peuvent être ensemble indéfiniment et solidairement responsables dans une société commerciale...* ».

L'ancien article 1841 du code civil, bien qu'il ait constitué une avancée, n'en restait pas moins imprécis, voir silencieux sur certains points comme le fait de savoir si deux époux pouvaient créer entre eux seuls une société. Il a fallu attendre la loi du 24 juillet 1966 pour voir autoriser la création de ce type de société tandis que la loi du 13 juillet 1965 avait supprimé le droit d'opposition du mari à l'exercice d'une profession par son épouse, rendant ainsi plus facile l'entrée en société de la femme mariée. À partir de ce moment, chaque époux pouvait devenir associé sans opposition possible de son conjoint, et obtenir la qualité de commerçant par ce biais. Ils pouvaient également, pour les besoins de leur profession, aliéner et obliger leurs biens personnels en pleine propriété. La seule restriction restante était celle du maintien de l'article 4 du code de commerce.

L'intervention législative s'est poursuivie avec l'adoption de la loi du 10 juillet 1982. Désormais, en vertu de cette loi, « le conjoint d'un commerçant n'est réputé lui-même commerçant que s'il exerce une activité commerciale séparée de celle de son époux. »¹⁶ Cette loi a eu le mérite, en modifiant l'article 1832-1 du code civil, d'affirmer la validité d'une société dont les apports n'étaient constitués que de biens communs et dont les seuls époux étaient associés, dissipant de ce fait les doutes des praticiens de l'époque. La seule condition était que la qualité d'associé devait être reconnue aux deux époux.

Désormais, selon les dispositions de l'article 1832-1 du code civil, « *même s'ils n'emploient que des biens de communauté pour les apports à une société ou pour l'acquisition de parts sociales, deux époux seuls ou avec d'autres personnes peuvent être*

¹⁵ Ord. no 58-1258, JO 20 déc.

¹⁶C. com, article L. 121-3

associés dans une même société et participer ensemble ou non à la gestion sociale ». Le droit des régimes matrimoniaux a également renforcé l'idée selon laquelle chacun des époux peut acquérir à titre personnel la qualité d'associé au moyen d'un apport de biens communs, sans qu'on puisse douter qu'il y ait deux apports et par suite, deux associés, en instaurant le pouvoir concurrent de gestion de la communauté¹⁷.

Cet article autorise également les époux à être ensemble associé indéfiniment et solidairement responsable des dettes sociales. Ce n'était pas le cas avant et il devenait difficile de maintenir cette interdiction.

Désormais, dans le droit positif, les sociétés entre époux demeurent valables à condition que les dispositions du droit des régimes matrimoniaux relatives aux apports en société ou aux acquisitions de droits sociaux sont respectés mais aussi celles du droit des sociétés en rapport avec la forme sociale choisie par les conjoints. L'article 1832-1 du code civil est applicable à toutes les sociétés, y compris les sociétés par actions même si le terme « parts sociales » est employé dans l'article. C'est ce qui en ressort des travaux parlementaires concernant cette loi.

Ce n'est pas parce que cette société compte parmi ses rangs des époux associés qu'elle doit déroger aux conditions de validités déterminées par le droit commun des sociétés. Ainsi, ce n'est pas parce que l'apport est constitué uniquement de biens communs que la société entre époux constitue une société unipersonnelle. « *Elle comprend deux associés ayant chacun effectué un apport constitué de biens communs, ayant chacun l'affectio societatis* ¹⁸ *et désirant participer au partage des bénéfices ou profiter de l'économie qui résultera de l'activité de la société* »¹⁹. De même, les conjoints doivent contribuer l'un et l'autre aux bénéfices et aux pertes, comme en dispose l'article 1832 du code civil. La société instituée par un seul conjoint doit réellement exister et ne pas masquer une véritable société entre époux. Le conjoint non officiellement associé mais qui se serait comporté comme tel en dirigeant la société doit être sanctionné. Réciproquement, l'association conjugale ne doit pas déguiser une société fictive. La sanction de cette société fictive est la nullité à l'égard des époux comme des tiers.

Lorsque les époux créent une société entre époux, les formes sociales qu'ils peuvent adopter sont celles qui sont autorisées au cas particulier. Ainsi, les interdictions ordinaires

¹⁷ C. civ., art. 1421

¹⁸ CA Paris 3 juill. 1991

¹⁹ C.-T. BARREAU, *Les sociétés entre époux*, éd. Dalloz

qui empêchent les fondateurs de société d'exercer telle activité au sein de telle forme sociale seront applicables et devront être respectées par les époux.

Une des premières conditions à examiner est le nombre d'associé requis par la forme sociale choisie. Deux époux ne peuvent instituer entre eux seuls une société d'un type déterminé que si celle-ci ne requiert pas, pour être légalement établie, un nombre d'associés supérieur à deux²⁰.

La possibilité de créer une société à responsabilité limitée (SARL) est offerte aux époux. Ils peuvent l'établir soit entre eux soit avec des tiers. Dès lors, leur entrée dans ce type de société ne doit pas excéder le nombre total des associés autorisés²¹. La création d'une entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée²² (EURL) par les époux est également possible. Mais, dans ce cas, la qualification de société entre époux ne pourra être retenue car seul un époux a la qualité d'associé.

Leur choix peut désormais porter sur la société en nom collectif ou la société en commandite simple. Ils peuvent tout deux être commanditaires avec un tiers commandité, commandités ou l'un peut adopter la qualité de commandité et l'autre la qualité de commanditaire.

Aucune formalité particulière n'est exigée pour rendre une société entre époux valable. Des statuts sous seing privé peuvent établir valablement la société. Cependant, étant donné que « *les avantages et libéralités résultant d'un contrat de société entre époux ne peuvent être annulés parce qu'ils constitueraient des donations déguisées, lorsque des conditions ont été réglées par un acte authentique* », il existe un formalisme résiduel.

Comme nous le voyons, le droit des régimes matrimoniaux et le droit des sociétés sont amenés à régir de concert une situation particulière : la société entre époux. La finalité de cette étude réside dans la connaissance des différents mécanismes offerts par ces deux branches du Droit afin de permettre une gestion optimale de la société entre époux que ce soit lors de sa création, de son fonctionnement ou de sa disparition.

On présente la problématique, elle ne peut être que la suivante :

²⁰ C. com., art. L. 225-1 pour les sociétés anonymes, et art. L. 226-1 pour les sociétés en commandite par actions

²¹ C. com., art. L. 223-3

²² C. com., art. L. 223-1

Comment les mécanismes du droit des régimes matrimoniaux interagissent avec ceux du droit des sociétés dans la société entre époux ?

Le tropisme du droit des régimes matrimoniaux atteint le domaine du droit des sociétés ce qui engendre diverses réactions des deux droits. Dans le cadre des sociétés entre époux, les régimes matrimoniaux jouent un rôle primordiale et influencent fortement la vie de la société tant sur le plan externe qu'interne. Du fait de cette place capitale, les régimes matrimoniaux constituent la colonne vertébrale (PARTIE I), mais aussi le cœur (PARTIE II) des sociétés entre époux.

PREMIÈRE PARTIE – LES RÉGIMES MATRIMONIAUX : VÉRITABLE COLONNE VERTÉBRALE DES SOCIÉTÉS ENTRE ÉPOUX

Le droit des régimes matrimoniaux est une véritable matrice pour la constitution ou l'acquisition de droits sociaux permettant l'accès aux sociétés. Cette matrice est flagrante que ce soit au stade de la conception d'une société que dans la gestion de celles-ci. Il existe donc une primauté des règles des régimes matrimoniaux au stade de la conception d'une société (CHAPITRE I), qui laissent une empreinte dans la gestion de celle-ci (CHAPITRE II).

CHAPITRE 1 - LA PRIMAUTÉ DES RÈGLES DES RÉGIMES MATRIMONIAUX AU STADE DE LA CONCEPTION D'UNE SOCIÉTÉ

Cette primauté des règles des régimes matrimoniaux se ressent fortement lorsque les époux souhaitent faire un apport en société mais également dans lorsque ceux-ci deviennent associés. Il existe donc une supériorité des règles des régimes matrimoniaux sur les règles relatives aux apports en société (SECTION 1) tandis que le statut d'associé est soumis à l'épreuve des règles du droit des régimes matrimoniaux (SECTION 2).

SECTION 1 - LA SUPÉRIORITÉ DES RÈGLES DES RÉGIMES MATRIMONIAUX SUR LES RÈGLES RELATIVES AUX APPORTS EN SOCIÉTÉ

Cette supériorité du droit des régimes matrimoniaux se traduit par la subordination des apports en société aux régimes matrimoniaux (PARAGRAPHE 1) d'une part, mais également par la soumission des pouvoirs des époux aux règles du droit des régimes matrimoniaux (PARAGRAPHE 2), d'autre part.

PARAGRAPHE 1 - La subordination des apports en sociétés aux régimes matrimoniaux

Le régime primaire, dont le statut est fixé aux articles 212 et suivants du code civil, établit l'ensemble des règles minimales régissant les devoirs et les droits respectifs des époux. Il est un régime impératif et s'applique quelque soit le régime matrimonial retenu par les époux. Puisqu'il s'agit de règles d'ordre public, le régime primaire a vocation à s'étendre aux autres branches du droit et notamment au droit des sociétés.

Cette extension du régime primaire, au droit des sociétés, est notable lorsque les époux effectuent des apports ou acquièrent des droits sociaux. Les règles applicables aux modes d'acquisitions de droit sociaux sont également fortement impactées par le régime matrimonial choisi par les époux. Mais, ce qui fait la singularité du régime primaire c'est que, quelque soit le régime matrimonial des époux, les apports ou acquisitions de droits sociaux sont soumis à des dispositions identiques.

Les apports, qu'ils soient en industrie, en nature ou en numéraire, devront donc répondre du régime primaire.

Les apports en numéraires, au regard du droit des sociétés, ainsi que du point de vue des régimes matrimoniaux, constituent les apports les plus simples à réaliser. *« L'apport de deniers constitue un placement ; s'il est immédiatement et intégralement libéré, il suffit que l'apporteur ait le pouvoir d'administration. En revanche, si la libération n'est pas immédiate, l'apporteur doit avoir le pouvoir de s'obliger »*²³.

L'impact du régime primaire sur le droit des sociétés en matière d'apport en numéraire découle de l'article 221 du code civil. Cet article dispose que *« chacun des époux peut se faire ouvrir, sans le consentement de l'autre, tout compte de dépôt et tout compte de titres en son nom personnel »*. Cet article pose alors une présomption de pouvoir d'ouverture de compte de dépôt ou tout compte de titres pour les époux. Ils ne peuvent, cependant, s'en prévaloir que lorsque l'apport est libéré soit au moyen d'un virement bancaire, soit au moyen d'un chèque. L'analyse littérale du texte, montre que cette présomption ne bénéficie qu'au dépositaire du compte de l'apporteur, autrement dit, au banquier. Ainsi, les fondateurs et les futurs associés de la société ne peuvent se prévaloir de la protection de l'article 221 du code civil.

Il est loisible de croire qu'il n'est pas exigé que l'époux apporteur soit le titulaire exclusif du compte.

²³ C.-T. BARREAU, *op. cit.*

L'article 221 du code civil, puisqu'il vise à la fois les « *comptes de dépôt* » et les « *comptes de titres* », est ainsi applicable aux apports de titres de société, notamment aux valeurs mobilières au porteur²⁴ et aux valeurs nominatives²⁵. Cela est rendu possible en ce que l'apport en société de ces titres est réalisé par un virement bancaire du compte de l'apporteur au compte de la société bénéficiaire. Il en devient définitif dans les rapports de l'apporteur et de la société par le seul effet du contrat d'apport.

L'apport en nature par l'un des époux à une société, doit être, lui, regardé sous le prisme de l'article 222 du code civil. Cet article énonce que « *si l'un des époux se présente seul pour faire un acte d'administration, de jouissance ou de disposition sur un bien meuble qu'il détient individuellement, il est réputé, à l'égard des tiers de bonne foi, avoir le pouvoir de faire seul cet acte. Cette disposition n'est pas applicable aux meubles meublant visés à l'article 215, alinéa 3, non plus qu'aux meubles corporels dont la nature fait présumer la propriété de l'autre conjoint conformément à l'article 1404* ». Cet article impose que l'apport en nature doit être analysé tant du point de vue de l'article 222 que du point de vue de l'article 1404 du code civil.

De ce fait, la règle de l'article 222 du code civil, trouve à s'appliquer à partir du moment où un actif immobilier, « *détenu individuellement par l'époux apporteur et dont la nature ne fait présumer la propriété de l'autre conjoint, conformément à l'article 1404 du code civil* »²⁶ constitue l'apport en nature à la société.

L'apport en nature concerne également des meubles incorporels. Il n'est pas rare de voir un apport en nature constitué par une clientèle civile ou commerciale, des brevets, des titres sociaux négociables, des créances, et cetera... L'article 222 du code civil ne distinguant pas les meubles corporels et incorporels et, d'autant plus qu'ils sont susceptibles de détention exclusive, ce type de biens entre donc dans le champ d'application de l'article 222.

Une nuance doit cependant être apportée. Lorsqu'un apport en nature a pour objet un bien cité à l'article 1424 du code civil, tel qu'un fonds de commerce, une exploitation ou des titres sociaux non négociables, n'est pas une opération courante puisqu'il est soumis à cogestion en régime de communauté et ne peut en conséquence relever du domaine de l'article 222 du code civil.

²⁴ A.COLOMER, *Les régimes matrimoniaux*, no 223.

²⁵ C.-T. BARREAU, *op. cit*

²⁶ C.-T. BARREAU, *op. cit*

Pour la doctrine, « *l'apport en jouissance de ces biens peut être couvert par cette présomption, car la cogestion ne s'applique qu'à des actes d'aliénation, de constitution de droits réels, ou à la conclusion de certains baux* »²⁷.

La présomption posée à l'article 222 du code civil couvre les personnes qui collaborent à la création de la société, notamment les associés ainsi que le notaire rédacteur des statuts. Pour pouvoir bénéficier de cette présomption, ces tiers doivent être de bonne foi, laquelle est présumée du fait de la lettre de l'article 222 du code civil. Si la mauvaise foi semble être de mise, ce sera au conjoint de l'apporteur de la prouver.

La prépondérance du régime primaire sur le droit des sociétés jusque là semble légère mais le cas particulier du logement familial et des ses meubles meublant vient intensifier cette prédominance. L'article 215 alinéa 3 du code civil dispose ainsi que : « *les époux ne peuvent l'un sans l'autre disposer des droits par lesquels est assuré le logement de la famille, ni des meubles meublants dont il est garni. Celui des deux qui n'a pas donné son consentement à l'acte peut en demander l'annulation : l'action en nullité lui est ouverte dans l'année à partir du jour où il a eu connaissance de l'acte, sans pouvoir jamais être intentée plus d'un an après que le régime matrimonial s'est dissous* ».

Cet article 215 alinéa 3, s'il est transposé en matière d'apport en société, impose que l'apport du logement familial ou des meubles le meublants doit faire l'objet d'un accord commun des époux.

Conformément à l'alinéa 3 de l'article 215, l'époux évincé peut demander l'annulation de l'apport et dispose d'un délai d'un an, à compter du jour où le conjoint a eu connaissance de l'acte. Une précaution est à prendre en cas de dissolution du régime matrimonial. En effet, au regard de l'article 215 alinéa 3 in fine, l'action ne peut « *jamais être intentée plus d'un an après que le régime matrimonial [ait été] dissous* ».

Enfin, l'apport en industrie doit s'analyser en articulant principalement deux articles du code civil : l'article 223 et l'article 1843-2.

L'article 223 du code civil dispose que « *chaque époux peut librement exercer une profession percevoir ses gains et salaires et en disposer après s'être acquitté des charges du mariage* ». L'apport en industrie suppose que l'apporteur promette de consacrer tout ou partie

²⁷ C.-T. BARREAU, *op. cit*

de son activité aux affaires sociales en mettant à la disposition de la société son expérience, ses connaissances techniques ou professionnelles, ou sa notoriété. Par conséquent, pour la doctrine, « *l'apport en industrie peut faire acquérir la qualité de commerçant* ». Ainsi, « *une telle décision relève de la compétence exclusive des époux et leur contrat de mariage ne saurait les priver de ce droit puisque l'article 223 du code civil est une disposition d'ordre public.* »

En vertu de la jurisprudence de la Cour de cassation, « *la part d'industrie constitue un produit du travail de l'apporteur* »²⁸. Dès lors, selon le régime matrimonial choisi par les époux, l'apport en industrie constitue soit un bien commun, si les époux choisissent le régime de la communauté, soit l'apport en industrie constitue un bien propre de l'époux apporteur si les époux choisissent un régime séparatiste.

La particularité de l'apport en industrie est qu'il n'est pas réalisable dans toutes les catégories de société. Il s'avère que ce type d'apport est exclu dans les sociétés où la responsabilité des associés est limitée au montant de l'apport. C'est principalement le cas avec les sociétés anonymes au regard de l'article L.225-3 du code de commerce ou encore le cas avec les sociétés par actions simplifiées en vertu de l'article L.227-1 du code de commerce renvoyant implicitement à l'article L.225-3 cité précédemment.

Une évolution de la place qu'occupait ce type d'apport, dans les sociétés à responsabilité limitée, a eu lieu. Dans un premier temps, une dérogation, permise par la loi du 24 juillet 1966, existait. Elle permettait, « *lorsque l'objet de la société portait sur l'exploitation d'une entreprise artisanale ou sur l'exploitation d'un fonds de commerce apporté à la société ou créé par elle à partir d'éléments corporels ou incorporels qui lui avaient été apportés en nature, l'apporteur en nature ou son conjoint pouvait apporter son industrie lorsque son activité principale était liée à la réalisation de l'objet social* ». Par la suite, la loi du 15 mai 2001 a permis de libéraliser l'apport en industrie dans les sociétés à responsabilité limitée et dans les entreprises unipersonnelles à responsabilité limitée. Dorénavant, il appartient aux statuts de déterminer les modalités de souscription de parts sociales en industrie dans une SARL.

L'apport en industrie est cependant « *courant dans les sociétés civiles professionnelles* »²⁹.

²⁸ Cass. Req. 3 nov. 1941.

²⁹ C.-T. BARREAU, *op. cit*

Une particularité de ce type d'apport est qu'il est, d'après une analyse a contrario de l'article L.222-1 alinéa 2 du code de commerce, autorisé dans les sociétés en commandite simple au profit des seuls commandités et dans les sociétés en nom collectif.

Il existe cependant des limites à la possibilité pour un époux d'apporter en société ses biens propres ou d'utiliser ses fonds propres pour acquérir des droits sociaux. La première tient à la nature même du bien employé pour faire l'apport. L'article 215 alinéa 3 du code civil peut trouver à s'appliquer. La deuxième limite peut résulter de la mise en œuvre d'une mesure judiciaire d'interdiction demandée par le conjoint de l'apporteur sur le fondement de l'article 220-1 ou 1429 du code civil. L'article 220-1 permet au juge d'interdire pour une durée maximale de trois ans l'apport qui met en péril les intérêts de la famille. L'article 1429 du code civil, quant à lui, prive le conjoint de la jouissance ou de l'administration de ses biens propres lorsqu'il est hors d'état de manifester sa volonté ou met en danger l'intérêt de la famille en laissant dépérir ses biens ou en dissipant ou détournant les revenus que ceux-ci lui procurent. Dans ce cas, l'époux dessaisi ne peut plus apporter que la nue-propriété de ses biens propres.

La prédominance des règles des régimes matrimoniaux sur les règles du droit des sociétés se découvre au niveau du régime primaire mais se renforce au niveau des régimes matrimoniaux conventionnels.

Il est vrai que, même si les régimes matrimoniaux conventionnels se composent de régimes séparatistes, ce sont les règles du régime de communauté qui vont assujettir le plus les règles du droit des sociétés au droit des régimes matrimoniaux.

Cet assujettissement repose sur l'article 1832-2 du code civil. Dans son premier alinéa, l'article 1832-2 dispose qu' *« un époux ne peut, sous la sanction prévue à l'article 1427, employer des biens communs pour faire un apport à une société ou acquérir des parts sociales non négociables sans que son conjoint en ait été averti et sans qu'il en soit justifié dans l'acte »*.

Ainsi, cet article pose une condition pour l'époux qui souhaite réaliser un apport ou acquérir des droits sociaux par le biais de biens communs. L'article 1832-2 du code civil oblige l'époux, qui a réalisé l'apport ou l'acquisition, à avertir son conjoint. Une fois l'obligation remplie par l'époux apporteur, l'apport ou l'acquisition de droits sociaux peut être effectué dans le respect des règles de pouvoirs reconnus aux époux.

En vertu d'une analyse littérale du texte, l'article 1832-2 du code civil ne concerne que l'emploi « *des biens communs pour faire un apport à une société ou acquérir des parts sociales non négociables* ». Il est permis d'écarter l'application de cet article pour les régimes matrimoniaux séparatistes ou encore pour les partenaires d'un pacte civil de solidarité qui mettent en œuvre soit des biens propres et/ou des biens indivis.

L'article 1832-2 du code civil pose l'obligation d'avertissement mais la jurisprudence détaille la mise en œuvre de cette dernière. Ainsi, le déclenchement de l'obligation d'avertissement résulte de l'emploi de biens communs pour la réalisation de l'apport ou l'acquisition des droits sociaux³⁰.

Cet arrêt de la Cour de cassation du 11 juin 1996 précise également 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 1402 du code civil qui met à la charge des tiers la preuve du caractère propre des deniers ayant servi à l'acquisition* ». Ainsi, la charge de la preuve du caractère propre des biens repose sur les tiers.

Par conséquent, lorsqu'un époux apporteur souhaite se défaire de cette obligation d'avertissement, il doit rapporter, conformément à l'article 1402 du code civil, le caractère propre des biens utilisés.

De cette façon, l'époux ne peut pas accomplir seul les actes nécessaires à l'exercice de sa profession séparée, même s'il recourt à l'article 1421 alinéa 2 du code civil. Par conséquent, l'avertissement reste obligatoire pour tout apport ou acquisition qui a pour objet les biens communs relevant de l'une des règles du régime primaire impératif.

Cependant, restent exclus du champ d'application de l'article 1832-2 alinéa 1 du code civil, les acquisitions à titre gratuit de droits sociaux non négociables, faute d'emploi de biens communs. Restent également en dehors du champ d'application de cet article la transformation d'une société dont les titres sont négociables en société dont les titres deviennent non négociables. La Haute Juridiction a eu l'occasion de juger que l'article 1832-2 du code civil est sans application dans une affaire où, un mari, commun en bien, a acquis des parts sociales pour le prix d'un franc. La Cour de cassation semble fonder sa décision, pour la doctrine, sur « *la considération que cette somme purement symbolique ne constitue*

³⁰ Cass. 1^{re} civ., 11 juin 1996.

pas une valeur patrimoniale dont il y aurait lieu de déterminer le caractère propre ou commun ». Consécutivement, la Cour juge par ailleurs, « *que le cautionnement souscrit par l'époux seul n'engage que ses biens propres et ses revenus et pas les biens communs* »³¹.

L'article 1832-2 du code civil ne s'impose qu'aux sociétés dont les parts sociales ne sont pas négociables. Dès lors, lorsqu'un époux fait un apport ou une acquisition de droits sociaux au profit d'une société dont les parts ne sont pas négociables, telles que les sociétés en commandite par actions (SCA), les sociétés par actions simplifiées (SAS) ou encore les sociétés anonymes (SA), l'obligation d'avertissement résultant de l'article 1832-2 n'aura pas vocation à s'appliquer.

Ainsi, cet article 1832-2 du code civil s'applique aux parts sociales qui ne sont pas transmissibles par virement de compte à compte, contrairement aux actions. En effet, la cession des parts sociales doit s'opérer selon les dispositions de la cession de créance précisées à l'article 1690 du code civil. Ces dernières sont cédées suivant le régime de la cession de créance édicté par l'article 1690 du code civil ou par dépôt au siège social de l'original de l'acte de cession contre remise par le gérant d'une attestation de ce dépôt³². Les sociétés qui relèvent de cet article du code de commerce sont les sociétés en nom collectif, les sociétés en commandite simple, les SARL et l'ensemble des sociétés civiles ainsi que les sociétés en participation.

