



HAL
open science

Les titres sociaux dans le régime de la communauté légale

Axelle Geneste

► **To cite this version:**

Axelle Geneste. Les titres sociaux dans le régime de la communauté légale. Droit. Université Montpellier, 2019. Français. NNT : 2019MONTD037 . tel-03424729

HAL Id: tel-03424729

<https://theses.hal.science/tel-03424729v1>

Submitted on 10 Nov 2021

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.

THÈSE POUR OBTENIR LE GRADE DE DOCTEUR DE L'UNIVERSITÉ DE MONTPELLIER

En Droit privé et sciences criminelles

École doctorale Droit et Science politique

Centre du Droit de l'Entreprise

LES TITRES SOCIAUX DANS LE REGIME DE LA COMMUNAUTE LEGALE

Présentée par Axelle GENESTE

Le 20 décembre 2019

Sous la direction de Madame le Professeur Cécile LISANTI

Devant le jury composé de

Monsieur Thomas LE GUEUT

Professeur à l'Université Paris 13

Monsieur Edmond SCHLUMBERGER

Professeur à l'Université Paris 8

Madame Marie-Pierre DUMONT

Professeur à l'Université de Montpellier

Madame Cécile LISANTI

Professeur à l'Université de Montpellier

Rapporteur

Rapporteur

Examineur

Directeur de thèse



**UNIVERSITÉ
DE MONTPELLIER**

« L'Université n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans cette thèse ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leur auteur »

Remerciements,

En premier lieu, je tiens à remercier très particulièrement et très sincèrement le Professeur Cécile Lisanti pour m'avoir accordé sa confiance mais également pour le temps qu'elle m'a consacré et pour l'ensemble de ses conseils dans la réalisation de ce travail.

Maman, Papa, Didier, merci pour votre soutien indéfectible et votre amour.

Alice, pour être la meilleure amie qu'on puisse rêver d'avoir.

Anna, Cassandre, Pauline, Camille, Sarah, Lou, Morgane, pour m'avoir soutenu dans les bons et dans les mauvais moments. Et Athénais, pour ton aide si précieuse.

Arthur et Louis, pour toutes nos conversations, les plus intelligentes comme les plus futiles.

Marion, pour tous tes conseils avisés, pour tes petits plats à n'importe quelle heure du jour et de la nuit et pour être cette femme incroyable qui m'a donné envie de faire ce métier.

LISTE DES PRINCIPALES ABREVIATIONS

al.	alinéa
ANSA	Association nationale des sociétés par actions
art.	article
Ass.	Assemblée
Ass. Nat	Assemblée Nationale
Bull. civ.	Bulletin des arrêts des chambres civiles de la Cour de cassation
Bull. Joly	Bulletin mensuel Joly d'information des sociétés
CA	Cour d'appel
Cass.	Cour de cassation
C. civ.	Code civil
C. com.	Code de commerce
C.E.	Arrêt du Conseil d'Etat
CEDH	Arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme
CGI	Code général des impôts
ch.	chambre
chap.	chapitre
chron.	chronique
circ.	circulaire
civ.	Arrêt d'une chambre civile de la Cour de cassation
C. mon et fin.	Code monétaire et financier
coll.	collection
concl.	conclusion
Com.	Arrêt de la chambre commerciale de la Cour de cassation
Cons. const.	Décision du Conseil constitutionnel
D.	Recueil Dalloz
D. Aff.	Dalloz Affaires
Defrénois	Répertoire du notariat Defrénois
Doctr.	Doctrine
Dr. et pat.	Droit et patrimoine
Dr. fam.	Droit de la famille
Dr. sociétés	Droit des sociétés
éd.	édition
Gaz. Pal.	Gazette du palais
Infra	ci-dessous
J.CI	Juris-classeur
JCP	Juris-classeur périodique (Semaine juridique)
JCP E	Juris-classeur périodique, édition entreprise
JCP G	Juris-classeur périodique, édition générale
JCP N	Juris-classeur périodique, édition notariale
JO	Journal officiel
LGDJ	Librairie générale de droit et de jurisprudence
n°	numéro

obs.	observations
Ord.	Ordonnance
p.	page
préc.	précité
PUF	Presses universitaires de France
RD bancaire et financier	Revue de droit bancaire et financier
réf.	références
Rép. civ.	Répertoire de droit civil Dalloz
Rép. com.	Répertoire de droit commercial Dalloz
Rép. min.	Réponse ministérielle
Rép. sociétés	Répertoire des sociétés Dalloz
req.	Chambre des requêtes
Rev. sociétés	Revue des sociétés,
RTD Civ.	Revue trimestrielle de droit civil
RTD Com.	Revue trimestrielle de droit commerciale
suiv.	suivants
Supra	Ci-dessus
t.	tome
T.Com	Tribunal de commerce
TGI	Tribunal de grande instance
Vol.	Volume

SOMMAIRE

PREMIERE PARTIE L'ACQUISITION DE LA QUALITE D'ASSOCIE

TITRE 1 – LA DELICATE QUALIFICATION DES TITRES SOCIAUX

Chapitre 1 – L'identification des difficultés de qualification des titres sociaux

Section 1 – Les difficultés liées à la date d'acquisition des titres

§1 – *La date de naissance des titres*

§2 – *La date d'acquisition des titres*

Section 2 – Les difficultés liées à la nature des titres sociaux

§1 – *Les stock-options*

§2 – *L'attribution gratuite d'actions*

Chapitre 2 – L'impact de l'origine des fonds

Section 1 – Les règles communes à l'ensemble des titres

§1 – *L'acquisition financée par des fonds propres par un époux*

§2 – *L'acquisition financée par des communs par les deux époux*

Section 2 – Les règles spécifiques pour l'utilisation de fonds communs par l'un des époux

§1 – *L'acquisition des titres non négociables*

§2 – *L'acquisition des titres négociables*

TITRE 2 - LES PREROGATIVES RESULTANT DE L'ACQUISITION DES TITRES SOCIAUX

Chapitre 1 – La répartition des pouvoirs entre les époux

Section 1 – Une répartition classique durant la communauté

§1 – *La répartition des prérogatives dans les sociétés de personnes*

§2 – *La répartition des prérogatives dans les sociétés de capitaux*

Section 2 – Une répartition délicate résultant du démembrement des titres

§1 – *L'attribution discutée de l'attribution de la qualité d'associé à l'usufruitier*

§2 – *Une nouvelle répartition des droits politiques de l'associé*

Chapitre 2 – Les opérations sociétaires

Section 1 – La distribution des bénéfices

§1 – *La distribution des bénéfices de l'exercice : les dividendes*

§2 – *La distribution des bénéfices accumulés : les réserves*

Section 2 – Les augmentations de capital

§1 – *L'augmentation de capital par apport en numéraire*

§2 – *L'augmentation de capital par incorporation des réserves*

SECONDE PARTIE LA PERTE DE LA QUALITE D'ASSOCIE

TITRE 1 – LA PERTE DE LA QUALITE D'ASSOCIE RESULTANT DE LA DISSOLUTION DE LA COMMUNAUTE

Chapitre 1 – Le sort réservé aux titres sociaux lors de liquidation de la communauté

Section 1 – La question discutée de l'intégration des titres sociaux dans l'indivision post-communautaire

§1 – Les différentes propositions doctrinales

§2 – Une solution jurisprudentielle constante

Section 2 – Le sort des titres sociaux lors du partage

§1 – Titres communs : des difficultés spécifiques en fonction des associés

§2 – Titres propres : L'évaluation complexe de la récompense

Chapitre 2 – Les pouvoirs de gestion des époux associés pendant l'indivision post-communautaire

Section 1 – La gestion de la société pendant l'indivision post-communautaire

§1 – L'exercice individuel des droits

§2 – L'exercice collectif des droits

Section 2 – La cession des titres sociaux pendant l'indivision post-communautaire

§1 – La possible cession des parts sociales sans accord unanime

§2 – L'impossible cession d'actions sans accord unanime

TITRE 2 – LA PERTE DE LA QUALITE D'ASSOCIE RESULTANT DE LA CESSION DES TITRES SOCIAUX

Chapitre 1 – Règles de gestion propres aux différents titres

Section 1 – L'application de la co-gestion à la cession de parts sociales

§1 – Le principe de co-gestion des parts sociales communes

§2 – La sanction de l'acte irrégulier : la nullité de la cession

Section 2 – L'application de la gestion concurrente à la cession d'actions

§1 – Une cession soumise au droit commun

§2 – Les problématiques liées à l'intégration d'une garantie de passif à la cession d'actions

Chapitre 2 – Les limitations de la cessibilité des titres sociaux

Section 1 – La limitation par l'insertion de clauses statutaires

§1 – Les clauses d'agrément

§2 – Les clauses de préemption

§3 – Les clauses d'inaliénabilité

Section 2 – La limitation légale à la cessibilité

§1 – Les cessions entre époux soumises au droit commun

§2 – Les cessions entre époux toujours prohibées

INTRODUCTION

1. Les titres sociaux dans le régime de la communauté légale, tel est le sujet qu'il convient d'analyser. Un tel sujet soulève un certain nombre de problèmes juridiques fondamentaux mais complexes dont la compréhension et l'explication nécessitent à la fois un travail d'élucidation conceptuel et de mise en perspective historique.

2. En effet, les règles juridiques qui doivent impérativement être prises en compte relèvent incontestablement du droit civil qu'on peut définir comme l'ensemble de règles juridiques qui régissent le statut des personnes et des biens. Dans une certaine mesure et dans certaines limites, ce droit a été et demeure la référence et la souche mère des différentes branches du droit privé, dont certaines s'appliquent distinctement ou conjointement aux titres sociaux dans leur lien avec le régime de la communauté légale. De manière plus précise, s'impose la prise en compte des règles de droit des régimes matrimoniaux, du droit des sociétés et du droit des biens. L'ensemble de ces normes constitue incontestablement le socle juridique de cette étude et le cadre de son intelligibilité. Cependant, ces normes qui ont vocation à s'appliquer peuvent s'inscrire dans des logiques d'harmonie, de compatibilité, de tension ou de contradiction. C'est ce qui donne à ce sujet à la fois son intérêt et sa complexité. C'est ainsi que les titres sociaux détenus par des époux mariés sous le régime de la communauté légale sont soumis à des règles juridiques relevant du droit des sociétés et du droit des régimes matrimoniaux. Ce sont les multiples combinaisons de ces règles qui méritent une attention particulière.

I. DEFINITIONS DES TERMES DU SUJET

A. De la notion de titres sociaux : un essai de définition

4. La définition de la notion de titres sociaux nécessite au préalable un rappel des principales évolutions du droit des sociétés. Le droit des sociétés s'est principalement, développé sous l'effet de la pratique. Dans un premier temps, les sociétés de personnes ont été créées et ont ensuite fait l'objet d'une codification. Les sociétés de capitaux ont été développées par les rédacteurs d'actes

qui ont adjoint aux dispositions préexistantes régissant les sociétés de personnes, des clauses spécifiques.

5. L'essor des sociétés de personnes était perceptible dès l'Antiquité dans la mesure où ces dernières représentaient la forme la plus appropriée pour les personnes souhaitant s'associer, notamment en raison de l'importance de l'*intuitu personae* dans ces formes sociales et de l'existence d'une responsabilité solidaire et indéfinie des associés. La « commande » qui s'est développée, pour le commerce maritime dès l'Antiquité, avait pour objectif la répartition, entre plusieurs personnes, des risques liés aux échanges marchands par voie maritime. La seconde forme sociale à avoir émergé est la « compagnie ». Celle-ci est issue de la pratique médiévale consistant, pour les personnes exerçant la même activité, à se regrouper en communauté afin de rassembler l'ensemble de leurs fonds et de partager les risques.

6. Le pouvoir royal est ensuite intervenu afin d'uniformiser les différentes règles de droit coutumier par l'adoption de textes spécifiques. Le Code Savary de 1673¹ a permis de codifier la pratique du commerce de l'époque médiévale. Celle-ci a précisé l'existence de deux formes sociales : la société générale et la commandite. La première est constituée par un nombre limité d'associés ayant la qualité de commerçant et devait comporter la formule « et compagnie » à la suite d'un ou de plusieurs noms des associés, afin d'être connue des tiers. La seconde n'est autre que le prolongement de la commande évoquée précédemment.

7. Bien que l'ordonnance de 1673 ne comportait aucune disposition relative aux sociétés de capitaux, ces dernières avaient été créées auparavant, avec l'appui des pouvoirs monarchiques en Europe, afin de développer le commerce avec les territoires colonisés. La pratique au XVII^{ème} siècle va donner naissance aux premières sociétés de capitaux qui vont émerger en dehors du cadre du commerce maritime et colonial. Ces dernières se sont fondées sur la réglementation applicable aux sociétés de personnes et ont intégré des clauses statutaires permettant de réduire l'*intuitu personae* en introduisant, par exemple, la possibilité de diviser le capital entre différents actionnaires, de limiter leurs responsabilités à leurs apports ou de négocier des parts du capital qu'ils détiennent.

¹ Ou Ordonnance de Colbert.

Ainsi, le développement des sociétés de capitaux ne s'est fait, à l'origine, que par la pratique et l'insertion de clauses statutaires contraires à la raison même des sociétés de personnes.

8. La Révolution française a, ensuite, instauré le principe de liberté du commerce par les décrets des 2 et 17 mars 1791². Les sociétés par actions et les compagnies ont été supprimées respectivement par un décret du 24 août 1793 et un décret du 14 pluviôse an II. En raison des nécessités économiques, la possibilité de constituer des sociétés avec un capital important et des titres négociables va être restaurée, sous la condition d'obtention d'une autorisation administrative³.

9. Le Code de commerce napoléonien de 1807 reprend cette idée et mentionne l'existence des sociétés de capitaux, en prévoyant différentes sortes de formes sociales : la société en nom collectif, la société en commandite, la société anonyme et les associations en participation. Le Code de commerce de 1807 permet une évolution de la société en commandite vers la société en commandite par actions. Ces dernières vont connaître un développement rapide en contribuant au développement économique et en constituant un cadre privilégié de la réunion de capitaux importants. La société anonyme devient une société de capitaux grâce au Code de commerce de 1807 qui impose une double autorisation du gouvernement pour sa création et pour l'approbation de son acte de constitution. C'est la loi du 24 juillet 1867 qui supprime cette exigence en instaurant le principe de la liberté de constitution et qui unifie le régime des sociétés par actions. Toutefois, ces dispositions ne sont pas intégrées au Code du commerce et présentent quelques imprécisions sources de contentieux. L'évolution du droit des sociétés de capitaux se poursuit tout au long du XX^{ème} siècle par une multiplication des textes législatifs et réglementaires créant le cadre juridique des sociétés anonymes. Mais ce n'est que la loi du 24 juillet 1966 qui inscrit ce régime dans le Code de commerce.

10. Au cours du XX^{ème} siècle, d'autres formes de sociétés ont été créées. La loi du 24 juillet 1966⁴ prévoit alors quatre sociétés commerciales par la forme quel que soit l'objet : la société en nom collectif, la société en commandite simple, la société anonyme en nom collectif et la société par

² Dits décrets d'Allarde

³ Loi du 30 brumaire an IV abrogeant le texte de germinal an II.

⁴ Loi n°66-537 du 24 juillet 1966 sur les sociétés commerciales.

actions. La société à responsabilité limitée est introduite par la loi du 7 mars 1925, la société par actions simplifiées par la loi du 3 janvier 1994.

11. Ainsi, c'est la loi du 24 juillet 1966 et son décret d'application du 23 mars 1967⁵ qui ont permis de codifier l'ensemble des dispositions relatives aux sociétés commerciales dans le Code de commerce. Ces dernières comportent donc des dispositions générales applicables à l'ensemble des sociétés mais également des dispositions particulières. Conformément à l'idée prédominante à l'époque, les sociétés, notamment les sociétés anonymes et les sociétés à responsabilité limitée, perçues comme des engagements à risques pour les associés, ont été soumises à une réglementation stricte contenant un nombre important de dispositions d'ordre public et de sanctions pénales. La loi du 4 janvier 1978⁶ a modifié les dispositions générales du droit des sociétés et celles applicables aux sociétés civiles contenues dans le Code civil. A partir de 2011, le législateur a entrepris une politique de simplification du droit des sociétés avec l'adoption de nombreuses lois⁷.

12. Le droit des sociétés constitue, entre autres, l'ensemble des règles juridiques applicables aux sociétés. Ces dernières sont définies par l'article 1832 du Code civil, selon lequel « *la société est un contrat par lequel deux ou plusieurs personnes conviennent de mettre en commun des biens ou leur industrie, en vue de partager le bénéfice ou de profiter de l'économie qui pourra en résulter. Les associés s'engagent à contribuer aux pertes* ». L'objectif premier de la société est donc de permettre aux personnes souhaitant s'associer de rechercher un avantage économique, un profit ou encore une économie.

13. Plus précisément, la société peut avoir plusieurs vocations selon le but dans lequel elle est constituée. La société peut notamment être utilisée comme une technique d'organisation d'un

⁵ Décret n°67-236 du 23 mars 1967 sur les sociétés commerciales.

⁶ Loi n° 78-9 du 4 janvier 1978 modifiant le titre IX du livre III du Code civil.

⁷ Loi n°2011-525 du 17 mai 2011 dite de « simplification du droit » transposant notamment la directive n°2009/109 du 16 septembre 2009 relatives aux fusions et scissions de SA ; Loi n°2012-387 du 22 mars 2012 relative à la simplification du droit et à l'allègement des démarches administratives ; Loi n°2014-1 du 2 janvier 2014 habilitant le Gouvernement à simplifier et sécuriser la vie des entreprises ; Loi n°2014-1545 du 20 décembre 2014 relative à la simplification de la vie des entreprises ; Loi n°2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques ; Loi n°2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique ; Loi n° 2019-486 du 22 mai 2019 relative à la croissance et la transformation des entreprises ; Loi n° 2019-744 du 19 juillet 2019 de simplification, de clarification et d'actualisation du droit des sociétés.

partenariat entre plusieurs personnes désirant exercer leurs professions en commun. Elle repose alors sur une confiance réciproque entre les associés et donc sur une volonté de participer à une œuvre commune afin d'en partager les bénéfices. La société peut également être une technique d'organisation de l'entreprise définie comme un ensemble cohérent de moyens humains, matériels et financiers orientés vers une même finalité économique et représentant donc une activité économique. Ainsi, la société peut être un moyen d'exploiter, pour un associé unique, une entreprise permettant d'organiser l'exercice du pouvoir de gestion, de séparer le patrimoine de l'entreprise du patrimoine personnel de l'entrepreneur, mais également de faciliter la transmission de l'entreprise dans la mesure où il est plus aisé de céder des titres de sociétés que de céder une entreprise individuelle. Enfin, la société peut aussi être utilisée comme technique d'organisation d'un patrimoine par le recours à des sociétés civiles immobilières ou à des portefeuilles permettant de gérer son patrimoine immobilier ou financier et de faciliter la transmission successorale en diminuant son coût fiscal.

14. La société, en tant que technique d'organisation d'un partenariat, d'une entreprise ou d'un patrimoine, est présente dans tous les aspects de la vie d'une personne, tant au niveau professionnel qu'au niveau personnel. Dès lors, la prééminence des formes sociales mais également l'augmentation exponentielle de la valeur des titres sociaux dans le patrimoine des couples mariés obligent à porter une attention particulière à ces derniers, et ce notamment dans le régime de la communauté légale.

15. En tant qu'acteurs principaux au sein de la société, les associés bénéficient de trois grands types de droit : des droits politiques, des droits financiers et des droits patrimoniaux. Ces derniers permettent aux associés de disposer librement de leurs droits sociaux. Les droits sociaux représentent une catégorie de biens regroupant notamment les parts sociales et les actions. Ces deux notions correspondent à des biens reçus en contrepartie d'apports dans des sociétés mais ne doivent pas être confondus.

16. La part sociale correspond à un titre de propriété sur le capital social de sociétés de personnes telles que les sociétés civiles, les sociétés en commandite simple et les sociétés à responsabilité limitée. Les parts sociales sont réparties entre les associés, en fonction de leur quote-part dans le

capital. Elles donnent alors à son propriétaire, l'associé, le droit de participer à la vie de la société mais également au partage des bénéfices.

17. L'action est un titre de propriété détenu par les actionnaires sur une fraction du capital des sociétés de capitaux, c'est-à-dire les sociétés anonymes, les sociétés par actions simplifiées et les sociétés en commandite par actions. Contrairement aux parts sociales, les actions correspondent à des valeurs mobilières. Celles-ci sont définies à l'article L. 228-1 du Code de commerce comme « *des titres financiers au sens de l'article L.211-1 du code monétaire et financier, qui confèrent des droits identiques par catégorie* ». Ainsi, les actions, en tant que valeurs mobilières, sont des titres financiers et plus précisément des titres de capital puisqu'elles correspondent à un apport fait à une société.

18. La principale distinction entre les parts sociales et les actions repose sur le critère de leur négociabilité, puisque seules les actions sont négociables. La négociabilité se définit comme la qualité attachée à certains titres représentatifs d'un droit ou d'une créance, et permettant une transmission plus rapide et plus efficace que les procédés habituels du droit civil⁸. Ainsi, les actions, puisqu'elles sont négociables, ne sont pas soumises au formalisme prévu pour les cessions de parts sociales par le droit civil. Elles sont transmissibles, selon un formalisme allégé : une simple inscription en compte suffit.

B. De la notion de communauté légale : un essai de définition

19. Le droit des régimes matrimoniaux⁹ s'est développé dès l'Antiquité par la mise en place des règles imposant une domination de la femme mariée qui n'avait aucun réel pouvoir sur les biens, et a tendu, pendant toute son évolution jusqu'au droit positif, à remettre les époux sur un pied d'égalité.

⁸ G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, Association H.Capitant ; art. L.221-15 et L.221-17 du Code monétaire et financier.

20. A travers le droit romain furent mises en place différentes règles applicables aux mariages. Ce droit reposait sur le principe de l'unité de la famille qui imposait à toute personne de n'avoir qu'une seule famille. Ainsi, le droit romain proposait déjà deux types de mariages et donc le choix pour les époux de laisser l'épouse dans sa famille d'origine ou de l'intégrer à celle de son conjoint¹⁰. Le mariage *sine manu* imposait donc à l'épouse de rester juridiquement rattachée à sa propre famille. Elle était soumise à la puissance paternelle et ne disposait pas de patrimoine propre mais avait des droits sur la succession de son père. En effet, au décès de celui-ci, la femme mariée héritait alors de ses biens qu'elle pouvait gérer librement puisqu'elle était séparée de biens avec son mari. Ainsi, chacun des époux conservait le pouvoir de gestion sur leurs biens propres actuels mais aussi futurs. En cas de mariage *cum manu*, la femme entrait dans la famille de son mari et était soumise à la puissance de ce dernier. Elle devenait alors incapable, dans la mesure où seul le mari avait un patrimoine propre qu'il gérait librement. L'ensemble des biens qui était la propriété de la femme devenait celle du mari. Dans les deux hypothèses, la femme mariée avait l'obligation d'apporter une dot afin d'assurer sa participation aux charges du mariage. Ainsi, le droit romain avait mis en place un régime matrimonial dotal. Les biens constituant la dot ont d'abord été considérés comme appartenant à l'époux qui pouvait les gérer et en disposer librement et ce, à condition qu'ils soient restitués au moment de la dissolution du mariage par décès ou par divorce. Pour garantir cette restitution, des limites ont été instaurées aux pouvoirs de l'époux. Le principe va faire l'objet d'une modification et les biens dotaux seront alors considérés comme la propriété de l'épouse et de ce fait, soumis à une inaliénabilité totale qui empêche toute aliénation même avec le consentement de l'épouse.

21. Avant la Révolution française, deux régimes juridiques différents ont été mis en place. D'une part, un régime dotal, dans les pays de droit écrit, dans lequel l'époux avait seul l'administration et la jouissance sur les biens constituant la dot de l'épouse alors que les autres biens, dits paraphernaux, étaient gérés librement par l'épouse. Il s'agissait d'un régime très séparatiste qui a imposé, dans un souci de protection de la dot et de la nécessité de restitution à la fin du mariage, une inaliénabilité totale des biens constituant la dot. Dans les pays de coutume, le régime

¹⁰ Voir : J.-P. LEVY et A. CASTALDO, *Histoire du droit civil*, 1^{ère} éd., coll. Précis droit privé, Paris, Dalloz-Sirey, 2002 ; G. LEPOINTE, *Droit romain et ancien droit français, Régimes matrimoniaux, libéralités, successions*, Paris, Montchrestien, 1958 ; P.-C. TIMBAL, *Droit romain et ancien droit français. Régimes matrimoniaux-successions-libéralités*, 2^{ème} éd., Paris, Dalloz, 1975.

matrimonial applicable était celui d'une communauté de meubles et acquêts mettant en place une masse commune partagée entre le conjoint survivant et les héritiers de l'époux défunt. Celle-ci était composée de tous les meubles et des acquêts, soit les immeubles acquis à titre onéreux au cours de l'union.

22. L'idée d'une limitation des pouvoirs de gestion des femmes mariés émerge dès le XIV^{me} siècle. En effet, c'est au cours de cette période que l'époux est devenu maître de l'ensemble des biens de la communauté dont il pouvait disposer sans obtenir le consentement de sa femme. Cette idée s'est consolidée jusqu'à ce que soit déclaré, au XVI^{me} siècle, l'incapacité totale de la femme mariée. Celle-ci ne pouvant ni contracter, ni ester en justice, sans l'autorisation de son époux. En contrepartie, l'épouse avait le droit, au moment de la dissolution du mariage, à certains privilèges. En effet, elle pouvait renoncer à la communauté afin de ne pas contribuer au passif né durant le mariage et elle pouvait aussi bénéficier du principe d'émolument, lui permettant de ne pas payer les dettes de la communauté, au-delà de la part d'actif commun qui lui est attribuée.

23. L'idée d'incapacité de la femme mariée a perduré puisque ce principe fut conservé par les rédacteurs du Code civil de 1804. Ce dernier a consacré, comme régime légal, la communauté des meubles et acquêts. L'époux avait le pouvoir de gérer la totalité de la communauté puisque la femme était juridiquement incapable. La communauté était composée de l'ensemble des biens, autrement dit les revenus, les produits du travail mais également les meubles. Seuls les immeubles n'étaient pas intégrés dans la masse commune et restaient propres à chacun des époux, dans la mesure où ils constituaient la fortune familiale et qu'il était donc nécessaire de les conserver afin de les transmettre à la famille de sang.

Toutefois, ce régime légal a été critiqué pour sa complexité du fait d'une masse commune très vaste qui rendait sa liquidation difficile. De plus, la composition de la masse commune a été contestée du fait de l'augmentation de la valeur de certains biens, notamment les fonds de commerce et les valeurs mobilières.

24. Le régime légal mis en place par le Code civil de 1804 était donc basé sur l'idée d'une hiérarchie dans le couple marié, plaçant l'époux au dessus de sa femme. A cause, d'une part, du principe

d'incapacité de la femme mariée qui ne pouvait ni contracter ni agir en justice sans le consentement de son époux. Et d'autre part, parce que a été mis en place un usufruit sur les biens propres de la femme au profit de la communauté. Dès lors, le mari avait le pouvoir non seulement sur les biens composant la communauté mais également sur les biens propres de sa femme.

25. Différentes lois ont ensuite été instaurées allant dans le sens d'une égalité entre les époux. En effet, la loi du 13 juillet 1907¹¹ a mis en place une dérogation au principe d'incapacité de la femme mariée en lui accordant le droit d'exercer une profession séparée, sauf opposition de son mari, et donc de percevoir des gains et salaires constituant des acquêts réservés à son administration. En outre, l'ensemble des biens acquis grâce à ces gains et salaires formaient une masse dont la femme avait seule la gestion. Le principe de l'incapacité de la femme mariée fut aboli par la loi du 18 février 1938¹². Toutefois, l'idée de principe se heurtait, en pratique, à l'absence de pouvoir de la femme mariée dans les différents régimes matrimoniaux. Enfin, la loi du 22 septembre 1942¹³ a introduit différentes dispositions permettant une émancipation de la femme mariée, et ce en rénovant tous les textes qui gardaient une trace de l'incapacité abrogée de la femme mariée, en associant la femme mariée à la gestion des biens communs et en lui permettant de disposer de la nue-propiété de ses biens propres. Cette loi a été prise dans le contexte de la seconde guerre mondiale du fait de l'absence de nombreux hommes nécessitant que la femme puisse avoir plus de pouvoirs. Cependant, cette autonomie ne jouait essentiellement que pour les femmes mariées sous la séparation de biens dans la mesure où les femmes communes en biens ne pouvaient toujours pas disposer seule des biens communs. Dès lors, il convenait de mettre en œuvre une refonte profonde des régimes matrimoniaux.

26. La loi du 13 juillet 1965¹⁴ a entrepris une réforme d'ensemble du droit des régimes matrimoniaux en mettant en place un corps impératif de règles applicable à l'ensemble des mariages, « le régime primaire », et des règles applicables au seul régime légal. Ce dernier étant réduit au régime de la communauté légale aux acquêts. Dès lors, chaque époux avait la pleine capacité sur l'ensemble de leurs biens propres. En revanche, le mari, qui était toujours le chef de

¹¹ Loi du 13 juillet 1907 portant sur le libre salaire et la contribution des époux aux charges du mariage.

¹² Loi du 18 février 1938 portant modification des textes du code civil relatifs à la capacité de la femme mariée.

¹³ Loi du 22 septembre 1942 sur les effets du mariage quant aux droits et devoirs des époux.

¹⁴ Loi n° 65-570 du 13 juillet 1965 portant réforme des régimes matrimoniaux.

la communauté, conservait son pouvoir d'administrer et de disposer seul des biens communs. De nombreuses exceptions furent mises en place afin d'intégrer la femme dans les prises de décisions. En effet, le consentement de cette dernière était nécessaire, à peine de nullité, pour les actes de donation de biens ainsi que pour l'aliénation des immeubles, fonds de commerce et exploitations communs, par exemple. En contrepartie, les privilèges de la femme furent réduits, elle ne pouvait donc plus renoncer à la communauté et le bénéfice de l'émolument devient réciproque.

27. L'égalité totale entre les époux fut consacrée par la loi du 23 décembre 1985¹⁵, applicable à l'ensemble des époux à partir du 1^{er} juillet 1986 sans distinction selon la date du mariage. Cette loi n'a pas bouleversé l'ensemble du droit des régimes matrimoniaux mis en place en 1965 mais a consacré le pouvoir de gestion de chacun des époux sur leurs biens propres et aussi sur les biens communs mais également une égalité face aux dettes.

28. Le régime matrimonial peut se définir comme le statut ou encore le régime juridique du patrimoine du couple marié. Le droit des régimes matrimoniaux se compose de trois stades ; le régime primaire, le régime légal et les régimes conventionnels.

29. Le régime primaire¹⁶ correspond au statut que le Code civil, aux articles 212 et suivants, donne au mariage. C'est parce que ce statut s'applique à tous les époux, en leur imposant des devoirs et en leur garantissant des droits que le mariage conserve sa qualité d'institution malgré son potentiel caractère contractuel. Le régime primaire vise un double objectif en instaurant un certain équilibre entre une cohésion entre les époux et une certaine autonomie de chacun. Il permet donc, d'une part, une interdépendance des époux en les obligeant tous les deux à contribuer aux charges du mariage, en imposant une solidarité pour les dettes ménagères et en mettant en place un dispositif spécifique permettant de protéger le logement familial. D'autre part, il offre une indépendance aux époux, à travers des exclusivités de pouvoir, et une autonomie certaine dans leur vie quotidienne et également professionnelle. Enfin, le régime primaire édicte différentes mesures destinées à remédier aux situations de crise par une extension ou une restriction de pouvoir judiciaire.

¹⁵ Loi n° 85-1372 du 23 décembre 1985 relative à l'égalité des époux dans les régimes matrimoniaux et des parents dans la gestion des biens des enfants mineurs.

¹⁶ Ou encore « régime impératif » ou « régime de base ».

30. A ce régime impératif, s'ajoute le régime matrimonial. Les époux peuvent faire le choix d'un régime conventionnel et donc conclure un contrat de mariage qui doit préalablement être passé devant un notaire. Le Code civil prévoit trois types de régimes conventionnels: la séparation de biens, la participation aux acquêts et les variantes de la communauté, comme la communauté universelle. Il n'existe, dans le régime de séparation, aucun patrimoine commun, les époux conservent et gèrent librement leurs patrimoines personnels. Le régime de participation aux acquêts n'est pas fréquemment utilisé en pratique du fait de la complexité de sa liquidation. En effet, il s'agit d'un régime hybride qui fonctionne comme une séparation mais qui réalise une certaine forme d'association entre les époux lors de la dissolution grâce à la créance de participation. Enfin, les variantes de la communauté sont variées. Le régime de la communauté universelle en est un exemple et consiste à fondre l'ensemble des biens des époux dans un unique patrimoine.

31. A défaut de contrat de mariage, les époux vont être soumis au régime légal¹⁷ qui est, depuis la loi du 13 juillet 1965, la communauté réduite aux acquêts. A côté des patrimoines propres à chacun des époux, ce régime crée un patrimoine commun qu'est la communauté. Celui-ci va se remplir durant le mariage par l'ensemble des biens acquis après par l'un ou l'autre des époux. En effet, tous les biens acquis à titre onéreux durant l'union intégreront la masse commune. L'actif de la communauté va être régi par les articles 1401 et 1402 du Code civil. Le premier fixe la règle de fond en déclarant que « *la communauté se compose activement des acquêts faits par les époux ensemble ou séparément durant le mariage, et provenant tant de leur industrie personnelle que des économies faites sur les fruits et revenus de leurs biens propres* » et le second détermine une présomption en disposant que « *tout bien, meuble ou immeuble, est réputé acquêt de communauté si l'on ne prouve qu'il est propre à l'un des époux par application d'une disposition de la loi* ». Dès lors, l'actif de la masse commune se compose de tous les revenus du travail soit, les salaires, les honoraires, mais également tous les « substituts » comme les indemnités de chômage ou de licenciement. Elle se compose également de tous les revenus de biens propres, c'est-à-dire par exemple les loyers d'un immeuble détenu en propre par un époux.

¹⁷ Art. 1387 du C.civ. : « *La loi ne régit l'association conjugale, quant aux biens, qu'à défaut de conventions spéciales que les époux peuvent faire comme ils le jugent à propos, pourvu qu'elles ne soient pas contraires aux bonnes moeurs ni aux dispositions qui suivent* ».

32. Les biens propres correspondent, principalement, aux biens qui le sont du fait de leur origine, c'est-à-dire ceux « *dont les époux avaient la propriété ou la possession au jour du mariage* »¹⁸. Sont également propres les biens qui sont reçus en donation ou en succession par l'un des époux, bien qu'il soit possible pour les tiers de réaliser une donation à la communauté. Enfin, certains biens sont qualifiés de biens propres par nature du fait de leur caractère personnel, qu'il s'agisse de meubles ou de créance personnelle et notamment, les créances de réparation d'un dommage corporel.

33. A coté de l'actif de la communauté, il existe un passif dit « provisoire » et un passif définitif qu'il ne faut pas confondre. Le passif est régi par deux principes liés : l'obligation à la dette et la contribution à la dette. Le principe de l'obligation à la dette permet de donner un gage aux créanciers personnels sur les biens communs. L'article 1413 du Code civil dispose « *le paiement des dettes dont chaque époux est tenu, pour quelque cause que ce soit, pendant la communauté, peut toujours être poursuivi sur les biens communs, à moins qu'il n'y ait eu fraude de l'époux débiteur et mauvaise foi du créancier, sauf la récompense due à la communauté s'il y a lieu* ». Dans la mesure où cet article peut être dangereux pour la stabilité de la communauté, le législateur a prévu deux exceptions. La première, prévue à l'article 1414 du Code civil, sort du gage des créanciers les gains et salaires des époux¹⁹. La seconde, instaurée par l'article 1415 du Code civil²⁰, subordonne le droit de poursuite des créanciers au titre d'un cautionnement ou d'un emprunt à l'accord de l'autre époux. L'ensemble de ces règles correspondent donc au passif provisoire de la communauté. Le passif définitif, ou le principe de contribution à la dette, est régi par l'article 1409

¹⁸ Voir : al. 1^{er} de l'art. 1405 du C.Civ.

¹⁹ Art. 1414 du C.civ. : « *les gains et salaires d'un époux ne peuvent être saisis par les créanciers de son conjoint que si l'obligation a été contractée pour l'entretien du ménage ou l'éducation des enfants, conformément à l'article 220. Lorsque les gains et salaires sont versés à un compte courant ou de dépôt, ceux-ci ne peuvent être saisis que dans les conditions définies par décret* ».

²⁰ Art. 1415 du C.civ. : « *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* ».

du Code civil²¹. La communauté doit donc supporter définitivement les aliments dus par les époux et les dettes contractées par l'un deux pour l'entretien du ménage et l'éducation des enfants.

34. Ainsi, le régime légal de la communauté réduite aux acquêts est régi, d'une part, par les dispositions du régime primaire, et d'autre part, par les règles de la communauté légale insérées dans le Code civil. Ces dernières ne présentant pas de dispositions spécifiques aux titres sociaux alors même qu'ils constituent des biens particuliers de par la multiplicité de biens qu'ils regroupent et par les prérogatives qu'ils confèrent à leur propriétaire sur la tierce personne qu'est la société.

II. LA PROBLEMATIQUE ET ANNONCE DU PLAN

35. Cette étude a pour objet de mettre en relation les titres sociaux et le régime de la communauté légale. De manière plus précise, il s'agit d'appréhender les effets et les conséquences pratiques résultant de l'articulation entre le droit des régimes matrimoniaux et le droit des sociétés. Les objectifs assignés à cette étude sont la détermination des points essentiels qui devront impérativement retenir l'attention des rédacteurs d'actes mais aussi tenter, autant que faire se peut, de proposer des solutions théoriques et pratiques aux difficultés rencontrées. L'aspect théorique et l'aspect pratique constituent les deux dimensions de la démarche déployée dans le présent travail.

36. La méthode mise en œuvre dans le cadre de la présente étude se caractérise par les traits essentiels suivants : elle est historique, positiviste et pragmatique.

37. Historique. Prendre en compte la dimension historique revient à contextualiser ce dont il est question. Autrement dit, il s'agit d'inscrire les titres sociaux et le régime de la communauté légale ainsi que leur liaison dialectique dans le cadre de leur production historique. La société, le couple et le droit sont des concepts juridiques dont la connaissance nécessite impérativement une mise en perspective historique.

²¹ Art. 1409 du C.civ. : « la communauté se compose passivement : à titre définitif, des aliments dus par les époux et des dettes contractées par eux pour l'entretien du ménage et l'éducation des enfants, conformément à l'article ; à titre définitif ou sauf récompense, selon les cas, des autres dettes nées pendant la communauté ».

38. Positiviste. La démarche déployée dans la présente étude consistera à privilégier les sources textuelles et jurisprudentielles, autrement dit à ériger le droit positif en source principale dans laquelle seront puisés les matériaux qui constitueront la matière vive qui sous-tendra la présente thèse.

39. Enfin pragmatique. C'est la dimension pratique de ce travail qui a constitué le moteur essentiel de cette réflexion. Cela ne signifie pas que la dimension théorique a été sous estimée mais l'intérêt pratique, autrement dit les usages possibles de ce travail, ont constitué la préoccupation majeure de ce travail.

De la définition des objectifs assignés à cette étude découle le plan qui en constitue la structure.

40. Dans une première partie, doivent être déterminées les conséquences de l'application des règles de la communauté légale au moment de l'acquisition des titres et tout au long de la vie sociale (**Partie 1**). Il s'agit tout d'abord de démontrer que la qualification, au regard des régimes matrimoniaux, des biens des époux permettant de déterminer la composition de chacune des masses et donc les pouvoirs de gestion de chacun, peut sembler délicate. Et ce, eu égard, d'une part, aux processus de création ou d'acquisition des droits sociaux mais également par rapport à la nature même de certains mécanismes propres au droit des sociétés telles que les stock-options. Il convient également de déterminer les conséquences de l'origine des fonds utilisés pour acquérir les parts sociales ou les actions, au regard de la qualification des droits sociaux reçus en contrepartie mais aussi de l'attribution de la qualité d'associé. L'articulation de ces ensembles de règles se pose également tout au long de la vie sociale. En effet, la répartition entre les époux des prérogatives attachées à la qualité d'associé doit être déterminée en matière de communauté mais également dans l'hypothèse d'un démembrement de propriété des titres sociaux entre les époux. Enfin, il est nécessaire de déterminer les impacts du régime de communauté sur les opérations classiques de droit des sociétés que sont les distributions de dividendes et les augmentations de capital.

41. Dans une seconde partie, la perte de qualité d'associé, par la dissolution du régime matrimonial ou par la cession des titres, risque d'avoir des conséquences sur les titres sociaux (**Partie 2**). Lors de la dissolution du régime matrimonial, se pose la question des modalités d'intégration des droits

sociaux dans l'indivision post-communautaire mais également celle du sort des titres sociaux, qu'ils soient propres ou communs, quant à leur attribution au moment des opérations de partage. Il convient également de déterminer les difficultés pouvant survenir, lors de l'indivision post-communautaire, pour la répartition des pouvoirs de gestion entre les époux associés. Notamment, en matière de gestion de la société par l'exercice des prérogatives d'associés et en matière des règles de pouvoir applicables aux cessions de parts sociales ou d'actions. Enfin, doivent être soulevées les difficultés liées à l'application des règles des régimes matrimoniaux et notamment des règles de gestion pour la cession des droits sociaux, que ce soit les titres négociables ou non négociables, durant la communauté.

PREMIERE PARTIE - L'ACQUISITION DES TITRES SOCIAUX

42. La rencontre entre le droit des régimes matrimoniaux et le droit des sociétés présente différentes complications. Notamment, lorsque que des époux mariés sous le régime de la communauté légale sont également associés d'une société.

Dans un premier temps, les règles de qualification du droit des régimes matrimoniaux sont difficilement applicables aux titres de sociétés (**Titre 1**). En effet, les titres de sociétés sont des biens particuliers auxquels il est difficile d'appliquer les règles de droit commun. D'autre part, les règles du droit des régimes matrimoniaux sont complexes et différentes selon le mode d'acquisition des titres sociaux au contraire de la supposée simplicité des règles du droit des sociétés.

Dans un second temps, la rencontre entre ces deux corps de règles pose des difficultés durant toute la vie de la société (**Titre 2**). La qualification nécessaire en matière de régimes matrimoniaux découlant des règles de droit des biens va être difficilement applicable aux biens particuliers que sont les titres sociaux, notamment en matière de distribution des bénéfices mais également lors des augmentations de capital.

TITRE 1 - LA DELICATE QUALIFICATION DES TITRES SOCIAUX

43. L'acquisition, par les époux mariés sous le régime de la communauté légale, de la qualité d'associé pose différentes difficultés.

D'une part, l'articulation du droit des régimes matrimoniaux et du droit des sociétés peut poser des difficultés de qualification pour certains biens. Notamment des titres sociaux du fait de leur nature spécifique. En effet, dans certaines situations les règles particulières du droit des sociétés s'imbriquent dans le processus de qualification issu du droit des régimes matrimoniaux et le rendent difficile. En conséquence, la doctrine et la jurisprudence ont nécessairement dû apporter des solutions théoriques à ces problématiques de qualifications de certains biens qui ont des conséquences importantes en pratique (**Chapitre 1**).

D'autre part, la qualité d'associé peut être obtenue selon différents modes d'acquisition des titres que ce soit en fonction de la personne même de l'apporteur ou en fonction de la propriété des fonds ou des biens apportés. Or, l'acquisition de cette qualité peut également être rendue compliquée, dans le régime légal, lorsque les règles du droit des sociétés se retrouvent confrontées à celles des régimes matrimoniaux (**Chapitre 2**).

CHAPITRE 1 - L'IDENTIFICATION DES DIFFICULTES DE QUALIFICATION DES TITRES SOCIAUX

44. La première difficulté concerne la qualification des titres sociaux qui est primordiale pour établir la composition de l'actif de la communauté légale.

45. Selon l'article 1401 du Code civil, l'actif de la communauté se compose « *des acquêts faits par les époux ensemble ou séparément durant le mariage, et provenant tant de leur industrie personnelle que des économies faites sur les fruits et revenus de leurs biens propres* »²². A l'inverse, « *chaque époux conserve la pleine propriété de ses propres* »²³.

46. La qualification de biens propres ou de biens communs a plusieurs conséquences importantes.

Tout d'abord, celle-ci a une influence sur la répartition des pouvoirs de gestion entre les époux. En effet, les époux auront une plus large autonomie sur leurs propres respectifs tandis que les biens communs devront être soumis à des règles de gestion spécifiques alliant autonomie et nécessaire collaboration.

Enfin, cette qualification aura une importance au moment du divorce et donc de la liquidation de la communauté et du partage. En effet, les biens propres resteront propres et seront attribués à l'époux propriétaire tandis que la communauté sera partagée entre les deux époux, après l'octroi d'éventuelles récompenses.

47. De part leurs spécificités, la qualification des titres sociaux a longtemps posé des difficultés. Du fait de la rencontre entre les règles du droit des régimes matrimoniaux et celles, complexes, du droit des sociétés. En effet, les biens acquis par l'un ou l'autre des époux durant le mariage constituent des biens communs. Or, la date d'acquisition des titres sociaux, primordiale pour leur qualification, a posé de nombreuses difficultés (**Section 1**). Par ailleurs, le droit des sociétés a mis en place différents mécanismes complexes, tel que les stock-options ou les attributions gratuites

²² Art. 1401 du Code civil.

²³ Art 1403, al. 1^{er}, du Code civil.

d'actions, qui ont également posé des interrogations quant à leur qualification (**Section 2**).

SECTION 1 - LES DIFFICULTES LIEES A LA DATE D'ACQUISITION DES TITRES

48. La qualification des biens dépend en droit des régimes matrimoniaux de leur date d'acquisition. Or, la détermination de celle-ci peut parfois être complexe eu égard aux règles du droit des sociétés, qu'il s'agisse de la date de « naissance » en cas de constitution de société (§1) mais également de la date d'acquisition *stricto sensu* en cas de cession (§2).

§1 - LA DATE DE « NAISSANCE » DES TITRES

49. En cas de constitution de société (**I**) ou d'émission de valeurs mobilières par une société par actions (**II**), il convient de déterminer la date de « naissance » des titres pour permettre la qualification des actifs suivant les règles du droit des régimes matrimoniaux.

I. EN CAS DE CONSTITUTION D'UNE SOCIETE

50. La constitution d'une société est un processus complexe qui peut s'étaler sur plusieurs mois (A), lorsque celle-ci chevauche l'union ou la désunion d'un couple, il convient de retenir la date effective de la naissance des titres pour pouvoir les qualifier (B).

A. Le processus de constitution d'une société

51. La constitution d'une société requiert différentes étapes. Il s'agit donc d'une opération pouvant se dérouler sur plusieurs mois.

En effet, dans un premier temps, les fondateurs doivent déterminer les caractéristiques de la société, préparer le contrat de société, soit les statuts, et organiser toutes les modalités préparant leur signature. Cette signature manifeste le consentement des associés et emporte constitution de la société. Selon l'alinéa 2 de l'article 1848 du Code civil, jusqu'à l'immatriculation, les rapports entre associés sont régis par le contrat de société. Les statuts s'imposent aux associés qui sont

parties au contrat en vertu de la force obligatoire²⁴ de celui-ci, mais ne sont pas opposables aux tiers²⁵

52. Les associés doivent ensuite respecter leurs engagements et réaliser leur apport à une date et suivant les modalités prévues par les statuts. Le versement d'apport en numéraire est organisé librement par les statuts, sauf pour les SARL où il est strictement réglementé. Ainsi, doit être libéré au moins un cinquième du montant des parts sociales représentant un apport en numéraire. Le surplus devra être libéré, sur demande du gérant, dans un délai de cinq ans après l'immatriculation²⁶. En cas d'apport en nature, la date du transfert de propriété correspond au jour de l'immatriculation de la société. En effet, avant cette dernière, la société n'a pas de personnalité morale et ne peut donc pas avoir de patrimoine propre.

53. Enfin, lorsque les apports sont réalisés, doivent être accomplies les différentes formalités qui donnent la personnalité morale à la société et la font connaître aux tiers. Certaines mentions doivent être insérées dans un journal d'annonces légales. Mais surtout, un dossier d'immatriculation doit être déposé au centre de formalités des entreprises compétent ou directement auprès du greffe du Tribunal de commerce. Le greffier procède alors à l'immatriculation de la société au registre du commerce et des sociétés le jour ouvrable après la réception de la demande. C'est cette immatriculation au registre du commerce et des sociétés qui donne à la société la personnalité morale²⁷.

54. Ainsi, de la rédaction des statuts à l'immatriculation de la société et donc à l'obtention de personnalité morale par la société peut s'écouler plusieurs mois. Une difficulté va se poser dans l'hypothèse où un associé se marie sous le régime légal durant cette période. En effet, la date de naissance effective des parts sociales doit être arrêtée aux fins de déterminer si elle intervient avant ou après la date de célébration du mariage et donc de qualifier les parts sociales de biens propres ou de biens communs.

²⁴ Article 1103 nouveau du Code civil (art. 1134 ancien).

²⁵ Article 1199 nouveau du Code civil (art. 1165 ancien).

²⁶ Article L.223-7 du Code de commerce.

²⁷ Alinéa 1er de l'article 1842 du Code civil.

B. La date de naissance effective des titres

55. Aucun texte législatif ne répond expressément à cette interrogation. Pour la doctrine, l'hésitation porte sur deux dates ; celle de la souscription au capital - la signature des statuts - et celle de l'immatriculation.

56. Le Doyen André Colomer a lui préféré la date de signature des statuts²⁸ tout comme le Professeur Renaud Mortier qui a exclu la date de la libération, dans la mesure où il considère que le paiement n'est jamais une condition du contrat de vente en droit commun²⁹. A l'inverse, d'autres auteurs considèrent que la date à retenir est celle de l'immatriculation de la société puisqu'elle lui permet d'acquérir la personnalité morale³⁰. En ce sens, le Professeur Philippe Simler a précisé que *« la souscription et la libération des parts sociales n'ont pas pu emporter transfert de propriété, faute d'existence d'un patrimoine récepteur. L'effet translatif n'a pu se réaliser qu'à l'instant où, par la vertu de l'immatriculation, la personnalité morale est venue à existence. Les biens apportés sont donc forcément restés dans le patrimoine des associés apporteurs. Le contrat de société, en d'autres termes, n'a pu créer, dans l'intervalle entre sa conclusion et l'immatriculation, que des obligations... »*³¹. Mais l'idée selon laquelle les droits sociaux ne peuvent exister sans immatriculation n'est pas partagée par tous les auteurs. En effet, le Professeur Bruno Dondero considère que l'immatriculation de la société n'opère qu'un changement d'identité du débiteur par lequel la société se substituerait aux associés³².

57. Le choix entre ces différentes dates est difficile dans la mesure où aucune d'entre elles n'est pleinement satisfaisante.

²⁸ A. COLOMER, Les sociétés commerciales et les régimes matrimoniaux, éd. Defrénois, 1984, p. 91, n° 132.

²⁹ R. MORTIER, « Le mystère de la naissance des droits sociaux », *Dr. sociétés*, n°3, 2015, comm. 43.

³⁰ V. ZALEWSKI, « société civile immobilière et communauté entre époux », *LPA*, 2014, n240, p.6 ; B.VAREILLE, « régime de communauté, composition active de la masse commune: caractère commun de la valeur des parts sociales d'une société immobilière dont les statuts ont été signés antérieurement au mariage, l'immatriculation et la libération des apports sans emploi étant intervenues postérieurement », *RDT Civ.* 2015 p.679; P. HILT, « Les droits sociaux ne naissent et ne sont acquis qu'à compter de l'immatriculation de la société », *AJ Famille* 2014, p.640 ; C. GOLDIE-GENICON, « société civile immobilière et communauté entre époux: l'éclaircie », *Rev. contrats*, 2015, n02, p.316.

³¹ P. SIMLER, *JCP N* 1986, 101141.

³²B. DONDERO, « Les groupements dépourvus de personnalité juridique en droit privé. Contribution à la théorie de la personnalité morale », *PUAM*, 2006, n^{OS} 813 et s.

En effet, il conviendrait de considérer que la part sociale naît au moment des engagements réciproques des associés qui se manifestent par la souscription des parts sociales au moment de la signature des statuts. Cependant, cette solution pose une difficulté puisque la société n'a pas, à ce moment-là, de personnalité morale. Ainsi, elle ne peut contracter en son nom et ne peut donc être débitrice des engagements des associés. C'est pourquoi la date d'immatriculation pourrait être considérée comme la date de naissance effective des parts sociales dans la mesure où elle conditionne l'acquisition de la personnalité morale de la société. C'est cette solution qui a été retenue par la Cour de cassation dans un arrêt rendu le 3 décembre 1985³³ dans lequel elle a considéré que la souscription et la libération des parts sociales n'avaient pu emporter le transfert de propriété faute de personnalité morale de la société.

58. La Cour de cassation s'est prononcée récemment sur la question, mais n'a pas tranché avec clarté. Dans son arrêt du 8 octobre 2014³⁴, les deux époux se sont mariés après la signature des statuts de la société, mais avant la libération de l'apport et l'immatriculation qui ont eu lieu le même jour.

La Cour d'appel de Bordeaux, dans son arrêt du 14 mai 2013, avait qualifié les parts sociales de biens propres comme le soutenait l'époux et avait déterminé, comme date de naissance des parts sociales, la date de signature des statuts dans la mesure où les parts sociales « *ont été acquises* » à cette date. Ainsi, ce serait la souscription des parts représentant l'engagement de libération de l'apport des associés qui déterminerait la date de naissance des parts sociales.

Cependant, la Cour de cassation a cassé et annulé l'arrêt en considérant « *qu'en se déterminant ainsi par des motifs inopérants, alors que, dans les rapports entre les époux, la valeur des parts d'une société civile présente un caractère commun en cas d'acquisition au moyen de fonds communs ou un caractère propre en cas d'acquisition à l'aide de fonds propres en présence d'un accord des époux ou d'une déclaration d'emploi ou de remploi, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision au regard des textes susvisés* ».

³³ Voir : Cass. Civ. 1^{ère}, 3 décembre 1985, n° 84-16.085.

³⁴ Voir : Cass. Civ. 1^{ère}, 8 octobre 2014, n°13-21.879.

59. Ainsi, la Cour de cassation qualifie les parts sociales de biens communs et sous-entend donc qu'il s'agit de biens acquis pendant le mariage et non avant comme le prétendait la Cour d'appel. Néanmoins, elle n'affirme pas précisément quel évènement doit être retenu comme date d'acquisition des parts sociales.

60. Cette imprécision pose une difficulté en l'espèce, en effet, deux dates sont envisageables. Soit, il s'agit de la date de libération des apports correspondant au paiement, soit celle de l'immatriculation de la société au registre du commerce et des sociétés. Certains auteurs, et notamment Renaud Mortier et Estelle Naudin, ont supposé que la Cour de cassation envisageait la date de libération des apports puisqu'elle se réfère aux « fonds » ayant permis « l'acquisition » et donc la libération, mais aucunement à l'immatriculation de la société³⁵ Mais ils ont critiqué cette solution dans la mesure où le transfert de propriété est totalement indifférent au paiement du prix, sauf clause contraire, il serait donc inopportun d'utiliser la date de libération, et donc du paiement, pour apprécier la date de naissance des parts sociales.