Depuis la loi du 23 décembre 1985, le domaine de l'avertissement s'est étendu aux sociétés en nom collectif, aux sociétés en commandite simple mais aussi aux sociétés civiles instituant un régime de responsabilité solidaire de leurs membres dans leurs statuts. Outre le caractère informatif de l'avertissement, puisqu'il reste obligatoire, il semble opportun de réaliser l'avertissement même si la revendication de la qualité d'associé ne peut pas être exercée par le conjoint. C'est le cas notamment pour les sociétés d'exercice libéral ou encore les sociétés qui demande à leurs associés d'être titulaire d'un diplôme spécifique. Dans de tels cas, l'avertissement reste obligatoire même si le conjoint ne satisfait pas aux conditions exigées et donc la revendication de la qualité d'associé s'avère, par essence, impossible

³¹ Cass. 1^{re} civ., 17 janvier 1995.

³² C.com, article L. 221-14.

Dans l'hypothèse particulière où un époux, seul, effectue un apport en société au moyen de biens meubles qui lui sont propres, l'article 222 du code civil se verra s'appliquer à la situation. En revanche, quand l'apporteur utilise des biens communs pour constituer l'apport en société, l'obligation d'avertissement devra être remplie pour que cet apport soit effectif. Une opposition certaine apparaît alors entre l'article 1832-2 et l'article 222 du code civil. La doctrine s'est alors posée la question de savoir si l'article 1832-2 alinéa 1^{er} peut primer et écarter l'article 222 du code civil, qui est une disposition d'ordre public.

Une partie de la doctrine a hésité³³. Néanmoins, l'article 1832-2 du code civil, puisqu'il impose une obligation d'avertissement, affecte le statut des biens communs et « *ne peut être effacée par des présomptions de pouvoirs* »³⁴. Par conséquent, l'époux qui effectue seul un apport en société, doit soit établir le caractère propre des biens employés, soit avertir son conjoint.

Pour la doctrine, « *il semblerait que l'une des conditions de l'article 222 fasse défaut lorsque son application est envisagée dans des circonstances qui imposent sa confrontation avec l'article 1832-2 : les tiers ne seraient pas de bonne foi* »³⁵.

Le cas particulier de l'entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée, instaurée par la loi du 11 juillet 1985 doit être également évoqué. En effet, il s'agit de sociétés dont les titres sociaux ne sont pas négociables. En vertu de l'article 1832-2 du code civil, si l'époux souhaite créer ce type de société, dont il sera le seul membre, il devra mettre en œuvre l'obligation d'avertissement à l'égard de son conjoint. La particularité de cette société réside dans le fait que s'il n'y a qu'un seul membre et s'il n'a pas mis en œuvre cette obligation d'avertissement, l'apport est nul. Il en découle par la suite que, comme l'apport est nul, la société sera également nulle. Il en découle également que si le conjoint est correctement averti en vertu de l'article 1832-2 du code civil, il pourra par la suite revendiquer la qualité d'associé à concurrence de la moitié des parts sociales souscrites par cet époux.

Par la suite, la jurisprudence n'accorde que peu d'importance au formalisme de l'obligation d'avertissement du conjoint par l'époux apporteur dès lors que deux conditions sont réunies. Il faut nécessairement que l'obligation d'avertissement soit justifiée dans l'acte

³³ A. COLOMER, *Le statut des conjoints d'artisans et de commerçants travaillant dans l'entreprise familiale*, Defrénois 1982.147.

³⁴ C.-T. BARREAU, *op. cit.*

³⁵ F. DEKEUWER-DEFOSSEZ, *op. cit.*; B. MAUBRU *op. cit.*; A. COLOMER *op. cit.*; C.-T. BARREAU, *op. cit.*

d'apport ou d'acquisition effectué par l'époux apporteur mais encore que les époux s'entendent sur ce sujet. De ce fait, il suffira de faire intervenir l'époux non apporteur à l'acte où il reconnaîtra avoir été averti des intentions de son conjoint. Il indiquera également « *sa position quand à la mise en œuvre par lui de la faculté de revendication de la qualité d'associé* »³⁶. Cette solution peut être transposée aux sociétés entre époux puisqu'elles entrent dans le champ d'application de l'obligation d'avertissement du conjoint non apporteur.

Lorsque le conjoint non apporteur ne peut pas intervenir à l'acte d'apport, le conjoint apporteur devra se ménager une preuve certaine que l'obligation d'avertissement de l'article 1832-2 du code civil a bien été respectée. La lettre simple semble légère, d'un point de vue probatoire, lorsque le conjoint non apporteur refuse de reconnaître avoir été averti du projet. La lettre recommandée avec accusé de réception ou encore le recours à un huissier semblent être des solutions plus sécurisées. Pour la doctrine, « *la lettre, simple ou recommandée, semble devoir être rédigée, aux termes de l'article 1832-2, par l'époux lui-même, mais rien ne s'oppose à ce qu'elle soit adressée par le professionnel chargé de la constitution de la société, sauf à faire contresigner la lettre par l'apporteur* »³⁷.

Il en va ensuite des formalités habituelles pour la délivrance d'une information par lettre recommandée avec accusé de réception ou par exploit d'huissier. Assurément, la lettre devra être adressée au domicile commun des époux ou à la résidence habituelle de l'époux non apporteur si les époux résident séparément, en vertu de l'article 108 du code civil.

La doctrine estime que, « *le coût de la lettre recommandée avec demande d'accusé de réception, ou de l'exploit d'huissier doit être supporté par l'époux et non être compté parmi les frais généraux de constitution de la société à partager entre tous les associés* ».

Enfin, pour la jurisprudence, au regard de l'arrêt de la cour d'appel de Versailles en date du 14 octobre 1999, il apparaît difficile pour un témoin, même professionnel, de rapporter la preuve de l'avertissement du conjoint puisqu'une « *attestation de l'expert-comptable, rédacteur de l'acte de cession ayant intérêt à voir écarter les conséquences d'une irrégularité* » a été rejetée.

³⁶ D.MARTIN, *op.cit*, no 178 ; J. DERRUPPÉ, *op cit*.

³⁷ E. ROTY, *La loi relative aux conjoints d'artisans et de commerçants travaillant dans l'entreprise familiale*, JCP.

La loi semble avoir omis les cas de maladie, d'aliénation, d'absence ou de disparition du conjoint non apporteur. Pour la doctrine, « *il semble cependant suffisant, dans la plupart des hypothèses, de faire état dans l'acte des démarches entreprises pour avertir le conjoint et de l'impasse à laquelle elles ont abouti. Bien entendu, cet exposé doit s'accompagner de documents justificatifs* ».

Une distinction doit être établie selon que l'opération concerne une société en création ou lorsqu'une société est déjà existante. En effet, pour la doctrine, dès lors que la société est déjà constituée, « *l'information peut être sommaire dans la mesure où la société a fait l'objet d'une publication légale accessible au conjoint* ». Mais, si la société est en création, la doctrine préconise de détailler les informations dans la lettre d'avertissement. Ainsi, « *une description précise des biens communs qui font l'objet de l'apport ou, pour les fonds communs, l'indication de l'intitulé du compte sur lequel la somme sera prélevée, voire de la date à laquelle elle sera prélevée ; indication des caractéristiques de la société concernée (forme, objet, siège social, montant du capital social, apports, répartition des parts sociales, avantages particuliers, noms, prénoms, adresses personnelles, professions des associés...)* ; *exposé de l'article 1832-2, alinéa 3, rappelant au conjoint le droit qui lui est conféré de devenir associé soit immédiatement, soit en cours de vie sociale. Afin de lui permettre de mettre en œuvre cette faculté, la date, l'heure et le lieu de la signature des statuts lui seront précisés, mais il devra, pour y participer, notifier au préalable sa décision d'entrer dans la société* ».

Il est important de prévoir d'adresser l'avertissement au conjoint avec un temps d'avance afin d'éviter toute fraude aux droits du conjoint. Il s'avère qu'un délai minimum de huit jours est suffisant, mais des délais de quinze jours voir d'un mois ont été avancés par différents membres de la doctrine.

Lorsque l'obligation d'avertissement fait défaut dans un cas où elle est obligatoire, l'article 1832-2 du code civil sanctionne ce défaut par renvoi à l'article 1427 du même code. Il s'agit d'une action en nullité qui vise le conjoint fautif. Le point de départ de cette action en nullité commence à courir dès le moment où l'époux demandeur a eu connaissance de l'apport ou de l'acquisition. Dès lors, l'époux lésé dispose de deux ans pour intenter cette action sans, cependant, l'intenter plus de deux ans après la dissolution de la communauté. Cependant, l'article 1832-2, dans son dernier alinéa, dispose que « *les dispositions du présent article ne sont applicable que [...] jusqu'à la dissolution de la communauté* ».

Une contrariété survient alors et la doctrine suggère que la solution à retenir est celle qui « doit être favorable au conjoint victime de la faute de l'époux apporteur et ne pas préjudicier inutilement la société ». Ainsi, le partage des droits sociaux entre les époux sera réglé au titre de la liquidation du régime, dès que la communauté sera dissoute. Il est loisible de constater que l'action en nullité ne peut être intentée qu'antérieurement à la dissolution du régime matrimonial. Cependant, le conjoint voit son droit d'invoquer la nullité comme moyen de défense contre la demande d'exécution de l'acte irrégulièrement préservé indéfiniment.

En conséquence, la société perd rétroactivement le bénéfice de l'apport qui lui avait été fait dès lors que l'annulation au profit du conjoint est acquise. Plus encore, elle perd un associé si l'époux a réalisé l'apport uniquement au moyen de biens communs. Ces situations peuvent amener la société à disparaître et l'intérêt de la société est alors d'obtenir du conjoint la ratification de l'acte nul. La ratification de l'acte est une possibilité offerte par l'article 1427 du code civil, mais n'est pas évoquée dans l'article 1832-2 du même code. La ratification peut revêtir deux possibilités : soit, la ratification « pourrait être tacite et résulter de la revendication de la qualité d'associé notifiée par le conjoint à la société », soit, la ratification « pourrait être expresse, dans l'acte lui-même ou par note séparée dans laquelle le conjoint affirmerait avoir pris connaissance des modalités de l'apport ou de l'acquisition et de la faculté qui lui est reconnue d'entrer dans la société, mais qu'il renoncerait à exercer »³⁸.

Au travers d'un arrêt de la cour d'appel de Versailles en date du 14 octobre 1999, la jurisprudence a jugé « que la preuve de la ratification postérieure d'une cession litigieuse par le conjoint ne saurait notamment résulter des attestations de deux salariés de la société, ne disposant de toute l'indépendance nécessaire, ni de la domiciliation de l'intéressée à l'adresse de la société pour les besoins d'une unique correspondance personnelle »

La Cour de cassation a, également, jugé que l'époux qui a vu son apport annulé, doit restituer les parts sociales qui lui avaient été attribuées³⁹. Ainsi, pour la Haute Juridiction, « l'article 1427 du code civil n'établit, pour la nullité qu'il édicte, aucune restriction au principe selon lequel la nullité a pour effet de remettre les choses dans l'état où elles se trouvaient avant la conclusion de l'acte annulé ». Cette restitution entraîne, indubitablement,

³⁸ C.-T. BARREAU, *op. cit.*

³⁹ Cass. 1^{re} civ., 16 juillet 1998.

une diminution de l'actif social. Cela entraîne un problème certain pour les sociétés qui ne peuvent voir leur capital social inférieur à un montant légalement fixé. Par conséquent, la situation nécessite une régularisation immédiate. Le cas de la SARL fait figure d'exception puisqu'en vertu de l'article L. 223-2 du code de commerce, le montant du capital social est désormais librement fixé dans les statuts.

Pour qu'une société soit constituée, les associés doivent réunir trois conditions essentielles qui sont : l'affectio societatis, la vocation de chacun des associés à participer au résultat et enfin les apports. Les apports constituent donc une condition essentielle de l'engagement des associés. Ainsi, les autres associés peuvent demander, « *à raison de l'erreur qu'ils ont commise ou du dol dont ils ont été victime* », l'annulation de la société.

Il est également possible, par application de l'article 1844-7-2° du code civil, pour les associés, de demander la dissolution de la société pour extinction de son objet (B. MAUBRU, op. cit.).

La situation particulière où l'époux apporteur a apporté des biens communs ainsi que des biens propres, l'obligation d'avertissement ne porte que sur les biens communs. Par conséquent, si l'annulation de l'apport est demandée par le conjoint non apporteur, dans cette situation, l'époux apporteur restera associé à concurrence des biens propres qu'il a apportés à la société. Il devra cependant restituer les parts sociales qui portent sur les biens communs.

Une fois l'annulation de l'apport prononcée, elle a pour effet d'écarter l'époux apporteur de la vie sociale définitivement. Du fait de cette position particulière de l'époux apporteur, les décisions collectives prises deviennent irrégulières⁴⁰.

Cette irrégularité des décisions collectives ne comprend que « *les décisions qui ont été prises en tenant compte des parts sociales annulées* » ou celles prises par la personne titulaire de ces parts s'il s'agit de décisions extraordinaires.

Le cas spécifique des sociétés en nom collectif doit être évoqué. En vertu de l'article L.221-6 du code de commerce, qui dispose que « *Les décisions qui excèdent les pouvoirs reconnus aux gérants sont prises à l'unanimité des associés. Toutefois les statuts peuvent prévoir que certaines décisions sont prises à une majorité qu'ils fixent* », les décisions prises en présence de l'époux sont nulles.

⁴⁰ B. MAUBRU, op. cit.

Ce même article permet que certaines décisions soient prises à une majorité fixée dans les statuts sans qu'il soit tenu compte des parts sociales. Par application de cette disposition, il est possible de maintenir ces décisions adoptées même en présence de l'époux commun en biens.

Là où la suprématie du régime de la communauté légale sur le droit des sociétés est avérée, c'est lorsqu'une société unipersonnelle est concernée. Puisque l'apport est annulé, la société n'est censée n'avoir jamais reçu d'apport. Comme elle n'a jamais reçu d'apport, elle ne peut avoir d'associé. Puisque ces deux conditions de formation de la société font défaut, la société est réputée n'avoir jamais existé puisque « *les sociétés ne peuvent, sauf exception, être créées ab initio par une seule personne* »⁴¹.

Une autre difficulté survient quand la société comporte initialement deux associés. Puisque l'article 1832 du code civil dispose que « *la société est instituée par deux ou plusieurs personnes* », l'annulation de l'apport compromet cette condition, la société ne comporte plus qu'un seul associé. Cette conséquence met donc en cause sa régularité.

En ce cas, l'article 1844-5 du code civil qui dispose que « *La réunion de toutes les parts sociales en une seule main n'entraîne pas la dissolution de plein droit de la société* » n'a pas vocation à s'appliquer ici. Par application du droit commun des sociétés, à savoir l'article 1844-7-3° du code civil, la société prend alors fin en raison de l'annulation du contrat de société qui découle de la nullité de l'apport accompli par l'un des deux associés originels.

Si, en revanche, la société créée est une société à responsabilité limitée (SARL), et qu'elle a été créée par deux associés, dont l'un n'a pas respecté l'obligation d'avertissement de l'article 1832-2 du code civil, la société, devenue une entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée (EURL), ne se verra pas dissoute. Cela est concevable dans l'hypothèse où une EURL peut être constituée par une seule personne. Une modification des statuts concernant le montant du capital social devra alors être effectuée pour prendre en compte le retrait des titres sociaux de l'associé commun en biens. Mais, comme dans l'hypothèse précédente, l'associé lésé peut demander la nullité de la société « *en arguant de son défaut de consentement* ». Cela se justifie dans le cas où il avait souhaité créer la société avec l'associé commun en biens dont l'apport a été annulé.

⁴¹ C.-T. BARREAU, *op. cit.*

Lorsque l'époux, commun en biens, ne respecte pas son obligation d'avertissement alors qu'elle doit être mise en œuvre, il commet une faute susceptible d'engager sa responsabilité. Sa responsabilité pourra être recherchée via une action intentée soit par ses coassociés, soit par des tiers victimes de l'annulation de la société. Au regard de la jurisprudence, les associés ne pourront réclamer des dommages-intérêts « *pour ce dépassement objectif de pouvoirs* »⁴². Cette solution découle du caractère rétroactif de la nullité. La jurisprudence va même au delà puisqu'elle a admis que « *même dans les rapports de l'époux agissant et des coassociés, l'annulation de cet acte n'en laisse rien subsister, ni aucune obligation de garantie, ni aucune clause pénale ou clause de dédit. Ce n'est que dans l'hypothèse où l'apporteur aurait commis un dol, en affirmant mensongèrement le caractère propre des valeurs mises en société par exemple, que ses coassociés pourraient en obtenir réparation du préjudice subi* »⁴³.

Le droit des sociétés peut permettre aux associés de trouver des fondements plus pertinents pour rendre une action plus efficace. La distinction selon que l'annulation de l'apport ait conduit ou non à l'annulation de la société doit être opérée. La doctrine semble dégager « *un principe général d'engagement de la responsabilité de celui ou de ceux auxquels l'annulation de la société ou d'actes postérieurs est imputable* »⁴⁴. Ce droit d'intenter cette action revient à tous ceux qui ont subi un préjudice du fait de l'annulation de la société. Ainsi, les dommages-intérêts qu'ils peuvent percevoir leur appartient à titre personnel. Le délai de prescription de cette action est de trois ans. Il est à noter que lorsque les demandeurs ont eux-mêmes commis la faute, la responsabilité de l'époux défendeur peut être atténuée.

L'article 1840 du code civil peut trouver à s'appliquer lorsque, en dépit de l'annulation de l'apport, la société a survécu. En vertu de cet article, « *Les fondateurs, ainsi que les premiers membres des organes de gestion, de direction ou d'administration sont solidairement responsables du préjudice causé soit par le défaut d'une mention obligatoire dans les statuts, soit par l'omission ou l'accomplissement irrégulier d'une formalité prescrite pour la constitution de la société* ». Le délai de prescription commence à courir à partir de l'immatriculation de la société et est de dix ans.

⁴² Cass. 1^{re} civ., 24 mars 1981.

⁴³ Cass. 1^{re} civ., 27 juin 1978.

⁴⁴ Par ex. C. com, article L. 223-10.

Cette supériorité des régimes matrimoniaux se retrouve également au niveau des pouvoirs de gestion des époux. Les faits et gestes des époux associés dépendent du régime matrimonial choisi.

PARAGRAPHE 2 - La soumission des pouvoirs des époux associés aux règles du droit des régimes matrimoniaux

Outre le fait que le régime conventionnel de communauté légale produise des effets conséquents dans les rapports entre la société et les époux commun en biens, ce même régime, par le biais du principe de gestion concurrente institué par la loi du 23 décembre 1985, vient encadrer les pouvoirs des époux sur les biens dont ils disposent. Ce principe de gestion concurrente se voit tantôt renforcé, au travers notamment la liberté d'exercer une profession séparée, tantôt limitée par des situations imposant la règle de la cogestion.

Dans un premier temps, et en vertu de l'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* ». Par conséquent, chaque époux est libre de disposer des biens communs et peut les affecter librement à une société par la constitution d'un apport, sauf à ce qu'une règle spéciale vienne en limiter la possibilité⁴⁵. En vertu de l'article 1401 du code civil ainsi que de la jurisprudence⁴⁶, lorsque l'apport effectué est un apport en numéraire, l'article 1421 du code civil ne s'applique que lorsque l'apport est constitué des revenus de biens communs. En effet, si l'apport en numéraire résulte d'une autre hypothèse, l'époux commun en biens peut se voir imposer la nécessité d'obtenir le consentement de son conjoint.

Lorsque l'apport effectué est un apport en nature, qu'il soit en pleine propriété, en usufruit ou en jouissance⁴⁷, à raison de leur objet, les pouvoirs de l'époux apporteur sont différents et selon les cas, il pourra user soit de son pouvoir de gestion concurrente soit de se voir imposer la cogestion.

La doctrine suggère de faire une distinction selon que « *l'époux a décidé de faire apport des biens communs en pleine propriété à une société dotée de la personnalité*

⁴⁵ C. civ, articles 222 ; 223 ; 1423 ; 1425 ; 1832

⁴⁶ Cass. 1^{re} civ., 8 fév. 1978

⁴⁷ C. civ, article 1843-3 alinéa 2

morale ou à un groupement dépourvu de cet attribut »⁴⁸. Ainsi, dans l'hypothèse où la société nécessite la personnalité morale, l'apport en nature constitue une aliénation puisque le bien est transféré d'un patrimoine à un autre. Mais, dans le cas où l'entreprise ne possède pas de personnalité morale, les associés disposent de trois possibilités offertes par l'article 1872 du code civil. La première est de conserver chacun la propriété de leurs apports et en donner la jouissance à la société. La seconde consiste à transférer la propriété de leurs apports au gérant. Enfin, la dernière possibilité est de placer leurs apports en indivision. Lorsque la première possibilité est retenue, « *la communauté ne perd pas ses droits sur le bien mis ainsi à la disposition de la société en participation* »⁴⁹. Lorsque la seconde possibilité est choisie, « *le gérant devient propriétaire des apports effectués, et l'opération revêt le caractère d'une mutation à titre onéreux* »⁵⁰. Par conséquent, « *du point de vue des rapports entre associés, les biens sont placés en indivision* »⁵¹. Enfin, si la troisième possibilité est mise en œuvre, « *les apports deviennent la copropriété des participants tant à l'égard des tiers que dans leurs rapports mutuels* »⁵². Un transfert partiel de propriété est donc effectué. Il peut donc être soumis à deux modes de gestion différents. Dans un cas, l'époux devra se soumettre aux règles de la cogestion tandis que le deuxième cas, permet à l'époux d'opérer le transfert du bien, seulement s'il est de ceux qu'il peut aliéner seul, en vertu du pouvoir concurrent de gestion de la communauté.

Lorsque l'époux commun en biens entre dans une société, soit par le biais d'un apport, soit par le biais d'un achat de droits sociaux, cela peut constituer une faute. Le conjoint, pour obtenir réparation de cette faute, peut intenter une action en responsabilité pour obtenir des dommages-intérêts en vue de la réparation du préjudice subi. Cependant, il s'avère que la contestation de l'apport ne constitue ni une condition de recevabilité, ni une condition de fond de cette action en responsabilité. Aussi, l'acte reste valable dans les rapports entre les associés et l'époux. Pour pouvoir engager cette action en responsabilité, la négligence ou l'inaptitude de l'époux apporteur doit être prouvée par le conjoint qui remet en cause l'apport. Par ailleurs, la faute sera définie en fonction des éléments

⁴⁸ H. BLAISE, *op. cit.*

⁴⁹ Y. GUYON, *op. cit.*, no 517 ; A. COLOMER, *op. cit.* ; H. BLAISE, *op. cit.*

⁵⁰ H. BLAISE *op. cit.* ; M. GERMAIN, *Traité de droit commercial, op. cit.* ; J. ESCARRA, E. ESCARRA et J. RAULT, *op. cit.*

⁵¹ Y. CHARTIER, *La société dans le code civil après la loi du 4 janvier 1978.*

⁵² C.-T. BARREAU, *op. cit.*

d'appréciation dont disposait l'époux à cette date et le juge, pour apprécier cette faute, devra se placer au jour de l'apport ou de l'acquisition.

Lorsque cet apport ou cette acquisition constitue un cas de fraude, notamment « *en cas de soustraction d'un bien commun au contrôle légitime du conjoint de celui qui agit* »⁵³, cet acte sera inopposable au conjoint⁵⁴. Sinon, tous les actes accomplis, non constitutif de fraude, sont opposables au conjoint en vertu de l'article 1421 du code civil. Le régime de la preuve de la fraude, ici, répond du droit commun, à savoir que la preuve de la fraude peut être rapportée par tous moyens et l'acte accompli doit avoir été fait au seul avantage du fraudeur ou d'un tiers. Il ne faut cependant pas confondre l'action en nullité de l'article 1427 du code civil et l'action fondée sur la fraude dont le conjoint est victime. Cette dernière se prescrit par trente ans.