61. Considérer que la Cour de cassation a tranché pour la date de l'immatriculation en renvoyant à sa jurisprudence de 1985³⁶ semble être plus cohérent, mais appelle à certaines réserves. En effet, il apparaît impossible d'appliquer cette solution aux créations de parts sociales qui interviennent en l'absence d'immatriculation, tel est le cas notamment en cas d'augmentation de capital ou en cas de société en participation. Dans cette hypothèse, seule la date de la souscription et donc celle du transfert effectif de propriété pourrait être utilisée. Enfin, l'application de ces raisonnements classiques au transfert de parts sociales revient à nier tout droit aux associés avant l'immatriculation de la société. Or, avant celle-ci l'associé détient un droit qui bien que difficilement qualifiable - créance contre les autres associés, promesse de parts sociales ou droits sociaux au sens large - est cessible selon les conditions de droit commun³⁷. Ce droit a été qualifié par Sébastien Pla-Busiris comme « *un droit à la délivrance des titres* ».

³⁵ R. MORTIER, E. NAUDIN, « Le sort des droits sociaux au cours et à la dissolution de la communauté », *Defrénois*, 2015, n°20, p. 1051.

³⁶ Note pré. n°17.

³⁷ S. PLA-BUSIRIS, « La signature des statuts d'une société préalablement au mariage : un non-évènement ? », *Rev. Sociétés*, 2015, p.316.

62. Ainsi, bien que la Cour de cassation ait considéré que la date d'acquisition effective des parts sociales n'était pas celle du transfert de propriété, faute de personnalité morale pour la société, la portée de cette solution est à nuancer dans la mesure où la Cour de cassation ne tranche pas la question de manière explicite. En effet, la Cour de cassation écarte la signature des statuts et donc la souscription des parts comme date d'acquisition des titres mais ne précise pas expressément si celle-ci intervient au moment de la libération des apports ou au moment de l'immatriculation. Cependant, il est nécessaire pour les praticiens du droit d'accorder une attention particulière en cas de chevauchement d'un mariage sous le régime de la communauté légale d'un associé et de la constitution d'une société.

II. EN CAS D'EMISSION DE TITRES PAR UNE SOCIETE PAR ACTIONS

63. Le processus d'émission de valeurs mobilières est régi par le Livre II du Code de commerce et plus précisément par son chapitre VIII. Il peut être utilisé lors de la constitution de la société³⁸ mais aussi tout au long de son existence comme moyen de financement.

64. La décision d'y recourir relève de l'assemblée générale extraordinaire de la société par actions pour l'émission de titres représentatifs de son capital social ou alors de l'assemblée générale ordinaire pour les autres valeurs mobilières. Cependant, ce processus peut être long et complexe. En effet, entre la date de la décision de l'assemblée générale et l'inscription en compte, un certain délai peut intervenir afin de remplir les différentes formalités. Il est donc nécessaire de déterminer la date de « naissance » des titres émis afin d'être en mesure de les qualifier au regard du droit des régimes matrimoniaux.

65. La date d'inscription en compte pourrait être retenue comme date de naissance des valeurs mobilières dans la mesure où c'est elle qui marque le transfert de propriété en cas de cession. En effet, l'inscription en compte marque la date certaine d'acquisition dans la mesure où elle traduit l'achèvement du processus d'émission des valeurs mobilières.

66. Ainsi, les valeurs mobilières inscrites en compte avant le mariage seront toujours qualifiées de

³⁸ Voir infra.

biens propres comme celles inscrites durant celui-ci seront toujours des biens communs. Seulement, la difficulté intervient lorsque le processus d'émission chevauche l'union ou la désunion.

67. Une partie de la doctrine considère qu'il est nécessaire de faire une distinction selon que la question se pose à l'égard des tiers ou dans les rapports entre époux. L'inscription en compte rend les droits du titulaire opposables aux tiers³⁹, mais elle ne pourrait lier la qualification des actifs⁴⁰. En effet, certains auteurs considèrent que les formalités qui rendent opposables aux tiers les promesses synallagmatiques de vente emportant un transfert de propriété immédiat ne peuvent avoir une influence sur la qualification du bien. En effet, ils estiment que, dans les rapports entre époux, la date qui doit être prise en compte est celle où l'acte juridique à l'origine de l'acquisition devient « parfait ».

En matière d'émission de valeurs mobilières, il ne s'agirait donc pas de l'inscription en compte, mais du contrat de société qui constitue le fait générateur. Ainsi, la conclusion du contrat de société interviendrait au moment de la rencontre entre l'offre de la société émettrice et l'acceptation du futur actionnaire par l'acte de souscription. De ce fait, la qualification de l'actif devrait dépendre de la date de souscription des valeurs mobilières et non de la date d'inscription en compte. Cependant, alors que des précisions ont été données dans le cadre d'une cession d'actions, aucune ne semble avoir été donnée concernant l'émission de valeurs mobilières hors constitution de société.

68. De manière pratique, il semble opportun de considérer que l'inscription en compte, et ce comme en matière de cessions d'actions, soit la date à prendre en compte pour qualifier le bien au regard des règles des régimes matrimoniaux, et ce, au regard d'une exigence de sécurité dans la mesure où il s'agit de la date où les droits de l'actionnaire deviennent effectivement opposables aux tiers.

69. Conclusion. La qualification des droits sociaux au regard des règles des régimes matrimoniaux est donc difficile à déterminer lors d'une constitution de société ou d'une émission d'actions

³⁹ Voir : Cass. Com. 24 janvier 1989, n°87-14.997.

⁴⁰ Voir : E. NAUDIN, *Les valeurs mobilières en droit patrimonial de la famille*, ed. Defrénois, tome 15, p.46 et s.

puisque celle-ci est fonction de la date de création effective des titres. Or, dans ces hypothèses, la date de création effective des titres a été source de débats doctrinaux auxquels aucune réponse jurisprudentielle ou législative n'a été apporté de manière claire. En effet, concernant la constitution d'une société, la Cour de cassation a refusé de considérer que cette date correspondait à la celle du transfert de propriété mais elle n'a pas statué entre la date de souscription ou celle de l'immatriculation de la société. En matière d'émission d'actions, la doctrine hésite entre la date de souscription des actions ou celle de l'inscription en compte bien qu'en pratique il soit plus aisé de considérer que l'inscription en compte corresponde à la date d'acquisition comme en matière de cession d'actions.

Alors que la date de création effective est délicate à déterminer en cas de constitution de société ou d'émission d'actions, la date d'acquisition des titres sociaux est doit être appréhendée différemment qu'il s'agisse de parts sociales ou d'actions en matière de cession.

§2 - LA DATE D'ACQUISITION DES TITRES

70. La date d'acquisition des titres sociaux n'est pas toujours évidente à déterminer. Or, celle-ci est déterminante pour qualifier les actifs de biens propres ou de biens communs selon les règles du régime légal. Du fait de leur différente nature et donc de leur différent mode de transmission, les solutions ne sont pas les mêmes concernant les cessions de parts sociales (**I**) et les cessions d'actions (**II**).

I. DATE D'ACQUISITION DES PARTS SOCIALES

71. La cession de parts sociales est soumise au droit commun des contrats et plus précisément à celui de la vente. L'article 1113 nouveau du Code civil dispose que « *le contrat est formé par la rencontre d'une offre et d'une acceptation* » et l'article 1583 du Code civil précise pour le contrat de vente, que celle-ci « *est parfaite entre les parties, et la propriété est acquise de droit à l'acheteur à l'égard du vendeur, dès qu'on est convenu de la chose et du prix, quoique la chose n'ait pas encore été livrée ni le prix payé* ». A l'aune de ces deux textes, la cession de parts sociales est donc conclue alors même que le prix n'a pas été payé ou que les droits n'ont pas été transférés.

Ainsi, en principe, dès lors qu'il y a accord sur le prix et la chose, la vente est parfaite. C'est donc cette date qui est le point de départ des effets de la cession notamment du transfert de propriété⁴¹.

72. Cependant, il existe certaines exceptions. D'une part, la date de cession peut être différente de celle où il y a accord sur le prix et la chose. C'est le cas notamment en cas de recours à un tiers pour la fixation du prix. En effet, en cas de recours à l'expertise du droit commun de la vente de l'article 1592 du Code civil, la cession n'est valablement formée qu'au moment où le tiers a réalisé sa mission⁴²- puisque selon le même texte « *si le tiers ne veut ou ne peut pas faire l'estimation, il n'y a point de vente* ». En revanche, lorsque les parties ont recours à l'expertise spécifique du droit des sociétés de l'article 1843-3 du Code civil, la date de la cession est celle de la désignation du tiers dans la mesure où ce dernier est tenu de procéder à la détermination du prix. La date de la cession peut aussi être différente lorsque les parties ont assorti la cession d'une condition suspensive⁴³- qui ne rendra la cession parfaite qu'à la réalisation d'un évènement futur et incertain déterminé précisément dans l'acte de cession. Pour les cessions conclues à compter du 1er octobre 2016, sauf clause contraire, la réalisation de la condition suspensive n'a pas d'effet rétroactif⁴⁴. Ainsi, la cession n'est parfaite qu'à la date de réalisation de la condition et non plus au jour de l'accord des parties sur la chose et le prix. Cependant, pour les cessions conclues auparavant, la réalisation de la condition suspensive a, sauf clause contraire, un effet rétroactif qui replace la date de la cession au moment de l'accord sur le prix et la chose⁴⁵.

73. Par ailleurs, les parties peuvent, par l'insertion d'une clause de réserve de propriété-, différer non pas la date de la cession, mais la date du transfert de propriété. En effet, l'insertion d'une telle clause suspend le transfert de propriété- jusqu'au complet paiement du prix. Le cessionnaire ne recevra donc la propriété et la qualité d'associé qu'au jour du paiement.

Seulement, la cession de parts sociales n'est opposable à la société et aux tiers qu'après

⁴¹ Confirmé par Cass. Com. 10 mars 1992, n° 90-14.456.

⁴² Voir : Cass. Com. 24 novembre 1965, n°63-12.675.

⁴³ « *Évènement futur et incertain auquel est subordonné la naissance d'une obligation (C.civ. 1304-6)* », G.CORNU, *Vocabulaire juridique*, 12ème édition, p. 1008.

⁴⁴ Article 1304-6 du Code civil, issu de l'ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016.

⁴⁵ Ancien article 1179 du Code civil.

l'accomplissement de certaines formalités. En effet, l'article 1865 du Code civil précise que la cession n'est opposable à la société qu'après l'accomplissement des formalités de l'ancien article 1690 du Code civil sur les cessions de créances, soit une signification par acte d'huissier ou l'acceptation par la société dans un acte authentique. Néanmoins, ces formalités étant lourdes et coûteuses, il est possible de les remplacer par le dépôt de l'acte original de l'acte de cession au siège social de la société contre la remise par le gérant d'une attestation de ce dépôt. L'opposabilité de la cession aux tiers est subordonnée, en sus, à sa publicité pour les sociétés civiles et au dépôt au greffe du Tribunal de commerce des statuts modifiés pour les sociétés commerciales.

74. Cependant, se pose la question de savoir à quel moment la qualité d'associé est transférée au cessionnaire. En effet, le droit commun de la vente prévoit que, sauf clause contraire, le transfert de propriété se situe à la date de la cession, mais cette dernière n'est opposable à la société comme au tiers après l'accomplissement de différentes formalités. La question se pose donc de savoir si le cessionnaire devient seulement propriétaire des parts sociales au moment de la cession mais n'acquiert la qualité d'associé qu'après l'accomplissement des formalités ou s'il devient associé au moment où il devient propriétaire alors que cette qualité n'est opposable à la société et aux tiers qu'à l'issue de la réalisation des formalités.

Dans la mesure où, dès la conclusion de la cession des parts, le cessionnaire remplit les critères nécessaires à l'obtention de la qualité d'associé, soit la réalisation d'un apport et la vocation aux bénéfices et aux pertes, il semblerait qu'il acquiert cette qualité au jour où il devient propriétaire des parts sociales et donc au jour de la cession où les parties ont trouvé un accord sur la chose et le prix. En revanche, il ne peut se prévaloir d'aucun droit offert par la qualité d'associé envers la société ou un tiers jusqu'à l'accomplissement des différentes formalités. La solution inverse reviendrait à donner aux formalités un effet juridique supplémentaire, soit créer des droits au profit du cessionnaire alors qu'elles n'ont pour seul but d'informer la société et les tiers afin de leur rendre opposable la cession⁴⁶.

75. Cependant, la date d'attribution de la qualité d'associé n'a que peu d'importance quant à la qualification des parts sociales. En effet, concernant celle-ci seule la propriété des parts compte. Il

⁴⁶ *Mémento Société commerciales*, Francis Lefebvre, édition 2018, n°6120.

convient donc de se référer à la date de cession, soit le jour de l'accord sur la chose et le prix, sous réserve d'une fixation du prix par un tiers ou d'une clause suspensive ou encore de l'insertion d'une clause de réserve de propriété dans l'acte de cession.

Alors que la détermination de la date d'acquisition des parts sociales ne pose que très peu de difficultés en cas de cession, celle des actions a dû être précisées par le législateur.

II. DATE D'ACQUISITION DES ACTIONS

76. La loi du 30 décembre 1981⁴⁷ a entériné la dématérialisation des valeurs mobilières. Ainsi, qu'elles soient nominatives ou au porteur, les valeurs mobilières ne sont plus matérialisées que par leur inscription en compte au nom de leur titulaire.

De ce fait, le caractère fongible des valeurs mobilières empêche l'application de l'article 1583 du Code civil prévoyant que la cession est parfaite au moment où il y a accord sur le prix et la chose dans la mesure où celui-ci n'est applicable qu'aux corps certains. Ainsi, le droit commun de la vente et notamment, le transfert de propriété au moment de l'échange des consentements, n'est pas applicable à la cession de valeurs mobilières.

77. Cependant, dans un premier temps après cette dématérialisation, la Cour de cassation a eu recours au consensualisme en considérant que l'inscription en compte n'avait aucune incidence sur le transfert de propriété des titres qui ne s'opérait que par l'effet de l'acte de cession⁴⁸.

78. Après deux réformes concernant le transfert de propriété⁴⁹, il existait trois régimes différents selon les types de titres cédés. En effet, le transfert de propriété des titres négociés sur un marché réglementé correspondait à l'inscription au compte de l'acheteur⁵⁰ En cas de cession de titres hors

⁴⁷ Article 94-II de loi n°81-1160 du 30 décembre 1981 disposant « *les valeurs mobilières émises en territoire français et soumises à la législation française, quelle que soit leur forme, doivent être inscrites en comptes tenus par la personne morale émettrice ou par un intermédiaire habilité* ».

⁴⁸ Voir : Cass. Com. 22 novembre 1988, n°86-18.152.

⁴⁹ Voir : art. 10 bis de la loi n°93-1444 du 30 décembre 1993 insérant un art. 47 bis à la loi n°83-1 du 3 janvier 1983 ; art. 23,3° de la loi n°95-546 du 2 juillet 1998 ajoutant des alinéas 5 et 6 à l'article 47 bis de la loi du 3 janvier 1983.

⁵⁰ Loi n°93-1444 du 30 décembre 1993, voir note 34.

marché réglementé, mais via un système de règlement-livraison, le transfert de propriété était effectif au moment du dénouement irrévocable de l'opération⁵¹. Enfin, le transfert de propriété dans les autres opérations dépendait de la volonté des parties et à défaut de l'échange des consentements⁵².

79. Face à ces différents régimes, dans une volonté d'uniformisation des règles concernant le transfert de propriété des titres cotés et non cotés, mais aussi eu égard aux pratiques internationales, deux réformes sont intervenues⁵³. A la suite de celles-ci, deux régimes juridiques ont été mis en place et coexistent.

80. D'une part, un régime dit « commun » applicable au transfert de propriété de l'ensemble des valeurs mobilières. L'alinéa 9 de l'article L.228-1 du Code de commerce qui dispose que « *dans les autres cas, le transfert de propriété résulte de l'inscription des valeurs mobilières au compte de l'acheteur, dans des conditions fixées par décret en Conseil d'Etat* ». Etant précisé que « *pour l'application de la dernière phrase du neuvième alinéa de l'article L. 228-1, l'inscription au compte de l'acheteur est faite à la date fixée par l'accord des parties et notifiée à la société émettrice* »⁵⁴. Ainsi, les parties doivent s'entendre sur la date d'inscription en compte qui doit figurer sur l'ordre de mouvement, mais elles doivent aussi notifier la cession à la société émettrice. En l'absence de précision de l'article R.228-10 du Code de commerce, cette notification doit être faite selon les règles du Code de procédure civile, soit, par envoi postal, par remise contre récépissé ou émargement⁵⁵ ou par signification par acte d'huissier⁵⁶.

81. D'autre part, un régime « spécial » propre à certains titres cédés visés au deuxième alinéa de l'article L.211-17 du Code monétaire et financier⁵⁷. Ce dernier est applicable lorsque les titres financiers sont admis aux opérations d'un dépositaire central ou livrés dans un système de

⁵¹ Loi n° 95-546 du 2 juillet 1998, voir note 34.

⁵² Voir : Ph. GOUTAY, « Le transfert de propriété des instruments financiers : de l'aboutissement d'une réforme décennale », *RD bancaire et fin.*, 2005, p. 47.

⁵³ Voir : ord. n°2004-604 du 24 juin 2004 ajoutant un alinéa 9 à l'article L.228-1 du Code de commerce et Ord. n°2005-303 du 31 mars 2005 modifiant l'article L.431-2 du Code monétaire et financier.

⁵⁴ Voir : Art. R.228-10 du Code de commerce.

⁵⁵ Voir : Art. 667 du Code de procédure civile.

⁵⁶ Voir : Art. 651 du Code de procédure civile.

⁵⁷ Avant article L.431-2 du Code monétaire et financier modifié par Ord. n°2009-15 du 8 janvier 2009.

règlement et de livraison d'instruments financiers. Dans ces cas, « *le transfert de propriété résulte de l'inscription des titres au compte-titres de l'acheteur, à la date et dans les conditions définies par le règlement général de l'Autorité des marchés financiers* ». Ainsi, l'article 570-2 du règlement général de l'Autorité des marchés financiers précise que « *cette inscription a lieu à la date de dénouement effectif de la négociation mentionnée dans les règles de fonctionnement du système de règlement et de livraison* », étant précisé que sauf exceptions « *cette date de dénouement des négociations et simultanément d'inscription en compte intervient au terme d'un délai de trois jours de négociation après la date d'exécution des ordres* ».

Le système de règlement-livraison d'instruments financiers a pour objectif d'assurer la livraison des titres et le paiement concomitamment, afin de faire disparaître les risques de non-exécution. Le dépositaire central, Euroclear France sur le marché français, assure alors l'enregistrement, la conservation ainsi que l'échange des titres financiers.

82. Ainsi, le transfert de propriété intervient trois jours après la date d'exécution des ordres. Concrètement, les transactions sont enregistrées sous forme d'écriture, simple enregistrement comptable, au jour de la négociation et ne prennent effet juridiquement comme inscription qu'à la date du dénouement réel, soit trois jours après.

83. Les réformes intervenues en 2004⁵⁸- et en 2005⁵⁹- ont donc eu pour ambition d'uniformiser les solutions. Qu'il s'agisse de titres cotés ou non, le transfert de propriété a lieu au moment de l'inscription en compte. Cependant, celle-ci intervient 3 jours après le dénouement des négociations pour les cessions de titres cotés et elle dépend de la volonté des parties pour les titres non cotés. Le décret de 2006⁶⁰- était très attendu dans la mesure où il devait prévoir toutes les modalités d'application de ces différents régimes. Cependant, nombre de difficultés n'ont pas été tranchées par celui-ci

⁵⁸ Voir : Ordonnance n° 2004-604 du 24 juin 2004 portant réforme du régime des valeurs mobilières émises par les sociétés commerciales.

⁵⁹ Voir : Décret n°2005-112 du 10 février 2005 modifiant le décret n° 67-236 du 23 mars 1967 sur les sociétés commerciales et relatif aux valeurs mobilières émises par les sociétés commerciales.

⁶⁰ Voir : Décret n° 2006-1566 du 11 décembre 2006 modifiant le décret n° 67-236 du 23 mars 1967 sur les sociétés commerciales.

En effet, celui-ci offre le choix de la date d'inscription aux parties. Or, dans les petites entreprises l'inscription en compte ne se fait rarement dès la réception de l'ordre de mouvement. Il y a donc un risque que l'inscription ne soit pas effectuée à la date choisie par les parties.

84. Conclusion. En matière de cession, il convient donc de faire une distinction entre les parts sociales et les actions. En effet, la qualification des parts sociales ne pose que très peu de difficulté dans la mesure où la date d'acquisition correspondant, selon les règles de droit commun, au transfert effectif des droits soit la date de l'acte de cession. En revanche, la détermination de la date d'acquisition en matière de cession d'actions a engendré quelques difficultés qui ont été en partie réglées par le législateur. La date d'acquisition à retenir est donc la date d'acquisition correspondant au transfert de propriété intervenant au moment de l'inscription en compte. Cette dernière intervient 3 jours après le dénouement des négociations en matière de cession de titres cotés et dépend de la volonté des parties en matière de cession d'actions non cotées.

85. Conclusion section. La première difficulté concernant la qualification des titres sociaux est donc de coordonner les règles du droit des régimes matrimoniaux et celles du droit des sociétés. Il est nécessaire de déterminer, avec précision, quelle est la date de création ou d'acquisition des titres. Si cette date intervient durant l'union les biens seront qualifiés de communs alors qu'ils seront propres si ces événements surviennent avant ou après le mariage. Ainsi, en matière de date de création, la Cour de cassation n'a pas précisé de manière claire la date à prendre en compte et n'a pas tranché entre la date de libération et la date d'immatriculation de la société. Concernant l'émission de valeurs mobilières par une société par actions, il semble plus opportun de prendre en considération l'inscription en compte plutôt que la date de souscription comme en matière de cessions d'action. Enfin, dans cette hypothèse, la date d'acquisition des parts sociales correspond à celle du transfert effectif de propriété et donc à la date de l'acte de cession. En revanche, en matière de cession d'actions, la date à prendre en considération est celle de l'inscription en compte qui diffère selon que les titres soient cotés ou non sur un marché réglementé.

Les règles des régimes matrimoniaux concernant la qualification des biens sont difficilement applicables aux titres sociaux en raison de la difficulté à déterminer leur date d'acquisition mais également à cause de leur nature particulière.

SECTION 2 - LES DIFFICULTES LIEES A LA NATURE DES TITRES SOCIAUX

86. La difficulté dans la qualification de certains titres sociaux découle parfois également de leur nature particulière. Notamment, en cas d'attribution de stock-options (§1) ou d'options gratuites par la société (§2).

§1 - LES STOCK-OPTIONS

87. Les stock-options sont définies comme « *un droit attribué au salarié d'une entreprise, généralement un cadre, d'acquérir (ou de souscrire à leur émission) des titres représentatifs du capital de l'entreprise pour un prix fixe, dit prix d'exercice, généralement inférieur au cours de la bourse* »⁶¹. La Cour de cassation les définit comme « *une promesse unilatérale faite par une société par actions à certains de ses salariés ou mandataires sociaux de leur vendre sur leur demande un nombre déterminé de ses actions dans un délai et moyennant un prix définitivement fixé* »⁶².

Il s'agit d'un mécanisme qui ne peut jouer que pour les sociétés par actions⁶³. Le bénéficiaire est alors titulaire d'une promesse unilatérale de souscription ou d'achat portant sur un nombre défini de titres. Il peut, s'il le souhaite, lever l'option dans le délai préalablement prévu et devenir ainsi propriétaire des actions à un prix déterminé. Ainsi, il peut réaliser une plus-value d'acquisition, si le prix d'acquisition de l'action est inférieur à la valeur de celle-ci au jour de la levée d'option mais également une plus-value de cession au moment de la revente ultérieure de ses actions.

Ces stock-options peuvent être attribuées à l'ensemble des salariés et aux dirigeants bénéficiant du statut fiscal de salariés par le conseil d'administration ou par le directoire sur délégation de l'assemblée générale extraordinaire des associés.

88. La qualification des stock-options ne pose guère de problème si un des époux bénéficie d'une

⁶¹ G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, 12^{ème} édition, p. 992.

⁶² Cass. Civ 2^{ème}, 20 septembre 2005, n° 03-30.709.

⁶³ Articles L.225-177 et s. du Code de commerce.

option et l'exerce durant l'union matrimoniale. En effet, les actions ainsi reçues intégreront la masse commune sur le fondement de l'article 1401 du Code civil, sauf si l'époux les a acquises avec ses derniers propres en accomplissant les formalités de remploi.

89. Cependant, des difficultés se posent lorsque l'époux bénéficie effectivement de l'option durant l'union matrimoniale, mais qu'elle ne peut être exercée qu'après la dissolution de celle-ci.

Ainsi, la nature particulière du stock-option pose différentes questions sources de débat doctrinal. Des difficultés concernant les options **(I)** mais aussi les actions acquises par la levée de ces dernières **(II)**.

I. DIFFICULTES LIEES AUX OPTIONS

90. Avant même de qualifier les options de bien commun ou de bien propre **(B)**, il est nécessaire de déterminer si celles-ci ont réellement un caractère patrimonial **(A)**.

A. La patrimonialité des options

91. Certains auteurs ont considéré que l'option n'avait aucun caractère patrimonial dans la mesure où il ne s'agissait que d'une simple faculté offerte au salarié de réaliser une acquisition à un prix déterminé⁶⁴. En effet, « *les droits résultant des options consenties sont incessibles jusqu'à ce que l'option ait été exercée* »⁶⁵. Ainsi, pour ces auteurs, l'incessibilité des droits confirmerait leur absence de patrimonialité.

92. La patrimonialité peut être définie comme « *le caractère de ce qui est patrimonial ; appartenance au patrimoine indiquant que l'élément revêtu de cette qualité constitue une valeur appréciable en argent et impliquant la cessibilité et la transmissibilité de ce bien* »⁶⁶ et donc comme

⁶⁴ A. COURET, « Le sort des stock options dans les liquidations de communauté ou de succession : approche critique d'idées nouvelles », *JCP N*, 1999, p. 525; J.Ph. MABRU, « Stock options et liquidation de communauté : arguments pour une controverse », *Dr. et pat.* 1999, n° 67, p. 32.

⁶⁵ Art. L.225-183, al. 2, du Code de commerce.

⁶⁶ G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, 12^{ème} édition, 2017, p.748.

« supposant son accessibilité à l'échange au sens économique »⁶⁷. Ainsi, la patrimonialité d'un bien ne se détermine pas seulement par rapport à sa cessibilité, mais également par rapport à la possibilité de l'évaluer ou sa transmissibilité.

Certes, les options ne sont, légalement, pas cessibles. Néanmoins, elles restent transmissibles dans la mesure où les héritiers du bénéficiaire peuvent exercer les options sous certaines conditions⁶⁸. Par ailleurs, l'incessibilité d'un bien ne le prive pas, de plein droit, de son caractère patrimonial. En effet, l'incessibilité de certains biens est justifiée par leur caractère personnel⁶⁹. Ainsi, les options, comme instrument de motivation des salariés et des mandataires sociaux de l'entreprise, sont légitimes à ne pas être cessibles du fait du lien très étroit qu'elles ont avec leur bénéficiaire.

93. Enfin, le caractère évaluable des options pose une difficulté. Pour certains, elles ne seraient pas évaluables puisqu'il n'existerait aucune valeur d'échange du fait de leur incessibilité et de leur caractère virtuel. Cependant, cette idée est critiquée puisque la levée de l'option engendre une plus-value qui pourra être réalisée au moment de la cession des titres. Ainsi, l'option a effectivement une valeur intrinsèque qui est la différence entre la valeur du titre au moment de l'acquisition et le prix d'exercice de l'option. Enfin, cette idée est aussi discutée par le fait que les financiers ont la capacité de calculer la valeur théorique d'une option en l'absence de cotation sur un marché⁷⁰.

Ainsi, il est difficile d'affirmer que l'option en question n'a pas de caractère patrimonial alors même qu'elle peut être évaluable par ce biais. Cependant, la levée de l'option supporte un aléa, en effet, son auteur n'a aucune obligation de la lever, elle n'est donc qu'hypothétique. Dès lors, tant qu'elle n'est pas exercée, la valeur de l'option serait nulle⁷¹. Seulement, les stock-options ne sont qu'une promesse de vente faite par la société au bénéfice de certains de ses salariés ou mandataires sociaux à un prix déterminé, soit une promesse unilatérale de vente. Or, la Cour de cassation considère qu'une promesse unilatérale de vente suppose un « *droit de créance mobilier et*

⁶⁷ E. NAUDIN, *les valeurs mobilières en droit patrimonial de la famille*, ed. Defrénois, tome 15.

⁶⁸ Art. L.225-183, al. 3, du Code de commerce.

⁶⁹ Tel est le cas des pensions à caractère alimentaire, par exemple.

⁷⁰ Modèle Black et Scholes, par exemple.

⁷¹ J.Ph. MABRU, « Stock options et liquidation de communauté : arguments pour une controverse », *Dr. et pat.* 1999, n° 67, p. 32.

personnel »⁷². Cette créance a pour vocation à donner un droit de propriété sur un bien et correspond donc à un actif. Cette solution jurisprudentielle a été critiquée par certains auteurs qui ont considéré qu'il ne s'agissait ni d'un droit réel ni d'un droit de créance, mais plutôt d'un droit potestatif.

94. Finalement, que l'option constitue un droit de créance ou seulement un droit potestatif, il convient de lui reconnaître une certaine valeur et donc une patrimonialité. L'option est donc un actif qui doit être qualifié au regard des régimes matrimoniaux

B. La qualification des options

95. L'option consentie au salarié ou au mandataire sociaux doit donc être considérée comme un bien qu'il convient de qualifier de bien commun ou de bien propre. Cette question a, également, été source d'un débat doctrinal. En effet, certains les ont qualifiées de bien commun **(1)**, d'autres ont considéré que seule la valeur des options devait être qualifiée de commune **(2)**, enfin la jurisprudence a affirmé leur caractère de bien propre **(3)**.

1. Les stock-options comme biens communs

96. En premier lieu, Jérôme Casey considère que les options devraient être qualifiées de biens communs par nature⁷³ - au regard de leur caractère rémunérateur. Celles-ci ne constitueraient qu'un complément de rémunération provenant de l'industrie personnelle de l'époux bénéficiaire. Or, selon l'article 1401 du Code civil « *la communauté se compose activement des acquêts faits par les époux ensemble ou séparément durant le mariage, et provenant tant de leur industrie personnelle que des économies faites sur les fruits et revenus de leurs biens propres* ». Ainsi, les gains et salaires des époux font partie de la communauté⁷⁴. La jurisprudence interprète largement cette catégorie de gains et salaires. En effet, les substituts de salaires tels que, par exemple, les indemnités de licenciement⁷⁵, les indemnités transactionnelles liées au licenciement⁷⁶ - ou enfin les

⁷² Cass. Civ. 1^{ère}, 22 mars 1966, n°64-70.757.

⁷³ J. CASEY, « Les stock-options et le régime de communauté : retour sur une difficulté liquidative », *JCP N*, 2006, n°23, 1213.

⁷⁴ Cass. Civ 1^{ère}, 8 février 1978, n° 75-15.731.

⁷⁵ Cass. Civ 1^{ère}, 5 novembre 1991, n° 90-13.479.

⁷⁶ Cass. Civ 1^{ère}, 26 septembre 2007, n° 06-18.252.

indemnités réparant une incapacité temporaire ou permanente de travail⁷⁷ - ont été qualifiés de gains et salaires et doivent donc être pris en compte comme actif de la communauté.

97. Selon Jérôme Casey, les stock-options pourraient constituer « *l'archétype de l'acquêt* » dans la mesure où ils ne pourraient être vus autrement que comme un supplément de rémunération. Ainsi, puisque la rémunération ordinaire des époux intègre la communauté, il ne pourrait en être autrement de cette rémunération exceptionnelle. Selon ce même auteur, les options ne pourraient être propres sauf à pouvoir « *prouver que la valeur nouvelle crée par mon travail se rattache à un meuble ou immeuble propre, et notamment à un fonds ou à une exploitation* »⁷⁸. En effet, le seul moyen d'éloigner les stock-options de la communauté serait de les qualifier de biens propres par accroissement ou par accessoire⁷⁹. Les stock-options ne peuvent, selon cet auteur, être des biens propres par nature dans la mesure où ils « *ne sont rien d'autre qu'un supplément de rémunération dénué de tout caractère personnel* »⁸⁰.

Ainsi, dans la mesure où il ne reconnaît aucun caractère personnel à cette rémunération, Jérôme Casey ne peut considérer que les stock-options soient qualifiés autrement que comme des biens communs.

98. Au soutien de cette analyse, peut être avancé que la jurisprudence a considéré que le droit d'option présent dans un contrat de crédit-bail devait être qualifié de bien commun si l'option n'avait pas été levée au moment de la dissolution de la communauté⁸¹. Cependant, cette analyse peut être critiquée sur différents points. D'une part, la levée de l'option ne permet pas seulement au bénéficiaire de réaliser une plus-value, mais également d'entrer au capital d'une société en acquérant des actions. Or, lorsqu'elle émet des stock-options la société émettrice a pour objectif de récompenser financièrement certains de ses salariés ou mandataires sociaux pour leurs résultats en leur permettant d'acquérir des actions à un prix déterminé qui pourra être inférieur à leur valeur,

⁷⁷ Cass. Civ 1^{ère}, 23 octobre 1990, n° 89-14.448.

⁷⁸ Voir : note préc. n°57.

⁷⁹ Alinéa 1^{er}, article 1406 du Code civil ; « *Forment des propres, sauf récompense s'il y a lieu, les biens acquis à titre d'accessoires d'un bien propre ainsi que les valeurs nouvelles et autres accroissements se rattachant à des valeurs mobilières propres* ».

⁸⁰ Voir : note préc. n°57.

⁸¹ Cass. Civ 1^{ère}, 1^{er} juillet 1997, n° 95-17.058.

mais également de le permettre d'acquérir de nouvelles actions. Ainsi, permettre au conjoint du bénéficiaire d'entrer au capital de la société est discutable. D'autre part, cette analyse peut aussi être critiquée dans la mesure où l'émission de stock-options doit être assimilée à une promesse de vente émise par la société au bénéfice de l'époux, salarié ou mandataire social. Ainsi, le conjoint du bénéficiaire n'est pas partie au contrat de promesse et rien dans les régimes matrimoniaux ne permet son intrusion dans la sphère contractuelle.

Cependant, cette approche n'est pas soutenue par l'ensemble une grande partie de la doctrine qui considère que seule la valeur des stock-options devrait être considérée comme commune.

2. Les stock-options comme valeur commune

99. Une majorité de la doctrine⁸² a elle considéré qu'une distinction devait être faite entre le « titre » qui devait être qualifié de biens propres par nature du fait de son caractère personnel et de son inaccessibilité et la « finance » qui devait entrer dans la communauté puisqu'il s'agissait d'un complément de rémunération. Ainsi, seule la valeur de l'option ne devrait être qualifiée de bien commun. En effet, les stock-options sont une forme de rémunération, mais aussi un instrument de motivation pour certains salariés et mandataires sociaux. L'idée selon laquelle les options auraient un aspect rémunératoire a été soulevée par le législateur lui-même⁸³.

100. Fiscalement, le régime des stock-options a été modifié en 2012⁸⁴ afin d'aligner la fiscalité des revenus tirés de l'actionnariat salarié sur celle des autres revenus salariés. En effet, les différents scandales liés à l'attribution de stock-options et à leur régime d'imposition avantageux ont poussé le législateur à modifier leur régime.

⁸² F. SAUVAGE, « Communauté, succession et stock-options », *Dr. et pat.*, novembre 1998, p. 38 ; C. LAYE-BAFFERT, M. DADOIT, « Le sort des stock-options dans les partages de communauté et les transmissions familiales », *Defrénois*, 2002, art. 37581, p. 998, spécialement n° 7 ; J.P. CHAZAL, Y. REINHARD, « La qualification des options de souscription ou d'achat d'actions dans le régime de communauté légale », *RTD Com.* 2002, p. 110, n° 2 ; B. VAREILLE, note sous C.A. Paris, 7 mai 2004, *RTD Civ.* 2004, p. 539, n° 2 ; Ph. SIMLER, obs. sur C.A. Paris 7 mai 2004, *JCP* 2005, I, 128, n° 12.

⁸³ Le rapporteur de la proposition de loi instituant les options sur actions, Monsieur Magaud, a déclaré devant l'Assemblée Nationale que « lorsque l'option est levée, souvent plusieurs années après avoir été accordée, le cours de l'actions a monté, dégageant ainsi une plus-value qui vient s'ajouter au salaire et à la participation aux bénéfices. Elles constituent un troisième mode de rémunération du personnel et apporte un grand dynamisme dans la marche des entreprises » (JO Ass. Nat. 10 décembre 1970, p. 6416).

⁸⁴ Voir : Loi n° 2012-1509 du 29 décembre 2012 de finances pour 2013.

Ainsi, le gain de levée d'option, soit la différence entre prix d'acquisition fixé préalablement et la valeur des actions au jour de la levée d'option, est soumis aux mêmes règles que la rémunération ordinaire. En effet, celui-ci est taxé, pour toutes les actions attribuées après le 28 septembre 2012, au barème progressif de l'impôt sur le revenu dans la catégorie des traitements et salaires, mais aussi aux prélèvements sociaux. Avant cette date, les gains de levée d'option pouvaient, sous certaines conditions de durée d'indisponibilité, être taxés à des taux forfaitaires bien plus intéressants. L'imposition classique au régime de l'impôt sur le revenu de la plus-value d'acquisition des stock-options laisse également entendre qu'il s'agirait bien d'une rémunération qui serait exceptionnelle. Nonobstant le principe de l'autonomie du droit fiscal, les stock-options pourraient être qualifiées de bien commun en tant qu'industrie personnel de l'un des époux.

102. Cependant, le droit d'exercice de l'option ne peut être considéré comme commun dans la mesure où seul l'époux bénéficiaire peut l'exercer. En effet, le mécanisme des stock-options doit être assimilé à une promesse unilatérale de vente de la société au bénéfice de son salarié ou mandataire, ainsi, seule cette personne, partie au contrat, ne devrait pouvoir lever cette option. De plus, l'incessibilité des options n'est pas critère déterminant de la qualification des biens⁸⁵, mais celle-ci permet de considérer qu'il s'agit d'un droit à caractère personnel.

103. Par ailleurs, ce caractère personnel est bien plus important dans le mécanisme des stock-options que dans les autres modes d'acquisition de titres par le biais d'une activité professionnelle. En effet, les options ne sont pas attribuées à l'ensemble des salariés. Le conseil d'administration sous délégation de l'assemblée générale extraordinaire des associés désigne le nombre et la qualité des bénéficiaires. Il ne peut s'agir que de salariés ou de dirigeant ayant le statut fiscal de salarié. Cependant, il est très rare que des stock-options soient distribuées à l'ensemble des salariés⁸⁶. Ainsi, les personnes s'étant vues attribuées des options bénéficient d'un avantage individualisé.

Ce droit d'exercice de l'option ne peut donc être considéré comme commun. C'est pourquoi la distinction entre l'exercice de ce droit qui devrait être personnel et la valeur de l'option qui elle

⁸⁵ Cass. Civ 1^{ère}, 23 octobre 1962 concernant la qualification d'un droit au bail à usage professionnel ou mixte dont la qualification commune ne peut être écartée seulement par son incessibilité.

⁸⁶ Cela est arrivé une fois ; en 2000, la société Vivendi a distribué 10 options aux 220 000 salariés.

devrait être commune est une solution efficace pour régler les différents problèmes.

104. Bien qu'elles n'aient aucune valeur normative, deux réponses ministérielles de 2001⁸⁷ ont confirmé cette analyse en affirmant que les stock-options devaient être considérées à l'actif de la communauté sous le fondement de l'article 1401 du Code civil⁸⁸ - puisqu'ils proviennent de l'industrie de l'un des époux. Cependant, celles-ci ont précisé « *toutefois, et sous réserve de l'interprétation souveraine des juridictions, il apparaît nécessaire de tenir compte du caractère strictement personnel de l'exercice du droit d'option par l'époux salarié. Aussi pourrait-il être considéré que le droit pour le bénéficiaire d'exercer ou non l'option constitue pour lui un bien propre, tandis que la valeur patrimoniale de l'option profite à la communauté* ». Ainsi, ces réponses ministérielles ont consacré cette analyse visant à dissocier le droit d'exercice et la valeur de l'option.

105. La qualification de la valeur commune des options a également été reprise par la Cour d'appel de Paris dans son arrêt du 7 mai 2004⁸⁹. En effet, les juges ont énoncé que « *la valeur patrimoniale des options (...) entre en communauté, dès lors que lesdites options avaient été attribuées au mari avant l'assignation en divorce et à condition que l'option en ait été effectivement levée par ce dernier* ».

Ainsi, le caractère commun de la valeur patrimoniale de l'option semblait être consacré. Cependant, la Cour de cassation a rendu un arrêt semant le trouble.

3. Les stock-options comme biens propres par nature

106. La Cour de cassation a, dans un arrêt du 9 juillet 2014⁹⁰ considéré que les stock-options devaient être qualifiés de biens propres par nature. En effet, sa solution visant les articles 1401 et

⁸⁷ Rép. min. éco, fin. et ind. n°58031, *JO Ass. Nat.* 18 juin 2001, p.3530 et Rép. min. éco, fin. et ind. n°31920, *JO débats Sénat*, 23 août 2001, n°2721.

⁸⁸ Art. 1401 du Code civil; « *la communauté se compose activement des acquêts faits par les époux ensemble ou séparément durant le mariage, et provenant tant de leur industrie personnelle que des économies faites sur les fruits et revenus de leurs biens propres* ».

⁸⁹ Voir : CA Paris, 7 mai 2004, n° 2003/04030.

⁹⁰ Voir : Cass. Civ 1^{ère}, 9 juillet 2014, n° 13- 15.948.

1404 du Code civil⁹¹ et l'article L.225-183 du Code de commerce⁹² affirme que « *si les droits résultant de l'attribution, pendant le mariage à un époux commun en biens, d'une option de souscription ou d'achat d'actions forment des propres par nature, les actions acquises par l'exercice de ces droits entrent dans la communauté lorsque l'option est levée durant le mariage* ».

La Cour de cassation a ainsi consacré par cet arrêt l'analyse selon laquelle les stock-options devraient être qualifiées de biens propres par nature. Ce point de vue a été adopté seulement par deux auteurs⁹³ qui ont considéré que l'incessibilité des stock-options⁹⁴ et leur caractère personnel⁹⁵, devaient permettre de les qualifier ainsi sur le fondement de l'article 1404 du Code civil⁹⁶ qui définit les biens propres par nature.

107. Cependant, la Cour de cassation ne se prononce pas expressément sur ses motivations. En effet, elle ne précise pas si elle rattache les stock-options à la catégorie de « *créances et pensions incessibles* » ou à celle de « *droits exclusivement attachés à la personne* »⁹⁷. Ainsi, les deux possibilités sont envisageables.

Les juges ont pu considérer qu'il s'agissait d'une créance incessible. En effet, la jurisprudence a, auparavant, affirmé que le bénéficiaire d'une promesse unilatérale de vente était titulaire d'un droit de créance contre le promettant⁹⁸. Or, les stock-options peuvent être assimilées à des promesses de vente de la société auprès du salarié ou mandataire. Par ailleurs, les stock-options sont incessibles, ainsi elles pourraient être considérées comme des créances incessibles au sens de l'article 1404 du Code civil.

⁹¹ L'article 1401 du Code civil concerne la composition de la communauté, tandis que l'article 1404 du Code civil concerne les biens propres par nature.

⁹² Prévoyant l'incessibilité des stock-options.

⁹³ A. COURET, « Le sort des stock-options dans les liquidations de communauté ou de succession approche critique d'idées nouvelles », *JCP N*, n°12, 1999, p.525. ; J.M. MABRU, « Stock-options et liquidation de communauté: arguments pour une controverse », *Dr. et Pat.* n°67, 1999.

⁹⁴ L.225-183 du Code de commerce.

⁹⁵ Voir supra

⁹⁶ Alinéa 1^{er} de l'article 1404 du Code civil: « *forment des propres par nature, quand même ils auraient été acquis pendant le mariage, les vêtements et linges à l'usage personnel de l'un des époux, les actions en réparation d'un dommage corporel ou moral, les créances et pensions incessibles, et, plus généralement, tous les biens qui ont un caractère personnel et tous les droits exclusivement attachés à la personne* ».

⁹⁷ Voir : Article 1404 du Code civil.

⁹⁸ Cass. Civ. 3^{ème}, 15 décembre 1993, n°91-10.199.

108. Néanmoins, cette solution est critiquée par les auteurs dans la mesure où l'incessibilité d'une créance n'est pas déterminant du caractère commun. Enfin, l'incessibilité des stock-options n'a pas été édictée selon des considérations propres au droit des régimes matrimoniaux, mais afin d'éviter que le bénéficiaire de celle-ci ne spéculé.

109. Ainsi, cette analyse n'est pas absolument pertinente et il semble peu probable que la Cour de cassation se soit fondée exclusivement sur elle. De ce fait, la Cour de cassation a pu se fonder sur la catégorie de « *droits exclusivement attachés à la personne* » pour qualifier les stock-options de biens propres par nature.

Cette notion est d'interprétation stricte puisqu'elle n'est qu'une exception au principe posé par l'article 1401 du Code civil. Selon cette analyse, la distinction entre le « titre » et la « finance » devrait être écartée puisqu'elle ne concerne, selon la jurisprudence, que des droits qui sont, bien que non librement négociables, toujours cessibles sous conditions⁹⁹. Or, dans la mesure où les stock-options ne sont pas cessibles, une telle distinction ne saurait être appliquée.

110. Cette solution peut être considérée comme opportune puisqu'elle permettrait d'accélérer le divorce. En effet, considérer que les options sont des biens communs revient à retarder les opérations de liquidation-partage au jour de la levée de l'option qui peut intervenir plusieurs années après la dissolution de la communauté. Ainsi, la solution consacrée par la Cour de cassation est contestable sur le plan théorique, mais elle correspond à la solution la plus simple en pratique.

II. DIFFICULTES LIEES AUX ACTIONS

111. La seconde problématique concerne les actions qui sont acquises par la levée de l'option. En effet, des interrogations se sont posées concernant la qualification de celles-ci par le droit des régimes matrimoniaux (A) et des difficultés pratiques, au moment de la liquidation de la communauté, liées à leur évaluation (B).

⁹⁹ Les offices ministériels par exemples qui sont cessibles sous condition d'un diplôme, TGI Paris, 19 novembre 1987.

A. La qualification des actions acquises par l'exercice des options

112. Dans la mesure où les options sont qualifiées de biens propres, il convient de se demander si les actions acquises par la levée de celles-ci peuvent l'être également sur le fondement de l'article 1406 du Code civil (1). Cependant, la Cour de cassation les fait entrer dans la communauté en fonction de la date de la levée de l'option (2).

1. Le refus de qualifier les actions de biens propres sur le fondement de l'article 1406 du Code civil

113. Dans son arrêt du 9 juillet 2014¹⁰⁰, la Cour de cassation affirme que « *les actions acquises par l'exercice de ces droits entrent dans la communauté lorsque l'option est levée durant le mariage* ». Ainsi, elle considère que les actions acquises par la levée de l'option constituent des acquêts au sens strict, soit des biens acquis durant le mariage.

114. Dans la mesure où l'option est qualifiée de bien propre par nature, il convient de se demander si les actions acquises par l'exercice de celles-ci ne devraient pas non plus être qualifiées de biens propres¹⁰¹ sur le fondement des deux alinéas de l'article 1406 du Code civil.

D'une part, l'action souscrite pourrait être caractérisée de bien propre par application de l'alinéa 1er de l'article 1406 du Code civil. Celui-ci dispose que « *forment des propres, sauf récompense s'il y a lieu, les biens acquis à titre d'accessoires d'un bien propre ainsi que les valeurs nouvelles et autres accroissements se rattachant à des valeurs mobilières propres* ». Ainsi, à l'instar des droits préférentiels de souscription d'actions qualifiées de propres qui sont eux aussi insérés dans la masse commune, il serait concevable de considérer que les actions sont rattachées aux options qui sont qualifiées de biens propres par nature. Cette affirmation ne pose pas réellement de difficultés. Toutefois, cet article s'applique aux biens se rattachant à « *des valeurs mobilières propres* ». Ainsi, il est nécessaire de rechercher si les stock-options peuvent être qualifiées de valeurs mobilières. La définition de celles-ci renvoie à celle des titres financiers consacrée par

¹⁰⁰ Voir : Cass. Civ 1^{re}, 9 juillet 2014, n°13-15.948.

¹⁰¹ Voir : M-C. AUBRY, « Stock-options et régime de communauté: la fin du débat? », *Petites affiches*, 2014, n°246, p.9.

l'article L.211-1 du Code monétaire et financier¹⁰² qui définit, notamment, les « *titres de capital émis par les sociétés par actions* » de titres financiers. Or, le code monétaire et financier traite des stock-options dans un chapitre sur les titres de capital. Il serait envisageable de considérer que les stock-options sont des titres de capital et donc des titres financiers assimilés à des valeurs mobilières. Cependant, l'article L.211-14 du code monétaire et financier¹⁰³ pose le principe de la négociabilité des titres financiers- mais, les stock-options sont légalement incessibles selon l'article L. 225-183 du code de commerce. Elles ne peuvent donc pas être qualifiés de titres financiers et donc de valeurs mobilières. Dès lors, l'alinéa premier de l'article 1406 du Code civil prévoyant que les valeurs nouvelles se rattachant à des valeurs mobilières propres doivent être qualifiées de biens propres n'est pas applicable aux actions acquises grâce à l'exercice d'une stock-option.

D'autre part, les actions pourraient aussi être qualifiées de biens propres par application du second alinéa de l'article 1406 du Code civil disposant que « *forment aussi des propres, par l'effet de la subrogation réelle, les créances et indemnités qui remplacent des propres* ». Celle-ci supposant qu'existe une substitution directe d'un bien par un autre. A défaut, d'une substitution directe, l'époux devra utiliser la technique du remploi. Le mécanisme des stock-options suppose effectivement le remplacement d'une option par une action à la levée de celle-ci. La subrogation réelle de plein droit est souvent utilisée en droit des régimes matrimoniaux, notamment pour les parts sociales qui rémunèrent l'apport en nature d'un bien propre. En effet, « *la subrogation réelle permet, lorsqu'un bien propre se trouve remplacé par un autre bien, d'attribuer à ce dernier le caractère de propre, il est donc indifférent qu'au moment de l'opération la déclaration prévue à l'article 1434 n'ait pas été faite* »¹⁰⁴. Néanmoins, en matière de stock-options il ne s'agit pas d'une subrogation réelle et ce, bien que les actions remplacent les options. En effet, celui-ci n'est pas direct puisqu'il nécessite le paiement d'un prix d'exercice. Le mécanisme de subrogation réelle prévu au second alinéa de l'article 1406 du Code civil ne peut donc pas être appliqué pour qualifier de biens propres les actions acquises par la levée de l'option.

¹⁰² Art. L.211-1 du CMF : « *les titres financiers sont : 1) les titres de capital émis par les sociétés par actions ; 2) les titres de créance, à l'exclusion des effets de commerce et des bons de caisse* ».

¹⁰³ Art. L.211-14 du CMF : « *A l'exception des parts des sociétés civiles de placement immobilier mentionnées à l'article L.214-114 et des parts des sociétés d'épargne forestière mentionnées à l'article L.214-121, les titres financiers sont négociables* ».

¹⁰⁴ Voir : Cass. Civ 1^{ère}, 27 mai 2010, n°09-11.894.

Ainsi, l'article 1406 du Code civil n'est pas applicable aux actions résultant de stock-options, celles-ci doivent alors être qualifiées de biens communs lorsque l'option est levée au cours de l'union.

2. La prise en compte de la date de la levée d'option

115. Le même arrêt de la Cour de cassation affirme que les actions entrent dans la communauté « *lorsque l'option est levée durant le mariage* »¹⁰⁵.

Cette solution paraît cohérente dans la mesure où l'action acquise est librement cessible et qu'elle prend la nature, d'une part, d'une rémunération pour la partie correspondant à la valeur de l'option au moment de son exercice, et d'autre part, d'un acquêt équivalent au prix d'acquisition¹⁰⁶. Ainsi, l'action rentre dans la communauté si la levée d'option se fait lors de l'union.

116. Selon la jurisprudence, la date à prendre en compte est donc celle de la levée de l'option et non celle de l'attribution effective des actions. En effet, en pratique, ces deux événements ne sont pas simultanés. L'attribution des actions est effective au moment de l'inscription en compte qui marque le transfert de propriété des actions¹⁰⁷. Ainsi, si les options sont levées avant la dissolution du mariage, les actions resteront communes alors même que le transfert de propriété intervient après. Cette solution a été critiquée par le Professeur Raymonde Vatinet qui considérait qu'aucun droit financier ne pouvait prendre effet avant même que le transfert de propriété de l'action ne soit intervenu¹⁰⁸.

117. Cependant, la jurisprudence semble avoir préféré protéger le bénéficiaire des stock-options en considérant que la date d'attribution des droits liés à l'action doit coïncider avec la date de levée de l'option et non avec celle de l'inscription en compte et donc du transfert de propriété. Toutefois cette solution qui avait pour but de protéger le bénéficiaire des stock-options contre l'inertie de la

¹⁰⁵ Voir : Cass. Civ 1^{ère}, 9 juillet 2014, n°13-15.948.

¹⁰⁶ Voir : R. MORTIER, « Les stock-options sont des biens propres par nature! », *Dr. sociétés*, n°2, Février 2015, comm. 24.

¹⁰⁷ Voir supra.

¹⁰⁸ Voir : R. VATINET, « Le clair-obscur des stock-options à la française », *Rev. sociétés*, 1997, p. 50.

société attributaire est susceptible de se retourner contre lui. En effet, pour que les actions acquises grâce aux stock-options soient propres, il est donc nécessaire que le bénéficiaire ait levé les options après la dissolution du mariage.

B. Le problème de l'évaluation des actions

118. Selon les principes de la liquidation, si les différentes masses doivent être appréciées au jour de la dissolution du régime, l'évaluation des actifs doit être faite à une date possible aussi proche de celle du partage selon l'article 829 du Code civil¹⁰⁹ - sur renvoi de l'article 1476 du même code, sauf convention expresse des ex-époux¹¹⁰. Ainsi, le liquidateur devra, au moment de la dissolution du mariage, déterminer le nombre d'actions reçues par le bénéficiaire et ensuite déterminer la valeur de celle-ci.

119. La Cour d'appel de Paris¹¹¹ - avait considéré que la valeur qui devait rentrer dans la communauté devait correspondre à la plus-value nette d'acquisition, soit la valeur de l'action au jour de la levée de l'option diminuée des impôts sur les plus-values et de solidarité sur la fortune. Alors qu'en l'espèce, les actions avaient été cédées pendant l'indivision post-communautaire, les juges n'en ont fait aucune référence. De plus, ils mentionnent la valeur des « stock-options » et non celle des actions. Or, au jour de la dissolution, si les options ont été levées, seules les actions sont en nature.

De ce fait, la Cour de cassation a cassé l'arrêt et en rappelant que les actions devaient être intégrées dans la masse commune, elle a affirmé qu'en cas de cession pendant l'indivision post-communautaire la valeur à retenir était celle « du prix de cession ». Cette solution est fondée sur le principe de la subrogation réelle. En effet, l'évaluation doit être faite au jour le plus proche du partage si les biens sont en nature. Dans l'hypothèse où les biens ont été vendus, la créance du prix puis la somme d'argent les remplacent successivement au sein de l'indivision.

¹⁰⁹ Art. 829 C.Civ: « En vue de leur répartition, les biens sont estimés à leur valeur à la date de la jouissance divisée telle qu'elle est fixée par l'acte de partage, en tenant compte, s'il y a lieu, des charges les grevant. Cette date est la plus proche possible du partage. Cependant, le juge peut fixer la jouissance divisée à une date plus ancienne si le choix de cette date apparaît plus favorable à la réalisation de l'égalité ».

¹¹⁰ Voir : Cass. Ass. Plén. 22 avril 2005, n°02-15.180.

¹¹¹ CA Paris, 7 mai 2004, n° 2003/04030.