De surcroît, l'action en inopposabilité offerte au conjoint de l'apporteur⁵⁵, outre le fait qu'elle puisse être intentée pendant le mariage, l'époux victime conserve la possibilité d'agir pendant un délai de trente ans, même si la dissolution du régime matrimonial a été prononcée. Cela est possible au regard de l'article 2236 du code civil qui dispose que « *[La prescription] ne court pas ou est suspendue entre époux, ainsi qu'entre partenaires liés par un pacte civil de solidarité* » et de la jurisprudence⁵⁶.

Si l'époux souhaite se départir de ce principe de gestion concurrente et ainsi bénéficier d'une plus grande latitude dans le choix des biens qu'il souhaite apporter en société, il doit recourir à l'article 1421 alinéa 2 du code civil qui pose le principe de la gestion exclusive pour les biens nécessaires à l'exercice de sa profession séparée. Pour pouvoir bénéficier de cette disposition, l'époux devra nécessairement démontrer qu'il exerce une profession distincte de celle de son conjoint mais aussi que l'apport est nécessaire à l'exercice de cette profession.

Une complexité apparaît lorsque l'un des époux a réalisé un apport à une société et que son conjoint collabore au sein de la même société. La doctrine, en se fondant sur l'article 1421 alinéa 2, admet que lorsque les époux « *participe ensemble à la direction de cette entreprise, leurs professions ne sont pas séparées* »⁵⁷. Mais dès lors qu'un des époux

⁵³ F. CHEVALLIER-DUMAS, *La fraude dans les régimes matrimoniaux*, RTD civ. ; J. VIDAL, *Essai d'une théorie générale de la fraude en droit français*, 1957, LGDJ

⁵⁴ CA Paris, 13 févr. 1965 ; Cass. 1re civ. 16 janv. 1967 ; CA Paris, 9 juin 1971.

⁵⁵ G. MARTY et P. RAYNAUD, par P. JESTAZ, *op. cit.*

⁵⁶ CA Paris, 9 juill. 1982

⁵⁷ C.-T. BARREAU, *op. cit.*

est associé et « *que l'autre lui apporte sa collaboration à titre de salarié, les professions sont en l'occurrence séparées* »⁵⁸. En conséquence, dans une telle situation, l'époux associé doit exercer « *un droit d'initiative et un pouvoir de gestion exclusif en ce qui concerne les actes d'administration ou de disposition nécessaire à sa profession* »⁵⁹. Une fois ces prérogatives remplies, l'époux bénéficie de la gestion exclusive pour apporter tous les biens nécessaires à l'exercice de sa profession.

L'alinéa 2 de l'article 1421 du code civil ne réduit pas la gestion exclusive à une catégorie spéciale de biens mais étend son domaine à « *l'accomplissement des actes nécessaires à l'exercice d'une profession séparée* »⁶⁰. Cet article s'impose dès lors que le caractère nécessaire de l'apport envisagé est vérifié. Pour l'époux qui envisage d'exercer sa profession au sein de la société ou si l'apport en société se rattache aux conditions d'exercice de sa profession, une application de l'article 1421 alinéa 2 du code civil doit être faite pour lui garantir une totale autonomie de gestion dans son activité.

La limite à ce principe de gestion concurrente et à la liberté de l'apport des biens nécessaires à l'activité professionnelle d'un époux réside dans le principe de la cogestion.

Ce principe de cogestion résulte des articles 1424, 1425 du code civil ainsi que de l'article L.121-5 du code de commerce. Ces articles imposent l'accord des deux conjoints pour l'aliénation de certains types de biens. Lorsque ces biens spécifiques sont l'assiette de l'apport en société, ils sont soumis à ce principe de cogestion⁶¹.

Par une lecture combinée des articles 1424 du code civil et L.121-5 du code de commerce, diverses aliénations à titre onéreux et diverses constitutions de droits réels sont interdites. Lorsque l'on rapporte ces interdictions aux apports en société, les aliénations à titre onéreux concernent l'apport en pleine propriété tandis que la constitution de droits réels concerne l'apport en usufruit. L'apporteur peut penser qu'en effectuant uniquement un apport en jouissance il pourra contourner les règles de la cogestion. Cette hypothèse placerait le conjoint apporteur dans une position similaire à celle d'un bailleur. Il est vrai que, même si les baux relèvent de la catégorie des actes d'administration et que par

⁵⁸ C.-T. BARREAU, *op. cit.*

⁵⁹ C.-T. BARREAU, *op. cit.*

⁶⁰ C.-T. BARREAU, *op. cit.*

⁶¹ A. COLOMER, *Les sociétés commerciales et les régimes matrimoniaux, op. cit., no 46 ; Cass. 1re civ. 2 déc. 1975*

conséquent il peuvent être conclu par un seul des époux en vertu du pouvoir concurrent de gestion de la communauté⁶², il demeure que cette opposabilité du bail, au conjoint, reste limitée à neuf années⁶³. De même, lorsque des baux sont constitutifs de droits réels, ils ne sont valables que lorsque les deux époux l'ont conclu. En conséquence, une distinction doit être faite. Dans la première hypothèse, si l'époux a la possibilité de conclure seul un contrat de location sur un bien, il pourra l'apporter seul en jouissance à la société. Dans la seconde hypothèse, si le bail nécessite l'intervention des deux époux, l'apport en jouissance ne sera valable que si les deux époux y consentent⁶⁴.

L'article 1424 du code civil donne la liste des biens qui sont soumis à la cogestion. Ainsi, les apports en société concernés par ce mode de gestion doivent avoir pour objet les immeubles, les droits sociaux non négociables, les fonds de commerce et exploitations qui dépendent de la communauté mais aussi les meubles corporels dont l'aliénation est soumise à publicité. Il s'agit par exemple des aéronefs, des bateaux et navires mais ne sont pas concernés les véhicules automobiles, les licences de transport ou encore les films. L'article 1424 du code civil vise également les droits non négociables qui sont, par nature, non transmissibles selon les modes simplifiés du droit commercial. Ces droits sociaux sont les parts sociales qui sont émises par les sociétés civiles, les sociétés en nom collectif, les SARL ou encore les sociétés en commandite simple. Les actions, qui elles sont des droits négociables et dont leur transmission relève des modes simplifiés du droit commercial, ne sont pas visés par cet article.

L'article 1424 du code civil vise également les biens incorporels comme le fonds de commerce et l'exploitation. Le cas du fonds de commerce doit être traité puisque, lorsqu'il existe, il constitue une source de revenu non négligeable pour la communauté. Cette importance est traduite par la soumission de la cession du fonds de commerce au principe de cogestion. La doctrine préconise alors que « *la cogestion doit être appliquée sans hésitation à l'apport qui embrasse la totalité des éléments de l'universalité que tout fonds de commerce constitue, alors que l'époux retrouve la plénitude de ses pouvoirs de disposition lorsque l'apport ne concerne que certains éléments détachés du fonds de commerce*⁶⁵. Pour connaître si l'on se situe dans une cession de fonds de commerce ou une cession de certains éléments du fonds, il faut constater si la clientèle est cédée avec le

⁶² C. civ, article 1425.

⁶³ C. civ, article 595.

⁶⁴ A. COLOMER, *op. cit.*

⁶⁵ A. COLOMER, *op. cit.*

fonds ou non. Ce sera la clientèle qui commandera les solutions de la matière en ce qu'elle est érigée en élément essentiel du fonds par la jurisprudence⁶⁶. La jurisprudence, comme la doctrine, considère l'article 1424 du code civil s'applique pour l'apport d'une branche entière d'un fonds de commerce, bénéficiant d'une clientèle propre⁶⁷. En revanche, si l'apport se limite à la clientèle seulement ou aux biens qui sont le support de la clientèle, l'apport, emporte le transfert d'un fonds de commerce à la société, demandera le consentement des deux époux⁶⁸.

L'exploitation se définit comme la mise en valeur d'un bien ou d'un droit. Elle est constituée par « *le faisceau de droits et de biens dont l'exercice et la mise en valeur constituent la base de l'exercice d'une activité professionnelle déterminée* »⁶⁹. Ces définitions correspondent et s'appliquent aux entreprises artisanales, aux biens et aux droits utiles à l'exercice d'une profession libérale mais également aux exploitations agricoles. Ces définitions des exploitations peuvent se trouver appliquées aux offices ministériels si, en dépit de l'article 1404 du code civil, ils n'ont pas été exclus de la communauté⁷⁰. Ce n'est pas parce que la distinction entre le titre et la finance leur est appliquée que l'hésitation de l'application de l'article 1424 du code civil n'est pas permise.

La cogestion concerne également les baux de fonds ruraux ou d'immeubles à usage commercial, industriel ou artisanal qui dépendent de la communauté. Cela découle de l'article 1425 du code civil. Cependant, cet article ne se limite pas seulement aux contrats qui relèvent du statut des baux commerciaux ou ruraux.

Aux termes de l'article L. 121-5 du code de commerce qui dispose qu'« *une personne immatriculée au répertoire des métiers ou un commerçant ne peut, sans le consentement exprès de son conjoint, lorsque celui-ci participe à son activité professionnelle en qualité de conjoint travaillant dans l'entreprise, aliéner ou grever de droits réels les éléments du fonds de commerce ou de l'entreprise artisanale dépendant de la communauté[...]* », un artisan ou un commerçant qui voit son conjoint participer à son activité professionnelle doit nécessairement obtenir son consentement exprès pour pouvoir aliéner ou grever de droits réels certains éléments du fonds de commerce ou de l'entreprise artisanale qui dépend de la communauté. La limite est que cette règle n'est applicable que si le fonds de commerce ou

⁶⁶ Cass. Req. 15 févr. 1937.

⁶⁷ A. COLOMER *op. cit.* ; J. DERRUPPÉ, *Fonds de commerce et clientèle.* ; Cass. Ass. Plén. 24 oct. 1970.

⁶⁸ TGI Villefranche-sur-Saône, 9 oct. 1970

⁶⁹ J. PATARIN et G. MORIN, *op. cit.* ; C. AUBRY et C. RAU, *par A. PONSARD, op. cit.* ; A. COLOMER, *Les régimes matrimoniaux, op. cit.*

⁷⁰ J. PATARIN et G. MORIN, *op. cit.*, t. I, no 183 ; C. AUBRY et C. RAU, *par A. PONSARD, op. cit.*,

l'entreprise artisanale sont des biens communs. Ainsi, l'aliénation totale ou la constitution de droits réels sur cette entreprise font partie du domaine de l'article 1424 du code civil. Par conséquent, lorsque l'époux apporteur réalise l'apport en propriété ou en usufruit des composantes de l'entreprise commerciale ou artisanale, le consentement du conjoint n'est requis que si ces composantes sont nécessaires à l'exploitation de l'entreprise soit à raison de leur nature, soit à raison de leur importance.

La particularité de l'article L.121-5 du code de commerce est qu'il interdit aux commerçants et artisans de constituer seul, des baux sur le fonds de commerce ou l'entreprise artisanale. Cela a pour conséquence de soumettre l'apport en jouissance du fonds au régime de l'apport en propriété. Ainsi, l'acte ne sera valable que si les deux époux l'ont conclu. La doctrine considère que, outre le fait que « *le conjoint salarié ou le collaborateur mentionné au registre du commerce et des sociétés doivent donner leur consentement à un tel apport, le conjoint coexploitant qui participerait à égalité avec l'époux apporteur à la gestion de l'entreprise ainsi que l'assistant occasionnel ou le conjoint qui ne travaillerait qu'à temps partiel doivent également donner leur consentement* »⁷¹.

L'article L.121-5 du code de commerce pose également une condition de forme pour que le consentement du conjoint collaborateur nécessaire à certains apports soit valable. Ainsi, le consentement du conjoint doit être exprès et doit être donné à l'acte et non pas dans l'acte. L'hypothèse du consentement spécial permet au conjoint collaborateur de donner son consentement antérieurement à l'acte.

Lorsque les dispositions des articles 1424 et 1425 du code civil et de l'article L. 121-5 du code de commerce sont violées, la sanction correspondante est la nullité relative. Cependant, pour éviter cette sanction et rendre l'apport nul, le conjoint a la possibilité de confirmer l'acte. Cette situation permet de combattre une omission ou une erreur humaine mais il est recommandé, pour plus de simplicité, que le conjoint consente au même moment que l'apport.

Dans tous les cas, l'action en nullité ne peut être demandée que par le conjoint ou, sur le fondement de l'article 1427 du code civil, ses héritiers. Le délai de prescription commence à courir à partir du jour où le conjoint a eu connaissance de l'acte, sans pouvoir être intenté plus de deux ans après la dissolution de la communauté. Le délai de prescription de cette action est de deux ans.

⁷¹ J. DERRUPPÉ, *op. cit.* ; D. MARTIN, *op. cit.* ; F. DEKEUWER-DÉFOSSEZ, *op. cit.*,

Il peut arriver que l'époux qui réalise l'apport soit inapte à le faire ou que l'apport soit frauduleux.

L'article 1426 du code civil prévoit cette hypothèse en retirant, purement et simplement à l'époux, son pouvoir concurrent de gestion de la communauté. La conséquence de l'application de cet article est que l'époux fraudeur ou inapte ne peut plus réaliser d'apport en société, mais aussi, il ne peut plus acquérir de droits sociaux au moyen des biens communs. De manière indirecte, l'article 1426 du code civil permet à l'époux demandeur d'effectuer des actes d'administration et de disposition qui relèvent, en principe, du pouvoir exclusif de l'époux fraudeur ou inapte bien que ce dernier exerce une profession séparée. Cet article trouve aussi à s'appliquer lorsque l'époux se trouve hors d'état de manifester sa volonté pendant un long moment, quelle qu'en soit la cause.

Le régime primaire peut également se voir appliqué lorsqu'un époux, par son comportement, contrevient gravement aux intérêts familiaux. L'article 220-1 du code civil met en place une mesure d'urgence pour faire face au danger encouru par la communauté. Cet article part du postulat que l'apport ou l'acquisition porte atteinte aux intérêts de la famille et met en péril les intérêts de celle-ci et que cela fait ressortir un manquement grave de l'époux face à ses devoirs matrimoniaux. L'application des mesures de l'article 220-1 du code civil n'est possible qu'en cas d'urgence. En cela, il est également donné au juge le pouvoir de prendre les mesures des alinéas 2 et 3. Cette interdiction de gestion et de disposition des biens de la communauté peut être levée par les époux dès que la ou les causes qui l'ont motivée a disparu. Puisqu'il s'agit d'une mesure d'urgence, elle est de ce fait provisoire, ce qui implique que la mesure ne doit pas préjuger au fond. Le juge fixe également dans le temps la durée des mesures sans excéder trois ans.

Il existe, en dehors du régime de communauté légale, des régimes séparatistes tels que le régime de la séparation de biens ou encore celui de la participation aux acquêts qui fonctionne de la même façon⁷². Lorsque les époux ont choisi ces régimes séparatistes, chaque époux conserve l'administration, la jouissance et la libre disposition de ses biens professionnels⁷³. Cela entraîne comme conséquence une plus grande liberté dans le choix des biens à apporter en société. Mais il ne pourra apporter que ses biens propres. La seule limite qui pourrait être opposé à l'époux apporteur serait celle inhérente à la forme sociale.

⁷² C. civ, article 1569

⁷³ C. civ, article 1536 al. 1^{er} ; 1569.

À ce propos, le régime primaire, au travers des articles 221, 222 et 255 du code civil renforcent et la présomption de pouvoirs et le pouvoir des époux.

Cette liberté des époux n'est pas totale puisque quelques dispositions impératives, issues du régime primaire peuvent la restreindre. Ces mesures sont justifiées par l'importance que représente des biens spécifiques pour le bon fonctionnement de la famille ou par l'urgence. Pour l'importance des biens, l'article 215 du code civil, protège le logement familial par l'instauration de la cogestion. Les mesures d'urgence comme l'autorisation ou l'habilitation judiciaire des articles 217 et 219 du code civil comme les mesures d'urgence de l'article 220-1 nécessitent la saisie du juge compétent et peut restreindre drastiquement les pouvoirs des époux. L'article 218, quant à lui, permet de gagner en souplesse en matière de gestion des biens personnels des époux. Il donne notamment mandat au conjoint de l'époux pour le représenter dans l'exercice des pouvoirs que le régime matrimonial lui attribue. Ainsi, il est possible d'imaginer qu'un époux fasse un apport en société en son nom personnel et souscrive, en vertu de la procuration qui lui a été remise, une autre fraction de droits sociaux au nom et pour le compte de son conjoint. La société deviendra alors une société entre époux et chacun d'entre eux sera considéré comme associé.

Si les époux se situent dans un régime de participation aux acquêts, il est possible pour eux de remettre en cause les apports effectués en fraude des droits du conjoint, en se fondant sur l'article 1577 du code civil. Pour contourner ce risque, c'est aux coassociés d'être vigilants et d'exiger l'accord du conjoint pour la réalisation de l'apport. L'inconvénient est que cet accord peut devenir « *une décision d'entrer à titre personnel dans la société s'il s'avérait que ce bien a été acquis dans des conditions telles qu'il ne paraît pas certain qu'il soit la propriété exclusive de l'apporteur* ».

L'autre catégorie de biens qu'il est possible de retrouver dans un régime matrimonial séparatiste est la catégorie des biens indivis. L'apport de tels biens ou la souscription de droits sociaux au moyen de ces biens restent soumis aux règles du code civil adéquates suivant que les époux aient ou non conclu une convention d'indivision.

Une fois qu'un apport a été réalisé par un ou les époux, le droit des régimes matrimoniaux va continuer d'étendre son influence en soumettant le statut d'associé à différentes règles particulières.

SECTION 2 - LE STATUT D'ASSOCIÉ À L'ÉPREUVE DES RÈGLES DU DROIT DES RÉGIMES MATRIMONIAUX

Les régimes matrimoniaux vont influencer le statut d'associé en permettant au conjoint non associé de le devenir par le biais de la revendication de la qualité d'associé mais également en organisant les rapports entre la société et les époux. Ainsi, la revendication de la qualité d'associé (PARAGRAPHE 1) permet au conjoint non associé à la société de le devenir tandis que l'attribution de la qualité d'associé (PARAGRAPHE 2) dépend de la nature des droits sociaux.

PARAGRAPHE 1 - La revendication de la qualité d'associé

Les époux peuvent se partager la qualité d'associé en utilisant différents mécanismes. La première possibilité offerte aux époux, pour s'associer au sein d'une même société, est de réaliser un apport ou l'acquisition de droits sociaux d'une société par le biais de biens soit communs, soit propres. L'autre mécanisme est la revendication de la qualité d'associé qui découle de l'article 1832-2 du code civil. Ils peuvent devenir également associé, de manière exceptionnelle, à la suite d'une décision de justice. Enfin, l'association des époux est aussi rendue possible par le biais d'une convention entre époux, uniquement si les droits sociaux sont communs.

La revendication de l'article 1832-2 du code civil ne peut se faire que lorsque deux prérequis sont remplis. Ces prérequis concernent d'une part l'objet de l'apport et d'autre part la société bénéficiaire. Ils sont dégagés par une lecture combinée des alinéas 3 et 4 de l'article 1832-2 du code civil. Cet article impose également une obligation d'avertissement du conjoint mais cette obligation ne constitue, en aucun cas, une troisième condition pour la revendication de la qualité d'associé. Ainsi, « *la revendication demeure possible même en cas d'inexécution de cette obligation* »⁷⁴.

Il est évident que pour que l'article 1832-2 du code civil puisse s'appliquer, l'assiette de l'apport de l'époux doit être constituée de biens communs. Ainsi, l'époux apporteur acquiert

⁷⁴ C.-T. BARREAU, *op. cit.*

la qualité d'associé au moyen de biens communs. Pour la doctrine, « *le vocable « bien commun » doit être entendu largement* ». Cela permet d'englober tous les types de biens, qu'ils aient été apportés en nature ou en numéraire et permet d'intégrer aussi bien les apports en pleine propriété que les apports en jouissance. Dans le cas où l'apport est constitué à la fois de biens propres et de biens communs, l'époux qui revendique la qualité d'associé n'a vocation à être associé que sur la part de l'apport constituée des biens communs. Dans un souci de faciliter la mise en œuvre du partage de la qualité d'associé, il est préconisé d'effectuer, dans les statuts, une ventilation des droits sociaux correspondant aux uns et aux autres. Ainsi, par le bénéfice de cette revendication permise par l'article 1832-2 du code civil, le conjoint de l'époux apporteur peut devenir associé de la société dans la limite de la moitié des droits sociaux ayant rémunéré l'emploi des biens communs.

Deux difficultés apparaissent alors, l'une quand il existe dans l'apport une mixité entre les biens communs et un apport en industrie, l'autre existe dès lors que l'apport est constitué de biens propres dont les formalités d'emplois et de remplois n'ont pas été effectuées.

La première difficulté résulte du fait que l'époux apporteur, en plus d'apporter des biens communs à la société, ajoute son savoir faire par le biais d'un apport en industrie. L'apport en industrie ne peut pas constituer un bien commun et par conséquent, la revendication de l'époux ne peut pas concerner les parts d'industrie.

L'autre difficulté réside dans le fait que l'époux a réalisé un apport au moyen de biens propres sans que les déclarations d'emploi ou de remploi aient été effectuées. Pour la doctrine, « *elles tombent en communauté, mais comme elles n'ont pas été acquises au moyen de biens communs, la revendication doit être exclue* »⁷⁵. En conséquence, « *l'article 1433 du code civil ouvre droit à récompense à l'époux propriétaire puisque la communauté a tiré profit du patrimoine propre* »⁷⁶.

Il est cependant possible à l'époux associé de déjouer le mécanisme de la revendication de l'article 1832-2 du code civil en prouvant le caractère propre des biens assiette de l'apport ou de l'acquisition, conformément à l'article 1402 du code civil.

Si les époux sont soumis au régime matrimonial de la séparation de biens et souhaitent adopter le régime de la communauté universelle, les titres sociaux possédés deviennent communs. Cependant, puisque ces parts ont été acquises au moyen de biens propres, le

⁷⁵ C.-T. BARREAU, *op. cit.*

⁷⁶ B. MAUBRU, *op. cit.*

conjoint n'a pas vocation à devenir titulaire de la moitié d'entre elles. L'article 1832-2 du code civil, dans cette hypothèse est donc écarté.

Si les associés envisagent de transformer la société initialement constituée de titres sociaux négociables en une société dont les titres sociaux ne le sont plus, l'article 1832-2 du code civil n'a pas vocation à s'appliquer. Bien que, du fait du mécanisme de la subrogation réelle, « *l'époux titulaire d'actions devient titulaire de parts sociales qui sont communes, mais la transformation n'entraîne pas création d'une entité nouvelle* »⁷⁷.

Il se peut également que l'un des époux acquiert des droits sociaux ou effectue un apport en représentation de son conjoint. C'est alors l'époux représenté qui bénéficie du statut d'associé. Est alors ouvert à l'époux représentant la faculté de revendication pour qu'il puisse acquérir le statut d'associé. Mais dès lors que, par le jeu de l'article 1426 du code civil, un époux bénéficie d'un transfert de pouvoirs, ce dernier « *doit être considéré comme associé et l'autre peut, après restitution de ses pouvoirs, revendiquer pour moitié la qualité d'associé* »⁷⁸.

Pour la doctrine, dans « *l'hypothèse ou l'apport aurait été fait par l'époux bénéficiant du transfert de pouvoirs dans le cadre de l'exercice de la profession séparée de l'autre, il serait possible d'envisager un transfert total de la qualité d'associé à l'époux rétabli dans ses pouvoirs, l'autre étant libre de redevenir associé pour moitié par voie de revendication* »⁷⁹.

Le deuxième prérequis émanant de la lecture combinée des alinéas 3 et 4 de l'article 1832-2 du code civil concerne la société bénéficiaire. Il s'avère que cet article, en vertu de son alinéa 3, voit son application écartée pour toutes les sociétés dont les titres sociaux sont négociables. C'est le cas pour les sociétés en commandite par actions, les sociétés par actions simplifiées, les sociétés anonymes notamment. Par conséquent, le champ d'application de cette faculté de revendication couvre les sociétés à responsabilité limitée, les sociétés en nom collectif ou encore les sociétés en participation. La doctrine considère que cet article couvre

⁷⁷ Code civil, article 1844-3 ; contre la revendication, V.A. COLOMER, *Les sociétés commerciales et les régimes matrimoniaux*, op.cit. ; pour la revendication, V.B. MAUBRU, op.cit

⁷⁸ C.-T. BARREAU, op. cit.