L'arrêt n'évoque pas l'hypothèse où les actions ne sont pas cédées pendant l'indivision post-communautaire. Dans ce cas, les actions se retrouveraient en nature dans la communauté au jour du partage. L'article 829 du Code civil devrait alors être appliqué et l'évaluation des actions devrait se faire à la date la plus proche du partage.

120. Par ailleurs, cet arrêt soulève une autre interrogation qui n'a pas été envisagée par la Cour de cassation et qui concerne les récompenses. En effet, le Code civil prévoit un système de récompense afin de « rembourser » la communauté ou les époux. Ainsi, le premier alinéa de l'article 1433 du Code civil prévoit que « *la communauté doit récompense à l'époux propriétaire toutes les fois qu'elle a tiré profit de biens propres* ».

121. Se pose la question de savoir si l'acquisition pendant le mariage d'actions, qualifiées de biens communs, par l'exercice de stock-options, qualifiés de biens propres, donne droit à récompense au profit de l'époux bénéficiaire. Le droit à récompense de la communauté suppose un enrichissement de celle-ci en contrepartie d'un appauvrissement du patrimoine propre de l'un des époux. Dans ce cas, la communauté tire effectivement profit de biens qui sont propres puisque les actions sont acquises exclusivement grâce aux stock-options. Dans le même temps, le patrimoine propre de l'époux bénéficiaire s'est effectivement appauvri de la valeur des actions. Une analogie peut être faite avec la jurisprudence concernant l'échange d'un bien propre lorsque la soulte payée par la communauté est supérieure à la valeur du bien échangé dans la mesure où le prix des actions sera certainement acquitté avec des fonds communs. Toutefois, l'existence d'un réel appauvrissement pourrait faire défaut. En effet, les stock-options sont, en toute hypothèse, vouées à disparaître. Or, la Cour de cassation pourrait se rapprocher de sa jurisprudence sur l'absence d'appauvrissement direct¹¹² afin de refuser le droit à récompense.

122. Conclusion. La qualification des stock-options au regard des règles de régimes matrimoniaux a posé de nombreuses difficultés et a été source de controverse doctrinales. Sauf à ce que l'option soit levée au cours de l'union et que les actions reçues intègrent de manière classique la masse commune. Dans l'hypothèse où l'époux a bénéficié de l'option durant le mariage mais ne l'a levé

¹¹² Voir : Cass. Civ 1^{re}, 1^{er} décembre 1987, n°85-15.260.

que postérieurement à sa dissolution, une distinction devra être opérée entre la qualification de l'option elle-même et celle des actions en résultant. Le débat doctrinal concernant la nature de l'option a été tranché par la jurisprudence qui a considéré que les stock-options devaient être qualifiées de biens propres par nature sur le fondement de l'article 1404 du Code civil. Cette solution bien que théoriquement contestable semble être la plus indiquée en pratique dans la mesure où elle permet d'éviter de retarder les opérations de liquidation et de partage de la communauté au jour de la levée d'option. S'est alors posée la question de l'application de l'article 1406 du Code civil aux actions acquises par le mécanisme des stock-options. Cependant, aucun des deux alinéas ne peut trouver à s'appliquer aux stock-options dans la mesure où il ne s'agit pas de valeurs mobilières et qu'aucune subrogation réelle ne se réalise. Ainsi, lorsque l'option est levée durant le mariage, elles doivent être qualifiées de biens communs comme tout autre bien.

L'application des règles de qualification des régimes matrimoniaux est rendue difficile par la spécificité du mécanisme des stock-options comme en matière d'attribution gratuite d'actions.

§2 - L'ATTRIBUTION GRATUITE D' ACTIONS

123. Au côté du mécanisme des stock-options, les sociétés par actions ont la possibilité d'attribuer gratuitement des actions¹¹³ au profit de mandataires sociaux et des salariés. Ces deux régimes coexistent et peuvent être mis en place simultanément au sein d'une même société. Le régime juridique de l'attribution gratuite des actions est largement inspiré de celui des stock-options, mais diffère sur un élément essentiel. En effet, l'attribution gratuite d'actions ne comporte aucune prise de risque pour les bénéficiaires dans la mesure où ils n'ont aucun versement à effectuer. Ainsi, la société s'engage à attribuer, sans aucune contrepartie, un certain nombre d'actions au bénéficiaire à l'issue d'un certain délai d'acquisition.

Prévu aux articles L.225-197-1 et suivants du Code de commerce, ce mécanisme peut être mis en place par les sociétés par actions¹¹⁴ au profit de leurs salariés - membres du personnel ou certaines catégories d'entre eux - et des mandataires sociaux tels que le président du conseil d'administration,

¹¹³ Voir : art. L.225-197-1 et s. du Code de commerce.

¹¹⁴ Soit, les Sociétés Anonymes, les Sociétés en Commandite par Actions et les Sociétés par Actions Simplifiées.

le directeur général, le directeur général délégué, les membres du directoire ou le gérant d'une société en commandite par actions¹¹⁵. Cependant, aucune attribution gratuite d'actions ne peut être faite au bénéfice de mandataires ou salariés bénéficiant déjà de 10% du capital social ou les obtenant après cette attribution.

124. La procédure d'attribution gratuite suppose une décision d'assemblée générale extraordinaire autorisant¹¹⁶ le conseil d'administration ou le directoire à procéder à une attribution d'actions. Ces dernières peuvent être existantes et donc auto détenues par la société ou être à émettre grâce à une augmentation de capital par incorporation de réserves, de bénéfices ou de primes d'émission.

Par la décision d'attribution des actions, le conseil d'administration doit déterminer l'identité des bénéficiaires et fixer « *les conditions et le cas échéant, les critères d'attribution des actions* »¹¹⁷. Les conditions devant impérativement être fixées correspondent à la durée de la période d'acquisition et à celle de la période de conservation. Les critères pouvant être déterminés par le conseil d'administration peuvent correspondre notamment à une obligation d'être toujours salarié au moment de l'attribution définitive, à une condition de performance individuelle des bénéficiaires ou de performances financières de la société émettrice.

125. La procédure d'attribution se compose donc de deux périodes successives. En effet, la décision d'attribution ouvre impérativement une « période d'acquisition » qui doit durer au minimum une année¹¹⁸. Pendant cette période, les bénéficiaires ne disposent que d'un simple droit de créance personnel et ne sont donc pas propriétaires des actions et n'ont aucun droit d'actionnaires. Ils ne bénéficient donc pas du droit aux dividendes ou du droit d'information réservés aux actionnaires. Au terme de ce délai, l'attribution d'actions est définitive et la société doit les transférer aux actionnaires.

A l'issue de cette attribution, une période dite « de conservation » peut être prévue. Depuis 2015¹¹⁹,

¹¹⁵ Voir : art. L.225-197-1, II du Code de commerce.

¹¹⁶ Autorisation ne valant que pour 36 mois.

¹¹⁷ Voir : art. L.225-197-1, I, al. 12 du Code de commerce.

¹¹⁸ Pour les décisions d'attribution antérieures au 8 août 2015, la durée minimum était de 2 ans.

¹¹⁹ Voir: Loi n°2015-990 du 6 août 2015.

celle-ci n'est plus obligatoire, mais « *la durée cumulée des périodes d'acquisition et de conservation ne peut être inférieure à deux ans* ». Durant cette période, les bénéficiaires ont la qualité d'actionnaire et peuvent donc exercer les droits attachés aux actions, soit le droit d'information, le droit de participer aux décisions et d'y voter ainsi que le droit aux dividendes. Cependant, les actions ne sont pas disponibles durant cette période et ne le deviennent qu'à l'issue de celle-ci.

126. Ainsi, la procédure d'attribution gratuite d'actions, à l'instar de celle des stock-options, s'étale dans le temps. Le mariage ou la dissolution de la communauté durant ce processus peut ainsi poser des difficultés quant à la qualification des actions eu égard aux règles du droit des régimes matrimoniaux.

127. Dans l'hypothèse où la dissolution de la communauté intervient après l'attribution définitive des actions, la qualification ne pose guère de difficultés. Les actions seront qualifiées de biens communs. En effet, les actions sont des acquêts de communauté dans la mesure où il s'agit de biens acquis durant la durée du mariage et qu'elles correspondent à un mode de rémunération des salariés ou mandataires sociaux. Ainsi, la qualification de gains et salaires conduit à une qualification de biens communs.

128. Dans l'hypothèse contraire, différentes difficultés vont intervenir¹²⁰. En effet, si un mariage ou un divorce intervient entre la date de la décision d'attribution et celle de l'attribution définitive des actions, la qualification des « *droits résultant de l'attribution des actions* »¹²¹ va poser un problème.

Comme pour les stock-options, la patrimonialité des droits résultant de l'attribution des actions a été contestée, mais doit être reconnue (I). De ce fait, doit être précisée la qualification de ces derniers (II).

¹²⁰ Voir: E. NAUDIN et S.SCHILLER, « L'attribution gratuite d'actions à l'époux commun en biens », *JCP N*, 2016, n°39.

¹²¹ Art. L.225-197-3 du Code de commerce.

I. LA PATRIMONIALITE DES DROITS RÉSULTANT DE L'ATTRIBUTION DES ACTIONS

129. L'article L.225-197-3 du Code de commerce pose le principe de l'incessibilité des droits résultant de l'attribution des actions jusqu'à l'issue de la période d'acquisition. C'est sur ce fondement qu'une première analyse a été dégagée. En effet, l'incessibilité des droits résultant de l'attribution des actions devrait supposer une absence de valeur et donc leur exclusion des actifs patrimoniaux.

Selon cette approche, seules les actions issues de l'attribution gratuite devraient être qualifiées et considérées comme des actifs. Ce raisonnement est similaire à celui proposé concernant les stock-options. Cependant, doit être rappelé que le mécanisme d'attribution gratuite d'actions n'est pas comparable à celui des stock-options dans la mesure où les actions, qu'elles existent ou qu'elles soient à émettre, ne change aucunement de nature.

130. De la même manière que développé pour les stock-options¹²², cette analyse peut être critiquée pour plusieurs raisons. L'incessibilité n'est pas un critère déterminant de la patrimonialité dans la mesure où certains actifs sont considérés comme tel alors qu'ils ne sont pas cessibles, c'est le cas notamment de certaines pensions. Ce caractère est, en outre, justifié par la nature même des droits dans la mesure où ils correspondent à un mode de rémunération des mandataires sociaux et salariés.

131. Par ailleurs, le processus d'acquisition des actions étant spécifique, la date d'acquisition des actions est difficile à déterminer. En effet, l'attribution définitive des actions intervient à l'issue de la période d'acquisition, il s'agit donc de la date du transfert de propriété. Cependant, la décision d'attribution pourrait être assimilée à une promesse comportant des engagements fermes et de définitifs. Dans ce cas, il pourrait être possible de tenir compte de la date de cette promesse et non du transfert de propriété effective. En effet, dans la mesure où, contrairement aux stock-options, il n'y a généralement pas ici d'aléa dans l'attribution des actions. Dans l'hypothèse, où la date d'acquisition est celle de la décision d'attribution, la patrimonialité des droits résultants de l'attribution ne serait pas contestable.

¹²² Voir: supra.

132. Enfin, cette conception se heurte à la réalité économique de l'opération. En effet, la décision d'attribution fait naître au profit des bénéficiaires un droit de créance donnant accès au capital de la société. A l'appui de cette critique, il convient de souligner qu'une distribution de dividendes pour cette période d'acquisition peut être décidée de manière rétroactive. Ainsi, les droits résultant de l'attribution d'actions correspondant à un droit de créance devrait, bien que non cessibles, être considérés comme des actifs patrimoniaux.

133. La patrimonialité des droits résultant de l'attribution d'actions n'est donc pas réellement contestable. En effet, bien que durant la période d'acquisition, les bénéficiaires ne soient pas propriétaires de ces derniers, ils disposent d'un droit de créance donnant accès au capital de la société. Ce droit de créance assure au bénéficiaire un certain nombre d'actions qui auront une valeur et seront nécessairement un complément de rémunération.

II. LA QUALIFICATION DES BIENS

134. Au vu de l'étalement dans le temps du processus d'attribution, le bénéficiaire d'actions gratuites peut se marier ou divorcer pendant la période d'acquisition soit, entre la décision d'attribution du conseil d'administration et l'attribution définitive des actions.

135. Une distinction doit être faite entre la qualification des droits résultant de l'attribution et celle des actions effectivement attribuées à l'issue de la période d'acquisition.

Les droits résultant de l'attribution d'actions peuvent être assimilés aux droits issues d'une promesse. Or, dans cette hypothèse, la jurisprudence a considéré, en cas de contrat de location-attribution, que la communauté disposait, au jour de sa dissolution intervenue avant la levée de l'option d'achat, une créance lui donnant vocation à la propriété du bien et qui devait être évaluée puisqu'elle constituait un actif de la communauté¹²³.

Ce raisonnement doit être assimilé aux droits résultant de l'attribution d'actions dans la mesure où

¹²³ Voir : Cass. Civ 1^{ère}, 1^{er} juillet 1997, n°95-17.058.

la décision d'attribution a fait naître un droit de créance donnant vocation à la propriété d'actions. En effet, la décision d'attribution des actions prévoit que le transfert de propriété des actions se fera à un terme convenu. Celui-ci correspond à l'issue de la période d'acquisition dont le délai est fixé par cette même décision.

136. En suivant ce raisonnement, la date à prendre en compte pour la qualification des droits résultant de l'attribution des actions est celle de la décision d'attribution alors même que le transfert de propriété intervient postérieurement. En effet, la décision d'attribution fait naître une créance au profit du bénéficiaire qui entre dans la communauté et ce avant que les actions ne soient réellement attribuées.

137. Ainsi, si la communauté est dissoute pendant la période d'acquisition, soit après la décision d'attribution, mais avant l'attribution effective, les droits résultant des actions doivent être considérés comme des biens communs et ce, parce qu'il s'agit de droits acquis lors de l'union et ayant un caractère rémunérateur. Leur valorisation doit alors se faire au jour de la dissolution de la communauté. La valeur de ces droits dépendant de la valeur des actions de la société sera partagée entre les époux.

138. En revanche, si le droit est acquis avant le mariage, il s'agira d'un actif propre eu égard aux règles du droit des régimes matrimoniaux. En effet, la décision d'attribution étant antérieure au mariage, les droits résultant de cette attribution devront être qualifiés de bien propre. Ce droit devra être valorisé par le calcul d'une récompense pour la communauté à hauteur de sa valeur au jour du mariage.

139. Les actions attribuées définitivement à l'issue de la période d'acquisition doivent elles être qualifiées de biens communs dans l'hypothèse d'un mariage entre cette date et la date d'attribution. Cette solution ne pose guère de difficulté dans la mesure où il s'agit d'un mode de rémunération. Ainsi, les actions doivent être assimilées à des gains et salaires et donc être appréhendées par la communauté sur le fondement de l'article 1401 du Code civil.

140. A l'inverse, dans l'hypothèse d'un divorce pendant la période d'acquisition, les actions

attribuées après la dissolution de la communauté doivent être qualifiées de propres. En effet, l'acquisition définitive des actions intervient alors que le bénéficiaire n'est plus marié, les actions sont donc des biens propres.

141. Conclusion. En matière, d'attribution gratuite d'actions, différentes problématiques ont été soulevées. Dans un premier temps, la patrimonialité des droits résultant de cette attribution a été débattue. Et bien que contestée, celle-ci doit être reconnue dans la mesure où la décision d'attribution donne aux bénéficiaires un droit de créance donnant accès au capital. Ainsi, la date d'acquisition de ces droits devrait dépendre, comme cela a été jugé en matière de promesse unilatérale, de la date de la décision d'attribution et non de celle du transfert effectif de propriété, bien que leur valorisation doit se faire au jour de la dissolution. Toutefois, la qualification des actions attribuées définitivement à l'issue de la période d'acquisition ne pose guère de difficultés. Elles seront qualifiées de biens communs sur le fondement de l'article 1401 du Code civil si le bénéficiaire se marie et elles seront qualifiées de propres si elles sont attribuées après la dissolution de la communauté.

142. Conclusion section. L'articulation entre les règles de droit des régimes matrimoniaux et celles du droit des sociétés est également rendue difficile du fait de la nature particulière des droits sociaux mais notamment celle des stock-options et des actions résultant d'une attribution gratuite. En effet, la qualification de ces biens est compliquée dans la mesure où il s'agit de mécanisme très spécifiques au droit des sociétés qui ont pour conséquence de créer des options ou des droits avant l'attribution définitive d'actions. Ainsi, en matière de stock-options, la qualification des biens va évoluer lorsque l'option sera levée et l'action attribuée. En effet, la jurisprudence a considéré que l'option devait être qualifiée de biens propre par nature mais sans préciser le fondement de cette solution. Toutefois, les actions attribuées à la suite de la levée de l'option ne pourront pas être qualifiées de biens propres sur le fondement de l'article 1406 du Code civil et devront donc être qualifiées de biens communs lorsque l'option est levée au cours de l'union. Enfin, l'attribution gratuite d'actions aux salariés suppose une période d'acquisition d'une durée minimum légale de une année durant laquelle les bénéficiaires ne disposent qu'un droit de créance personnel. Dès lors, dès la décision d'attribution, ce droit entre dans l'actif de la communauté. Les actions attribuées à l'issue de cette période seront soumises aux règles classiques de qualification des régimes

matrimoniaux.

143. Conclusion chapitre. Cette étude a donc permis de soulever des situations où les règles des régimes matrimoniaux étaient difficilement applicables aux titres sociaux. En effet, la qualification de ces biens au regard de règles de communauté peut s'avérer compliqué alors même qu'il s'agit d'un élément important permettant de déterminer la composition de la communauté mais également les règles de gestion applicables. En matière de titres sociaux, la qualification peut être problématique eu égard à la délicate détermination de leur date d'acquisition permettant de déterminer la propriété des titres. En ce, qu'il s'agisse de la date de création effective des titres en cas de constitution de sociétés ou d'émission d'actions que leur date d'acquisition en matière de cession. Enfin, la qualification de ces biens peut être compliquée eu égard à leur nature particulière et notamment dans le cas de mécanismes spécifiques que sont les stock-options et les attributions gratuites d'actions.

La qualification des titres sociaux est difficile du fait de leurs particularités mais l'origine des fonds utilisés pour l'acquisition des titres peut également avoir un impact important sur leur qualification au regard des règles des régimes matrimoniaux.

CHAPITRE 2 - L'IMPACT DE L'ORIGINE DES FONDS

144. En droit des sociétés, la qualité d'associé¹²⁴ est acquise par la propriété des titres sociaux. En effet, c'est l'acquisition de titres sociaux ou l'apport en société, au moment de sa constitution, qui confère en contrepartie des titres sociaux et qui donne accès à cette qualité.

Cependant, en matière de communauté légale, la propriété des titres ne suffit parfois pas. En effet, la conception dualiste retenue par la jurisprudence considère que la valeur des titres peut être commune alors que la qualité d'associé est propre.

Ainsi, la qualité d'associé est répartie différemment selon le mode d'acquisition des titres sociaux. L'apport de fonds propres par un seul époux ou l'apport conjoint de fonds communs vont engendrer des solutions identiques qu'il s'agisse de parts sociales ou d'actions (Section 1). A l'inverse, lors d'un apport individuel de fonds communs, la qualité d'associé ne va pas être répartie de la même manière lors qu'il s'agira de parts sociales ou d'actions (Section 2).

SECTION 1 - LES REGLES COMMUNES A L'ENSEMBLE DES TITRES SOCIAUX

145. Certaines solutions sont identiques qu'il s'agisse d'acquisition de parts sociales ou d'actions. En effet, que les époux apportent seul des fonds propres (§1) ou qu'ils apportent tous les deux des fonds communs (§2) les solutions ne divergeront pas.

§1 - L'ACQUISITION FINANCEE PAR DES FONDS PROPRES PAR UN EPOUX

146. Un époux peut faire un apport de biens propres à une société. Etant rappelé que l'époux apporteur devra prouver le caractère propre des biens ou des fonds qu'il apporte pour ne pas tomber dans la présomption de communauté de l'article 1402 du Code civil¹²⁵.

¹²⁴ Ou d'actionnaire, selon la forme de la société.

¹²⁵ Voir : art. 1402 C.Civ : « *Tout bien, meuble ou immeuble, est réputé acquêt de communauté si l'on ne prouve qu'il est propre à l'un des époux par application d'une disposition de la loi.*

Si le bien est de ceux qui ne portent pas en eux-mêmes preuve ou marque de leur origine, la propriété personnelle de l'époux, si elle est contestée, devra être établie par écrit. A défaut d'inventaire ou autre preuve préconstituée, le juge pourra prendre en considération tous écrits, notamment titres de famille, registres et papiers domestiques, ainsi que

Cette présomption de communauté est une présomption simple dans la mesure où la preuve du caractère propre ne pourra être apportée que par les moyens autorisés¹²⁶. Celle-ci exclue les « *biens qui portent en eux-mêmes preuve ou marque de leur origine* » et ne nécessite un écrit que « *si elle est contestée* » soit, si une personne - époux ou tiers - conteste la qualification retenue. Dans ce cas, la preuve de la propriété doit être faite par écrit.

147. Les biens sont qualifiés de propres selon leur origine, soit quand ils sont antérieurs au mariage, qu'ils ont été acquis par voie de succession ou de libéralités¹²⁷, qu'ils ont été acquis en remplacement de bien propres¹²⁸, ou qu'ils sont rattachés à des biens propres¹²⁹. Ainsi, la jurisprudence fait une distinction entre les apports en nature de biens propres, tels que des fonds de commerce ou des immeubles (I) et l'apport de fonds propres (II).

I. APPORT EN NATURE DE BIENS PROPRES

148. L'hypothèse d'un apport en nature de biens propres intervient lorsque l'un des époux apporte à une société un bien tel qu'un fonds de commerce ou un immeuble qualifié de bien propre.

Un bien peut être qualifié de propre par subrogation d'un autre dans deux situations. Soit par l'effet d'une subrogation automatique soit par une subrogation soumise aux formalités de l'emploi ou de

documents de banque et factures. Il pourra même admettre la preuve par témoignage ou présomption, s'il constate qu'un époux a été dans l'impossibilité matérielle ou morale de se procurer un écrit ».

¹²⁶ Voir : alinéa 2 de l'article 1402.

¹²⁷ Voir : art. 1405 C.Civ. : « *restent propres les biens dont les époux avaient la propriété ou la possession au jour de la célébration du mariage, ou qu'ils acquièrent, pendant le mariage, par succession, donation ou legs.*

La libéralité peut stipuler que les biens qui en font l'objet appartiendront à la communauté. Les biens tombent en communauté, sauf stipulation contraire, quand la libéralité est faite aux deux époux conjointement.

Les biens abandonnés ou cédés par père, mère ou autre ascendant à l'un des époux, soit pour le remplir de ce qu'il lui doit, soit à la charge de payer les dettes du donateur à des étrangers restent propres, sauf récompenses ».

¹²⁸ Voir : art. 1406 C.Civ. : « *forment des propres, sauf récompense s'il y a lieu, les biens acquis à titre d'accessoires d'un bien propre ainsi que les valeurs nouvelles et autres accroissements se rattachant à des valeurs mobilières propres.*

Forment aussi des propres, par effet de la subrogation réelle, les créances et indemnités qui remplacent des propres, ainsi que les biens acquis en emploi ou remploi, conformément aux articles 1434 et 1435 »

Et 1407 C.Civ. : « *les biens acquis en échange d'un bien qui appartient en propre à l'un des époux est lui-même propre, sauf la récompense due à la communauté ou par elle, s'il y a soulte.*

Toutefois, si la soulte mise à la charge de la communauté est supérieure à la valeur du bien cédé, le bien acquis en échange tombe dans la masse commune, sauf récompense au profit du cabinet ».

¹²⁹ Voir : art. 1405 C.civ.

remploi.

149. En ce qui concerne l'apport en nature de biens propres, la jurisprudence a considéré, par un arrêt du 21 novembre 1978¹³⁰, que devait être appliqué le principe de la subrogation réelle directe et automatique. Ainsi, les droits sociaux reçus en contrepartie de l'apport d'un bien propre doivent également être qualifiée de propres. La Cour de cassation s'est fondée sur les articles 1406 et 1407 du Code civil relatifs à la subrogation et à l'échange de biens propres. Les juges considèrent donc qu'en cas d'apport en nature de biens propres, la subrogation est automatique et les titres sociaux reçus en contrepartie sont également propres. Et ce, sans qu'il y ait lieu de distinguer selon que les titres aient été souscrits au moment de la constitution de la société ou lors d'une augmentation de capital ultérieure. L'époux apporteur n'a donc pas besoin de réaliser les formalités de emploi. La Cour de cassation l'a rappelé en 2010¹³¹ en déclarant « *la subrogation réelle permet, lorsqu'un bien propre se trouve remplacé par un autre bien, d'attribuer à ce dernier le caractère de propre, il est donc indifférent qu'au moment de l'opération la déclaration (de emploi) prévue à l'article 1434 n'ait pas été faite. Les actions acquises par le mari en contrepartie de l'apport à la société du fonds de commerce lui appartenant en propre constituent des biens propres* ».

La solution est différente lorsque l'époux apporte des fonds propres en numéraire.

II. APPORT EN NUMERAIRE DE FONDS PROPRES

150. Lorsqu'un des époux effectue un apport en numéraire, soit une somme d'argent qui lui est propre, le principe est différent. En effet, la qualification de propre est subordonnée aux formalités de emploi sur le fondement de l'article 1434 du Code civil¹³².

151. Cette solution jurisprudentielle est ancrée et constante¹³³ et a été rappelée récemment dans

¹³⁰ Voir : Cass. Civ 1^{ère}, 21 novembre 1978, n°76-13.275.

¹³¹ Voir : Cass. Civ 1^{ère}, 27 mai 2010, n°09-11.894.

¹³² Art. 1434 C.civ: « *L'emploi ou le emploi est censé fait à l'égard d'un époux toutes les fois que, lors d'une acquisition, il a déclaré qu'elle était faite de deniers propres ou provenus de l'aliénation d'un propre, et pour lui tenir lieu d'emploi ou de emploi. A défaut de cette déclaration dans l'acte, l'emploi ou le emploi n'a lieu que par l'accord des époux, et il ne produit ses effets que dans leurs rapports réciproques* ».

¹³³ Voir : Cass. Civ 1^{ère}, 5 mars 1991, n° 87-18.298.

deux arrêts du 8 octobre 2014¹³⁴. Dans ces solutions, la Cour de cassation se fonde sur les articles 1406 et 1434 du Code civil et rappelle la même solution en déclarant « *il résulte du premier de ces textes qu'à défaut de déclaration de remploi, lors d'une acquisition réalisée avec des deniers propres à un conjoint marié sous le régime de la communauté, les biens acquis ne prennent par subrogation la qualité de propres dans les rapports entre époux, que si ceux-ci sont d'accord pour qu'il en soit ainsi* ». Cette solution s'explique par le principe même du régime de communauté. En effet, au même titre que les fonds perçus de la vente d'un bien propre entrent en communauté, l'époux est censé acquérir dans l'intérêt de la communauté. Lorsque ce n'est pas le cas, une déclaration de remploi doit être faite. Les formalités de remploi ne sont pas seulement probatoires, elles sont une condition de validité de la subrogation. Celles-ci restent possible *a posteriori*¹³⁵, mais à des conditions plus rigoureuses et avec des effets plus limités. Ces formalités reposent sur une double déclaration ; une déclaration d'origine des deniers et une déclaration d'intention d'employer ou de réemployer. La déclaration d'origine affirme et justifie généralement le caractère propre des fonds. Elle est valable lorsque les fonds représentent le prix de vente d'un bien propre même s'il ne s'agit pas effectivement des mêmes fonds¹³⁶. La seconde représente l'intention de l'époux de voir le bien acquis remplacer, dans son patrimoine, les fonds propres.

152. Les deux déclarations sont nécessaires. La jurisprudence a considéré que la seule déclaration d'origine ne suffisait pas¹³⁷ dans la mesure où elle ne pourrait être qu'un élément de preuve de la récompense due par la communauté à l'époux. Cette double déclaration est unilatérale et ne suppose donc pas l'intervention du conjoint de l'époux acquéreur. Elle doit se faire dans l'acte d'acquisition. A défaut, la seule solution consiste en un remploi *a posteriori* aux conditions plus rigoureuses et aux effets plus limités ; suppose l'accord du conjoint de l'époux acquéreur et est inopposable aux tiers. Ainsi, pour que les titres sociaux reçus en contrepartie d'un apport en numéraire de fonds propres soient qualifiés de biens propres, il est indispensable que l'époux acquéreur ait effectué ces formalités de remploi. A défaut, les titres sociaux seront considérés comme des biens communs.

¹³⁴ Voir : Cass. 1^{re} civ., 8 oct. 2014, n° 13-24.546 et Cass. 1^{re} civ., 8 oct. 2014, n° 13-21.879.

¹³⁵ Voir : Req. 17 mai 1938, Potier-de-la-Morandière.

¹³⁶ Voir : Cass. Civ. 1^{re}, 5 janv. 1999, n° 96-11.512.

¹³⁷ Voir : CA Fort-de-France, 28 mai 1999.

153. Conclusion. L'apport en société de biens ou de fonds propres effectué par un seul époux ne soulève pas de difficultés particulières eu égard aux règles de régimes matrimoniaux. Toutefois, l'apport de biens propres en nature ne suppose pas que l'époux ait effectué les formalités de remploi pour que les titres soient qualifiés de biens propres. En effet, dans cette hypothèse, le principe de la subrogation réelle s'applique de manière automatique et les titres reçus en contrepartie d'un apport de biens propres seront également propres. En revanche, en cas d'apports en numéraire de fonds propres, les formalités de remploi de l'article 1434 du Code civil seront nécessaires afin de que les titres reçus soient qualifiés de propres.

La situation est différente lorsque les époux acquièrent les titres sociaux par l'utilisation de fonds communs, mais elle soulève également une difficulté.

§2 - L'ACQUISITION FINANCEE PAR DES FONDS COMMUNS PAR LES DEUX EPOUX

154. Une difficulté intervient lorsque les deux époux apportent conjointement des biens communs à une société. En principe, la qualité d'associé doit être transmise à l'apporteur mais la solution est différente lorsque les deux époux sont parties à l'acte leur permettant d'acquérir les titres sociaux.

155. Dans un arrêt du 15 mai 2012, la jurisprudence a considéré que la qualité d'associé devait être attribuée aux deux époux¹³⁸. Et ce, alors que la Cour d'appel¹³⁹ avait considéré que la souscription commune des parts par les deux époux constituait une acquisition indivise des parts sociales et devait donc engendrer l'attribution de la qualité d'associé aux deux époux. La Cour de cassation approuve cette solution, mais écarte le fondement de l'indivision sans pour autant préciser quel autre fondement devrait être utilisé.

156. Cette solution a été approuvée par certains auteurs¹⁴⁰ qui considèrent qu'un apport par deux époux de fonds communs ne peut aboutir qu'à une attribution de la qualité d'associé aux deux.

¹³⁸ Voir : Cass. Com. 15 mai 2012, n°11-13.240.

¹³⁹ Voir : CA Chambéry, 16 novembre 2010, n° 09/02186.

¹⁴⁰ Voir : R. MORTIER, « La qualité d'associé en régime communautaire », *Gaz. Pal.* 2012, n°322, p.11 ; H. HOVASSE, « L'apport de biens en fait ensemble par des époux communs en biens et l'attribution de la qualité d'associé », *Dr. sociétés*, n°8-9, 2012, comm. 139.

157. Une difficulté persiste quant à l'application du régime de co-association qui a été approuvé dans cette décision. Dans cette hypothèse, les deux associés viennent en concurrence sur une seule part sociale. Il convient donc de répartir les prérogatives politiques notamment celle du droit de vote. Il aurait été possible d'assimiler ce régime à celui de l'indivision ou de l'usufruit eu égard à cette répartition. Cependant, il semble s'agir d'une figure juridique nouvelle qui ne s'identifie à aucune autre. En pratique, il serait possible d'envisager que les deux époux peuvent désigner l'un ou l'autre grâce à un mandat. En cas de désaccord, la faculté de désigner un mandataire judiciaire offerte dans le régime de l'indivision¹⁴¹ pourrait être opportune.

Selon le Professeur Estelle Naudin¹⁴² - il s'agit, juridiquement, de deux apports distincts qui ont été fait dans « *une unité matérielle, de temps et de lieu* ». Ainsi, affirmer l'unicité de l'apport du seul caractère commun des fonds apportés reviendrait à confondre l'opération et l'objet d'apport. L'opération d'apport est un acte juridique et donc une manifestation de volonté. Dans cette hypothèse, les deux époux ont eu la volonté d'apporter - un acte qui n'est pas soumis à la co-gestion. Ainsi, il s'agit de deux manifestations de volonté distinctes l'une de l'autre et qui n'ont pas besoin de l'autre pour prendre effet. Il s'agit donc de deux apports distincts qui suppose deux associés. Les deux époux devraient donc être tous les deux personnellement associé.

158. Alors que ces différentes situations n'emportent pas de solutions divergentes selon qu'il s'agisse de parts sociales ou d'actions, il convient de considérer classiquement, au regard des règles du droit des sociétés, que les deux époux doivent être associés lorsqu'ils ont conjointement réalisé l'apport. Toutefois, il n'en est pas de même lorsqu'un seul époux apporte des fonds communs à une société.

159. Conclusion. L'articulation entre les règles du droit des sociétés et celles des régimes matrimoniaux soulève une difficulté dans le cas de l'apport de fonds communs à une société par les deux époux. En effet, selon le droit des sociétés, la qualité d'associé n'est attribuée qu'au seul apporteur. Dès lors, la jurisprudence a considéré que lorsque les époux apportent ensemble des

¹⁴¹ Voir : art. 1844 al. 2 du Code civil.

¹⁴² Voir : E. NAUDIN, « Attribution de la qualité d'associé en cas d'apport de biens communs fait par des époux ensemble », *Joly Sociétés*, C010.

fonds communs ils doivent tous les deux êtres associés, sans préciser le fondement de sa décision et donc le régime devant être appliqué.

160. Conclusion section. L'application des règles des régimes matrimoniaux aux hypothèses d'apports de biens propres par un seul époux ou d'apport de fonds communs par les deux ne soulèvent donc pas difficultés particulières. En effet, il convient simplement de porter une attention particulière aux formalités de remploi dans le cadre d'un apport de fonds propres par un seul époux.

Toutefois, les règles applicables sont différentes lorsqu'il s'agit d'apporter des fonds communs par un seul époux selon qu'il s'agisse d'une acquisition de parts sociales ou d'actions.

SECTION 2 - LES REGLES SPECIFIQUES POUR L'UTILISATION DE FONDS COMMUNS PAR L'UN DES EPOUX

161. L'acquisition de titres sociaux par un seul des époux mais grâce à des fonds communs emporte plusieurs solutions suivant la nature des titres. En effet, le régime applicable sera différent qu'il s'agisse de parts sociales (§1) ou d'actions (§2).

§1 - L'ACQUISITION DES TITRES NON NEGOCIABLES

162. L'acquisition ou l'apport en société en contrepartie de parts sociales implique l'application de l'article 1832-2 du Code civil. Celui-ci met en place un dispositif spécifique en droit des sociétés puisqu'il impose, à peine de nullité, une obligation d'information de l'époux non apporteur et une faculté pour lui de revendiquer la qualité d'associé (I).

Cependant, ce mécanisme pose une difficulté lorsque l'un des époux exerce une activité professionnelle séparée eu égard au principe de l'autonomie professionnelle consacrée par le législateur. Bien qu'aucune disposition ne règle cette difficulté d'application, il semblerait que cet article doive être écarté, dans cette hypothèse, compte tenu de la suprématie de cette autonomie (II).

I. UN DISPOSITIF SPECIFIQUE : OBLIGATION D'INFORMATION ET FACULTE DE REVENDICATION DE LA QUALITE D'ASSOCIE

163. Le principe, selon le droit commun des sociétés, est que l'associé est celui qui acquiert la part sociale. Cette acquisition peut être faite soit par une souscription au moment de la constitution de la société ou d'une augmentation de capital social, soit par transmission ultérieure à travers une cession, un échange ou une donation par exemple. Cette solution est rappelée, concernant les époux, par l'alinéa 2 de l'article 1832-2 du Code civil qui prévoit que « *la qualité d'associé est reconnue à celui des époux qui fait l'apport ou réalise l'acquisition* ».

164. Ainsi, l'époux qui apporte seul des fonds communs, selon le principe de gestion concurrente qui permet à chacun d'agir sur les biens communs, devrait donc en principe être le seul associé de la société. Cependant, ce même article prévoit différents tempéraments.

165. Tout d'abord, l'alinéa 1^{er} de l'article impose une obligation d'information à l'époux apporteur ou souscripteur. En effet, il dispose « *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, l'époux apporteur doit informer son conjoint, et ce, sous peine de nullité de l'apport ou de la cession.

Cette information suppose donc soit l'intervention du conjoint à l'acte soit une notification préalable par lettre recommandée avec accusé de réception ou exploit d'huissier du projet de constitution ou d'acquisition. En pratique, il est fréquent que le conjoint intervienne dans les statuts ou dans l'acte d'acquisition. Il reconnaît alors avoir été dûment informé par son époux de l'utilisation de fonds commun et renonce expressément à revendiquer la qualité d'associé. Etant précisé que cette déclaration ne le rend pas partie à l'acte.

166. La sanction du défaut d'information est la nullité relative¹⁴³ de l'acte ouverte au conjoint

¹⁴³Voir : art. 1427 du Code civil: « *Si l'un des époux a outrepassé ses pouvoirs sur les biens communs, l'autre, à moins qu'il n'ait ratifié l'acte, peut en demander l'annulation* ».

pendant deux ans à compter de la connaissance de l'acte, mais qui ne l'est plus deux ans après la dissolution de la communauté. Selon la jurisprudence, cette sanction est exclusive de toute autre¹⁴⁴. En pratique, il est toujours possible de faire ratifier l'acte par le conjoint afin de régulariser le défaut d'information.

167. Cette obligation d'information du conjoint a pour seul objectif de permettre au conjoint non associé de revendiquer la qualité d'associé. En effet, l'alinéa 3 du même article prévoit un droit de revendication de cette qualité sur la moitié des parts, en précisant « *la qualité d'associé est également reconnue, pour la moitié des parts souscrites ou acquises, au conjoint qui a notifié à la société son intention d'être personnellement associé* ».

Ce droit à revendication porte sur la moitié des parts sociales et suppose une notification de la société par l'époux revendicateur. Selon la date de la revendication, les clauses d'agrément lui seront ou non opposables. En effet, lorsque qu'il revendique la qualité immédiatement, l'agrément de la société vaut pour les deux époux. En revanche, lorsqu'il revendique postérieurement, la clause d'agrément lui devient opposable¹⁴⁵.

A. Le refus de la qualité d'associé

168. Le conjoint de l'époux apporteur peut donc refuser la qualité d'associé, et ce, de manière définitive ou seulement provisoire.

169. D'une part, le refus définitif doit être non-équivoque, exprès et doit se faire au moment où les droits sociaux sont acquis puisque l'article 1832-2 du Code civil est une disposition d'ordre public¹⁴⁶. Il doit en outre être notifié à la société. Ce refus a pour conséquence que seul l'époux apporteur détient la qualité d'associé¹⁴⁷. Cependant, ce refus d'être associé n'aura aucun impact

¹⁴⁴ Voir : Cass. Civ. 1^{ère}, 23 mars 2011, n°09-66.512.

¹⁴⁵ Art. 1832-2 al. 2 du Code civil : « *lorsqu'il notifie son intention lors de l'apport ou de l'acquisition, l'acceptation ou l'agrément des associés vaut pour les deux époux. Si cette notification est postérieure à l'apport ou à l'acquisition, les clauses d'agrément prévues à cet effet par les statuts sont opposables au conjoint ; lors de la délibération sur l'agrément, l'époux associé ne participe pas au vote et ses parts ne sont pas prises en compte pour le calcul du quorum et de la majorité* ».

¹⁴⁶ Voir : Cass. Com. 12 janvier 1993, n°20-21.126.

¹⁴⁷ Etant précisé que la distinction entre le « titre » et la « finance » s'applique toujours.

financier sur la situation du conjoint dans la mesure où la valeur des parts sociales entrera dans la communauté. Toutefois, ce dernier ne pourra exercer aucune prérogative sociale dans celle-ci.

170. D'autre part, le conjoint peut refuser provisoirement la qualité d'associé en n'intervenant pas à l'acte et en ne répondant pas à la notification ou alors en se réservant le droit de revendiquer ultérieurement. Il pourra ainsi revendiquer plus tard, mais les clauses d'agrément lui seront alors opposables.

Ce refus de devenir associé combiné avec la distinction du titre et de la finance emporte différentes conséquences, notamment que le conjoint ne pourra avoir accès aux informations patrimoniales réservées aux seuls associés ou que le remboursement d'un compte courant ne pourra être demandé que par l'époux associé alors qu'il s'agit d'un bien commun¹⁴⁸.

Sur ce point, la doctrine est partagée. En effet, la majorité de la doctrine considère que l'article 1832-2 du Code civil porte sur la propriété des parts et donc que le conjoint qui ne revendique pas la qualité d'associé n'est pas propriétaire des parts sociales. Ainsi, seul l'époux associé est propriétaire des titres et seule la valeur de ceux-ci entre dans la communauté. Cependant, certains considèrent que l'alinéa 2 de l'article 1832-2 du Code civil ne porte pas sur la notion de propriété, mais seulement sur les prérogatives de l'associé¹⁴⁹. Ainsi, les parts sociales seraient communes selon les règles du droit des régimes matrimoniaux qui ne pourraient pas être contredites par les règles du droit des sociétés. Cette disposition permettrait seulement de régler la question de la répartition des prérogatives de l'associé qui ne reviendrait qu'à l'époux associé.

B. La revendication de la qualité d'associé

171. En cas de revendication de la qualité d'associé par le conjoint survient une répartition égalitaire des droits sociaux. Ainsi, les deux époux acquièrent la qualité d'associé. En effet, la qualité d'associé n'est pas commune, mais chaque époux est seul associé sur sa moitié de parts sociales. Dans l'hypothèse où le nombre de parts sociales est impair, la qualité d'associé sur la part

¹⁴⁸ Limite à la gestion concurrente, voir: Cass. Civ 1^{ère}, 9 février 2011, n°09-68.659.

¹⁴⁹ Voir : D. GALLOIS-COCHET, R. LE GUIDEC, « Entrée en société et qualité d'associé », *Deffrénois*, n°20, 2015, p.1035.

supplémentaire doit être attribuée aux deux époux¹⁵⁰. Ainsi, cette part sera « *pleinement commune, tant sa finance que son titre* ».

172. Selon l'article 1832-2 du Code civil, la clause d'agrément pouvant être prévue dans les statuts de la société n'est pas opposable au conjoint qui notifie à la société son intention de devenir associé. Ainsi, l'acceptation ou le refus de la société d'agréer vaut pour les deux époux. Soit les deux époux deviennent associés, soit les associés refusent l'entrée du conjoint et ils se privent de l'apport de l'autre. Cependant, en cas de revendication tardive ou de refus temporaire, la clause d'agrément devient opposable au conjoint. Dans cette hypothèse, l'époux associé ne participe pas au vote et ses parts ne sont pas prises en compte dans le calcul du quorum. Cependant, les statuts peuvent prévoir une clause visant précisément l'hypothèse de la revendication prévue à l'article 1832-2 du Code civil pour réserver aux associés la possibilité de s'opposer à l'entrée du conjoint dans la société.

173. Par exception, il semblerait qu'une répartition inégalitaire des droits sociaux au sein du couple soit possible. En effet, la répartition par moitié n'est pas d'ordre public. L'intérêt serait, pour l'époux revendicateur, de bénéficier des prérogatives de l'associé tels que le droit de vote ou le droit de participer aux décisions.

174. Ce droit à la revendication de la qualité a été critiqué par différents auteurs. Le Professeur Renaud Mortier considère qu'il n'est pas « opportun » dans la mesure où il permet de forcer l'existence de société entre époux. Enfin, les différents Congrès de notaires ont proposé plusieurs évolutions. D'une part, de revoir le champ d'application de cette disposition, notamment d'en exclure les sociétés ayant pour objet l'exercice d'une activité professionnelle¹⁵¹ mais également de l'étendre aux actions¹⁵². Et d'autre part, de restreindre le délai du droit de revendication. En effet, alors qu'en droit positif le délai court jusqu'à ce que le jugement de divorce soit passé en force de chose jugée¹⁵³, ils ont proposé qu'il soit réduit à deux mois après la notification.

¹⁵⁰ Voir : R. MORTIER, « La qualité d'associé en régime communautaire », *Gaz. Pal.* 2012, n°322, p.11.

¹⁵¹ Voir : supra - 98^{ème} Congrès des notaires.

¹⁵² Voir : supra. - 110^{ème} Congrès des notaires.

¹⁵³ Voir : Cass. Com. 14 mai 2013, n°12-18.103.

II. UN DISPOSITIF DEVANT ETRE ECARTE FACE A L'AUTONOMIE PROFESSIONNELLE

175. Le principe d'autonomie professionnelle est garanti, d'une part, dans le régime légal à l'alinéa 2 de l'article 1421 du Code civil¹⁵⁴ et, d'autre part, dans le régime primaire à l'article 223 du Code civil.

Alors que le premier dispose « *L'époux qui exerce une profession séparée a seul le pouvoir d'accomplir les actes d'administration et de disposition nécessaires à celle-ci* », le second rappelle que « *chaque époux peut librement exercer une profession* ».

176. Ce principe fondamental du droit des régimes matrimoniaux connaît différentes limites telles que l'article 220-1 du Code civil dans les cas où l'exercice « *d'une profession déterminée, constitue un manquement aux devoirs de l'époux tout en mettant en péril les intérêts matériels ou moraux de la famille* ».

177. Il peut également être mis à mal par l'application du dispositif prévu à l'article 1832-2 du Code civil. En effet, il semble qu'aucune disposition législative ou solution jurisprudentielle ne règle la question de l'application de cet article en cas d'apport de fonds communs par un époux à une société constituant le cadre de son activité professionnelle.

Or, différentes analyses peuvent être proposées afin de régler cette difficulté.

178. En premier lieu, il pourrait être considéré que l'article 1832-2 du Code civil s'applique dès qu'il est question de parts sociales communes et donc qu'il déroge au principe d'autonomie professionnelle. En effet, l'article ne distingue pas selon qu'il s'agisse d'un apport à une société constituant ou non le cadre d'une activité professionnelle. Or, *Ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus* soit, il n'y a pas lieu de distinguer là où la loi ne distingue pas. Dans cette

¹⁵⁴ Art. 1421 du C.civ: « *chacun des époux a le pouvoir d'administrer seul les biens communs et d'en disposer, sauf à répondre des fautes qu'il aurait commises dans sa gestion. Les actes accomplis sans fraude par un conjoint sont opposables à l'autre. L'époux qui exerce une profession séparée a seul le pouvoir d'accomplir les actes d'administration et de disposition nécessaires à celle-ci. Le tout sous réserve des articles 1422 à 1425* ».

hypothèse, l'époux apporteur aurait l'obligation d'informer son époux de sa volonté d'apporter des fonds communs à la société abritant son activité professionnelle et lui offrirait donc également la faculté de revendiquer la qualité d'associé. L'article 1832-2 devrait alors être considéré comme une exception à l'autonomie professionnelle posée à l'article 1421 alinéa 2 du Code civil.

179. En deuxième lieu, il peut être considéré que l'article 1832-2 du Code civil n'a vocation à s'appliquer que dans l'hypothèse où les pouvoirs de l'époux sur les parts relèvent de la gestion concurrente visée à l'alinéa 1^{er} de l'article 1421 du même code. En effet, alors que le premier alinéa de l'article prévoit le principe de gestion concurrente des biens communs, le deuxième alinéa vient poser une exception en cas de « *profession séparée* » accordant alors des pouvoirs exclusifs à l'époux concerné. De ce fait, l'article 1832-2 du Code civil, ne serait que la traduction, sur le plan du droit des sociétés, de ce principe de gestion concurrente. Il ne serait alors applicable que lorsque l'alinéa premier de l'article 1421 du Code civil l'est aussi. Ainsi, l'exercice d'une profession séparée imposant une gestion exclusive à l'époux empêcherait l'application de l'article 1832-2 du Code civil.

180. Enfin, une analyse intermédiaire pourrait être retenue. En effet, seule la faculté de revendication de la qualité d'associé restreint l'autonomie professionnelle, l'information de l'époux quant à elle n'a pas d'incidence. Il pourrait donc être considérée que seule l'obligation d'information subsiste en cas d'apport à une société abritant une activité professionnelle, tandis que la faculté de revendication serait supprimée. Cependant, cette analyse pose différents problèmes notamment dans la mesure où la finalité de l'obligation d'information est justement de permettre la faculté de revendication. Il s'agirait alors d'un ensemble de dispositions qu'il ne serait pas pertinent de scinder. D'autant plus dans la mesure où l'article 1832-2 du Code civil, dans son ensemble, n'est qu'une application en droit des sociétés du principe de gestion concurrente.

181. Pour la plupart des auteurs, la primauté de l'autonomie professionnelle face à la faculté de revendication de l'article 1832-2 du Code civil doit être reconnue¹⁵⁵. Celle-ci serait affirmée par les

¹⁵⁵ Voir : F. VIALLA, « Autonomie professionnelle en régime communautaire et droit des sociétés; des conflits d'intérêts ? », *RTD Civ.* 1996, p.841 ; J. REVEL, « Droit des sociétés et régime matrimonial : préséance et discrétion », *D.* 1993, p.33 ; Mais aussi les ouvrages « professionnels » *Mémento Lefebvre Cession de parts et actions*, 2018, n°27030.

dispositions de l'article 223 et de l'alinéa 2 de l'article 1421 du Code civil reconnaissant à chaque époux la faculté d'exercer seul une profession et le pouvoir, dans ce cas, d'accomplir seul tous les actes de disposition nécessaires à celle-ci. Ainsi, « *le conflit entre l'article 1832-2 et l'article 1421 alinéa 2, doit être résolu en faveur du second de ces textes ; destiné à exclure l'ingérence d'un époux dans la profession séparée de l'autre et, à ce titre, dérogame au principe du pouvoir concurrent des deux époux sur les biens communs, il ne saurait être mis en échec par le premier qui, au fond, se borne à reconnaître et à tirer les conséquences de ce pouvoir concurrent* »¹⁵⁶.

De même, le Comité juridique de la FNDP¹⁵⁷-s'est positionné pour une approche restrictive de l'article 1832-2 du Code civil. Selon lui, la question de l'articulation entre les deux textes a une importance majeure en pratique. En effet, la sanction encourue pour défaut d'information du conjoint est la nullité de l'acte d'apport ou de l'acte d'acquisition. De ce fait, la plupart des praticiens ne prennent pas le risque d'écarter l'article 1832-2 du Code civil afin de ne pas voir leurs actes atteints par la nullité. Le comité propose alors « *la mise à l'écart de l'article 1832-2 du Code civil lorsque l'acquisition des parts est réalisée dans le cadre d'une activité professionnelle* ».

182. Ainsi, dans l'hypothèse d'une acquisition réalisée dans le cadre d'une activité professionnelle, il conviendrait d'écarter l'application de l'article 1832-2 du Code civil, qu'il s'agisse de l'obligation d'information, mais aussi de la faculté de revendication de la qualité d'associé. A l'inverse, lorsque l'acquisition est réalisée dans le cadre d'un simple investissement, l'article a vocation à s'appliquer de plein droit.

183. Conclusion. L'apport de fonds communs à une société de personne par un époux seul impose que soit respectée une disposition particulière du droit des sociétés. En effet, l'article 1832-2 du Code civil soumet l'époux apporteur à une obligation d'information de son conjoint avec pour objectif de permettre à ce dernier de revendiquer la qualité d'associé sur la moitié des parts. Il est donc nécessaire aux rédacteurs d'actes de porter une attention particulière à la rédaction des actes d'apports dans ces situations. Il convient, le cas échéant, de préciser dans une clause que cette obligation a été respectée et que le conjoint non apporteur refuse la qualité d'associé afin que ce

¹⁵⁶ J. REVEL, « Droit des sociétés et régime matrimonial : préséance et discrétion », *D.* 1993, p.33, n°21.

¹⁵⁷ Voir : E. NAUDIN, « Champ d'application de l'article 1832-2 du Code civil: pour une approche restrictive », *JCP N*, n°44, 2015, p. 1193.

dernier ne puisse pas s'immiscer dans l'équilibre capitalistique de la société. Toutefois, cette disposition particulière, tant l'obligation d'information que la faculté de revendication, doit être écartée face au principe d'autonomie professionnelle lorsque l'apport est effectué dans le cadre de l'activité professionnelle et non comme un simple investissement.

Le régime applicable à l'acquisition de titres sociables négociables est totalement différent dans la mesure où les dispositions de l'article 1832-2 du Code civil ne s'applique pas.

§2 - L'ACQUISITION DE TITRES NEGOCIABLES

184. La distinction qui doit être faite entre l'acquisition d'actions et celle de parts sociales par deux époux concerne le droit à revendication de l'article 1832-2 du Code civil. En effet, se pose la question de l'application des tempéraments prévus par cet article aux parts sociales négociables, soit les actions.

En droit positif, l'article 1832-2 du Code civil n'est pas applicable aux parts sociales négociables ainsi l'apport par un époux de fonds communs à une société émettant des actions est soumis aux règles de droit commun des sociétés **(I)**. Or, il semble nécessaire de réformer la distinction opérée par l'article 1832-2 du Code civil afin de se rapprocher de la réalité pratique **(II)**.

I. DE LEGE LATA: APPLICATION DU DROIT COMMUN

185. L'article 1832-2 du Code civil exclu expressément les parts sociales négociables de son champ d'application **(A)** ainsi, seules les règles de droit commun peuvent modifier la répartition entre les époux de la qualité d'actionnaire **(B)**.

A. L'exclusion des parts négociables de l'application de l'article 1832-2 du Code civil

186. L'exclusion des actions de l'application de l'article 1832-2 du Code civil provient d'une exclusion légale et expresse **(1)** mais est fondée sur une justification qui peut être critiquée **(2)**.

1. Une exclusion légale et expresse

187. L'article 1832-2 du Code civil précise, *in fine*, « *les dispositions du présent article ne sont applicables que dans les sociétés dont les parts ne sont pas négociables et seulement jusqu'à la dissolution de la communauté* ».

188. La négociabilité se définit comme la qualité attachée à certains titres représentatifs d'un droit ou d'une créance, et permettant une transmission plus rapide et plus efficace que les procédés du droit civil¹⁵⁸. Selon le Doyen André Colomer, les parts non négociables de l'article 1832-2 du Code civil sont celles qui ne sont pas « *transmissibles selon les modes simplifiés du droit commercial* »¹⁵⁹. Ainsi, il s'agit des titres qui ne sont pas soumis au formalisme du droit civil.

Ces formalités imposent que soient respectées certaines dispositions qui rendent la cession opposable à la société par signification par huissier ou par l'acceptation de la société, par l'intermédiaire de son gérant, dans un acte authentique. La cession doit également être publiée par le dépôt des statuts modifiés au registre du commerce et des sociétés et être enregistrée au service des impôts.

189. Ainsi, ces formalités doivent être exécutées pour les cessions de parts sociales¹⁶⁰, mais ne sont pas nécessaires en cas de cession d'actions. Les actions sont elles transmissibles par simple inscription en compte et doivent donc être qualifiées de titres sociaux négociables¹⁶¹.

190. De ce fait, le droit de revendication de la qualité d'associé par le conjoint devrait être exclu de toutes les sociétés émettant des actions, soit les sociétés anonymes, les sociétés par actions simplifiée et les sociétés en commandite par actions.

¹⁵⁸ G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, Association H.Capitant ; art. L.221-15 et L.221-17 du Code monétaire et financier.

¹⁵⁹ A. Colomer, « Les problèmes de gestion soulevés par le fonctionnement parallèle d'une société et d'un régime matrimonial », *Defrénois*, 1983, art. 33102, n° 17 et 72.