⁷⁹ C.-T. BARREAU, op. cit.

également les entreprises unipersonnelles à responsabilité limitées « *puisque'il s'agit de SARL à associé unique* »⁸⁰.

Lorsque l'époux du conjoint associé souhaite revendiquer la qualité d'associé en vertu de l'article 1832-2 du code civil, il dispose d'un délai pour pouvoir l'effectuer. Ce délai commence à courir à compter de la date de la réception de la lettre d'information ou la date à laquelle le conjoint a connaissance de l'opération. En vertu du dernier alinéa de l'article 1832-2 du code civil, le délai expire avec la dissolution de la communauté. Pour établir la date de dissolution du régime, il faut se référer à l'article 1441 du code civil qui prévoit diverses causes de dissolution. Comme plusieurs causes de disparition du régime sont possibles, plusieurs dates sont donc susceptibles d'être retenues et « *un effet rétroactif peut être attaché à certains de ces évènements* »⁸¹. De ce fait, toutes les revendications qui interviennent postérieurement à cette date ne sont pas recevables tandis que les démarches entreprises avant la date de dissolution du régime doivent être étudiées.

Le domaine de la revendication est large puisque le conjoint bénéficie de la présomption de l'article 1402 du code civil. De ce fait, « *il appartient au tiers qui conteste d'apporter la preuve du caractère propre des deniers employés pour la souscription des droits sociaux ou leur acquisition* »⁸². Mais deux limites viennent encadrer ce domaine. La première tient en ce que certaines sociétés exigent que les associés disposent de prérequis spécifiques, tels que des diplômes, pour pouvoir exercer l'activité. La seconde résulte du fait que « *l'acquisition du titre d'associé se rattache à la possession d'une qualification professionnelle en relation directe avec l'objet social* »⁸³.

La première limite s'applique notamment dans les sociétés civiles professionnelles qui « *ne sont accessibles qu'aux personnes justifiant de la qualification et des titres requis pour l'exercice de la profession « sociale* »⁸⁴. De cette façon, le conjoint commun en bien qui revendique la qualité d'associé, s'il ne possède la qualification ou les titres requis, ne peut pas entamer les démarches pour se voir reconnaître la qualité d'associé.

⁸⁰ B. MAUBRU, *Abus de droit et fictivité des sociétés*; J. MESTRE et G.FLORÈS, *L'entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée*.

⁸¹ C.-T. BARREAU, *op. cit*

⁸² Cass. . 1^{re} civ. 11 juin 1996.

⁸³ C.-T. BARREAU, *op. cit*.

⁸⁴ C.-T. BARREAU, *op. cit*.

La seconde limite réside dans le fait que « *la revendication du conjoint sera le plus souvent paralysée parce que l'acquisition du titre d'associé se rattache à la possession d'une qualification professionnelle en relation directe avec l'objet social* »⁸⁵ et ce particulièrement dans les sociétés de capitaux d'exercice libéral. Pour ce type de situation, le titre d'associé « *ne peut alors être conféré qu'à ceux qui sont titulaires d'un diplôme déterminé ou qui ont obtenu un agrément des autorités* »⁸⁶.

Pour éviter ces limites, le conjoint qui revendique la qualité d'associé se doit de satisfaire aux conditions exigées pour l'associé originaire. Il doit répondre de ces conditions comme s'il avait lui-même réalisé un apport ou acquis des titres sociaux. Pour ce qui est des sociétés en commandite par actions, le partage des droits sociaux est effectué sur les droits sociaux de commandité ou de commanditaire souscrit par l'apporteur. Si l'époux apporteur est devenu associé commandité, seule l'attribution de droits sociaux de commandité peut être attribué au conjoint. Autrement dit, le conjoint ne pourra pas se voir attribuer les droits sociaux de commanditaire

Lorsque l'époux associé exerce au sein de la société une profession séparée et dont la détention des parts sociales lui est indispensable pour son exercice, la faculté de revendication offerte au conjoint ne peut être écartée. L'article 1832-2 du code civil est d'ordre public et il est impossible d'y déroger sur le fondement des articles 223 et 1421 alinéa 2 du même code. Une possibilité de dérogation à cette revendication doit résulter d'une dérogation d'une prérogative d'ordre public spéciale et non d'une prérogative d'ordre public générale comme c'est le cas pour ces fondements

Lorsque la revendication a lieu, l'article 1832-2 alinéa 3 prévoit deux situations. Dans un premier temps, l'article dispose que l'acceptation peut avoir lieu lors de l'apport ou de l'acquisition et dans un second temps, l'acceptation peut intervenir postérieurement à l'apport ou à la revendication.

Dans la première hypothèse, puisque « *lorsque [le conjoint] notifie son intention lors de l'apport ou de l'acquisition, l'acceptation ou l'agrément des associés vaut pour les deux* »⁸⁷.

⁸⁵ C.-T. BARREAU, *op. cit.*

⁸⁶ C.-T. BARREAU, *op. cit.*

⁸⁷ C. civ, article 1832-2 alinéa 3

Par conséquent, dans cette situation, les autres associés disposent du choix soit d'agréer les deux époux soit de ne pas les agréer et ainsi renoncer à l'apport ou à l'acquisition. En tout état de cause, le conjoint ne peut se voir imposer une « *acceptation « personnelle »* »⁸⁸ auprès des futurs associés de son époux. « *S'ils acceptent l'apport ou l'acquisition, les coassociés devront tolérer, à part égales, la présence des deux époux* »⁸⁹.

Quand aucune clause d'agrément n'est prévue dans les statuts, l'époux qui revendique la qualité d'associé ne peut se voir confronté à l'agrément des autres associés. Cela se justifie par un parallélisme des formes puisque d'une part, aucune clause d'agrément n'est prévue et d'autre part, comme l'époux apporteur n'a pas subi d'agrément, l'époux qui revendique la qualité d'associé ne peut se voir opposer cet agrément. En conséquence, le conjoint entre directement dans la société.

Les associés, pour contrer cette conséquence automatique d'association immédiate du conjoint, disposent du mécanisme de l'agrément. Ils leur est possible de prévoir dans les statuts une clause d'agrément dite « *sélective* » qui permet alors de contrôler et de soumettre à agrément « *les opérations qui ne profitent pas exclusivement à un associé, un ascendant ou un descendant* »⁹⁰. La doctrine prend l'exemple d'une SARL où « *il faudrait introduire une clause d'agrément pour les cessions consenties à un associé, descendant ou un ascendant dont le conjoint notifie à la société son intention d'être personnellement associé* »⁹¹. Mais l'article 1832-2, alinéa 3, du code civil est une disposition d'ordre public et on ne peut douter de sa licéité. Pour ce qui est des sociétés civiles, la clause doit viser les cessions faites au profit des ascendants et descendants dont les conjoints revendiquent la qualité d'associé⁹². En effet, en vertu d'une analyse *a contrario*, puisque pour les associés, les cessions dont ils bénéficient sont soumises à agrément sauf clause contraire. Il suffit de veiller à ce que les statuts de la société ne comportent pas une telle clause⁹³.

⁸⁸ C.-T. BARREAU, *op. cit.*

⁸⁹ J.DERRUPPÉ, *op.cit.* ; A.COLOMER, *op. cit.*).

⁹⁰ C.-T. BARREAU, *op. cit.*

⁹¹ C.-T. BARREAU, *op. cit.*

⁹² C. civ, article 1861 alinéa 2

⁹³ B. MAUBRU, *op. cit*

La deuxième hypothèse prévue par l'article 1832-2 du code civil prévoit que les clauses d'agrément prévues dans les statuts sont opposables au conjoint qui fait la revendication au cours de la vie sociale. Dans cette hypothèse, il est interdit à l'époux associé de prendre part au vote lors de cette délibération et les parts sociales dont il est titulaire ne seront pas comprises dans le calcul du quorum et de la majorité. En prévoyant cette clause, les associés bénéficient d'une protection efficace. Il est conseillé d'insérer cette clause dans les statuts de la société dès sa constitution. La doctrine admet que, « *dans le silence de la loi, ils pourraient aussi l'introduire en cours de vie sociale* »⁹⁴.

Les associés bénéficient d'une grande latitude pour aménager les modalités statutaires de l'agrément, en dehors de l'exclusion de l'époux apporteur lors du vote de l'agrément. Mais en ayant une analyse littérale du texte, il apparaît que certains impératifs doivent être respectés. Ainsi, le gérant ne peut se voir attribuer le pouvoir d'agrément puisque l'article prévoit qu'il y a « *délibération sur l'agrément*. Par ailleurs, il est nécessaire que l'organisation de la procédure de consultation des associés soit déterminée par les statuts. Cela permet à la société de gagner en rapidité, clarté et d'éviter tous problèmes futurs. Cela passe par exemple par le fait d'imposer au gérant des délais pour qu'il puisse organiser une consultation, par voie écrite. Autre exemple : il est possible pour les associés d'autoriser ou non le gérant à procéder à une assemblée générale. Lorsque la société cible est une SARL « *il est possible de s'inspirer de ce qui est prévu en matière d'agrément du cessionnaire de parts sociales et d'imposer à la société un délai maximal de trois mois à compter de la notification pour faire connaître sa décision au conjoint* »⁹⁵.

La doctrine, pour ce qui a trait aux conditions de quorum et de majorité a parfois « *pensé que la liberté des associés cessait au-delà des exigences maximales permises par le droit des sociétés en matière de transmission ou de cession des parts sociales entre époux* »⁹⁶. Par conséquent, les associés sont libre de convenir de clauses d'agrément plus favorables que dans les clauses d'usages, « *tant au plan de l'étude de la demande qu'au plan de son admission* »⁹⁷ mais il semble qu'ils ne peuvent pas exiger des conditions plus restrictives que ce que prévoit la loi dans des situations comparables. Se faisant, une grande liberté est accordée aux associés qui peuvent prévoir des clauses d'agrément personnalisées. Par

⁹⁴ C.-T. BARREAU, *op. cit.*

⁹⁵ C.-T. BARREAU, *op. cit.*

⁹⁶ D. MARTIN, *op. cit.*

⁹⁷ C.-T. BARREAU, *op. cit.*

exemple, les associés peuvent prévoir que le conjoint ne sera agréé que quand il y aura un accord majoritaire des associés « *sans qu'il n'y ait ni plancher ni plafond aux seuils de majorité ou de quorum retenus* »⁹⁸, ou un accord unanime. Ils peuvent prévoir également que seules certaines revendications devront être soumises à agrément⁹⁹.

« *Lorsque l'agrément n'est pas obtenu par le conjoint, il n'en résulte pour la société aucune obligation de rachat des parts sociales*¹⁰⁰. Mais rien n'interdit au conjoint de renouveler sa revendication ultérieurement mais les statuts doivent prévoir des précisions afin que le conjoint ne fasse pas un usage excessif de sa prérogative.

Au moment où la société visée par la procédure de revendication est une EURL, l'associé unique ne peut refuser l'entrée de son conjoint dans la société puisque la clause d'agrément insérée dans les statuts se voit paralysée. Par conséquent, « *l'associé unique ne dispose d'aucun moyen direct de faire échec à cette revendication*¹⁰¹.

Le moyen indirect pour contourner la revendication de son conjoint est de céder quelques une des parts à un tiers qui devient associé et qui statuera par la suite sur l'agrément.

La loi reste silencieuse sur la possible revendication de la qualité d'associé par un conjoint qui bénéficie déjà de la qualité d'associé. « *La procédure de revendication pourrait alors avoir deux buts. Elle peut être utilisée aux fins d'aboutir, dans la mesure des biens communs utilisés, à une répartition égalitaire de la qualité d'associé ou alors, elle peut être utilisée comme technique d'accroissement de la participation d'un époux au détriment de celle de son conjoint. Il se peut que cette hypothèse paraisse choquante lorsque l'un des époux a effectué un apport en industrie ou a utilisé des biens propres alors que son conjoint a utilisé que des biens communs. La doctrine considère que « tel n'est pas l'objet de l'article 1832-2 du code civil mais la loi ne permet d'interdire une telle revendication »¹⁰². Qui plus est, lorsque les cessions de parts sont libres entre associés, la clause spéciale d'agrément est paralysée. Là, la technique contractuelle est importante en ce que, si les statuts ne prévoient pas la soumission des cessions de parts entre associés à agrément, cela indique que la*

⁹⁸ C.-T. BARREAU, *op. cit.*

⁹⁹ F. DEKEUWER-FOSSEZ, *op. cit.*

¹⁰⁰ B. MAUBRU, *op. cit.*

¹⁰¹ J.-J. PRÉA, *op. cit.*

¹⁰² D. MARTIN, *op. cit.* ; B. MAUBRU, *op. cit.*

répartition des parts entre associés est indifférente. Dans le cas contraire, l'agrément spécial permet de compléter utilement la clause d'agrément des cessions de parts entre associés.

La renonciation à revendiquer la qualité par le conjoint permet à un époux commun en biens de constituer une SARL à associé unique alors qu'il ne dispose pas de biens propres. Pour se faire, il doit obtenir de son conjoint « *une renonciation au droit de revendiquer la qualité d'associé pour la moitié des parts souscrites* »¹⁰³. Il est admis qu'il est toujours possible de renoncer à un droit acquis, même s'il est né d'une disposition d'ordre public.

Le droit de revendication du conjoint est acquis lorsqu'il a reçu l'avertissement. Dès ce moment, il lui est possible d'y renoncer, même si cette possibilité lui est offerte jusqu'à la dissolution de la communauté. La renonciation se définit comme un acte par lequel une personne abandonne un droit dont il est titulaire. Elle est nécessairement volontaire, ne se présume pas et elle doit être expresse. En effet, la renonciation du conjoint ne saurait être tacite et résulter de sa participation à l'acte de société même si celle-ci est imposée par le droit des régimes. Par conséquent, si le conjoint n'émet aucune revendication à ce moment, sauf à avoir renoncé expressément, il conserve le droit d'entrer ultérieurement dans la société. Mais, si le conjoint donne son consentement à l'apport ou à l'acquisition ou intervient à l'acte pour garantir qu'il a été averti, le conjoint peut renoncer à cette revendication. Dans cette hypothèse, la renonciation est définitive. L'effet d'une telle renonciation est qu'elle ne permet plus au conjoint de revendiquer ultérieurement la qualité d'associé.

Ce procédé a été validé par la jurisprudence¹⁰⁴. Cependant, cette renonciation peut avoir un effet sournois en ce qu'elle ne permet pas de garantir une sécurité absolue. En effet, cette renonciation doit être renouvelée toutes les fois où il y a une nouvelle acquisition ou souscription de droits sociaux. Cela résulte du fait que lorsqu'elle est revendiquée, la renonciation ne vaut que pour les titres sociaux détenus par l'époux associé à l'instant où ils sont émis. L'autre raison de ce caractère sournois est que la revendication ne peut être réalisée par anticipation.

Une éventualité n'est prévue par aucun texte mais peut présenter un intérêt pratique indéniable. Dès le moment où les époux sont d'accord pour partager la qualité d'associés, il

¹⁰³ C.-T. BARREAU, *op. cit.*

¹⁰⁴ Cass. Com., 12 janvier 1993.

est intéressant de savoir si un accord entre les époux peut concerner la répartition de la qualité d'associé dans la proportion exacte souhaitée par les associés. La loi ne prévoit pas ce cas tandis que la doctrine le concède¹⁰⁵. Cela permet une grande marge de manœuvre pour les époux associés et peut prévoir, éventuellement, « *un transfert intégral si l'apporteur veut se retirer de la vie sociale sans céder ses droits* »¹⁰⁶. Du fait de sa nature conventionnelle, cette convention peut se voir réitérée à plusieurs reprises pendant le mariage. Par conséquent, il est tout à fait possible pour les époux d'adopter une nouvelle répartition des parts ou de revenir à l'attribution initiale.

Si les époux souhaitent mettre en place une telle convention, ils doivent la notifier à la société. La notification peut être faite par lettre simple mais pour assurer une force probante suffisante, une lettre recommandée avec accusé de réception semble la solution la plus judicieuse. Lorsque la société est constituée de titres sociaux non négociables, les associés peuvent se protéger de cette répartition en prévoyant dans les statuts une clause d'agrément spéciale qui vise cette opération. Il faut, pour que cet agrément soit valable, que la « *clause spéciale soit rédigée sur le modèle de l'article 1832-2 du code civil et ne soit pas une clause ordinaire d'agrément applicable aux cessions ou aux transmissions de parts sociales entre époux* »¹⁰⁷. Puisque les époux décident de répartir leurs droits sociaux entre eux, cela entraîne indubitablement la modification des statuts de la société en vertu des articles L.223-13 du code de commerce ainsi que l'article 1835 du code civil. Une précaution est à prendre lorsque cette répartition conventionnelle intervient dans une société anonyme. En vertu de l'article L.228-23 du code de commerce, les clauses d'agrément pour les cessions d'actions à un conjoint sont interdites. De cette façon, dans les SA, les époux bénéficient d'une plus grande liberté et peuvent se transmettre sans contrainte le titre d'associé. Là où le droit matrimonial intervient, c'est lorsque survient un conflit entre les époux en vertu des articles 220-1 et 1426 du code civil.

Si les époux sont associés d'une SAS, compte tenu du fort intuitu personae qui caractérise ce type de société, une clause d'agrément sur la base de celles autorisées par l'article 1382-2 du code civil est envisageable.

¹⁰⁵ B. MAUBRU, *op. cit.*

¹⁰⁶ C.-T. BARREAU, *op. cit.*

¹⁰⁷ B. MAUBRU, *op. cit.*

Bien que la qualité d'associé peut être acquise au conjoint non associé par le biais de la revendication, les mécanismes d'association d'un époux diffèrent selon que la société dispose de droits sociaux négociables ou non.

PARAGRAPHE 2 - L'attribution de la qualité d'associé

En dehors de l'hypothèse de la revendication de la qualité d'associé, les époux deviennent associés de la société. Par conséquent, cela demande une habile conciliation des règles du droit des régimes matrimoniaux et des règles du droit des sociétés. Dès lors que les époux sont dans cette situation, chaque époux jouit personnellement de la qualité d'associé, la nature de l'apport au regard des régimes matrimoniaux déterminent la gestion des droits sociaux et les droits et obligations des époux découlent de ces deux considérations.

Les situations les plus simples proviennent des hypothèses où les époux qui réalisent les apports sont soit mariés sous un régime séparatiste, soit s'ils sont communs en biens, utilisent des fonds propres pour le financement de l'entrée en société. La qualité d'associé revient, de façon indubitable, à l'époux qui a accompli l'acte. Il s'avère que la situation la plus complexe résulte de l'hypothèse où un époux commun en bien, entre dans la société au moyen de biens communs. La loi règle cette difficulté pour « *les sociétés dont les droits sociaux ne sont pas négociables* »¹⁰⁸.

L'attribution de la qualité d'associé des époux est une problématique qui s'applique à deux grandes familles de sociétés : les sociétés dont les droits sociaux ne sont pas négociables et les sociétés dont les droits sociaux sont négociables.

Quand l'attribution de la qualité d'associé aux époux concerne les sociétés dont les droits sociaux ne sont pas négociables, le code civil en son article 1832-2 alinéa 2 précise que « *la qualité d'associé est également reconnue à celui des époux qui fait l'apport ou réalise l'acquisition* ». Cette règle vaut, en raison du dernier alinéa de l'article 1832-2, jusqu'à la dissolution du régime matrimonial. Cet article ne vise pas expressément l'apport en industrie

¹⁰⁸ C. civ, article 1832-2 in fine.

ni l'apport de biens propres par l'un des époux. Assurément, la qualité d'associé revient exclusivement à l'époux apporteur, en vertu de l'article 1832 du code civil.

Les règles du droit des sociétés survivent à la dissolution de la communauté. Lorsqu'un seul des époux est associé, il demande généralement l'attribution à son profit des droits sociaux dont il est titulaire. Cette situation arrive puisque, soit le conjoint n'a pas voulu se conformer à la règle du partage en nature, soit l'agrément du conjoint n'a pas été délivré par les coassociés, soit parce que le conjoint ne dispose pas des qualités nécessaires pour l'exercice de l'activité de la société ou encore parce que pour continuer à exercer son activité, l'époux doit détenir absolument les titres sociaux.

L'autre hypothèse veut que si les deux époux sont associés, ils conservent, respectivement, leur qualité d'associé en dépit de la dissolution du régime matrimonial. Si une mésentente intervient entre les époux, l'attribution des droits à un seul peut être envisagée. La prudence est de mise lorsque d'une part les époux constituent les seuls associés de la société et que les droits sociaux représentent l'essentiel des revenus de l'union. Dans ce cas, la société est dissoute et liquidée.

Le mécanisme de l'article 1832-2 du code civil ne peut fonctionner que si l'apport, constitué de biens communs, octroi à chacun des époux une quote-part des parts sociales. Si les apports rétribuent les époux par l'octroi de parts indivises, la qualité d'associé sera bien acquise par chacun des époux mais ils seront tenus de désigner un mandataire commun. Se faisant, les époux sont privés de leurs prérogatives sociales. Cette solution peut être écartée puisque, à raison de l'article 815 et suivant du code civil, les époux ne sont pas considérés comme indivisaires. Ainsi, les époux qui entrent dans une société reçoivent la qualité d'associé « *pour une fraction correspondant à l'apport ou à l'acquisition qu'il effectue* »¹⁰⁹. Par conséquent, les époux sont considérés comme n'importe quel autre associé et dès lors que « *les votes appellent un calcul de majorité par tête, les époux comptent pour deux* »¹¹⁰.

La question de savoir si « *les époux doivent-ils pour autant être considérés comme associés à parts égales ?* »¹¹¹ a été posée par la doctrine. Elle estime que « *L'instauration d'une procédure de revendication de la qualité d'associé à concurrence de la moitié des parts*

¹⁰⁹ C.-T. BARREAU, *op. cit.*

¹¹⁰ A. COLOMER, *À propos de la loi du 10 juillet 1982 sur le statut des conjoints d'artisans et de commerçants travaillant dans l'entreprise familiale*

¹¹¹ C.-T. BARREAU, *op. cit.*

sociales apporte une réponse lorsque la société devient une société entre époux par ce mécanisme de partage de la titularité des droits sociaux »¹¹². Elle distingue aussi deux situations lorsque les deux époux entrent simultanément dans la même société.

Dans un premier temps, les époux ont effectué un apport ou fait une acquisition pour devenir associé. Chacun des époux se voit reconnaître la qualité d'associé à concurrence des parts représentant l'apport qu'il a personnellement effectué. « *Si ces apports sont de valeur inégale, le nombre de parts attribué nominalelement à chaque époux sera différent* »¹¹³. Si aucun des époux ne procède à la revendication de la qualité d'associé sur la moitié des parts sociales souscrites par son conjoint, cette situation s'éternisera. Dès lors que la revendication est réalisée et qu'elle est acceptée par les autres associés, cette situation cessera. « *Ils seront associés à égalité, sous réserve de l'agrément des autres membres de la société* »¹¹⁴. La situation de l'apport en industrie soulève une complexité toute relative en ce qu'il sera évalué compte tenu de l'intérêt qu'il offre pour la société, lorsque les deux époux ont apporté en industrie. De cette façon, « *les parts d'industries sont attribuées à chacun en fonction de la valeur accordée à l'apport de ses connaissances. Cette situation inégalitaire se prolongera indéfiniment* »¹¹⁵.

Dans un second temps, les époux constituent l'assiette de leur apport par un seul bien commun. Une solution serait de répartir, par moitié, la titularité des droits sociaux. Cela entraîne comme conséquence que, lorsque la dissolution de la communauté est actée, les époux revendiquent chacun la moitié des parts sociales et cela permet de garantir des droits égaux sur la propriété et la gestion du bien apporté.

Pour les sociétés marquées d'un fort *intuitu personae*, la volonté des associés peut contrarier cette première solution car ces derniers demandent à ce qu'un équilibre soit conservé entre les participations respectives des associés. La loi, puisqu'elle n'impose « *pas un partage nécessaire et obligatoire de la qualité d'associé à part égale* », laisse aux époux le soin d'organiser la gestion des titres sociaux en leur permettant de décider de leur titularité sans porter atteinte à leur propriété mais permet également la prise en compte de *l'intuitu personae*. À ce titre, les époux bénéficient d'une grande liberté. À défaut de précision et de manifestation de volonté différente de la part des époux, il faut présumer que les époux

¹¹² C.-T. BARREAU, *op. cit*

¹¹³ J. DERRUPPÉ, *op. cit*.

¹¹⁴ B. MAUBRU, *op. cit*

¹¹⁵ C.-T. BARREAU, *op. cit*

entendent être associés chacun pour moitié. La procédure prévue à l'article 1832-2 alinéa 3 permettra aux époux de provoquer une répartition égalitaire des droits sociaux sous réserve de l'agrément de leurs coassociés. Pour garantir le bon fonctionnement de la société, il est impératif d'attribuer les parts nominativement à chaque époux. Cela est nécessaire dans le cas où cela permet de déterminer qui est associé et dans quelles proportions chaque associé exerce ses prérogatives sociales.

Des hypothèses spécifiques imposent de reconnaître la qualité d'associé aux deux époux puisqu'ils agissent comme les coauteurs de l'apport. Ces hypothèses découlent des articles 225, 1424 et 1425 du code civil. La reconnaissance de la qualité d'associé des deux époux intervient lors de la conclusion de l'apport. L'idée qu'un des époux ne souhaite pas devenir associé de la société mais intervient uniquement à l'acte pour permettre à son conjoint de devenir associé et exercer ses prérogatives sociales ne doit pas être écartée. Pour se faire, l'époux qui ne souhaite pas devenir associé doit, tout de même, donner son accord express pour la réalisation de l'apport de biens communs à la société et se verra, de facto, reconnaître la qualité d'associé même s'il ne souhaite pas s'en prévaloir. L'article L.121-5 du code de commerce érige le consentement exprès du conjoint à l'acte envisagé par l'autre comme seule condition. De ce fait, l'époux qui souhaite devenir associé se verra reconnaître ce statut et une répartition des droits sociaux entre les époux est totalement envisageable.

Quand l'attribution de la qualité d'associé concerne les sociétés dont les droits sociaux sont négociables, l'article 1832-2 du code civil reste silencieux sur cette hypothèse. Dans de telles sociétés, la personnalité de l'époux actionnaire est nécessairement indifférente puisque les clauses d'agrément pour les transmissions entre époux sont interdites¹¹⁶. La doctrine ne prévoit cependant pas d'adopter une interprétation a contrario de l'article 1832-2 du code civil. La doctrine préconise d'adopter une « *interprétation analogique : l'exercice des prérogatives et, par suite, la titularité des droits sociaux doivent être reconnus à celui des époux qui a réalisé l'apport ou l'acquisition* »¹¹⁷.

Il est possible que les droits sociaux négociables aient été souscrits par un époux, par le biais d'un apport qui constituait un acte de disposition nécessaire à l'exercice de sa profession séparée. Si un désaccord naît entre les époux et que le conjoint de l'époux apporteur désire

¹¹⁶ C. com, article L. 228-23.

¹¹⁷ D. MARTIN, *op. cit.* ; J. DERRUPPÉ, *op. cit.*

devenir actionnaire et de gérer concurremment les droits sociaux, l'époux apporteur ne dispose que de peu de solutions à sa portée. Les solutions ne sont pas à rechercher du côté du droit des sociétés puisque les transmissions d'actions entre époux sont libres. Les régimes matrimoniaux entrave quelque peu les velléités de l'époux revendicateur. Cependant, la solution offerte par le droit des régimes matrimoniaux peut ne pas satisfaire l'époux associé puisque ce droit offre comme solution finale au différend, le recours au juge. L'époux non apporteur dispose de deux arguments « faciles ». Il peut soit démontrer que les droits sociaux détenus par son conjoint apporteur est « *sans rapport avec l'activité professionnelle séparée de son conjoint et réclamer un partage de la qualité d'associé* »¹¹⁸. Il peut, également, sur le fondement de l'article 1426 du code civil, « *démontrer que la gestion des actions par son conjoint témoigne de son inaptitude ou de sa fraude pour obtenir un transfert de pouvoir* »¹¹⁹.

En conséquence, tant que le conjoint non apporteur ne revendique pas son pouvoir concurrent de gestion pour administrer les actions, seul l'époux qui a réalisé l'apport bénéficie de la qualité d'actionnaire. Si le conjoint revendique son pouvoir, les époux se retrouvent dans une situation d'indivision. Pour contrer cette situation, une répartition claire des actions entre eux, de préférence paritaire, doit être effectuée. Cela permettra aux époux d'exercer pour leurs comptes propres, les droits attachés aux actions inscrites à leur nom. Dans l'hypothèse où les époux constituent l'assiette de leur apport par le biais d'un seul bien commun « *sans indiquer leurs intentions quant à la détermination de la proportion dans laquelle chacun exercera les droits sociaux, ils sont présumés vouloir être associés pour moitié. Si les époux décident de se répartir différemment les actions, ils peuvent devenir titulaires, chacun, du nombre d'actions sur lequel ils se sont accordés* »¹²⁰.

Les régimes matrimoniaux, indéniablement ancré dans le processus de conception d'une société vont continuer à marquer la vie sociale de leur empreinte.

¹¹⁸ C.-T. BARREAU, *op. cit*

¹¹⁹ C.-T. BARREAU, *op. cit*

¹²⁰ C.-T. BARREAU, *op. cit*

CHAPITRE 2 - L'EMPREINTE DES RÉGIME MATRIMONIAUX DANS LA GESTION DES SOCIÉTÉS

Les régimes matrimoniaux coloreront la gestion des droits sociaux des époux associés mais aussi les droits et obligations de ceux-ci. De ce fait, les régimes matrimoniaux ont une incidence certaine dans la gestion des droits sociaux des époux associés (SECTION 1), et influence également les droits et obligations des époux associés (SECTION 2).

SECTION 1 - L'INCIDENCE DES RÉGIMES MATRIMONIAUX DANS LA GESTION DES DROITS SOCIAUX DES ÉPOUX ASSOCIÉS

Deux éléments influent la gestion des droits sociaux dans l'hypothèse d'une société entre époux : la nature des droits sociaux face aux régimes matrimoniaux (PARAGRAPHE 1), et l'impact du caractère négociable ou non négociable des droits sociaux sur les régimes matrimoniaux (SECTION 2).

PARAGRAPHE 1 - La nature des droits sociaux face aux régimes matrimoniaux

Les droits sociaux peuvent revêtir deux caractères face aux régimes matrimoniaux : celui de bien propre ou de bien commun. Ces qualités dépendront du régime matrimonial choisi par les époux mais également du mode d'acquisition de ces droits.

Ainsi, si les époux ont acquis ou souscrit des droits sociaux au moyen de leurs biens propres, la propriété de ces titres sociaux revient à chacun d'entre eux. C'est par exemple le cas lorsque l'acquisition des droits sociaux s'est faite avant le mariage. Il en est de même lorsque les droits sociaux ont été acquis au moyen de biens provenant de succession ou libéralités. Ces biens peuvent être qualifiés de biens communs seulement si le disposant l'a précisé expressément¹²¹.

¹²¹ C. civ, article 1405 alinéa 2.

Une situation délicate s'est présentée en pratique. Elle résulte de la simultanéité entre le processus de création de la société et la célébration du mariage ou du fait que les époux soient en instance de divorce. Cela crée des difficultés de qualification et, par la suite, de répartition de droits sociaux. La jurisprudence considère que les droits sociaux sont des biens propres « *si la société a été immatriculée avant le mariage ou, à l'inverse, si le mariage est dissous avant que la société n'ait acquis la personnalité juridique* »¹²².

La qualification des parts sociales ou des actions peut également résulter du mécanisme de la subrogation. Ce mécanisme peut en effet qualifier les titres sociaux de biens communs ou de biens propres. Ainsi, constituent des biens propres les titres sociaux issus d'un apport dont les biens propres en constituaient l'assiette. Le mécanisme de subrogation permet cette qualification de propre sans qu'un mécanisme de remploi soit effectué ¹²³ « *parce que le lien unissant le bien propre apporté aux droits sociaux rémunérant l'opération est évident* »¹²⁴. Pour la doctrine « *l'article 1434 n'exige une double déclaration que lorsqu'il est fait usage de choses fongibles : c'est le cas si des droits sociaux sont acquis au moyen de deniers propres ou si des apports de numéraire propre sont effectués* ». Il a été également jugé que « *les droits sociaux nouveaux revenant à un époux après transformation ou scission ou fusion de société sont également propres par subrogation si les anciennes parts ou actions étaient elles-mêmes propres* »¹²⁵.

Il existe aussi des biens qui, en vertu de la loi, dispose de la nature de biens propres et dont la communauté ne peut bénéficier d'un droit à récompense. Il s'agit principalement des plus-values afférentes aux parts ou actions propres, comme le dispose l'article 1406 alinéa 1 du code civil. Il en va de même pour « *le droit préférentiel de souscription à des actions émises par la société à l'occasion de l'augmentation de son capital, est propre, et les parts et actions distribuées alors également, si les parts ou actions initialement détenues par l'époux avaient ce caractère. Seront propres pour la même raison les titres nouveaux remis en cas d'augmentation du capital à titre gratuit par incorporation de réserves* »¹²⁶. Lorsqu'une augmentation de capital à titre onéreux est effectuée, la solution sera identique sauf qu'une récompense devra être versée à la communauté si elle a avancé les fonds pour réaliser l'acquisition.

¹²² Cass. 1^{re} civ., 3 décembre 1985.

¹²³ Cass. civ. 18 déc. 1935

¹²⁴ Cass. 1^{re} civ. 21 nov. 1978,

¹²⁵ Cass. 1^{re} civ. 27 mai 1968

¹²⁶ P. KAYSER, *Les augmentations de capital des sociétés et le caractère des nouveaux droits sociaux dans le régime de la communauté d'acquêts*

Dès le moment où les époux ont choisi de se soumettre à un régime matrimonial séparatiste, en vertu des articles 1536 et 1569 du code civil, les droits sociaux qui leurs sont attribués demeurent leur propriété personnelle.

Dans ce cas, le fait que les droits sociaux soient négociable ou non n'interfère pas puisqu'ils relèvent de la propriété exclusive des époux. De ce fait, chaque époux conserve la possibilité d'effectuer des actes d'administration, de jouissance et de disposition. Les seules limites qui pourraient venir restreindre ces actes proviennent du régime primaire¹²⁷. Quand aux pouvoirs des époux, ils sont justifiés par les présomptions de pouvoirs issus des articles 221 et suivant du code civil.

D'autres hypothèses peuvent compliquer l'opération de qualification des droits sociaux. C'est le cas lorsque la qualité d'actionnaire se trouve « *dédoublée* ». Ces complications se retrouvent dans des hypothèses aussi diverses que le démembrement de propriété, l'indivision ou encore lorsque les biens sont communs.

Dans le cas du démembrement de propriété, le principe est que l'usufruitier vote et doit être présent aux assemblées où sont discutés et distribués les bénéfices¹²⁸. Pour les sociétés commerciales, le principe est que l'usufruitier participe et vote aux assemblées ordinaires tandis que le nu-proprétaire vote et participe dans les assemblées extraordinaires¹²⁹. Cette répartition n'est cependant pas d'ordre public et il est possible d'y déroger dans les statuts. Cependant, il est impossible de supprimer, au moyen de clauses statutaires, le droit de vote de l'usufruitier pour les décisions relatives aux bénéfices¹³⁰. Les droits de vote du nu-proprétaire peuvent, quant à eux, être proche du néant à la condition qu'il puisse tout de même participer aux décisions collectives. La Cour de cassation est venue sanctionner les clauses statutaires qui prévoyaient que le nu-proprétaire était représenté par l'usufruitier pour toutes les décisions sociales, quels que soit leurs objet¹³¹.

En matière d'indivision, « *outre les hypothèses d'indivision postcommunautaire et successorale, l'indivision des titres peut trouver sa source dans une acquisition conjointe* »¹³². L'apparition du pacte civil de solidarité a également contribué à multiplier les cas d'indivision. Lorsque les actions sont indivises, la qualité d'associé appartient à

¹²⁷ C. civ, article 215 ou 220-1

¹²⁸ C. civ, article 1844

¹²⁹ C. com, art L. 225-110

¹³⁰ Cass. Com, 31 mars 2004

¹³¹ Cass. 2ème civ, 13 juillet 2005 ; Cass. Com 2 décembre 2008

¹³² Y. FLOUR, *La qualité d'actionnaire et l'indivision*

chaque indivisaire mais ils ne peuvent cependant pas voter indépendamment l'un de l'autre. Ils devront par conséquent se faire représenter soit par un mandataire unique¹³³, soit par l'un d'entre eux¹³⁴. Si un désaccord survient, la possibilité de désigner judiciairement un représentant peut être demandée à l'initiative du copropriétaire le plus diligent¹³⁵. Ce dispositif permettant d'éviter les situations de blocage est d'ordre public et permet, même en cas différends, à un des indivisaires d'être représentant. Il ne reste que si un représentant est désigné, les indivisaires voient leur droit de participer aux assemblées conservés mais leurs voix ne sont pas prise en compte dans la délibération

Lorsqu'une société anonyme fait face à une communauté de biens et qu'un époux a réaliser un apport au moyen de biens communs, lors des assemblées générales si les époux se présentent ensemble, ils seront considérés comme titulaires individuellement de la moitié des actions. Lorsque la communauté est dissoute, les règles de l'indivision doivent être appliquées et conduiront à la désignation d'un mandataire unique par les époux¹³⁶.

Il est intéressant de noter que par un arrêt du 19 avril 2005, la Cour de cassation a jugé que « *les parts de l'époux associé d'une EURL n'ont pas de nature juridique d'un bien commun. Il n'engage pas sa responsabilité envers la communauté en raison des prétendues fautes commises dans la gestion de la société dès lors que celle ci ne constituait pas un bien commun* ».

En revanche, dès lors qu'il existe des éléments qui confèrent aux actions un caractère personnel, l'action devra être traitée comme une part sociale. C'est le cas par exemple lorsqu'une société anonyme a pour objet l'exercice d'une profession réglementée ou encore que la détention du capital et la qualité d'actionnaire sont intimement liées à la possession de diplômes ou titres particuliers ou encore c'est le cas dans la société par actions simplifiée marquée d'un fort *intuitu personae*.

L'autre élément qui influe sur la gestion des droits sociaux n'est autre que le caractère négociable ou non de ces droits.

¹³³ C.com, article L.225-10 alinéa 2

¹³⁴ C.civ, article 1844 alinéa 2

¹³⁵ Cass. 1re Civ. 25 mai 1992

¹³⁶ CA Paris, 20 octobre 1999

PARAGRAPHE 2 - L'impact du caractère négociable ou non négociable des droits sociaux dans les sociétés entre époux.

Le sort des droits sociaux acquis souscrit au moyen de biens communs, dans le régime de la communauté, est une question qui anime un débat doctrinal passionné. La doctrine est d'accord, cependant, sur le fait que la solution paraît plus aisée pour les droits sociaux négociables que pour les droits sociaux non négociables.

Les actions relèvent, en principe, du pouvoir concurrent de gestion des biens communs que partagent les époux. Cela découle de l'article 1421 alinéa 1 du code civil qui dispose que « *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 opposable à l'autre* ». Aussi, cela ne fait aucun doute que les actions acquises au moyen de biens communs sont des biens de la communauté. Par ailleurs, si la société ne compte qu'un seul des époux comme associé, le principe de la gestion concurrente s'en trouve limité. Ce pouvoir ne peut permettre à l'époux non associé de s'immiscer dans les affaires sociales de la société. Pour pouvoir intervenir dans la vie de la société, l'époux non associé devra, au préalable, acquérir la qualité d'associé. Ce prérequis est indispensable que ce soit pour les actions au porteur ou pour les actions nominatives. Pour les actions au porteur, le décret du 23 mars 1967, prévoit que « *pour participer à l'assemblée, le titulaire doit justifier de sa qualité et produire un certificat de l'intermédiaire habilité teneur du compte et justifiant l'indisponibilité de actions inscrites en compte jusqu'à la date de l'assemblée. Par conséquent, leurs droits font l'objet d'une inscription en compte chez un intermédiaire agréé et pour participer aux assemblées, ils doivent seulement justifier de leur qualité en produisant une attestation établie par l'intermédiaire* ». En ce qui concerne les actions nominatives, la procédure est plus simple puisque la société émettrice connaît l'identité de ses actionnaires par le biais de la tenue des registres. Les actions qui font preuve de leur identité et qui est identique à celle du titulaire du compte sont autorisées, par la société, à participer aux assemblées générales.

Selon la prérogative accordée aux époux par l'article 221 du code civil, outre le caractère commun des actions, le conjoint titulaire du compte titre, peut seul les administrer et en disposer. Cela permet à la société ou à l'intermédiaire de bénéficier d'une protection efficace. Cette protection est renforcée puisque pour faire valoir ses droits sur les titres

déposés, le conjoint ne dispose que des voies judiciaires du droit commun. De plus, la qualité d'associé est acquise de manière individuelle par les époux puisqu'il est possible de considérer que la détention des actions immatriculées est faite au nom de chacun d'eux. Ainsi, ils détiennent individuellement les actions. Le tiers reste à l'abri de tout recours dès lors qu'il est de bonne foi.

La distinction du titre et de la finance est une création originale, d'origine jurisprudentielle, qui a pour but de préserver l'intérêt commun des époux mariés sous le régime de la communauté¹³⁷. La jurisprudence a, pendant longtemps, soumis les droits sociaux non négociables à cette distinction entre le titre et la finance. Selon cette théorie, les prérogatives attachées aux titres sociaux restent la propriété de l'époux apporteur mais la valeur pécuniaire de ces parts fait partie de la communauté. La jurisprudence a depuis longtemps appliqué cette solution pour les SNC et les SCS¹³⁸ et pour la SARL, depuis l'arrêt Caby¹³⁹.

La doctrine fonde cette dissociation sur le système de récompense qui n'offrait à la communauté que le remboursement du prix d'acquisition des parts sociales ou de la valeur des biens utilisés pour l'apport. Le problème est que la valeur des parts sociales est fluctuante. En effet, elle peut différer au jour de la dissolution de la communauté et être largement supérieure à cette somme. Cela n'est pas très équitable, notamment du fait de la dépréciation de la monnaie. Ainsi, *« le fait de considérer la finance des droits sociaux non négociables comme un acquêt de la communauté permettait d'échapper à cette règle de calcul tout en préservant l'intuitu personae de la société tant en cours de vie sociale ou matrimoniale qu'à l'expiration de celle-ci. Certains pourtant pensaient que la part sociale devait être considérée pour le tout comme un bien commun¹⁴⁰. D'autres, après 1965, estimaient que la part sociale devait être qualifiée de bien propre pour le tout, à charge éventuellement de récompense¹⁴¹ »*.

Aussi, une partie de la doctrine *« devait penser que la loi du 10 juillet 1982 et celle du 23 décembre 1985 mettaient un point final à la discussion. Selon elle, le principal défaut de la distinction du titre et de la finance est d'opposer les droits sociaux à leur*

¹³⁷ CIV, 1^{ère}, 4 janvier 1853

¹³⁸ Cass. Com. 23 décembre 1957

¹³⁹ Cass.com. 19 mars 1957, JCP 1958 ; Cass. 1^{re} civ. 22 décembre 1969

¹⁴⁰ HOUPIN, *Des droits de la femme après la dissolution de la communauté sur la part de son mari dans une société de personnes*

¹⁴¹ C. AUBRY et C. RAY, par A. PONSARD, *op. cit* ; G. MARTY et P. RAYNAUD, *Les régimes matrimoniaux*, 2^{ème} édition

valeur patrimoniale puisqu'elle oblige à dissocier au sein des prérogatives d'associé les droits de gestion et les droits pécuniaires. Les premiers rattachés au titre sont propre à l'époux associé, les seconds relèvent de la finance et son communs »¹⁴². La difficulté est que les droits des associés ne se répartissent pas de manière aussi claire en deux catégories. Ainsi, le droit de vote, privilège de l'associé, a une incidence directe sur l'intéressement patrimonial de celui-ci tandis que les prérogatives de gestion et les droits pécuniaires sont liés à la qualité d'associé et appartiennent au seul époux associé. Il est difficile de qualifier de bien la qualité d'associé. La qualité d'associé se rapproche plus d'une prérogative qui est nécessairement personnelle à l'époux qui s'est présenté comme apporteur et qui a été accepté comme tel par ses coassociés. La doctrine a donc proposé de généraliser la distinction du titre et de la finance et de l'appliquer aussi bien au titre d'associé qu'au bien patrimonial. En vertu de ces propositions, il a été proposé que « *les droits sociaux acquis au moyen de biens communs sont communs en nature tandis que la qualité d'associé, extrapatrimoniale, est personnelle à l'associé* »¹⁴³.

Néanmoins, au regard de la jurisprudence de la Cour de cassation, la Haute Juridiction reste fidèle à la distinction du titre et de la finance. Ce choix politique de la Cour de cassation a pour conséquence que seul l'époux associé est autorisé à intervenir dans les affaires sociales. Les prérogatives fonctionnelles et pécuniaires attachées aux parts sociales sont donc exercées par l'époux associé. Le conjoint est alors considéré comme étranger à la société et ne peut, par conséquent, assister aux assemblées ou encore exercer les prérogatives attachées aux droits sociaux. La seule façon pour se faire est que l'époux associé donne mandat à son conjoint. Il semble cependant difficile de concilier la distinction du titre et de la finance avec la faculté de revendication offerte par l'article 1832-2 du code civil. En effet, cela pose problème notamment au niveau de la gestion de la communauté puisque les parts sociales constituent des biens propres par nature à l'époux qui en a l'exclusivité tandis que la finance est commune tout comme les produits pécuniaires issus des parts. Dès lors, les règles de la cogestion doivent être appliquées à cette finance en vertu de l'article 1421 du code civil. Un doute subsiste sur l'application des autres règles de gestion de la communauté, notamment celle issue de l'article 1421 alinéa 2.

¹⁴² C.-T. BARREAU, *op. cit.*

¹⁴³ J. DERRUPPÉ, *Les droits sociaux acquis avec des biens communs selon la loi du 10 juillet 1982*

Cette position de la Cour de cassation produit de grandes incidences à la dissolution de la communauté. Du fait de cette position, les parts sociales sont incluses dans les opérations de liquidation. Le partage de ces parts sociales peut se faire de différentes manières. Ainsi, elles peuvent être partagées en nature si un ou les époux le demandent. Cela peut poser problème parce qu'il faut tenir compte des particularités des droits sociaux non négociables et de l'*intuitu personae* de la société. Si c'est le cas, le partage en valeur devra être retenu chaque fois que le pacte social s'opposera à la transmission du titre d'associé. Le partage en nature ne s'effectue pas si une clause d'agrément est présente dans les statuts. Dans ce cas, le partage en valeur se fera également. Le conjoint se trouvera confronté à ce type de clause dans les sociétés de personnes notamment.

L'époux associé qui souhaite conserver ses prérogatives et rester associé pour le tout pourra demander une attribution préférentielle des parts sociales pour sécuriser sa position au sein de la société. Si la distinction entre titres et finances n'était pas appliquée, cela aurait conduit les parts à être considérées comme communes en nature pendant la période de l'indivision post-communautaire. Cela aurait eu pour conséquence de bloquer le pouvoir de disposition de l'époux. En application de cette distinction, seule la finance est entrée dans la communauté. Cela permet donc à l'époux associé de disposer seul des droits sociaux non négociables avant le partage¹⁴⁴. Il lui est donc possible de transmettre son titre d'associé sans avoir besoin de recueillir le consentement de son coïndivisaire¹⁴⁵. Il est possible de percevoir cette position comme contestable mais la jurisprudence contrebalance cette distinction du titre et de la finance par la perception par le conjoint des bénéfices répartis au cours de l'indivision communautaire alors même qu'il n'était pas associé de la société. Il s'agit des fruits et des revenus qui sont venus accroître l'indivision, perçus par son ex époux en sa qualité¹⁴⁶.

Outre l'incidence que peut avoir les régimes matrimoniaux sur les sociétés entre époux, le droit des régimes influence fortement les droits et obligations des époux.