¹⁶⁰ Voir : Art. L.221-14 du Code de commerce pour les SNC, et L.222-2 et L.223-17 sur renvoi pour les SCS et les SARL.

¹⁶¹ Art. L.221-17 du Code monétaire et financier sur renvoi de L.228-1 du Code de commerce.

L'exclusion de l'application de l'article 1832-2 du Code civil aux titres négociables ressort d'une volonté expresse du législateur qui dans un rapport de la Commission des lois du Sénat¹⁶² précise que « *la revendication de la qualité d'associé ne serait pas possible dans une société par actions* ». Cette solution est justifiée par le fait que « *dans les sociétés par actions, la négociabilité des titres sociaux empêche la société de connaître avec certitude le nombre de titres détenus par un associé au moment où le conjoint revendique la qualité d'associé* ».

2. Une justification critiquable

191. Cette justification, proposée par le législateur, peut être contestée. En effet, celui-ci se fonde sur l'impossibilité pour la société de connaître avec exactitude le nombre de titres détenus par chacun des associés. Or, depuis la loi portant dématérialisation des valeurs mobilières du 30 décembre 1981, les titres financiers, qu'ils soient au porteur ou nominatifs, doivent être inscrits en compte-titres tenu par l'émetteur ou par un intermédiaire.

En effet, l'alinéa 6 de l'article L.228-1 du Code de commerce précise « *ces valeurs mobilières, quelle que soit leur forme, doivent être inscrites en compte ou dans un dispositif d'enregistrement électronique partagé au nom de leur propriétaire, dans les conditions prévues aux articles L.211-3 et L.211-4 du code monétaire et financier* »¹⁶³.

192. Ainsi, tous les titres doivent nécessairement être inscrits dans un compte-titres qui peut être tenu soit par l'émetteur, soit par un intermédiaire financier habilité pour exercer l'activité de tenue de compte-conservation¹⁶⁴.

Donc, « *la société tient à jour la liste des personnes titulaires d'actions ou d'obligations nominatives, avec l'indication du domicile déclaré pour chacune d'entre elles* »¹⁶⁵. En principe, les titulaires de titres nominatifs sont donc connus de la société émettrice dans la mesure où c'est elle ou son mandataire qui tient leurs comptes-titres. Cependant, les titres de capital nominatifs ou les

¹⁶² Voir : Rapport n°316 (1981-1982) de R.BOUVIER au nom de la Commission des lois du Sénat.

¹⁶³ Article L.228-1 modifié au 1er juillet 2018 par l'ord. n°2017-1674.

¹⁶⁴ Voir : L.211-3 ; L.211-7 ; R.211-3 et R.211-4 du Code monétaire et financier.

¹⁶⁵ Art. R.228-7 du Code de commerce.

obligations admis aux négociations sur un marché réglementé et appartenant à des non-résidents peuvent être inscrit au nom de l'intermédiaire chargé de leur conservation ou de leur gestion¹⁶⁶. Dans cette hypothèse, la société émettrice peut, à tout moment, demander à l'intermédiaire de lui révéler l'identité des propriétaires réels des titres ainsi que la quantité de titres détenus par chacun d'eux¹⁶⁷.

193. Concernant les titres au porteur, le législateur a mis en place le régime des titres au porteur identifiable afin de permettre aux sociétés de connaître leur actionnariat à un moment déterminé. Ce régime peut être mis en œuvre sous certaines conditions, mais seulement, puisqu'il est facultatif, s'il est expressément prévu par les statuts¹⁶⁸. Afin de maintenir la confidentialité des informations, seule la société émettrice peut les demander auprès du dépositaire central qui en assure la tenue, soit Euroclear France. Ces demandes peuvent être effectuées à tout moment mais les renseignements recueillis sont réservés à la société qui ne peut les céder à tiers même à titre gratuit sous peine de sanctions pénales.

194. Cependant, aucune disposition légale ou réglementaire n'est prévue pour les sociétés n'offrant pas au public des titres financiers ou ne procédant pas à l'admission d'instruments financiers sur un marché réglementé. De ce fait, ce sont aux sociétés d'aménager dans leurs statuts les modalités selon lesquelles sont constatés les inscriptions en compte.

195. Enfin, pour certains auteurs, les sociétés dont le nombre d'actionnaires n'est pas inférieur à 100, peuvent adopter le « régime simplifié » de tenue d'un compte de valeurs mobilières qui a été proposé dans un document approuvé par le directeur du Trésor¹⁶⁹. Ce régime non-obligatoire consiste en l'ouverture de comptes individuels et d'un registre de mouvement de titres sur lequel sont enregistrés les changements de propriété des actions.

Selon la direction du Trésor, ce registre doit être « *coté et paraphé par le greffier du tribunal de*

¹⁶⁶ Al. 7 de L.228-1 du Code de commerce.

¹⁶⁷ Voir : art. L.228-3, al. 1 et R.228-5 du Code de commerce.

¹⁶⁸ L.228-2, I, al. 1er du Code de commerce.

¹⁶⁹ Voir : Document intitulé « Cahier des charges des émetteurs teneurs de compte de valeurs mobilières non admises en SICOVAM » du 29 février 1984 modifié et complété par une lettre de la direction du Trésor au président de l'ANSA en date du 1er août 1984.

commerce »¹⁷⁰. Cependant, le Ministre de la Justice a lui précisé que « *aucun texte ne rend en effet obligatoire le paraphe de " registres de mouvement des titres " par les greffes des tribunaux de commerce ni même la tenue de tels registres* »¹⁷¹. Il considère, en effet, que le cahier des charges ne constitue qu'un « *ensemble de recommandations n'ayant pas de valeur obligatoire* ».

Ainsi, la loi portant dématérialisation des valeurs mobilières ainsi que les évolutions ultérieures permettent aux sociétés par actions de connaître avec exactitude les différents actionnaires et le nombre de parts qu'ils détiennent. De ce fait, la justification donnée par le législateur à la loi instituant l'article 1832-2 du Code civil votée en 1982 peut être critiquée.

B. Le régime applicable aux actions

196. Aucune disposition légale ne vient régler la difficulté posée par l'apport à une société par actions de fonds communs effectué par un seul époux. De ce fait, selon le droit commun des sociétés, seul l'époux apporteur reçoit la qualité d'actionnaire. La répartition des parts négociables entre les époux est donc le fruit de la rencontre entre les règles du droit des sociétés et celles du droit des régimes matrimoniaux.

197. Dans l'hypothèse où les époux s'entendent, la question de la répartition des droits peut être réglée simplement. En effet, dans les sociétés anonymes où les actions ne sont pas soumises aux négociations sur un marché réglementé, les clauses d'agrément sont interdites pour les cessions entre époux¹⁷². Ainsi, les époux peuvent se répartir les actions comme ils le souhaitent, par le biais d'une cession entre eux, afin qu'ils aient tous les deux la qualité d'actionnaire.

Par ailleurs, les actions reçues en contrepartie d'un apport de fonds communs sont considérées comme des biens communs en nature et ce, même si un seul des époux a effectué l'acte d'apport.

198. Le principe de gestion des biens communs est la gestion concurrente. En effet, l'article 1421 du Code civil dispose « *chacun des époux a le pouvoir d'administrer seul les biens communs et*

¹⁷⁰ Lettre de la direction du Trésor à l'ANSA du 17 décembre 1984.

¹⁷¹ Voir : Rép. min. n°19: JO Sénat 28 août 1986, p. 1232.

¹⁷² Voir : al.3 de L.228-23 du Code de commerce.

d'en disposer, sauf à répondre des fautes qu'il aurait commises dans sa gestion ». Ainsi, les époux ont le pouvoir de passer seul tout acte conservatoire, d'administration ou de disposition sur les biens communs, sauf s'ils sont expressément soumis à la cogestion par les articles 1421 à 1425 du Code civil.

199. Ainsi, dans la mesure où les actions sont qualifiées de biens communs, le conjoint qui n'est pas actionnaire devrait donc avoir vocation à les gérer concurremment. Il serait alors possible de considérer que les deux époux peuvent exercer les prérogatives attachées au titre¹⁷³. Toutefois, l'exercice des prérogatives relève seulement de la titularité des valeurs mobilières et non de leur propriété. En effet, les actions sont caractérisées par leur mode de transmission particulier qui résulte d'une inscription en compte. Or, celle-ci permet une autonomie importante du fait de l'application de la présomption de pouvoir de l'article 221 du Code civil¹⁷⁴. Ainsi, seul le titulaire du compte est réputé avoir la libre disposition des titres à l'égard du dépositaire, soit la société émettrice teneur de compte. Par ailleurs, la combinaison de cette présomption de pouvoir avec l'article 220 du Code civil¹⁷⁵ permet d'affirmer que, alors même que les titres sont communs, le titulaire du compte exerce seul toutes les prérogatives découlant de la qualité d'actionnaire¹⁷⁶.

200. Enfin, la répartition des droits entre les époux peut être gérée par l'utilisation de la sauvegarde judiciaire prévue à l'article 220-1 du Code civil. Ce dispositif permet à un des époux de saisir le juge aux affaires familiales afin de prescrire des mesures urgentes dans l'hypothèse où l'autre « *manque gravement à devoirs et met ainsi en péril les intérêts de la famille* ». Il peut être utilisé dans l'hypothèse où l'époux actionnaire manque à ses devoirs, patrimoniaux ou extra-patrimoniaux, mettant ainsi en péril par un dommage, seulement probable, les intérêts de la famille qu'ils soient aussi patrimoniaux ou extra-patrimoniaux. Dans ce cas, le juge peut prescrire des mesures. Ainsi, dans un arrêt ancien¹⁷⁷, le juge a ordonné l'immatriculation au nom de l'époux de

¹⁷³ Voir : J. DERRUPPE, note sous CA Paris, 20 octobre 1999, *Bull. Joly* 2000, §84, p.415.

¹⁷⁴ Art. 221 C.civ : « *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. A l'égard du dépositaire, le déposant est toujours réputé, même après la dissolution du mariage, avoir la libre disposition des fonds et des titres en dépôt* ».

¹⁷⁵ Art. 220 C.civ : « *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* ».

¹⁷⁶ Voir : J. HONORAT, « La situation des actions en sociétés anonymes dans le cadre des régimes matrimoniaux, *Rev. Sociétés* 1999, p.577, n°29.

¹⁷⁷ Voir : TGI Dignes, 1^{er} juillet 1972.

la moitié des actions d'une société qui appartenant à la communauté parce que, pendant la procédure de séparation de corps, l'époux dilapidait la communauté au profit de sa jeune maîtresse.

L'époux, mari ou femme¹⁷⁸, peut donc demander au juge de modifier l'immatriculation des actions au profit de l'époux qui n'est pas actionnaire. Cependant, ce dispositif suppose un manquement grave mettant en péril les intérêts de la famille et ne peut être que temporaire. En effet, l'alinéa 3 de l'article 220-1 du Code civil précise que « *la durée des mesures prises en application du présent article doit être déterminée par le juge et ne saurait, prolongation éventuellement comprise, dépasser trois ans* ». Dans l'hypothèse où la situation doit durer, le juge ne peut que recommander une procédure définitive telle que la séparation de corps ou le divorce.

201. La situation actuelle ne permet donc pas réellement de gérer la répartition des actions dans l'hypothèse d'un apport par des fonds communs à l'initiative d'un seul époux qui devient seul actionnaire. Une solution peut être facile, dans certains cas, si les deux époux sont d'accord et que l'époux actionnaire cède une partie des actions à l'autre. Une solution temporaire peut être ordonnée par le juge, mais seulement en cas de manquement grave de l'époux actionnaire.

L'exclusion de l'application de l'article 1832-2 du Code civil aux parts négociables n'est donc pas en adéquation avec la pratique et une réforme de celui-ci devrait être envisagée.

II. DE LEGE FERANDA : L'EXTENSION DE L'ARTICLE 1832-2 DU CODE CIVIL

202. L'exclusion des titres négociables du champ d'application de l'article 1832-2 du Code civil semble devoir être reconsidérée dans certaines situations.

En effet, le Professeur Renaud Mortier considère par exemple « *qu'il ne devrait pas y avoir en la matière de demi-mesure* »¹⁷⁹. Ainsi, bien qu'il considère cette disposition comme non-opportune puisqu'elle permet à des tiers d'entrer dans la société, il ne justifie pas l'exclusion des titres sociaux négociables de son application.

¹⁷⁸ Avant la loi n°85-1372 du 23 décembre 1965 ; seul le mari pouvait revendiquer la qualité d'associé puisqu'il lui appartenait seul de gérer les biens communs.

¹⁷⁹ Voir : R. MORTIER, « La qualité d'associé en régime de communauté », *Gaz. Pal.*, 2012, p.11.

Cependant, il convient de distinguer selon la forme de la société, qu'il s'agisse par exemple d'une société anonyme (A) ou d'une société par actions simplifiée (B).

A. Les actions issues de sociétés anonymes

203. Il convient également de distinguer différents types d'actions. En effet, les actions cotées, donc admises à la négociation sur un marché réglementé sont, à juste titre, considérées comme des titres négociables devant être exclus de cette disposition (1). A l'inverse, un tempérament devrait être appliqué pour les actions de sociétés non cotées (2).

1. Les actions de sociétés anonymes admises à la négociation sur un marché réglementé

204. Les actions cotées sur un marché réglementé sont indéniablement des titres négociables, de ce fait les cessions de ces actions doivent être écarté de l'application de l'article 1832-2 du Code civil.

En effet, les cessions sur un marché réglementé sont gouvernées par des ordres. Lorsque deux ordres - d'achat ou de vente - sont compatibles, ils sont rapprochés par les systèmes informatiques et la transaction est automatiquement nouée.

L'application de cet article serait incompatible avec les impératifs de la négociation sur un marché financier. Ainsi, l'exclusion des actions négociées sur un tel marché de ce dispositif n'est aucunement remise en question par les auteurs.

2. Les actions de sociétés anonymes non admises à la négociation sur un marché réglementé

205. Comme vu précédemment, l'application de l'article 1832-2 du Code civil n'a que peu d'intérêt dans l'hypothèse d'une société anonyme.

En effet, l'article L.228-23 du Code de commerce prévoit que « *la cession d'actions ou de valeurs*

mobilières donnant accès au capital, à quel titre que ce soit, peut être soumise à l'agrément de la société par une clause des statuts »¹⁸⁰. Seulement, l'alinéa 3 du même article précise « *cette clause est écartée en cas de succession, de liquidation du régime matrimonial ou de cession, soit à un conjoint, soit un ascendant ou un descendant* ».

206. Ainsi, la législation est venue prohiber les clauses d'agrément pour les cessions entre époux dans les sociétés anonymes.

Dans la mesure où une clause d'agrément est une clause permettant d'écarter l'entrée dans la société d'une personne dont la présence est, pour une raison quelconque, jugée indésirable. Dans le cas des sociétés anonymes, ce type de clause est autorisé sauf pour les cessions entre membres de la famille. Le terme « cession » correspond à tout acte de transmission des actions, tel que la vente, l'échange, la donation.

Du fait de l'interdiction des clauses d'agrément pour les cessions entre époux, l'application de l'article 1832-2 du Code civil n'a plus réellement d'intérêt. En effet, les époux peuvent donc répartir entre eux les actions, et ce même de manière inégalitaire, à travers la cession d'actions.

B. Les actions issues de sociétés par actions simplifiées

207. En matière de société par actions simplifiée, les circonstances sont différentes. En effet, l'article L.227-14 du Code de commerce prévoit que « *les statuts peuvent soumettre toute cession d'actions à l'agrément préalable de la société* » mais aucun tempérament n'est imposé concernant les cessions entre époux. Ainsi, il est possible pour les associés d'intégrer une clause d'agrément pour les cessions entre époux dans les statuts.

208. Par ailleurs, l'article L.227-13 du Code de commerce dispose que « *les statuts de la société peuvent prévoir l'inaliénabilité des actions pour une durée de dix ans* ». Cette clause d'inaliénabilité permet donc d'interdire, selon la rédaction de la clause, interdire toute cession ou autre acte supposant un transfert de propriété, à un tiers. Une telle clause n'est d'ailleurs possible

¹⁸⁰ Voir : Art. L.228-23, alinéa 1er du Code de commerce.

que dans cette forme sociale.

La possibilité de mettre en place ces différentes clauses affirme le principe selon lequel les sociétés par actions simplifiées sont des sociétés fermées avec un *intuitu personae* fort. Ces caractéristiques soulèvent donc la question de l'application de l'article 1832-2 du Code civil.

209. Ainsi, de nombreux auteurs considèrent que le droit à revendication et l'obligation d'information prévus par cette disposition devraient concerner les sociétés par actions simplifiées. En ce sens, le Professeur Jean Derruppé a considéré que « *en présence de telles clauses, il faut considérer qu'il ne s'agit plus de droits sociaux négociables au sens de l'article 1832-2 du Code civil* »¹⁸¹.

De même, le Congrès des Notaires de France¹⁸² a estimé que cette distinction qui reposait sur la différence entre sociétés de personnes avec un *intuitu personae* marqué et les sociétés de capitaux jouissant d'un *intuitu personae* limité n'était plus conforme à la pratique. En effet, ils considèrent qu'il existe « *un développement exponentiel des sociétés par actions simplifiées dans lesquelles toute cession peut être soumise à l'agrément des associés* ». Par ailleurs, ils affirment que la transmission des actions de sociétés anonymes ou de sociétés par actions simplifiées « *n'est pas plus liée que celle des parts de société à responsabilité limitée ou de société civile* ». Ils proposent ainsi que la distinction reposant sur la négociabilité des titres sociaux s'entende « *plus comme la transmission de titres sur les marchés réglementés, que comme la formalité simplifiée de transmission des actions* ».

210. Pour conclure, il est évident que l'article 1832-2 du Code civil ne doit pas s'appliquer aux actions admises à la négociation sur un marché réglementé. Cependant, il semble nécessaire de reconsidérer son application à la cession d'actions non cotées. Et notamment, en revoyant la distinction prévue par cet article et en excluant seulement les transmissions sur un marché réglementé.

¹⁸¹ Voir : J.DERRUPPE, « Droit de vote attaché aux actions dépendant d'une communauté conjugale », *Bull. Joly Sociétés*, n°4, p.415.

¹⁸² Voir : 110ème Congrès des notaires de France, *Vie professionnelle et famille - place au contrat*, 2014.

211. Conclusion. L'article 1832-2 du Code civil exclu donc de manière expresse les actions de son champ d'application, en raison de leur négociabilité. Ainsi, les apports en société et les acquisitions d'actions sont soumis au régime de droit commun. L'exclusion de l'ensemble des actions du champ d'application de ce dispositif est contestable dans la mesure où il n'est pas en adéquation avec la pratique et n'est pas justifiée. Il semble donc nécessaire de modifier l'article 1832-2 du Code civil afin d'exclure les seules actions cotées sur un marché réglementé mais de permettre son application aux sociétés d'actions non cotées et notamment aux cessions d'actions de sociétés par actions simplifiées dites « fermées ».

212. Conclusion section. L'apport de fonds communs par un seul époux emporte donc différentes conséquences qu'il s'agisse d'un apport dans une société de personnes ou dans une société de capitaux. En effet, les dispositions de l'article 1832-2 du Code civil imposant une obligation d'information ainsi qu'une faculté de revendication de la qualité d'associé par le conjoint non apporteur ne s'appliquent qu'aux parts sociales et non aux actions. La différence de régimes applicables est la conséquence d'une distinction dépassée basée sur la négociabilité des titres. Une réforme est nécessaire afin d'établir une distinction en phase avec la pratique basée uniquement sur l'inscription ou non des titres sur un marché réglementé. En effet, la justification basée sur l'impossibilité pour la société de connaître le nombre d'actions détenues par chacun des associés en raison des formalités de transmission allégées ne peut prospérer depuis la loi portant dématérialisation des valeurs mobilières.

213. Conclusion chapitre. L'application simultanée des règles de droit des sociétés et des règles de régimes matrimoniaux entraîne des difficultés liées à l'origine des fonds. Cette étude a permis de démontrer que l'articulation de ces différents régimes ne posait aucune difficulté dans certaines situations, notamment en cas d'apport par un époux de biens ou de fonds propres à une société ou en cas d'acquisition de fonds communs par les deux époux. En revanche, l'apport de fonds communs par un seul époux est source de difficultés. L'ensemble des développements démontrent toutefois que ces dernières ne sont pas la conséquence de l'articulation entre les différents corps de règles mais sont uniquement liées à une distinction utilisée en droit des sociétés qui nécessite une réforme.

214. Conclusion titre. L'étude de l'articulation entre les règles du droit des sociétés et celles des régimes matrimoniaux au moment de l'acquisition de la qualité d'associé a permis de mettre en exergue les situations qui nécessitent une attention particulière. Alors que le régime de communauté suppose que tous les biens du couple soient qualifiés afin de déterminer avec exactitude la composition de la masse commune et des masses propres, les règles du droit des régimes matrimoniaux semblent difficilement applicables au titre sociaux. Et ce, eu égard, d'une part, à la date de création ou d'acquisition des titres qui est délicate à déterminer et, d'autre part, à la nature particulière des titres et notamment lors de la mise en place de mécanismes tels que les stock-options ou l'attribution gratuite d'actions. En sus des difficultés de qualifications des titres, l'acquisition de la qualité d'associé peut être plus compliquée en fonction de l'origine des fonds utilisés. En effet, l'apport ou de l'acquisition de titres par un époux seul utilisant des fonds communs peut soulever de grandes difficultés. Cependant, ces dernières ne sont pas des conséquences de l'articulation entre les deux corps de règles. En effet, c'est seulement le droit des sociétés qui impose, en matière de parts sociales, une obligation d'information de l'époux non apporteur ainsi qu'une faculté pour ce dernier de revendiquer la qualité d'associé pour la moitié des parts. C'est également le droit des sociétés qui exclu les actions du champ d'application de cette disposition sans réelle justification et qui nécessite une réforme.

TITRE 2 - LES PREROGATIVES RESULTANT DE L'ACQUISITION DES TITRES SOCIAUX

215. L'ensemble des évènements sociaux qui interviennent au cours de la vie sociale sont régis par le droit des sociétés. Toutefois, les règles applicables lorsque l'associé est marié sous le régime de la communauté légale vont également avoir des conséquences pratiques sur les actes de la société. En effet, l'ensemble des règles du droit des sociétés vont devoir être interprétées au regard des exigences posées par le droit des régimes matrimoniaux.

D'une part, le droit des régimes matrimoniaux va avoir une influence quant à la répartition, entre les époux, des pouvoirs au sein de la société. Selon la forme de la société, les prérogatives d'associés devront être partagées entre les époux. La question sera plus délicate encore lorsque la propriété des titres sera démembrée par l'utilisation du mécanisme d'usufruit (Chapitre 1).

D'autre part, les règles applicables aux mariages soumis au régime légal vont avoir des conséquences importantes sur l'ensemble des opérations sociétaires. Et ce notamment, quant à la distribution des bénéfices selon la nature juridique donnée aux dividendes et aux réserves. Mais également concernant la qualification des actions nouvellement créées lors des différentes formes d'augmentation de capital (Chapitre 2).

CHAPITRE 1 - LA REPARTITION DES POUVOIRS ENTRE LES EPOUX

216. La répartition des pouvoirs entre les époux est primordial en matière de droit des sociétés afin de s'assurer la validité des actes passés. Ainsi, l'attribution des prérogatives se fera de manière classique entre les époux durant la communauté mais diffèrera en fonction de la forme de la société notamment (section 1). Toutefois, elle sera plus délicate à mettre en œuvre dans l'hypothèse d'un démembrement de propriété entre les époux par l'utilisation du mécanisme de l'usufruit (section 2).

SECTION 1 - UNE REPARTITION CLASSIQUE DURANT LA COMMUNAUTE

217. En droit des sociétés, il découle de la qualité d'associé différents types de prérogatives. En effet, l'associé dispose de droits politiques¹⁸³, mais aussi de droits financiers¹⁸⁴. Les premiers concernent la gouvernance de la société et se décomposent en deux aspects ; un droit de participer aux décisions collectives et un droit d'information financière et comptable. Les seconds représentent le droit de chaque associé à percevoir les bénéfices proportionnellement à sa part de capital¹⁸⁵.

La répartition de ces prérogatives dans le cas d'un associé marié sous le régime de la communauté légale diffère qu'il s'agisse d'une société de personnes (§1) ou d'une société de capitaux (§2).

§1 - LA REPARTITION DES PREROGATIVES DANS LES SOCIETES DE PERSONNES

218. Dans l'hypothèse où l'époux de l'associé a revendiqué la qualité d'associé sur le fondement de l'article 1832-2 du Code civil¹⁸⁶, la question ne présente aucune difficulté. En effet, celui-ci aura la qualité d'associé pour la moitié des parts et bénéficiera de toutes les prérogatives découlant de celle-ci à l'instar des autres associés.

¹⁸³ Voir : Art. 1844 alinéa 1^{er} du Code civil.

¹⁸⁴ Voir : Art. 1844-1 du Code civil.

¹⁸⁵ Voir infra.

¹⁸⁶ Voir supra.

219. Cependant, la question de la répartition des pouvoirs se pose dans l'hypothèse où les parts sociales présentent un caractère commun, mais que l'époux n'a pas revendiqué la qualité d'associé.

220. Le droit de participer aux décisions collectives recouvre deux finalités. D'une part, il s'agit du droit de participer aux décisions collectives soit, l'obligation d'être convoqué aux assemblées générales. D'autre part, il s'agit du droit de vote effectif dans ces assemblées générales. Lorsqu'il n'a pas revendiqué la qualité d'associé, l'époux ne peut se prévaloir du caractère commun des parts pour bénéficier de ces prérogatives. En effet, seul l'époux associé aura le droit de participer et de voter durant les assemblées générales. De même concernant le droit de recevoir les informations financières et comptables.

221. Toutefois, ces questions ne sont pas indifférentes au conjoint non associé. En effet, si les parts sociales sont communes, la problématique de leur valorisation importe au conjoint non associé. De même, en cas d'engagement solidaire et indéfini de l'associé aux dettes de l'associé, un risque d'endettement pèse également sur le conjoint non associé. La jurisprudence a d'ailleurs considéré que l'article 1415 du Code civil¹⁸⁷, prohibant l'engagement de biens communs par un seul des époux, n'est pas applicable pour l'engagement de responsabilité de l'associé pour les dettes sociales d'une société de personnes¹⁸⁸.

222. En cas de difficulté, le conjoint non associé ne pourra s'appuyer que sur des règles du droit des régimes matrimoniaux. D'une part, sur l'article 220-1 du Code civil¹⁸⁹ qui prévoit que le juge aux affaires familiales peut prendre des mesures d'urgence si l'époux associé commet des manquements graves à ses devoirs et qu'il met en péril les intérêts de la famille. Cependant, en pratique, le juge sera prudent et prendra non seulement en compte les intérêts de la famille, mais

¹⁸⁷ Art. 1415 C.civ. : « 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 ».

¹⁸⁸ Voir : Cass. Civ 1^{ère}, 17 janvier 2006, n°03-11.461.

¹⁸⁹ Art. 220-1 C.civ. : « Si l'un des époux manque gravement à ses devoirs et met ainsi en péril les intérêts de la famille, le juge aux affaires familiales peut prescrire toutes les mesures urgentes que requièrent ces intérêts.

Il peut notamment interdire à cet époux de faire, sans le consentement de l'autre, des actes de disposition sur ses propres biens ou sur ceux de la communauté, meubles ou immeubles. Il peut aussi interdire le déplacement des meubles, sauf à spécifier ceux dont il attribue l'usage personnel à l'un ou à l'autre des conjoints.

La durée des mesures prises en application du présent article doit être déterminée par le juge et ne saurait, prolongation éventuellement comprise, dépasser trois ans ».

aussi le bon fonctionnement de la société. Par ailleurs, ces mesures sont provisoires et ne peuvent excéder une durée de 3 ans.

223. Par ailleurs, le conjoint non associé a la possibilité de se fonder sur l'article 1426 du Code civil¹⁹⁰ afin de se substituer dans les pouvoirs de son époux si la gestion de celui-ci relève de « *l'inaptitude ou de la fraude* ». Mais cette solution ne peut être envisagée que dans les cas les plus graves de mauvaise gestion par l'époux associé.