SECTION 2 - L'INFLUENCE DES RÉGIMES MATRIMONIAUX SUR LES DROITS ET OBLIGATIONS DES ÉPOUX ASSOCIÉS

¹⁴⁴ Cass. 1re civ. 9 juill. 1991

¹⁴⁵ Civ. 1re, 12 juin 2014

¹⁴⁶ Cass. 1re civ. 10 févr. 1998

L'influence des régimes matrimoniaux sur les droits et obligations des époux se traduit par deux phénomènes : une réaction du régime matrimonial de communauté à l'égard des droits des époux associés (PARAGRAPHE 1) et une pesanteur des régimes matrimoniaux relatives aux obligations des époux (PARAGRAPHE 2).

PARAGRAPHE 1 - La réaction du régime matrimonial de communauté à l'égard des droits des époux associés

La réaction du régime matrimonial de la communauté à l'égard des droits des époux associés va se faire sur deux plans, d'une part sur le plan des droits patrimoniaux, d'autre part sur le plan des droits extrapatrimoniaux.

L'interaction entre les droits patrimoniaux des époux et le régime de la communauté légale dépend de la nature des droits sociaux.

Dans l'hypothèse où ces droits sociaux sont communs aux époux, même seulement en valeur, les droits patrimoniaux de l'associé, qui ne sont autre que les droits aux réserves distribués, le droit au boni de liquidation ou encore les droits aux dividendes, relèvent de la catégorie des fruits et produits issus d'un bien commun. Par conséquent, ils enrichissent indubitablement la communauté. Il en va de même pour toutes les sommes attribuées à l'associé au titre de sa participation au capital de la société. Cela découle du fait que, puisque les créances sont communes, ces sommes sont communes.

Dans l'hypothèse où les parts sociales sont constituées de biens propres une distinction doit être effectuée. Dans ce cas, les fruits et les revenus qui procèdent de ces parts constituent des fruits et des revenus de biens propres. En raison de l'article 1403 du code civil, « *la communauté n'a droit qu'aux fruits perçus et non consommés* ». Toujours en vertu de cet article, les recherches concernant les fruits frauduleusement dépensés ne peuvent s'exercer au-delà d'un délai de cinq ans. Par principe, et par l'application de l'article 1401 du code civil, les fruits et revenus de biens propres constituent des biens communs. Ainsi, tous les dividendes issus des parts sociales propres perçus par un époux constituent des biens communs.

Enfin, dans l'hypothèse où l'assiette de l'apport est constituée par l'industrie d'un époux, les bénéfices distribués doivent être considérés comme des produits de son travail. La

doctrine veut que ce type de bénéfice puisse constituer des biens communs mais, du fait de leur particularité, ils doivent être assujettis au régime des gains et salaires au regard des articles 223 et 1414 du code civil.

La constitution de réserve par l'époux associé disposant de droits sociaux propres peut créer certaines complications lorsque ce dernier est marié sous le régime de la communauté. La doctrine considère depuis longtemps que « *l'on peut envisager qu'un époux fasse procéder à des constitutions systématiques et éventuellement abusives de réserves pour éviter que les revenus de produits par les droits sociaux propres ne tombent en communauté* »¹⁴⁷. Le droit des régimes matrimoniaux permet de contrer quelque peu cette situation avec l'application des articles 1403 et 1429 du code civil. Ces articles se voient limités dès lors que les agissements ne constituent pas un détournement de revenus ou une perception frauduleuse de revenus. Par conséquent, « *si les réserves sont constituées dans des conditions régulières, elles s'incorporent au capital social et aucune récompense n'est due à la communauté lors de la dissolution* »¹⁴⁸.

La jurisprudence va en ce sens puisqu'un arrêt de la Haute Juridiction juge que « *les parts nouvelles de SARL attribuées gratuitement en conséquence de l'incorporation de réserves à un associé pour lequel elles sont des biens propres ont elles-mêmes la nature de biens propres ; la communauté ne peut prétendre à une récompense du fait de l'augmentation du capital social, aucun prélèvement sur des fonds communs n'ayant été opéré à cette occasion* »¹⁴⁹.

Les droits extrapatrimoniaux dont jouissent, à égalité et dans les mêmes conditions, l'associé en capital et l'associé en industrie vont se voir déterminés par la forme sociale choisie. Les droits extrapatrimoniaux des associés sont composés essentiellement du droit à l'information et du droit à l'intervention dans la vie sociale.

Par principe, l'époux ayant la qualité d'associé est en mesure d'exercer individuellement son droit d'information permanente, sauf s'il recourt à un mandat pour l'exercice de ce droit. Il a la possibilité, si le besoin se fait sentir, de recourir à un expert. Cet expert peut très bien être son conjoint s'il est régulièrement inscrit¹⁵⁰.

¹⁴⁷ J.-F. PILLEBOUT, *Quelques aspects de la condition juridique de la femme mariée*

¹⁴⁸ C.-T. BARREAU, *op. cit.*

¹⁴⁹ Civ. 1^{re}, 12 décembre 2006

¹⁵⁰ C.com, art L.221-7 ; L.223-26, L. 225-100

Par l'exercice de ce droit d'information, les associés disposent de plusieurs moyens pour participer aux assemblées. Ils peuvent y participer physiquement, être consultés par correspondance ou encore prendre une décision constatée dans un acte¹⁵¹. Les dispositions statutaires ou conventionnelles ne peuvent en aucun cas s'opposer à ce droit. Le législateur, en revanche, par l'ordonnance du 24 juin 2004 numéro 2004-604 a modifié le droit des sociétés pour permettre « *l'émission d'action de préférence assorties ou non du droit de vote* »¹⁵², peut priver les associés de ce droit à l'information. À raison de l'article L. 225-107 du code de commerce, les actionnaires peuvent voter par correspondance dans les sociétés anonymes. Cette possibilité est un risque pour la société puisque l'un des époux peut très bien voter à la place de son conjoint actionnaire sans que ce dernier n'en soit informé. La société, dans cette hypothèse, ne dispose d'aucun moyen pour contrôler l'authenticité du vote. Le droit des régimes matrimoniaux, par le biais de l'article 222 du code civil vient limiter cette hypothèse potentiellement néfaste, en protégeant la société de toute annulation ou engagement de sa responsabilité. La situation est quelque peu différente dans les rapports entre époux. En effet, le conjoint non associé peut voir sa responsabilité engagée si le vote a porté préjudice à l'époux associé.

Bien que le droit de participer aux assemblées donne le droit de voter, les époux, même s'ils sont tous deux associés, ne peuvent voter l'un pour l'autre en l'absence de mandat exprès, cela fausserait les délibérations et les quorums puisque le nombre de voix dont dispose chaque époux est proportionnel au nombre de droits sociaux qui lui ont été attribués.

Le poids des régimes matrimoniaux se fait également ressentir au niveau des obligations des époux.

PARAGRAPHE 2 - La pesanteur des régimes matrimoniaux relative aux obligations des époux associés

Les obligations des époux associés diffèrent selon le régime matrimonial choisi. Pour ce qui est du régime de séparatiste, en vertu de l'article 1536 alinéa 2 du code civil, leurs obligations inhérentes à leur qualité d'associé seront poursuivies uniquement sur les biens personnels qu'ils ont chacun engagés. Le régime primaire, notamment au travers de l'article

¹⁵¹ C.civ, art 1853, C.com, L.221-6, L. 223-28 et L.225-98

¹⁵² C.com, art L.228-11

220 du code civil, ne peut permettre aux créanciers des époux associés séparés de biens, de prétendre au patrimoine conjugal des époux. Pour permettre l'accès aux créanciers à ce patrimoine, il faut soit qu'un engagement solidaire soit souscrit à l'égard de l'un des créanciers du groupement, soit, une solidarité résultant du groupement lui-même. Outre ces hypothèses, chaque associé est par conséquent responsable des dettes sociales qu'à hauteur de sa participation personnelle.

La situation est différente lorsque les époux sont mariés sous le régime de la communauté légale. En effet, dans cette situation, la communauté se voit exposer aux différents risques des apports ou acquisitions de droits sociaux. Les articles 1413, 1414 et 1415 du code civil relatifs aux règles d'engagement des biens des époux sont applicables. Une nuance est à apporter et concerne les droits sociaux qui sont propres. Dans cette hypothèse, la communauté supporte, à titre provisoire, la mise en œuvre de la responsabilité des époux. La communauté bénéficie, donc d'une récompense acquittée par le patrimoine propre des époux.

C'est le cas, par exemple, lorsque la libération de l'apport n'a pas été effectué dans les délais par les époux ou lorsque la jouissance paisible de l'apport n'a pas été garantie par les mariés, la communauté se voit infliger des dommages-intérêts tout comme le patrimoine propre des époux¹⁵³. Le code de commerce permet la possibilité de ne libérer que de moitié les actions souscrites en numéraire¹⁵⁴, et permet également la libération du cinquième des parts sociales d'une SARL également souscrites en numéraire¹⁵⁵. Cela vient sanctionner la négligence des époux puisque les apports en nature doivent dans toutes les sociétés être immédiatement et intégralement libérés. Le paiement des dettes imputables à chaque époux doit être poursuivi sur les biens communs, comme le dispose l'article 1413 du code civil. Cette disposition est écartée lorsque l'époux débiteur a commis une fraude ou que le créancier est de mauvaise foi. Toute la masse commune n'est pas concernée puisqu'en vertu de l'article 1414, les créanciers ne peuvent saisir les gains et salaires du conjoint. Cet article vient donc limiter l'assiette du gage dont disposent les créanciers. Les gains et salaires ne peuvent être saisis que lorsque la créance du conjoint porte sur des obligations contractées pour l'entretien du ménage ou l'éducation des enfants. Cette règle est issue du régime primaire impératif, règle qui est définie à l'article 220 du code civil. Il

¹⁵³ C. civ., art. 225 et 1428

¹⁵⁴ C. com., art. L. 225-3

¹⁵⁵ C. com., art. L. 223-7

est possible d'instaurer un plafond pour la saisie des gains et salaire en versant les gains et salaires du conjoint de l'apporteur sur un compte de dépôt ou un compte courant. Par cette opération, l'article 1414 du code civil énonce en son alinéa 2 que « *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* ».

Dans l'hypothèse où les époux sont tous deux associés dans la société, les créanciers bénéficient du gage maximum. Cela implique que les biens communs auxquels s'additionnent les gains et salaires ainsi que les biens propres des époux constituent l'assiette du gage des créanciers. La dette entre en communauté du chef de chacun des époux et non de leur chef commun. Les caractéristiques de la dette diffèrent dans cette situation puisqu'elle est conjointe et non solidaire, en dehors des dispositions légales ou les statutaires qui en disposerait autrement. Si le créancier dispose du gage moyen, comme dans le premier cas, l'assiette du créancier est constituée des gains et salaires et des biens propres de chaque époux mais qu'à proportion de l'apport que l'époux a effectué. Par conséquent, si les droits sociaux sont répartis de manière inégalitaire, les époux ne sont pas engagés dans des proportions identiques. En effet, ils sont considérés comme des associés volontaires et venus de leur propre chef à la société et de ce fait, ils délivrent chacun leur apport et en assume les obligations correspondantes. Le gage du créancier concerne néanmoins la masse commune pour se désintéresser des dettes de chaque époux. Si le créancier dispose du gage maximum, comme dans le second cas, l'assiette du gage est composée de la masse commune, dans sa totalité augmentée des gains et salaires, ainsi que les masses propres de chaque époux associé.

Les époux peuvent décider de la nature de la dette et si la solidarité joue ou non. Cette possibilité leur est offerte lorsqu'ils ont adopté une clause d'administration conjointe. Cette clause figure dans leur contrat de mariage et ne vaut que si l'apport ou l'acquisition de droits sociaux a reçu le consentement des deux. Cette option est régie par l'article 1503 du code civil qui impose une solidarité des obligations. La doctrine considère que cette dette est commune « *sous le double rapport de l'obligation et de la contribution, et qu'en outre, la fortune personnelle de chaque conjoint est soumise aux poursuites des créanciers* »¹⁵⁶.

¹⁵⁶ A. COLOMER, *Les régimes matrimoniaux*, op. cit.

Des dettes spécifiques peuvent également être commune aux associés. Les associés fondateurs de la société doivent ainsi assumer certaines obligations communes quel que soit le type de société bénéficiaire de l'apport. Mais ces obligations spécifiques diffèrent selon la forme sociale choisie¹⁵⁷.

C'est par exemple le cas lorsque les associés fondateurs passent, pour le compte de la société en formation, des actes qui n'ont pas été repris par cette dernière dans les conditions fixées par l'article 1843 du code civil et de l'article L. 210-6 du code de commerce. La responsabilité des associés, dans cette hypothèse, est solidaire et indéfinie. Si la société se présente sous la forme d'une SARL, les associés sont solidairement responsables pendant cinq ans, à l'égard des tiers, de la valeur attribuée aux apports en nature¹⁵⁸. Cet article ne s'appliquera que dans deux cas : s'il n'y a pas eu de commissaire aux apports désigné ou si la valeur retenue pour l'estimation des apports en nature dans les statuts diffère de celle que celui-ci a proposé.

Le cas de la SARL est intéressant en ce que lorsqu'un époux souhaite en créer une, la qualité d'associé fondateur lui est automatiquement acquise étant donné qu'il est le seul à pouvoir établir et signer les actes créateurs de la société. La possibilité lui est offerte de désigner un mandataire qui aura pour mission de procéder aux formalités de constitution. Si ce mandataire n'est autre que son conjoint, « *l'engagement des biens du ménage serait total* »¹⁵⁹. S'il est de l'intention des parties de créer une société de capitaux, ils devront s'engager nécessairement solidairement et, quelque fois indéfiniment, avec les fondateurs avant de profiter de la responsabilité limitée attachée à ce type de société. L'attention des époux doit être attirée sur le risque qu'ils prennent puisqu'il s'étend au-delà de l'apport.

Les associés de sociétés civiles ainsi que les associés en nom collectif sont responsables indéfiniment sur leur patrimoine des pertes subies, avec ou sans solidarité entre eux¹⁶⁰. La jurisprudence a ainsi jugé, du fait de ces caractéristiques, qu'« *une épouse commune en biens n'est tenue au passif social d'une SCI que si elle a la qualité d'associée* »¹⁶¹. Ne contribuent aux pertes sociales que dans la mesure de leur apport Les associés de SARL uni ou pluripersonnelles, les actionnaires de SA ou de la SAS ou les

¹⁵⁷ C. com., art. L. 210-6, L. 210-7 et L. 210-8 ; C. civ., art. 1840

¹⁵⁸ C. com., art. L. 223-9

¹⁵⁹ J. MESTRE et G. FLORES, *op. cit.*

¹⁶⁰ C. com., art. L. 221-1, L. 222-1 et L. 226-1 ; C. civ., art. 1857

¹⁶¹ Cass. 3e civ. 20 févr. 2002

commanditaires¹⁶². Cela n'est vrai que si ces derniers n'ont pas cautionné ou garanti les activités de l'entité sur leurs biens personnels. Si ce n'est pas le cas, alors les créanciers sociaux ne pourront pas saisir le patrimoine des associés.

Les rapports qu'entretient la communauté avec les biens apportés en société dépendent également de la limitation ou non de la responsabilité des associés. Si la responsabilité des associés est limitée, le bien apporté par la communauté n'est plus la propriété de cette dernière. Si la responsabilité des associés est illimitée, du fait que les époux contribuent aux pertes, ils devront fournir des biens issus tant de la communauté que de leur patrimoine propre pour procéder au paiement de la dette. Si la dette a été créée frauduleusement ou que les créanciers sont de mauvaise foi, en vertu de l'article 1413 du code civil, la communauté n'est plus obligée au paiement de la dette. Lorsqu'une dette est commune, elle est indubitablement née du chef d'un époux. Cela a comme conséquence d'obliger également les biens propres de l'époux débiteur. Ses biens propres constituent, en plus des biens communs, l'assiette du gage des créanciers sociaux ou encore de ses coassociés qui auront déjà acquitté la dette et supporté la part de l'époux.

Mais l'assiette des créanciers n'est pas la même si les époux sont mariés sous un régime séparatiste. Si c'est le cas, chaque époux, seules les dettes contractées par lui peuvent être poursuivies sur ses biens.

Il est difficile de considérer que les engagements qui découlent de la souscription de droits sociaux ont été contractés dans l'intérêt personnel de l'un des époux lorsque les droits sociaux sont communs. Puisqu'il est admis que la communauté s'enrichit des produits de la participation sociale des époux, son contraire, qui est qu'elle puisse s'appauvrir dans la mesure de la contribution aux pertes sociales imposée à raison de cette participation, doit également être accepté. Certains auteurs estiment qu'un principe général de dédommagement de la communauté existe pour toutes les dettes. Ce principe ne joue que pour les dettes que la communauté aurait dû supporter mais qui n'étaient pas contractées dans l'intérêt du ménage. Une distinction doit cependant être effectuée. L'époux doit être réputé agir dans l'intérêt de la communauté. Ses dettes contractuelles sont alors à la charge définitive de la communauté. Mais le conjoint peut revendiquer une récompense pour le compte de la communauté, à condition de détruire cette présomption.

¹⁶² C. com., art. L. 222-1, L. 223-1, L. 225-1, L. 227-1 et L. 226-1

Souvent, les associés et plus particulièrement les dirigeants de sociétés sont sollicités par les banquiers ou les fournisseurs pour souscrire une garantie permettant de payer les dettes sociales en cas de défaillance de la société. Il s'agira essentiellement soit de caution personnelle, soit de caution réelle. « *Le cautionnement personnel de l'époux ne présente un intérêt que si l'époux est associé dans une société dans laquelle sa responsabilité est limitée au montant de son apport* »¹⁶³. L'assiette des créanciers est différente selon que les époux aient opté soit pour un régime séparatiste, soit pour un régime commun. Si le régime séparatiste a été choisi, leur engagement relève du droit commun de la garantie envisagée et le patrimoine offert au gage sera le patrimoine de l'époux qui s'oblige par cet acte. Si le régime choisi est le régime de communauté, les dispositions de l'article 1415 du code civil devront être mise en œuvre. Cet article 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* ». En principe, seul les revenus de l'époux caution sont constitutifs de la sûreté et les biens communs restent protégés des poursuites du créancier. Pour contourner cette restriction d'assiette, les créanciers avertis demandent un engagement en qualité de cofidélus. Avec cette qualité, l'assiette du gage des créanciers est constituée de l'intégralité du patrimoine des époux.

Il arrive que l'époux caution souhaite se départir de son engagement lorsqu'il est en procédure de divorce et qu'il laisse son ex-conjoint gérer seul l'activité sociétaire. La perte de cette sûreté fait courir de graves risques et conséquences à l'affaire. Il a ainsi été jugé que le divorce n'est pas considéré, en tant que tel, comme une cause d'extinction du cautionnement¹⁶⁴. Cependant, dès que l'époux donne sa caution réelle aux dettes sociales, le consentement du conjoint est exigé si le bien objet de la garantie est soumis aux règles de cogestion¹⁶⁵. Dans le cas où le conjoint ne donne pas son autorisation pour la conclusion d'une sûreté, l'époux associé ne peut recourir qu'à l'article 217 du code civil qui permet à « *un époux d'être autorisé par justice à passer seul un acte pour lequel le concours ou le consentement de conjoint serait nécessaire, si celui-ci est hors d'état de manifester sa volonté ou si son refus n'est pas justifié par l'intérêt de la famille* ». Le danger couru par la communauté est fondé sur la situation financière de la société et le juge ne disposera pas forcément d'une connaissance assez précise. Par conséquent le sort

¹⁶³ P. SIMLER, *Patrimoine professionnel, patrimoine privé et cautionnement*

¹⁶⁴ Cass. com. 24 juin 1969, JCP 1970

¹⁶⁵ C. civ, article 1424.

de cette demande paraît aléatoire. Ainsi le juge n'accordera son autorisation que si l'opposition manifestée par le conjoint n'est pas justifiée par les intérêts de la famille. Dans la plupart des cas, en raison du risque de réalisation du gage du créancier, le conjoint refusera son consentement. Par conséquent, il sera impossible au juge de donner satisfaction au conjoint demandeur.

La caution peut très bien être le conjoint de l'époux associé. C'est le droit commun qui régit ce cautionnement. La jurisprudence a jugé que « *la circonstance que la caution soit l'époux commun en biens de la gérante de la société débitrice principale, possédant la moitié du capital de celle-ci, ne caractérise pas à elle seule l'intérêt personnel qui permet de tenir pour régulier un acte de cautionnement pour une somme déterminée, dont la mention manuscrite ne satisfait pas à l'article 1326 du code civil* »¹⁶⁶.

S'il a été démontré que les régimes matrimoniaux constituent un véritable fil conducteur dans l'élaboration d'une société entre époux, l'appétence des régimes matrimoniaux ne s'arrête pas à ce seul niveau. En effet, les régimes matrimoniaux, bien qu'ils soient la colonne vertébrale de ces sociétés, apparaissent également comme un véritable cœur permettant le bon fonctionnement de celles-ci.

¹⁶⁶ Cass. 1^{re} civ. 9 déc. 1992

DEUXIÈME PARTIE – LES RÉGIMES MATRIMONIAUX : VÉRITABLES CŒUR DES SOCIÉTÉS ENTRE ÉPOUX

Les régimes matrimoniaux peuvent être vu dans un premier temps comme une structure externe permettant la conception et la réalisation des sociétés entre époux mais, ils peuvent également contaminer l'intérieure des sociétés lors de son fonctionnement et de sa disparition. C'est pourquoi, dans un premier temps, la position du droit des régimes matrimoniaux au sein des sociétés (CHAPITRE 1) doit être étudiée, tandis que dans second temps, les époux devront faire face à la disparition de la société entre époux (CHAPITRE 2).

CHAPITRE 1 - LA POSITION DU DROIT DES RÉGIMES MATRIMONIAUX AU SEIN DES SOCIÉTÉS

La place qu'occupent les régimes matrimoniaux au sein des sociétés est très importante mais non régulière. Dans certains domaines du droit des sociétés, elle peut être prépondérante, tandis que dans d'autres, elle peut être infime voir inexistante. Ainsi, les régimes matrimoniaux occupent une place prépondérante au sein des fonctions de direction des sociétés (SECTION 1), mais se voient exclus relativement par la société créée de fait et le compte-courant d'associé (SECTION 2).

SECTION 1 - LA PRÉPONDÉRANCE DES RÉGIMES MATRIMONIAUX AU SEIN DES FONCTIONS DE DIRECTION DES SOCIÉTÉS

La prépondérance des régimes matrimoniaux dans les fonctions de direction se traduit d'une part, par l'expansion des régimes matrimoniaux au sein des fonctions de direction (PARAGRAPHE 1) et d'autre part, dans la rémunération des époux dirigeants (PRAGRAPHE 2).

PARAGRAPHE 1 - L'expansion des régimes matrimoniaux au sein des fonctions de direction

Le code de commerce impose, pour accéder au conseil d'administration ou au conseil de surveillance d'une société anonyme, d'être propriétaire d'un nombre déterminé d'actions de la société¹⁶⁷. Cela offre une facilité pour le conjoint non actionnaire de devenir membre du directoire de la SA et ainsi accéder aux fonctions de dirigeant social. Cela peut se faire puisque les membres du directoire, par principe, peuvent être choisis en dehors des actionnaires. *« S'ils sont actionnaires, ils n'ont pas l'obligation de détenir un nombre minimum d'actions de la société. Les conditions d'accès aux fonctions de dirigeant s'apprécient pour chaque époux »*¹⁶⁸.

L'époux actionnaire marié sous le régime de la communauté se retrouve face à un choix. Il peut, pour devenir dirigeant de la société, utiliser ses actions propres, ou les actions communes. Cependant, dès lors que l'époux actionnaire prouve que son conjoint, devenu membre du conseil de surveillance ou administrateur, n'a aucun pouvoir sur les actions présentées, cela emporte la révocation de plein droit de l'époux administrateur ou membre du conseil de surveillance, avec la récupération des actions.

La qualité d'époux commun en biens est compatible avec les fonctions de directeur, d'administrateur ou de membre du conseil de surveillance puisqu'aucun texte ne prévoit d'incompatibilité spéciale du fait de ce statut. Ainsi, il est tout à fait possible pour les époux d'appartenir simultanément au même organe, ou l'un des époux peut appartenir au directoire cependant que l'autre est membre du conseil de surveillance. Dans une société anonyme classique, rien n'interdit qu'un époux soit désigné membre du conseil de surveillance pendant que l'autre est désigné président de la société. Le législateur a néanmoins prévu de limiter le nombre de mandats dont peut être titulaire un administrateur, un membre du directoire, un président, mais est resté silencieux quant aux implications de la conjugalité. Cela aboutit à la situation selon laquelle les époux peuvent cumuler les mandats autant qu'ils le souhaitent tant qu'ils respectent les limites posées à l'article L. 225-21 et L. 225-77 du code de commerce. Ils ont ainsi le bénéfice des exceptions ordinaires. L'avantage de cette situation conjugale est que les époux peuvent diriger un nombre important de sociétés mais l'époux qui assume les

¹⁶⁷ C.com, art L.225-25 et L.225-72

¹⁶⁸ M. GERMAIN, *op. cit* ; J. HAMEL, G. LAGARDE et A. JAUFFRET, *op. cit*

fonctions de dirigeant doit endosser personnellement les responsabilités qui en découlent. La qualité d'époux, puisqu'elle ne constitue pas une qualité spéciale, se voit appliquer les règles du droit commun des sociétés. Cela a pour conséquence que les époux ne peuvent se donner mandat pour l'exercice de leurs missions d'administration ou de direction de la société.

L'articulation entre la qualité d'époux et la qualité d'associé dans une société en commandite simple est plus complexe que pour la société anonyme. La difficulté apparaît dès que l'un des époux est associé en qualité de commanditaire et l'autre est associé en tant que commandité. Ce montage, de prime abord, paraît avantageux dans le sens où il permet de mettre une partie du patrimoine commun à l'abri d'éventuelles poursuites des créanciers de la société. En effet, le commanditaire n'est responsable qu'à hauteur de son apport, seulement des dettes sociales. La gestion de la société, quant à elle, revient normalement au commandité même si les statuts ou un acte postérieur peuvent désigner un gérant qui n'est pas associé. Le droit des sociétés prévoit que le commanditaire ne peut s'immiscer dans la gestion de la société et cela lui interdit la réalisation de tout acte de gestion externe. Mais le commanditaire dispose des mêmes pouvoirs que l'associé en nom dans le fonctionnement interne de la société. La juxtaposition des relations conjugales et des rapports sociaux peut mettre à mal cette disposition. Ainsi, il peut être difficile, dans certains cas, de concilier cette défense d'immixtion avec l'obligation de secours mutuel des époux¹⁶⁹. La sanction de l'intervention du conjoint à l'égard des tiers n'est pas très sévère, puisque, s'il devient normalement tenu solidairement des dettes sociales, le juge peut limiter sa responsabilité aux engagements de l'acte de gestion qu'il a accompli.

Pour le Professeur M. COZIAN, lorsque une société à responsabilité limitée est créée par des époux communs en bien, « *il ne paraît pas opportun que les époux soient désignés comme gérants si la dimension de la société ne l'exige pas. L'un d'eux peut opter pour la conclusion d'un contrat de travail avec la société, ce qui lui assurera un statut fiscal et social plus avantageux que celui de gérant, notamment si les époux contrôlent la société* »¹⁷⁰.

Pour éviter toute confusion et permettre de protéger un tant soit peu le patrimoine commun, le conjoint non gérant de droit ne doit pas réaliser d'actes de gestion sous peine de lui faire acquérir la qualité de gérant de fait. Si cette qualification est retenue, le gérant de fait

¹⁶⁹ C. civ, article 212

¹⁷⁰ M. COZIAN, *Les mille et une tricheries des faux gérants minoritaires de SARL*

verra sa responsabilité se calquer sur celle de son conjoint. Puisque le gérant est nommé par décision des associés représentant plus de la moitié des parts sociales, en vertu du parallélisme des formes, il peut être révoqué par une décision de même type¹⁷¹. Cette architecture n'est efficiente que lorsque les époux s'entendent et qu'ils disposent d'une participation importante dans la société à responsabilité limitée.

Le sort des rémunérations des époux dirigeants dépendra du régime matrimonial ainsi que de la forme sociale choisie.

PARAGRAPHE 2 - La rémunération des époux dirigeants à l'épreuve des régimes matrimoniaux

Le code de commerce régit les rémunérations des administrateurs des sociétés anonymes. Il prévoit que la « rémunération peut se faire soit sous forme de jetons de présence »¹⁷², soit « sous forme de rémunérations exceptionnelles pour les missions ou mandats »¹⁷³. Mais les administrateurs « ne peuvent recevoir de la société aucune rémunération permanente ou non, autre que celles prévues par les articles L.225-45 et L. 225-46 du code de commerce »¹⁷⁴. Pour prétendre à une autre rémunération, il faudra qu'il recourt à un contrat de travail¹⁷⁵. En vertu de ces articles, l'époux qui exerce des fonctions de président de conseil d'administration ou de directeur général, se verra attribuer des jetons de présences mais également une rémunération spéciale. Il est admis que les sociétés peuvent également attribuer à leurs présidents et directeurs généraux qui partent à la retraite, une pension en rémunération des services rendus par le passé. La règle est que le président ainsi que les administrateurs sont révocables *ad nutum*. Aucune indemnité ne peut donc leur être versée en cas de révocation, en dehors des hypothèses d'abus. Les positions du directeur directeur général et du directeur général délégué ne sont pas moins enviables puisqu'ils sont révocables à tout moment par le conseil d'administration. La révocation sans juste motif des directeurs généraux et directeurs généraux délégués peut donner lieu à des dommages-intérêts sauf si le directeur général assume les fonctions de président du conseil d'administration¹⁷⁶.

¹⁷¹ C.com, art L.223-18 et L.223-29

¹⁷² C. com, art. L. 225-45

¹⁷³ C. com, art. L.225-46

¹⁷⁴ C.com, art. L. 225-44

¹⁷⁵ C. com, art. L.225-44

¹⁷⁶ C. com, art. L.225-55

Quant aux membres du directoire, ils se voient attribuer des rémunérations spéciales mais le montant et le mode de la rémunération sont définis par le conseil de surveillance qui les a nommés. Une indemnité peut être réclamée si leur révocation est faite sans juste motif. Cependant, en vertu de l'article L.225-83 du code de commerce, les membres du conseil de surveillance ne disposent, comme rémunération, que les jetons de présence ou les sommes qui leur sont exceptionnelles, identiquement aux administrateurs. L'article L.225-85 du code de commerce permet aux membres du conseil de surveillance d'être titulaires d'un contrat de travail. Des rémunérations spéciales sont accordées au président et au vice-président du conseil de surveillance.

Le système de rémunération dans les sociétés à responsabilité limitées est différent. Dans ce type de société, la rémunération des gérants est décidée par les associés. Les associés disposent d'une liberté conséquente puisque cette rémunération peut être fixe, proportionnelle au chiffre d'affaire ou encore proportionnelle aux bénéfices. Il est également possible de prévoir que pour le départ à la retraite du gérant, ce dernier bénéficiera d'une indemnité spéciale qui peut être aménagée sous forme de pension de retraite. La révocation du gérant lui ouvre le droit à des dommages-intérêts si aucun juste motif n'est avancé, sauf clause contraire.

Dans les sociétés en nom collectif, les sociétés en commandite, les sociétés civiles, les gérants peuvent avoir droit à une rémunération sur décision des associés. Si le gérant de la société civile est révoqué sans juste motif, il a droit à des dommages-intérêts¹⁷⁷.

Si les époux ont opté pour un régime séparatiste, ces sommes relèvent de leurs biens propres, sous réserve de leur obligation de contribuer aux charges du mariage¹⁷⁸.

Lorsque les époux ont préféré rester soumis au régime de communauté, toutes les sommes qu'ils peuvent engranger viennent accroître la communauté. C'est par exemple le cas des indemnités spéciales, des pensions de retraite, des rémunérations et traitements. Une des seules exceptions concerne, éventuellement, la fraction des dommages-intérêts qui serait allouée au dirigeant révoqué en compensation d'un préjudice qui lui serait strictement personnel. Cela s'explique du fait qu'il est difficile de qualifier ces dommages-intérêts de

¹⁷⁷ C. civ, art. 1851

¹⁷⁸ C. civ, article 214

gains et salaires. Si cette qualification de gains et salaire est refusée aux rémunérations, l'époux qui les aura perçu ne pourra pas user des pouvoirs accordés à tout époux par l'article 223 du code civil qui ne sont autre que le libre pouvoir d'administration, de jouissance et de disposition. En revanche, dès que l'époux dirigeant exerce une activité professionnelle, ces sommes obtiennent nécessairement la qualification de gains et salaires. Il en est de même pour les sommes perçues par le dirigeant à l'occasion d'un contrat de travail. Toutes ces sommes suivent les dispositions de l'article 223 du code civil.

Dans le cas où les deux époux exercent de concert leur activité professionnelle au sein d'une même société, est-ce que ces activités constituent des activités professionnelles séparées au sens de l'article 1421 alinéa 2 du code civil, surtout lorsqu'un époux est dirigeant et l'autre est salarié ? La doctrine répond que « *si le contrat de travail est réel et effectif, il produit ses effets normaux entre les contractants : c'est-à-dire l'époux salarié et la société* »¹⁷⁹. En vertu de cette réponse, la direction et le salariat conduisent à l'exercice de professions distinctes. Cela produit comme conséquence que chaque époux bénéficie des pouvoirs exclusifs pour accomplir des actes d'administration et de dispositions nécessaires à l'accomplissement de leurs activités professionnelles propres. Il est impossible pour un créancier de la société de rechercher à se désintéresser en ne s'appuyant que sur la seule existence du contrat de travail tout en avançant comme argument que l'époux salarié doit répondre des actes de la société au même titre que l'époux dirigeant qui les a accomplis. Si des dettes sont contractées par l'époux ayant la qualité de dirigeant, elles n'entrent dans la communauté que de son chef, même si l'autre époux est salarié de la société.

Il arrive que dans certains cas, la prépondérance des régimes matrimoniaux soit entamée. Il s'agit de deux situations particulières que sont la société créée de fait et le compte-courant d'associé.

SECTION 2 - L'EXCLUSION RELATIVE DES REGIMES MATRIMONIAUX DANS LA SOCIÉTÉ CRÉÉE DE FAIT ET LE COMPTE-COURANT D'ASSOCIÉ

¹⁷⁹ J. SAVATIER, note sous Cass. soc. 29 avr. 1970

La place des régimes matrimoniaux sera relative selon la situation qui lui sera présentée. Lorsque les régimes font face à la société créée de fait (PARAGRAPHE 1), ils seront exclus, tandis que lorsqu'ils font face à un compte-courant d'associé (PARAGRAPHE 2), cette place dépendra du régime matrimonial choisi.

PARAGRAPHE 1 - La société créée de fait et les époux

« *La société créée de fait est une société qui s'ignore* »¹⁸⁰. Bien que la société créée de fait s'ignore, elle n'en reste pas néanmoins tenue des éléments constitutifs du contrat de société pour pouvoir être caractérisée. Il doit être constaté, conformément aux dispositions de l'article 1832 du code civil, l'existence d'apports, une participation aux bénéfices et aux pertes et un *affectio societatis*.

La société créée de fait a pu concerner deux situations de la vie : le concubinage et le mariage au travers du régime de communauté légale.

Pour ce qui est de la société créée de fait entre concubins, la jurisprudence a vu sa position évoluer.

Dans un premier temps, la chambre commerciale et la première chambre civile de la Cour de cassation ont jugé que l'*affectio societatis* pouvait découler de la seule existence d'apports. Dans un second temps, la Cour de cassation, au travers de deux arrêts en date du 23 juin 2004, a affirmé que les trois éléments constitutifs de la société « *sont cumulatifs et doivent être établis séparément, sans pouvoir se déduire les uns des autres* ». La Haute Juridiction, au travers de sa première chambre civile a fait preuve de davantage de sévérité puisqu'elle exige dorénavant « *la démonstration d'une volonté de s'associer distincte de la mise en commun d'intérêts inhérentes à la vie maritale* ». Cette sévérité et cette précision se comprennent en ce que sans ces exigences et à défaut de caractérisation rigoureuse de ces éléments constitutifs, la société créée de fait se verrait automatiquement appliquée entre les concubins. Cette hypothèse ne leur est pas favorable puisqu'elle va imposer aux concubins une

¹⁸⁰ A.-S. BRUN-WAUTHIER, *Régimes matrimoniaux et régimes patrimoniaux des couples non mariés*, 6^{ème} éd. Larcier

« *communautarisation trop poussée, plus poussée qu'entre époux qui ont, eux, toujours la possibilité de choisir le régime de séparation de biens* »¹⁸¹.

Pour ce qui est du régime de communauté, la société créée de fait peut être confondue avec un tel régime en forçant quelque peu les concepts. Cette ressemblance passerait par divers points. Le premier point concerne l'objet social. Une société créée de fait pourrait avoir un objet social qui ressemblerait à celui du régime matrimonial de la communauté. L'absence de l'obligation d'entraide¹⁸² serait comblée par le partage de l'enrichissement qui a été réalisé au cours de la vie sociale.

S'agissant de la constitution des biens communs, les apports en numéraire, en nature ou en industrie, devraient excéder la simple contribution aux charges de la vie commune. Les économies d'échelles résultant de la vie à deux, ainsi que la création de biens communs pourraient permettre de prouver la participation aux résultats. Le droit des sociétés autorise que le partage des bénéfices en deux parts égales puisse se faire indépendamment des apports respectifs des associés. Le droit des sociétés reconnaît cette possibilité au travers les clauses de partage inégal. Enfin « *le partage au quotidien, sur le tas, des soucis de l'œuvre commune* » pourrait caractériser *l'affectio societatis* puisqu'il est entendu comme une volonté de collaborer à la prospérité commune.

Une société dont le caractère lucratif est écarté n'est pas obligatoirement soumise à la nullité puisque la recherche d'économies est une finalité de la société au même titre que la recherche des bénéfices *stricto sensu*¹⁸³. Le domaine de la société ne peut se limiter au seul secteur lucratif exclusivement tourné vers le partage des bénéfices. Cela se vérifie avec les exemples de la pratique, notamment avec les sociétés du secteur de l'économie sociale ou les sociétés coopératives.

La confusion entre le concept sociétaire est renforcée « *par les liens traditionnellement tissés entre société et affection, société et mariage, société et communauté, liens de droit positif semble avoir conservé des traces* »¹⁸⁴. La confusion vient également des termes utilisés dans les deux matières. Ainsi, est désignée sous le nom de société d'acquêt la stipulation qui fait application des règles de la communauté à une masse de biens commune aux époux séparés de biens. La jurisprudence entretient même cette confusion puisqu'elle a

¹⁸¹ A.-S. BRUN-WAUTHIER, *op. cit.*

¹⁸² C. civ, article 212

¹⁸³ art 1832 C.civ

¹⁸⁴ A.-S. BRUN-WAUTHIER, *op. cit*

jugé « *qu'à défaut de mariage putatif, la liquidation des intérêts pécuniaires des membres du couple dont le mariage a été annulé doit être réglée suivant les règles de la société créée de fait* ».

Cependant, en pratique, « *les règles du droit des sociétés ne permettent pas à une société créée de fait de constituer l'ersatz de la communauté réduite aux acquêts* »¹⁸⁵. Ainsi, le seul fait d'inclure dans la masse commune tous les biens communs tels qu'ils sont définis dans le régime de communauté constitue une dénaturation des règles relatives à la mise en commun des biens dans les sociétés dénuées de personnalité morale. Pour permettre à une société créée de fait d'être un égal de la communauté, il faudrait « *tordre un certain nombre de règles de la société pour qu'elle puisse constituer véritablement le pendant de la communauté* »¹⁸⁶. Il est possible d'ajouter l'argument de fait selon lequel il est toujours difficile de soumettre à des règles juridiques précises et contraignantes des personnes qui n'ont pas eu conscience de s'associer, la rigidité de la position de la Cour de cassation sur la reconnaissance d'une société créée de fait soit entre les concubins ou entre époux, qui serait le pendant d'une communauté légale entre époux, « *ne doit pas être analysée comme une sanction de l'union libre, mais comme une marque de respect, de la liberté des concubins, d'une part, et des règles de la société, d'autre part* »¹⁸⁷.

Les régimes matrimoniaux regagnent en vigueur lorsqu'ils doivent prendre en compte un compte-courant d'associé et des époux.

PARAGRAPHE 2 - Le compte courant d'associé et les époux

Une distinction doit être opérée selon que le compte-courant d'associés concerne les époux communs en biens ou selon que ce compte concerne les autres régimes matrimoniaux.

Le compte-courant d'associé se définit comme des sommes laissées à la disposition d'une société par l'un des associés de celle-ci. Elles peuvent prendre la forme d'un versement direct de l'associé ou de sommes que l'entreprise lui doit, comme par exemple des dividendes. Ces

¹⁸⁵ A.-S. BRUN-WAUTHIER, *op. cit.*

¹⁸⁶ A.-S. BRUN-WAUTHIER, *op. cit.*

¹⁸⁷ A.-S. BRUN-WAUTHIER, *op. cit.*

sommes peuvent être laissées pour une durée déterminée ou indéterminée. Pour la société, le compte courant d'associé vise à permettre d'améliorer sa trésorerie.

Le compte-courant d'associé peut revêtir diverses formes et il se peut que les époux soit en présence, soit d'un compte-courant, soit d'un compte-courant bloqué résultant d'une décision collective. Il se peut que le compte-courant présente tant une situation créditrice qu'une situation débitrice envers la société. Le compte-courant peut revêtir le caractère de bien commun ou de bien propre pour un époux associé marié sous le régime de la communauté, sauf s'il a adopté le régime matrimonial de communauté universelle. Dans ce dernier cas, le compte-courant aura uniquement le caractère de bien commun.

Pour permettre de conserver le caractère de bien propre d'un compte-courant d'associé constitué avant le mariage d'époux communs en biens, il est nécessaire de procéder à l'ouverture d'un nouveau compte-courant d'associé en y enregistrant toutes les opérations effectuées à compter de la date de ce mariage.

En vertu de l'effet relatif du contrat, issu des dispositions de l'article 1199 du code civil, « l'attribution à la communauté des droits et obligations nés d'une convention passée par un époux seul, n'a pas pour conséquence de conférer la qualité de partie contractante à son conjoint »¹⁸⁸. Par conséquent, les créances et les dettes qui en résultent peuvent revêtir le caractère de biens propres ou de biens communs en application des règles du régime matrimonial. Le conjoint ne peut alors s'immiscer dans l'exécution du contrat, sauf s'il y est expressément autorisé par une disposition particulière. Ce raisonnement a été confirmé et appliqué par la jurisprudence aux apports en compte-courant d'associé. Cela emporte comme conséquence que si le solde constaté sur un compte-courant ouvert au nom de l'époux associé est constitutif d'un actif commun, le conjoint non associé ne peut en exiger le remboursement¹⁸⁹. « Le compte-courant constate en effet la créance de prêt consentie par l'époux associé à la société : conformément à l'effet relatif du contrat, seul le prêteur peut en réclamer la restitution »¹⁹⁰.

Le compte-courant d'associé est reconnu comme relevant de la catégorie des biens communs lorsque les sommes qui alimente ce compte proviennent de deniers communs ou présumés commun en application de l'article 1402 du code civil. En vertu de l'article 1401 du

¹⁸⁸ Cass. 2^{ème} civ., 13 décembre 1989

¹⁸⁹ CA Versailles, 3^e ch., 29 oct. 1999

¹⁹⁰ CA Aix-en-Provence, 8^e ch., sect. B, 21 mars 2008

même code, toutes les rémunérations allouées aux associés communs en biens et inscrites en compte-courant sont des biens communs qui viennent accroître la masse commune. Les dividendes laissés, par l'associé commun en biens, à la disposition de la société relève de la même qualification et le fait que ces droits sociaux soient communs ou propres n'a pas d'incidence sur cette qualification de bien communs. Cela est justifié par le fait que les fruits et revenus de biens propres constituent des biens communs¹⁹¹.

La jurisprudence est allée plus loin encore puisqu'elle a qualifié d'actif commun « *la créance de compte courant détenue par un associé marié sous le régime de communauté réduit eaux acquêts et remboursable à tout moment* »¹⁹².

Ce caractère diffère suivant la nature du compte-courant. La jurisprudence a ainsi jugé que « *la somme figurant au crédit d'un compte-courant bloqué, suite à une décision collective de blocage au profit d'un établissement bancaire en garantie d'un emprunt, ne fait pas partie de l'actif de communauté, car ladite somme, après avoir été perçue, avait été consommée par l'époux associé en la donnant en garantie* »¹⁹³. Cette décision trouve sa source dans le fait que sont considérés comme biens de communauté uniquement les revenus perçus et non consommés. Cette décision pose cependant une difficulté puisque le compte-courant d'associé enregistre les gains et salaires sous la forme d'une rémunération du travail. Cette rémunération est par conséquent qualifiée de bien commun par le code civil, tout comme le droit au résultat de l'associé. Le montant du solde débiteur d'un compte-courant d'associé dont les parts sociales sont communes, quant à lui, doit être pris en compte dans le partage de la communauté¹⁹⁴.

Lorsque le compte-courant d'associé concerne les époux autres que ceux communs en biens, il acquière le caractère de bien propre soumis à la seule gestion de l'associé propriétaire. Il est possible de rencontrer un compte-courant appartenant aux deux époux ou partenaires associés. Dans ce cas, le compte serait indivis et les règles qui régissent l'indivision devront être appliquées. Cette dernière hypothèse est complexe et ne peut être recommandée en pratique.

¹⁹¹ C. civ. Article 1401 ; Cass. 1^{re} civ., 31 mars 1992

¹⁹² CA Versailles, 3^e ch., 29 octobre 1999

¹⁹³ Cass. 1^{re} civ., 14 juin 2000

¹⁹⁴ Cass. 1^{re} civ., 14 nov. 2000

Les régimes matrimoniaux font partie intégrante des sociétés entre époux, que ce soit lors de sa conception, de son fonctionnement mais également lors de sa disparition.

CHAPITRE 2 - LES ÉPOUX FACE À LA DISPARITION DE LA SOCIÉTÉ

La disparition de la société entre époux peut être une conséquence de la perte par l'un des époux ou les deux de la qualité d'associé à la suite de la transmission, à titre gratuit ou onéreux, des droits sociaux. Cette transmission des titres sociaux est soumise aux filtres des régimes matrimoniaux (SECTION 1), mais la société entre époux peut également cesser d'exister à la suite d'une décision de dissolution. Cette décision ordonnera la disparition de la société entre époux (SECTION 2).

SECTION 1 - LA TRANSMISSION DES TITRES SOCIAUX SOUMIS AUX FILTRES RÉGIMES MATRIMONIAUX

Les filtres des régimes matrimoniaux peuvent être applicables aux deux types de transmissions que sont la transmission à titre onéreux des droits sociaux entre les époux (PARAGRAPHE 1), et la transmission à titre gratuit des droits sociaux entre époux (PARAGRAPHE 2).

PARAGRAPHE 1 - Transmission à titre onéreux des droits sociaux entre les époux

Historiquement, l'obstacle principal à cette cession était tiré de la prohibition de la vente entre époux posé par l'ancien article 1595 du code. La réforme réalisée par la loi du 23 décembre 1985 a permis de faire disparaître cet obstacle puisqu'il a abrogé ce texte. Une distinction reposant sur le caractère commun ou propre des droits sociaux doit être faite.

La première situation suppose que les droits sociaux ont le caractère de bien propre en régime de communauté. Comme ces biens constituent des biens propres de l'époux vendeur et que l'acquéreur les acquiert au moyen de fonds propres ou qu'ils constituent des biens propres en régime de séparation de biens, l'opération est réalisable au regard des régimes matrimoniaux. Cependant, cette cession est révocable dès qu'elle constitue une donation indirecte et peut même être annulée si la vente dissimule une donation déguisée ou une liquidation anticipée de la communauté

La seconde situation suppose que les parts sociales ou actions ont le caractère de biens communs. La cession est impossible car il ne peut y avoir de transfert d'un patrimoine à l'autre puisque la communauté ne dispose pas de la personnalité juridique. La doctrine considère que la vente d'un bien commun à un époux sans déclaration de remploi est irréalisable, car le bien sortirait de la communauté pour aussitôt y retourner. Elle considère également que « *dans la mesure où l'article 1595 a été purement et simplement abrogé, rien ne justifie que l'on fasse peser sur les ventes entre époux une présomption de fraude. Il faut donc valider les cessions de parts ou d'actions communes à un époux ou les ventes de ces mêmes biens ayant la nature de propres à la communauté* »¹⁹⁵. Ces opérations de cession sont soumises au droit commun, ce qui implique que des formalités de remploi doivent être effectuées si elles s'avèrent nécessaires. La doctrine s'est cependant posée la question de savoir si ces solutions valent pour les droits sociaux commun en valeur.

En tout état de cause, le conjoint acquéreur se verra opposer les clauses d'agrément si elles sont prévues dans les statuts. Cela dépendra de la forme sociale. Ainsi, dans une société anonyme, en vertu de l'article L.228-23 du code de commerce, ce type de clause ne peut être stipulée. Lorsque la société se présente sous forme d'une SARL, l'article L.223-13 du code de commerce dispose que la libre transmission des parts entre époux est le principe mais que les statuts peuvent y déroger. Dans les sociétés civiles, cette situation est réglée par l'article 1861 alinéa 1^{er} du code civil qui pose le principe de l'agrément du conjoint cessionnaire des parts. Il faut nuancer ce principe car l'alinéa 2 de ce même article prévoit qu'une dispense d'agrément peut être prévue par les statuts lorsque les cessions sont consenties à un associé ou au conjoint de l'un d'entre eux. L'article 1861 alinéa 4 pose une condition de forme pour que la cession de parts sociales entre époux soient valable. Cette condition de forme est que la cession doit résulter d'un acte notarié ou d'un acte sous seing privé ayant acquis date certaine autrement que par le décès du cédant. Cette date certaine est obtenue que du jour où l'acte a été enregistré, ou du jour où sa substance est constatée dans un acte notarié¹⁹⁶. Lorsque la société a adopté la forme de SNC, les dispositions de l'article L.221-13 du code de commerce obligent impérativement le consentement de tous les associés pour les cessions de parts. Dans le cas d'une SCS, à raison des dispositions de l'article L.222-8 posent le principe selon lequel la cession de

¹⁹⁵ F. TERRÉ et P. SIMLER, op. cit., no 6 ; P. MALAURIE et L. AYNÈS, op. cit.,

¹⁹⁶ C. civ, article 1377

parts sociales demande le consentement de tous les associés mais les statuts peuvent déroger à ce principe. Ainsi, il est possible de prévoir dans les statuts que les parts des associés commanditaires sont librement cessibles entre associés ou qu'un associé commandité peut céder une partie de ses parts à un commanditaire avec le consentement de tous les commandités et la majorité en nombre et en capital des commanditaires.

Parfois, la transmission à titre onéreux des titres sociaux n'est pas la solution la plus efficiente. Il se peut que le titulaire de ces titres souhaite les transmettre à titre gratuit car, par exemple, cela est plus avantageux fiscalement ou cela correspond à une intention libérale au profit d'un de ses proches.

PARAGRAPH 2 - Transmission à titre gratuit des droits sociaux en époux

La transmission à titre gratuit des droits sociaux entre les époux peut être qualifiée de donation. Par conséquent, il faut appliquer à cette cession les règles particulières du code civil et les règles du droit des sociétés correspondantes à de tels actes. Les règles du droit des sociétés afférentes à ce type d'acte sont identiques aux règles qui concernent les transmissions à titre onéreux. Sous le prisme du droit des libéralités, cette donation de droits sociaux entre époux reste révocable pendant toute la durée du régime matrimonial. Elle est également réductible et rapportable. Le risque est que l'acte encours la nullité si les époux ont déguisé la donation sous une apparente cession. Les dispositions de l'article 1832-1 alinéa 2 du code civil ne trouvent pas à s'appliquer aux cessions de droits sociaux.

La révocabilité permet aux époux de rétablir une situation conforme à la légalité en cas de violation du droit des sociétés consécutive à la donation. C'est le cas, par exemple, lorsque la donation a eu pour effet de rendre le donateur seul associé d'une société qui ne peut être unipersonnelle. Ainsi « *la révocation de la donation dans le délai d'un an*¹⁹⁷ *permet de régulariser la situation* »¹⁹⁸.

¹⁹⁷ C. civ., art. 1844-5

¹⁹⁸ A. COLOMER, *op. cit.*

L'article 831 du code civil offre la possibilité d'effectuer une attribution préférentielle des droits sociaux. Ainsi, le conjoint survivant ou tout héritier copropriétaire peut demander l'attribution préférentielle par voie de partage, à charge de soulte s'il y a lieu, des parts sociales correspondant à une entreprise. Les régimes matrimoniaux autorisent le recours à l'attribution préférentielle en cas de dissolution par divorce, séparation de corps ou de biens du régime matrimonial, que ce soit pour le régime de la communauté¹⁹⁹ ou pour le régime de la séparation de biens²⁰⁰. Cependant ces articles précisent que l'attribution préférentielle n'est jamais de droit, et il peut toujours être décidé que la totalité de la soulte éventuellement due sera payable comptant.

Si les deux époux sont associés, l'attribution préférentielle sera réservée à l'associé qui aura effectivement participé à la mise en valeur de l'entreprise exploitée par la société. Il est possible pour le conjoint survivant d'évincer de la société à laquelle il appartient déjà les héritiers du prémourant quand la dissolution de la communauté à lieu après le décès du conjoint associé.

Pour que l'attribution préférentielle puisse être effectuée, elle doit être demandée obligatoirement par un copropriétaire du bien à partager. L'attribution préférentielle se conçoit nécessairement quand les droits sociaux sont communs ou en cas de propriété indivise d'époux séparés de biens et que la demande d'attribution est faite à l'occasion d'une dissolution du régime opérée du vivant des époux. Si les parts sociales ne figurent qu'en valeur dans la communauté, cette condition est-elle remplie ? La doctrine répond que « si la demande est présentée après le décès de l'un des époux et alors que les droits sociaux ne constituent pas des biens communs ou des biens indivis des époux, le conjoint survivant devra avoir été désigné comme héritier. La deuxième condition est que le conjoint ait participé à l'exploitation de l'entreprise. En troisième lieu, il faut que la société exploite une entreprise commerciale, industrielle ou artisanale dont l'importance n'exclut pas un caractère familial.

Sont concernées seulement les parts sociales, à l'exclusion des actions.

¹⁹⁹ C. civ, article 1476

²⁰⁰ C. civ, article 1542

« L'attribution préférentielle joue sans préjudice de l'application des dispositions légales ou des clauses statutaires sur la continuation d'une société avec le conjoint survivant ou un ou plusieurs héritiers »²⁰¹.

En matière de SARL, aux termes de l'article L. 223-13 du code de commerce, la demande du conjoint peut être soumise à agrément si les statuts le prévoient. En revanche, si le conjoint est déjà associé, aucune clause d'agrément ne peut lui être opposée²⁰². Si la forme sociale de la société est la SNC, le conjoint doit être agréé à l'unanimité des associés, sauf disposition contraire. L'article L. 221-15 du code de commerce permet d'écarter cet agrément. *« Cette règle s'applique, sauf clause contraire des statuts, même si le conjoint avait déjà la qualité d'associé »²⁰³*. L'article L. 222-10 du code de commerce prévoit que, dans une SCS, le conjoint doit être agréé à l'unanimité des associés²⁰⁴, qu'il soit ou pas déjà associé, sauf clause contraire.

Il résulte des dispositions de l'article 1861 du code civil que, sauf clause contraire, le conjoint doit être agréé dans les sociétés civiles même si la qualité d'associé lui est déjà acquise. En revanche, si la liquidation du régime est consécutive au décès de l'un des époux, le conjoint peut se voir dispensé d'agrément si les statuts ont prévu, par exemple, que la société continuera avec le conjoint survivant. Lorsque le conjoint fait face à une société civile professionnelle, pour bénéficier d'une attribution préférentielle, il se heurtera à deux obstacles. Premièrement, il devra être agréé par les associés survivants, puis, deuxièmement, il devra répondre aux conditions de capacité posées par la profession. Enfin, une soulte pourra être versée par ce dernier. Si le conjoint a déjà acquis la qualité d'associé, il n'est soumis à agrément que si le pacte social l'exige.

Les époux peuvent également convenir d'avantages matrimoniaux. Cette faculté leur est permise par l'article 1511 du code civil. Aux termes de cet article, les époux ont la possibilité de stipuler dans leur contrat de mariage que l'un ou l'autre des conjoints pourra prélever certains biens communs, à charge d'en tenir compte à la communauté d'après la valeur qu'ils auront au jour du partage, sauf s'il en a été convenu autrement. L'article 1511 du code civil dispose que cette clause peut jouer, en vertu de la volonté exprimée par les

²⁰¹ C. civ., art. 832 ; V. B. MAUBRU, *L'agrément du conjoint de l'associé*

²⁰² Cass. com. 28 oct. 1974

²⁰³ CA Rouen, 27 nov. 1986

²⁰⁴ Cass. 1^{re} civ. 12 nov. 1987

époux, soit en cas de dissolution par décès de la communauté, soit dans tous les cas de dissolution. Par ce mécanisme, un seul des époux restera associé, l'autre étant dûment indemnisé.

La clause de préciput prévue à l'article 1515 du code civil prévoit « *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* ». L'inconvénient de cette clause est qu'elle ne joue qu'en cas de dissolution par décès de la communauté, à un moment où la société n'est déjà plus une société entre époux.

S'il existe des divergences entre les stipulations du contrat de mariage ou le testament et les statuts de la société, ce sont les statuts qui l'emporteront car la notion d'*intuitu personae* qui caractérise les sociétés de personne doit prévaloir nécessairement.

La disparition de la société entre époux peut être une conséquence de la perte par l'un des époux ou les deux de la qualité d'associé à la suite de la transmission, à titre gratuit ou onéreux, des droits sociaux. La société entre époux peut également cesser d'exister à la suite d'une décision de dissolution.

SECTION 2 - LA DISPARITION DE LA SOCIÉTÉ ENTRE ÉPOUX

La disparition de la société entre époux passe par une dissolution de celle-ci du fait des époux (PARAGRAPHE 1), et par la suite, la liquidation de cette société (PARAGRAPHE 2) devra être réalisée.

PARAGRAPHE 1 - La dissolution de la société du fait des époux

La transmission intégrale des droits sociaux immatriculés au nom d'un des époux ou l'ensemble des droits sociaux leur appartenant au profit d'un ou de plusieurs tiers est possible. Cette transmission peut se faire à titre gratuit comme à titre onéreux

Puisque dans un régime séparatiste, chaque époux conserve la libre disposition de ses biens, il peut librement céder ses parts ou actions qui constituent des biens personnels²⁰⁵. Une limite est à préciser dans ce cas et concerne la cession de droits sociaux entraînant indirectement la disposition du logement familial. Dans ce cas, en vertu du principe de cogestion, l'accord conjoint des époux est obligatoirement exigé pour procéder à la cession du logement familial. La jurisprudence est même très sévère puisqu'elle considère que « *l'article 215, alinéa 3, joue pleinement lorsque la société propriétaire du logement familial est fictive et que le titulaire de ce bien est en réalité un des époux* »²⁰⁶.

Il est également possible que dans un régime de communauté, les droits sociaux constituent des biens propres propriété des époux. En application des articles 225 et 1428 du code civil, la possibilité d'en disposer librement leur est offerte. La situation est différente si les droits sociaux ont le caractère des biens communs. Ici, il faudra faire une distinction selon que les biens sont transmis à titre gratuit ou à titre onéreux. Dans le cas d'une transmission à titre gratuit, les époux ne peuvent disposer des droits sociaux et entre vifs l'un sans l'autre, qu'il s'agisse d'actions ou de parts sociales. Dans le cas d'une transmission à titre onéreux, il est possible pour les époux de disposer l'un sans l'autre des actions communes. Cette liberté de disposition des actions communes à titre onéreux disparaît lorsque les époux ont adopté une clause d'administration conjointe²⁰⁷ dans leur contrat de mariage. Si les époux se trouvent dans cette situation, les droits sociaux négociables sont assujettis au même régime juridique que les droits sociaux non négociables dans le régime légal. Il faudra, pour pouvoir les transmettre, un consentement commun des époux puisque cette opération relève désormais du domaine de la cogestion²⁰⁸. La doctrine s'est demandée si cette règle pouvait s'appliquer à des droits sociaux qui ne sont communs qu'en valeur.

En pratique, que la transmission ait lieu à titre onéreux ou à titre gratuit, très souvent, le tiers se verra opposer une clause d'agrément, soit dans les conditions légales, soit dans les conditions établies par les statuts. « *Lorsque la société n'est constituée que des seuls époux, cette condition se fonde dans l'exigence du consentement des deux époux* »²⁰⁹.

²⁰⁵ C. civ., art. 225, 1536 et 1569

²⁰⁶ Cass. 1^{re} civ. 11 mars 1986

²⁰⁷ C. civ, article 1503

²⁰⁸ C. civ, article 1424

²⁰⁹ A. COLOMER, *op. cit.*

Dès lors qu'intervient la dissolution d'une société pour quelque raison que ce soit (décès d'un époux associé, décision des associés qui restent mariés ou décision des époux consécutives le cas échéant à leur divorce), l'opération de liquidation doit absolument être réalisée.

PARAGRAPHE 2 - La liquidation d'une société entre époux

Si les associés n'ont prévu aucune attribution conventionnelle et que ces biens se retrouvent en nature, les époux, en application de l'article 1844-9 alinéa 3, pourront en obtenir la restitution. Cette reprise peut s'accompagner du versement d'une soulte, par les époux, aux coassociés si la valeur attribuée à ces biens excède le montant de leurs droits dans le capital social et le boni de liquidation. Ces biens qui sortent du patrimoine de la société réintègrent le patrimoine des époux en reprenant leur place et leur caractère initiaux. Lorsque ces biens étaient, au départ communs, ils redeviennent communs tandis que s'ils étaient au départ propres, ils redeviennent propres. Si cette solution par défaut ne convient pas aux associés et époux, il est possible pour les associés de convenir, soit dans les statuts, soit par une décision ou un acte distinct, que certains biens seront attribués à certains d'entre eux. Si les époux bénéficient de ces clauses, il est très probable que ces biens devront suivre le sort des droits sociaux et figurer à l'actif du patrimoine personnel des époux, si tel était le cas des droits sociaux, ou à l'actif de la communauté ou de l'indivision dans une autre hypothèse.

Les sommes perçues au titre du remboursement du capital ou de la répartition du boni de liquidation doivent être réintégrées suivant la nature des droits sociaux. Ainsi, si les droits sociaux étaient communs, ces sommes devront être réintégrées à la communauté tandis que si les droits sociaux étaient des droits propres, ces sommes devront être réintégrées au patrimoine propre de l'époux. Cette solution est applicable car ces sommes ne constituent

pas des fruits et revenus de biens propres mais des produits soumis au même régime que le capital.

CONCLUSION

De cette articulation entre le droit des régimes matrimoniaux et le droit des sociétés dans les sociétés entre époux, que faut-il retenir ?

Il existe divers mécanismes et divers procédés qui permettent au droit des régimes matrimoniaux et au droit des sociétés de s'articuler autour des problèmes posés par les sociétés entre époux.

Ils permettent alors d'aboutir à des solutions permettant de ne léser, injustement, aucune des parties en présence.

Même s'il n'a pas toujours été aisé de concilier les deux droits compte tenu de la différence de point de vue sociétale et des politiques choisies.

Même si des avancées profondes ont été effectuées, il n'en reste pas moins qu'un long chemin reste à parcourir.

Une chose est sûre, c'est que l'évolution de la situation des sociétés entre époux va de paire avec l'évolution de la place de l'homme et de la femme dans la société.

Pour conclure, il est heureux de constater que notre droit est parvenu à dépasser le conflit, longtemps considéré comme inexorable, entre les régimes matrimoniaux et les sociétés entre époux.

BIBLIOGRAPHIE

Ouvrages :

- **A. COLOMER**, Droit civil. Régimes matrimoniaux, 12e éd., 2004, Litec ; Les régimes matrimoniaux et le droit commercial, t. 1 : Le fonds de commerce et les régimes matrimoniaux, 1977 ; t. 2 : Les sociétés commerciales et les régimes matrimoniaux, 1984, Defrénois.
- **M. COZIAN, A. VIANDIER et F. DEBOISSY**, Droit des sociétés, 29e éd., 2016, Lexis Nexis.
- **A.-S. BRUN-WAUTHIER**, Régimes matrimoniaux et régimes patrimoniaux des couples non mariés, 6^e éd., Larcier.
- **J. FLOUR et G. CHAMPENOIS**, Les régimes matrimoniaux, 2e éd., 2001, A. Colin.
- **Y. GUYON**, Droit des affaires, t. 1 : Droit commercial et général, 12e éd., 2003, Economica
- **HÉMARD, F. TERRÉ et P. MABILAT**, Sociétés commerciales, t. I, 1972 ; t. II, 1974 ; t. III, 1978, Dalloz
- **C. HOUPIN et H. BOSVIEUX**, Traité général théorique et pratique des sociétés civiles et commerciales et des associations, 7e éd., 1935, Adm. Journal des notaires et des avocats.
- **P. MALAURIE et L. AYNÈS**, Les régimes matrimoniaux, 2015, Defrénois.
- **D. MARTIN**, Le conjoint de l'artisan ou du commerçant, 1984, Sirey.
- **B. MAUBRU**, Le droit nouveau des sociétés à responsabilité limitée, 1984.
- **P. MERLE et A. FAUCHON**, Les sociétés commerciales, 9e éd., 2003, Précis Dalloz.
- **F. TERRÉ et P. SIMLER**, Les régimes matrimoniaux, 3e éd., 2001, Précis Dalloz
- **C.-T. BARREAU**, La société par actions simplifiée entre conjoints, *in* Aspects organisationnels du droit des affaires.
- **A. COLOMER**, La nature juridique des parts de société au regard du régime matrimonial, Defrénois 1978.3 et 1979.817 ; Augmentation de capital et répartition des biens en régime matrimonial communautaire, *ibid.* 1981.401 ; Les problèmes de gestion soulevés par le fonctionnement parallèle d'une société et d'un régime matrimonial.
- **F. DEKEUWER-DÉFOSSEZ**, Mariage et sociétés, *in* Aspects actuels du droit commercial français.
- **J. DERRUPPÉ**, La nécessaire distinction de la qualité d'associé et des droits sociaux.

Articles :

- **Janine Revel**, Droit des sociétés et régime matrimonial : préséance et discrétion
- **La protection du patrimoine privé du chef d'entreprise : le rôle du notaire. Etude**
Étude rédigée par : Jean Prieur professeur émérite à l'université de Perpignan et
Jocelyne Vallansan professeur à l'université de Caen.
- **Fasc. 980 : SÉPARATION DE BIENS. Séparation de biens avec société**
d'acquêts. Fabrice Collard - Diplômé notaire, chargé d'enseignement près du CFPN

et DSN, master 2 Gestion du patrimoine privé et professionnel, Paris II Panthéon-Assas

- **Fasc. 1240:FONDSLIBÉRAL. Régimes matrimoniaux. Gérard Chabot** - Maître de conférences à l'Université de Nantes – Avocat.
- **Ingénierie patrimoniale. Chronique rédigée par : Arnaud Cermolacce professeur à l'université de Lorraine, Institut Droit-Dauphine (I2D) et Frédéric Douet professeur à l'université de Bourgogne**
- **Permanence et évolutions du régime primaire depuis 1965. Etude Étude rédigée par : Anne Karm professeur à l'université Paris-Dauphine, co-directrice du master 2 de droit notarial**
- **Société entre époux.** Catherine-Thérèse BARREAU *Professeur à la faculté de droit et de science politique de l'Université de Rennes*

TABLE DES MATIÈRES

SOMMAIRE	3
REMERCIEMENTS	5
TABLE DES ABRÉVIATIONS	6
A - Les juridictions	6
B - Organismes	6
C - Termes juridiques	6
D - Périodiques	6
INTRODUCTION	8
<u>PREMIÈRE PARTIE – LES RÉGIMES MATRIMONIAUX : VÉRITABLE COLONNE VERTÉBRALE DES SOCIÉTÉS ENTRE ÉPOUX</u>	16
CHAPITRE 1 - LA PRIMAUTÉ DES RÈGLES DES RÉGIMES MATRIMONIAUX AU STADE DE LA CONCEPTION D'UNE SOCIÉTÉ	16
SECTION 1 - LA SUPÉRIORITÉ DES RÈGLES DES RÉGIMES MATRIMONIAUX SUR LES RÈGLES RELATIVES AUX APPORTS EN SOCIÉTÉ	16
PARAGRAPHE 1 - La subordination des apports en sociétés aux régimes matrimoniaux	16
PARAGRAPHE 2 - La soumission des pouvoirs des époux associés aux règles du droit des régimes matrimoniaux	31
SECTION 2 - LE STATUT D'ASSOCIÉ À L'ÉPREUVE DES RÈGLES DU DROIT DES RÉGIMES MATRIMONIAUX	40
PARAGRAPHE 1 - La revendication de la qualité d'associé	40
PARAGRAPHE 2 - L'attribution de la qualité d'associé	50
CHAPITRE 2 - L'EMPREINTE DES RÉGIMES MATRIMONIAUX DANS LA GESTION DES SOCIÉTÉS	55
SECTION 1 - L'INCIDENCE DES RÉGIMES MATRIMONIAUX DANS LA GESTION DES DROITS SOCIAUX DES ÉPOUX ASSOCIÉS	55
PARAGRAPHE 1 - La nature des droits sociaux face aux régimes matrimoniaux	55
PARAGRAPHE 2 - L'impact du caractère négociable ou non négociable des droits sociaux dans les sociétés entre époux.	59
SECTION 2 - L'INFLUENCE DES RÉGIMES MATRIMONIAUX SUR LES DROITS ET OBLIGATIONS DES ÉPOUX ASSOCIÉS	62
PARAGRAPHE 1 - La réaction du régime matrimonial de communauté à l'égard des droits des époux associés	63
PARAGRAPHE 2 - La pesanteur des régimes matrimoniaux relative aux obligations des époux associés	65

DEUXIÈME PARTIE – LES RÉGIMES MATRIMONIAUX :	
VÉRITABLES CŒUR DES SOCIÉTÉS ENTRE ÉPOUX	72
CHAPITRE 1 - LA POSITION DU DROIT DES RÉGIMES MATRIMONIAUX AU SEIN DES SOCIÉTÉS	72
SECTION 1 - LA PRÉPONDÉRANCE DES RÉGIMES MATRIMONIAUX AU SEIN DES FONCTIONS DE DIRECTION DES SOCIÉTÉS	72
PARAGRAPHE 1 - L'expansion des régimes matrimoniaux au sein des fonctions de direction	73
PARAGRAPHE 2 - La rémunération des époux dirigeants à l'épreuve des régimes matrimoniaux	75
SECTION 2 - L'EXCLUSION RELATIVE DES REGIMES MATRIMONIAUX DANS LA SOCIÉTÉ CRÉÉE DE FAIT ET LE COMPTE-COURANT D'ASSOCIÉ	77
PARAGRAPHE 1 - La société créée de fait et les époux	78
PARAGRAPHE 2 - Le compte courant d'associé et les époux	80
CHAPITRE 2 - LES ÉPOUX FACE À LA DISPARITION DE LA SOCIÉTÉ	84
SECTION 1 - LA TRANSMISSION DES TITRES SOCIAUX SOUMIS AUX FILTRES RÉGIMES MATRIMONIAUX	84
PARAGRAPHE 1 - Transmission à titre onéreux des droits sociaux entre les époux	84
PARAGRAPHE 2 - Transmission à titre gratuit des droits sociaux en époux	86
SECTION 2 - LA DISPARITION DE LA SOCIÉTÉ ENTRE ÉPOUX	89
PARAGRAPHE 1 - La dissolution de la société du fait des époux	89
PARAGRAPHE 2 - La liquidation d'une société entre époux	91
CONCLUSION	93
BIBLIOGRAPHIE	94
TABLE DES MATIÈRES	96