224. Ainsi, la protection de l'époux non associé concernant la valorisation des parts de sociétés de personnes est lapidaire et ne peut être mise en œuvre que dans les cas les plus importants. Il conviendrait, dès lors, de mettre en œuvre des dispositions spéciales en droit des sociétés afin de protéger l'époux non associé contre le risque de diminution de la valeur des parts sociales.

225. Conclusion. La répartition des prérogatives d'associés dans les sociétés de personnes où un seul des époux est associé alors que les parts sociales sont communes ne pose pas de difficultés particulières. Toutefois, alors la valorisation des parts sociales est importante pour le conjoint non associé du fait de leur caractère commun, il n'existe, aujourd'hui, pas de disposition spécifique lui permettant de se protéger contre une diminution de la valeur des parts du fait des agissements des associés de la société, sauf à mettre en jeu les règles du droit des régimes matrimoniaux dans les cas les plus graves.

Alors que l'époux non associé peut jouir de quelques prérogatives d'associé en matière de sociétés de personnes, la situation est différente en matière de société par actions.

¹⁹⁰ Art. 1426 C.civ. : « *Si l'un des époux se trouve, d'une manière durable, hors d'état de manifester sa volonté, ou si sa gestion de la communauté atteste l'inaptitude ou la fraude, l'autre conjoint peut demander en justice à lui être substitué dans l'exercice de ses pouvoirs. Les dispositions des articles 1445 à 1447 sont applicables à cette demande. Le conjoint, ainsi habilité par justice, a les mêmes pouvoirs qu'aurait eus l'époux qu'il remplace ; il passe avec l'autorisation de justice les actes pour lesquels son consentement aurait été requis s'il n'y avait pas eu substitution. L'époux privé de ses pouvoirs pourra, par la suite, en demander au tribunal la restitution, en établissant que leur transfert à l'autre conjoint n'est plus justifié* ».

§2 - LA REPARTITION DES PREROGATIVES DANS LES SOCIETES PAR ACTIONS

226. Dans les sociétés de capitaux, la question de la répartition des prérogatives se pose différemment.

En effet, la loi de dématérialisation des valeurs mobilières du 30 décembre 1981 a rendu obligatoire leur inscription en compte. De ce fait, qu'il s'agisse de titres au porteur ou de titres nominatifs, le Code monétaire et financier impose qu'ils soient inscrits en compte-titres soit par l'émetteur soit par une personne habilitée¹⁹¹. Par ailleurs, il précise que « *le compte-titres est ouvert (...) au nom d'un ou de plusieurs titulaires, propriétaires des titres financiers qui y sont inscrits* »¹⁹².

Ainsi, l'acquisition d'actions doit faire l'objet d'une inscription en compte-titres dont le titulaire est l'époux associé. Dans le cas d'un titre nominatif, le teneur de compte est très généralement la société émettrice. Ce qui n'est pas le cas dans l'hypothèse d'un titre au porteur où l'inscription en compte se fait par le biais d'un intermédiaire.

227. Or, l'article 221 du Code civil¹⁹³ prévoit le principe d'autonomie bancaire. De ce dernier découlent deux autres principes. D'une part, une liberté au moment de l'ouverture de compte et d'autre part, une présomption de libre disposition des sommes et titres déposés. Cette autonomie bancaire concerne « *tout compte titre* » mais aussi bien les titres au porteur que les titres nominatifs depuis la loi du 30 décembre 1981 et de son décret en date de 1983.

228. Ce principe d'autonomie bancaire est issu du régime primaire et confère une autonomie très importante à l'époux actionnaire, et ce, en dépit du principe classique de gestion concurrente des actifs communs¹⁹⁴.

¹⁹¹ Voir : art. L.211-3 du Code monétaire et financier.

¹⁹² Voir : art. L.211-4 du Code monétaire et financier.

¹⁹³ Art. 221 C.civ. : « *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.*

A l'égard du dépositaire, le déposant est toujours réputé, même après la dissolution du mariage, avoir la libre disposition des fonds et des titres en dépôt ».

¹⁹⁴ Voir : Cass. Ass. Plén. 4 juillet 1985, n° 83-17.155.

En effet, au regard de la société émettrice qui tient le compte, seul l'époux titulaire - l'époux associé donc - est réputé avoir la libre disposition des titres. Cette libre disposition suppose donc qu'il détient tous les droits découlant de la qualité d'actionnaire : droit de recevoir les informations préalables aux assemblées générales mais aussi droit de vote. Il est également seul réputé pouvoir recevoir les dividendes et le produit de cession.

229. Ainsi, l'époux non associé ne peut aucunement exercer les pouvoirs de gestion quand bien même il est propriétaire de la valeur des actions. Cette solution a été approuvée par la jurisprudence qui considère que le teneur de compte ne peut permettre l'intrusion du conjoint dans la gestion du compte¹⁹⁵.

Cette solution illustre le fait que l'exercice des prérogatives d'actionnaire n'est fonction que de la titularité des titres et non de leur propriété qui ici est commune. La seule limite à ce principe d'autonomie bancaire réside dans l'article 1421 du Code civil qui dispose « *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* ». Ainsi, l'époux titulaire des droits sera responsable en cas de faute dans sa gestion.

230. Par ailleurs, l'époux non associé peut également se fonder sur les dispositions protectrices des articles 220-1 et 1426 du Code civil (voir supra) comme en matière de sociétés de personnes.

231. Conclusion. La question de la répartition des pouvoirs dans le cas où un seul époux est associé se pose différemment lorsqu'il s'agit d'une société de capitaux. En effet, l'acquisition d'action suppose obligatoirement une inscription en compte-titre dont l'époux associé est titulaire. Intervient alors le principe d'autonomie bancaire qui confère à l'époux associé une autonomie très importante en dépit des règles classiques de gestion qui imposent une gestion concurrente des actifs communs. Dès lors, l'époux non associé, bien que propriétaire pour moitié de la valeur des actions, ne peut exercer aucunes prérogatives découlant de la qualité d'associé.

232. Conclusion section. La répartition des pouvoirs d'associés diffère donc qu'il s'agisse de parts

¹⁹⁵ Voir : Cass. Civ 1^{ère}, 3 juillet 2001, n°99-19.868.

sociales ou d'actions. Alors qu'en matière de société de personnes, l'époux non associé peut jouir de quelques prérogatives, le principe d'autonomie bancaire le prive de tout pouvoir en matière de société de capitaux. Le droit des régimes matrimoniaux permet de protéger l'époux non associé des fautes de gestion de l'associé mais seulement dans les cas les plus graves. Il conviendrait dès lors de créer une disposition spécifique aux droits des sociétés afin de protéger l'époux non associé contre la perte de valeur des titres sociaux.

Alors que la répartition des prérogatives d'associés est classique durant le régime de communauté, elle est plus délicate lorsqu'il existe un démembrement de la propriété des titres sociaux.

SECTION 2 - UNE REPARTITION DELICATE RESULTANT DU DEMEMBREMENT DES TITRES

233. La répartition des pouvoirs peut poser une difficulté lorsque la propriété des biens est démembrée. En effet, certains mécanismes permettent de partager la propriété entre plusieurs individus. C'est le cas notamment de l'usufruit qui est un mécanisme patrimonial régi par les articles 578 et suivants du Code civil.

Ce mécanisme est extrêmement utilisé en matière de transmission de patrimoine puisqu'il permet notamment de donner la nue-propriété de ses titres sociaux à ses enfants, par exemple, pour un prix et des frais de donation moins important et de leur permettre de récupérer la pleine propriété de ces titres au jour du décès du donateur puisque l'usufruit s'éteint à la mort de l'usufruitier et ce sans frais de succession. Par ce mécanisme, il est possible de transmettre, à terme, la pleine propriété de ses titres en payant moins de droits de mutation et en conservant des prérogatives liées à la qualité d'usufruitier.

234. Cependant, il est complexe dans la mesure où il peut découler de différentes sources. En effet, il peut être d'origine légale et concerner le conjoint survivant¹⁹⁶ ou correspondre à un droit de jouissance des parents sur les biens de leurs enfants mineurs¹⁹⁷. Mais il peut également être le fait de l'homme et être constitué par testament ou par convention.

¹⁹⁶ Voir : art. 757 du Code civil.

¹⁹⁷ Voir : art. 382 du Code civil.

L'utilisation de l'usufruit sur des droits sociaux entre époux pose une difficulté en matière de répartition des pouvoirs sur la société. D'un part, un débat, doctrinal mais aussi jurisprudentiel, porte sur l'attribution même de la qualité d'associé à l'usufruitier (§1). Dans l'hypothèse où celle-ci lui est reconnue, l'exercice des prérogatives par le nu-proprétaire et l'usufruitier devra être prévu (§2).

§1 - L'ATTRIBUTION DISCUTÉE DE LA QUALITÉ D'ASSOCIÉ À L'USUFRUITIER

235. La première difficulté consiste à trancher la question de l'attribution de la qualité d'associé à l'usufruitier de droits sociaux. En effet, aucune solution n'a été clairement édictée par le législateur ou la jurisprudence (I) et aucun consensus n'a été trouvé par la doctrine qui est toujours extrêmement partagée (II).

I. ABSENCE DE SOLUTIONS LEGISLATIVES OU JURISPRUDENTIELLES CLAIRES

236. La question de l'attribution de la qualité d'associé à l'usufruitier n'a aucunement été tranchée par le législateur. Cette absence se constate dans les dispositions propres à l'usufruit découlant du droit des biens tel que l'article 578 du Code civil¹⁹⁸ définissant le mécanisme, mais également dans les dispositions du droit des sociétés à l'instar de l'article 1844 du Code civil¹⁹⁹ qui s'intéresse à la répartition du droit de vote et non à celle de la qualité d'associé entre l'usufruitier et le nu-proprétaire.

237. La Cour de cassation s'est quant à elle prononcée implicitement à plusieurs reprises. Toutefois, les juges n'ont pas non plus tranché la question. Dans son arrêt « De Gaste »²⁰⁰, la

¹⁹⁸ Art. 578 C.civ : « l'usufruit est le droit de jouir des choses dont un autre a la propriété comme le propriétaire lui-même, mais à la charge d'en conserver la substance ».

¹⁹⁹ Art. 1844 C.civ : « tout associé a le droit de participer aux décisions collectives.

Les copropriétaires d'une part sociale indivise sont représentés par un mandataire unique, choisi parmi les indivisaires ou en dehors d'eux. En cas de désaccord, le mandataire sera désigné en justice à la demande du plus diligent.

Si une part est grevée d'un usufruit, le droit de vote appartient au nu-proprétaire, sauf pour les décisions concernant l'affectation des bénéfices, où il est réservé à l'usufruitier.

Les statuts peuvent déroger aux dispositions des deux alinéas qui précèdent ».

²⁰⁰ Voir : Cass. Com. 4 janvier 1994, n° 91-20.256.

Chambre commerciale a expressément reconnu la qualité d'associé du nu-proprétaire, mais n'a fait aucune mention de celle de l'usufruitier.

238. Par la suite, cette même Chambre commerciale a, en considérant qu'aucun associé ne pouvait se voir priver du droit de vote aux assemblées générales, admis que l'usufruitier ne le pouvait pas non plus²⁰¹. Cette décision pourrait laisser penser que la Cour de cassation a reconnu implicitement la qualité d'associé de l'usufruitier.

Cependant, la première Chambre civile n'a pas semblé suivre cette voie dans ses décisions postérieures. En effet, dans une décision de 2006²⁰², elle a laissé penser que la constitution d'un usufruit sur des parts sociales faisait perdre à l'usufruitier sa qualité d'associé, et ce, quel que soit l'étendu du droit de vote qui lui est accordé par les statuts.

239. Enfin, dans un dernier arrêt²⁰³, la troisième Chambre de la Cour de cassation a considéré que l'usufruitier n'était pas titulaire du droit de participer à toutes les décisions collectives, mais seulement aux décisions concernant l'affectation des bénéfices. En l'espèce, l'usufruitière de parts d'une SCI n'avait pas été convoquée à l'assemblée générale, un des nu-proprétaires a alors assigné les autres en nullité de la décision. La troisième Chambre civile a refusé d'annuler l'assemblée générale et ce parce-qu'elle portait sur un autre objet que l'affectation des bénéfices.

Certains auteurs considèrent ainsi qu'en refusant un droit général de participer aux décisions collectives à l'usufruitier, les juges lui ont dénié la qualité d'associé. Cependant, la Cour de cassation ne s'est pas expressément prononcée sur l'acceptation ou le refus d'attribuer à l'usufruitier la qualité d'associé. De plus, cette solution est rendue par la troisième Chambre civile qui n'est pas spécialiste et donc réellement compétente pour juger des affaires de droit des sociétés.

240. La Cour de cassation n'a donc toujours pas répondu explicitement à la question de savoir si l'usufruitier est ou n'est pas associé à côté du nu-proprétaire. Ces différentes solutions jurisprudentielles ont entraîné des commentaires divergents de la doctrine dans la mesure où les

²⁰¹ Voir : Cass. Com. 31 mars 2004, n°03-16.694 « Hénaud ».

²⁰² Voir : Cass. Civ 1^{ère}, 29 novembre 2006, n°05-17.009.

²⁰³ Voir : Cass. Civ 3^{ème}, 15 septembre 2016, n° 15-15.72.

auteurs n'ont pas réussi à trouver un consensus sur la question.

241. Toutefois, le législateur est venu très récemment clarifier la répartition des droits de vote et de participation entre le nu-propriétaire et l'usufruit²⁰⁴ par la loi du 19 juillet 2019²⁰⁵. Celle-ci revient sur la jurisprudence du 15 septembre 2016 rejetant la nullité de l'assemblée générale pour non convocation de l'usufruit à celle-ci. Cependant, elle ne s'exprime pas expressément sur l'attribution de la qualité d'associé à l'usufruitier.

II. UNE DOCTRINE TRES PARTAGEE

242. La doctrine est elle aussi partagée sur la question de l'attribution de la qualité d'associé à l'usufruitier. Certains ont rendu des solutions fondées sur le droit des sociétés et sur la notion d'associé (A) alors que d'autres se sont fondés sur le droit des biens et sur la nature juridique de l'usufruit (B).

A. Solutions fondées sur le droit des sociétés : la notion d'associé

243. La notion d'associé n'a pas réussi à mettre d'accord l'ensemble de la doctrine, en effet, alors que la doctrine majoritaire considère que l'usufruitier n'est pas associé (1), la doctrine minoritaire tente de prouver qu'il est bien associé (2).

1. L'usufruitier non associé selon la doctrine majoritaire

244. La doctrine majoritaire²⁰⁶ considère que l'usufruitier ne peut avoir la qualité d'associé. Plusieurs arguments sont utilisés pour fonder cette solution.

D'une part, ils s'appuient sur le deuxième alinéa de l'article 1844-5 du Code civil qui, après avoir disposé que la réunion de toutes les parts sociales entre les mains d'une seule personne pouvait

²⁰⁴ Voir infra.

²⁰⁵ LOI n° 2019-744 du 19 juillet 2019 de simplification, de clarification et d'actualisation du droit des sociétés (1).

²⁰⁶ Voir : *Mémento Sociétés commerciales*, Francis Lefebvre, 2018, n°6100 ; A. VIANDIER, « La notion d'associé » , *LGDJ*, coll. Bibliothèque Droit privé, 1978.

entraîner la dissolution de la société²⁰⁷, précise que « *l'appartenance de l'usufruit de toutes les parts sociales à la même personne est sans conséquence sur l'existence de la société* ». Les auteurs considèrent donc que l'usufruitier n'est pas un associé dans la mesure où la réunion de toutes les parts entre ses mains ne correspond pas au cas prévu par le premier alinéa dudit article.

D'autre part, la solution de l'arrêt « De Gaste »²⁰⁸ de 1994 confirmant que le nu-propiétaire des parts est effectivement associé a été interprété, *a contrario*, comme dénuant l'usufruitier de cette qualité. Seulement, la Cour de cassation n'a jamais tranché expressément cette question²⁰⁹.

245. Enfin, l'argument le plus utilisé est le fait que l'usufruitier n'aurait pas effectué d'apport à la société. Or, l'article 1832 du Code civil²¹⁰ impose la réunion de trois conditions cumulatives à l'existence d'une société et donc à la reconnaissance de la qualité d'associé : un *affectio societatis*, une participation aux bénéfices et enfin un apport. Ainsi, la doctrine majoritaire considère que l'usufruitier ne peut être considéré comme associé puisqu'il ne réunit pas ces conditions. Il pourrait donc seulement exercer certaines prérogatives attachées à la qualité d'associé, selon les dispositions statutaires ou légales, sans pour autant détenir la qualité elle-même.

246. Cet argument est appuyé par l'idée selon laquelle la notion d'associé n'est que la retranscription de la notion de propriété. Ainsi, l'associé n'est autre que le propriétaire des titres. Cette solution est conforme au droit des sociétés qui considère que seul l'associé peut participer à la vie sociale, étant le seul à avoir effectué un apport soumis à l'aléa social. Or, la doctrine majoritaire considère que seul le nu-propiétaire subit le risque de perte. En effet, l'usufruitier ne supporte aucun risque ; dans l'hypothèse où les droits sociaux disparaissent, le droit d'usufruit s'éteint seulement par la perte de la chose sur le fondement de l'article 617 du Code civil²¹¹.

²⁰⁷ Art. 1844-5, al. 1er du Code civil : « *la réunion de toutes les parts sociales en une seule main n'entraîne pas la dissolution de plein droit de la société. Tout intéressé peut demander cette dissolution si la situation n'est pas régularisée dans le délai d'un an. Le tribunal peut accorder à la société un délai maximal de six mois pour régulariser la situation. Il ne peut prononcer la dissolution si, au jour où il statue sur le fond, cette régularisation a eu lieu* ».

²⁰⁸ Cass. Com. 4 janvier 1994, n° 91-20.256.

²⁰⁹ Voir supra.

²¹⁰ Art. 1832 al.1 C.civ. : « *La société est instituée par deux ou plusieurs personnes qui conviennent par un contrat d'affecter à une entreprise commune des biens et leur industrie en vue de partager le bénéfice ou de profiter de l'économie qui pourra en résulter* ».

²¹¹ Art. 617 C.civ. : « *L'usufruit s'éteint :*

Par la mort de l'usufruitier ;

Par l'expiration du temps pour lequel il a été accordé ;

247. La solution de la doctrine majoritaire considérant que l'usufruitier n'est pas associé peut se justifier²¹². En effet, affirmer l'inverse reviendrait à considérer que l'usufruitier, en tant qu'associé ordinaire, pourrait accomplir tous les actes et notamment prendre des décisions telles que la dissolution de la société ou le vote d'une réduction de capital non motivée par les pertes. Or, accepter que l'usufruitier puisse accomplir des actes qui modifient la substance des parts sociales va à l'encontre du principe posé par l'article 578 du Code civil²¹³ prévoyant la conservation de la substance de la chose.

Cette solution a longtemps prévalu avant qu'une partie de la doctrine la refuse en considérant que l'usufruitier devait être considéré comme associé.

2. L'usufruitier comme associé selon une partie de la doctrine

248. Une partie de la doctrine²¹⁴, à l'instar du Professeur Jean Derruppé²¹⁵, a refusé d'admettre cette solution prévoyant que l'usufruitier ne pouvait être considéré comme apporteur et donc *in fine* comme associé.

En effet, ces auteurs considèrent que l'usufruitier doit être reconnu comme apporteur et ce « *que l'usufruit soit constitué lors de l'apport ou postérieurement à l'apport, il est aisé de montrer que cet usufruit correspond en toute hypothèse à un apport qui justifie les droits de l'usufruitier* »²¹⁶.

249. En cas de constitution de l'usufruit concomitamment à l'apport, d'une part, le cas le plus simple est celui d'un apport isolé d'usufruit qui sera rémunéré avec des droits sociaux en pleine

Par la consolidation ou la réunion sur la même tête, des deux qualités d'usufruitier et de propriétaire ;

Par le non-usage du droit pendant trente ans ;

Par la perte totale de la chose sur laquelle l'usufruit est établi ».

²¹² Voir : A. TADROS, « L'usufruitier des droits sociaux : ni associé ni.. usufruitier », *Rev. contrats*, 2016, n°01, p.138.

²¹³ Art. 578 C.civ. : « *L'usufruit est le droit de jouir des choses dont un autre a la propriété, comme le propriétaire lui-même, mais à la charge d'en conserver la substance* ».

²¹⁴ Voir : M. COZIAN, « Du nu-propiétaire ou de l'usufruitier, qui a la qualité d'associé ? », *JCP E*, 1994, n°28, 374 ; C. REGNAUT-MOUTIER, « Vers la reconnaissance de la qualité d'associé à l'usufruitier de droits sociaux », *BJS*, nov.1994, n°320, p.1155 ; L. AYNES, « L'usufruit, droit d'usage », *Rev. Sociétés*, 1999, p.593.

²¹⁵ Voir : J. DERRUPPE, « Un associé méconnu : l'usufruitier de parts ou d'actions », *Defrénois*, 1994, n°18, p.1137.

²¹⁶ Voir : J. DERRUPPE cité supra.

propriété correspondant à la valeur de l'usufruit.

250. Par ailleurs, le Professeur Derruppé considère que l'apport conjoint de l'usufruit et de la nue-propriété n'est pas obligatoirement rémunéré par des parts en pleine propriété. A *contrario*, le Professeur Henri Hovasse estime que « *les règles sociétaires obligent à une rémunération distincte de l'apport du nu-proprétaire et de celui de l'usufruitier. Nulle stipulation du pacte social ne peut écarter cette obligation de rémunération des apporteurs sans affecter la validité même de la société* »²¹⁷. Le Professeur Derruppé pense lui que l'usufruitier et le nu-proprétaire peuvent valablement se mettre d'accord afin que le démembrement de propriété affectant l'apport soit reporté sur les droits sociaux. Cette solution ne pose aucune difficulté dans la mesure où elle ne fait pas entrer de nouvel associé dans la société puisqu'ils l'auraient été tous les deux en recevant des parts en pleine propriété. Selon lui, le fait de refuser un report de l'usufruit serait la conséquence d'un rapprochement erroné avec la vente d'un bien grevé d'usufruit. En effet, dans cette situation, la jurisprudence a refusé d'admettre un report de l'usufruit sur la totalité du prix, mais une répartition du prix de vente entre l'usufruitier et le nu-proprétaire²¹⁸. Ainsi, si le report de l'usufruit a lieu sur les droits sociaux, il ne fait aucun doute que l'usufruitier doit être considéré comme apporteur de ses droits d'usufruit.

251. Enfin, selon lui, il est possible que deux personnes fassent des apports en pleine propriété et qu'ils reçoivent des parts en usufruit pour l'une et des parts en nue-propriété pour l'autre correspondant à la valeur de leur apport et ce, alors que certains refusent cette idée dans la mesure où l'apport devrait nécessairement être rémunéré par des parts en pleine propriété. En effet, il considère qu'aucune disposition n'empêche la rémunération d'un apport par des titres démembrés dans la mesure où « *il suffit de constater que le résultat recherché peut être atteint, sans objection possible, par la combinaison d'un apport et d'un échange de droits* »²¹⁹. Ainsi, dans cette hypothèse, les droits reçus par l'usufruitier seraient la contrepartie d'un apport effectué par lui.

252. D'autre part, l'usufruit peut être constitué postérieurement à l'apport et résulter d'une cession de titres avec réserve d'usufruit. Dans ce cas-là, refuser la qualité d'apporteur à l'usufruitier signifie

²¹⁷ Voir : H. HOVASSE, « Apports de droits démembrés », *Dr. sociétés, Actes prat.* 1993, n° 10, p. 4.

²¹⁸ Voir : Cass. Civ 1^{ère}, 20 octobre 1987, n°86-13.197.

²¹⁹ Voir : J. DERRUPPE cité supra.

qu'il aurait perdu cette qualité en même temps que celle de propriétaire. Le Professeur Derruppé précise que « *c'est irréaliste et juridiquement contestable* »²²⁰. En effet, les droits d'usufruit seraient toujours la contrepartie proportionnelle d'un apport initial.

Cependant, cette conception se base sur la conception classique de l'usufruit et notamment de sa nature juridique en tant que démembrement de propriété. Or, une nouvelle conception de celui-ci a émergé et permet d'appréhender ce problème selon un autre point de vue.

B. Solution fondée sur le droit des biens : la nature juridique de l'usufruit

253. Une partie de la doctrine estime que l'attribution de la qualité d'associé à l'usufruitier ne dépend pas de la notion d'associé, mais doit être fonction de la nature juridique de l'usufruit.

Ainsi, certains considèrent l'usufruit comme un démembrement de propriété ce qui implique que la qualité d'associé devrait être également démembrée entre le nu-propriétaire et l'usufruitier. Et d'autres comme une charge réelle sur les titres qui grève le titre d'associé et qui empêche l'usufruitier d'être associé²²¹.

254. La question de la nature juridique de l'usufruit de droits sociaux pose plusieurs difficultés. En effet, celui-ci est difficilement qualifiable de droit réel dans la mesure où la théorie classique des droits réels les considère comme des prérogatives portant uniquement sur un objet corporel. Or, en matière de droits sociaux, il s'agirait d'un droit réel portant sur un autre droit.

255. Ainsi, certains auteurs attachés à la conception classique du droit réel refusent de considérer l'usufruit de droits sociaux comme tel. Ils considèrent alors que « *l'usufruit d'un droit incorporel est un morceau de ce droit de la même manière que l'usufruit d'une chose corporelle est un démembrement de la propriété* »²²². De ce fait, la nature de l'usufruit serait variable en fonction de la nature de son objet : il serait personnel s'il porte sur un droit personnel et réel s'il porte sur un

²²⁰ Voir : J. DERRUPPE cité supra.

²²¹ Voir : J. PRIEUR, S. SCHILLER, T. REVET, R. MORTIER, « L'usufruit de droits sociaux: quelle place pour la liberté contractuelle ? », *JCP N*, n°23, 2010, p.1221.

²²² Voir : F. ZENATI, « Répertoire de droit des sociétés », *D.*, 2018, n°47.

droit réel²²³. En allant plus loin, la constitution d'un droit d'usufruit sur un droit incorporel s'analyserait comme une cession de ce droit²²⁴. La conséquence de l'application de cette théorie à l'usufruit de droits sociaux revient à admettre que celui-ci n'est pas un droit réel, mais qu'il emprunte la nature de ces droits. Ainsi, il s'agirait d'un droit personnel.

256. Cependant, cette conception classique de l'usufruit est soumise à différentes critiques. En effet, il est difficile de concevoir qu'un droit puisse changer de nature en fonction de son objet. Ainsi certains auteurs considèrent que la nature juridique de l'usufruit ne peut être faite à partir de son objet²²⁵. De ce fait, l'usufruit devrait être considéré comme un droit réel quel que soit son objet.

257. Afin de valider leur théorie, les auteurs se fondent, d'une part, sur le fait que le Code civil ne prévoit pas de régime spécifique de l'usufruit selon son objet et qu'ainsi les règles générales doivent s'appliquer à tous, même à l'usufruit de droits sociaux. Et d'autre part, sur la jurisprudence du Conseil constitutionnel qui a affirmé que les droits sociaux devaient être considérés comme des droits constitutionnellement protégés²²⁶. Le Conseil considère donc que le droit de propriété peut porter sur des droits sociaux, *a fortiori*, l'usufruit le pourrait donc aussi. Cette solution contredit l'idée classique selon laquelle un droit réel ne peut porter sur un autre droit.

Ainsi, à considérer que l'usufruit de droits sociaux est effectivement un droit réel sur une chose incorporelle et non un réel démembrement de propriété, il convient de refuser l'attribution de la qualité d'associé à l'usufruitier. En effet, l'usufruit ne serait qu'un droit réel grevant cette qualité et non une partie de lui.

258. Conclusion. La question de l'attribution de la qualité d'associé à l'usufruitier n'a donc pas été expressément tranchée ni par la jurisprudence ni par le Code civil. De plus, celle-ci ne bénéficie d'aucun consensus entre les différentes parties de la doctrine. De ce fait, en attendant une prise de

²²³ Voir : SAVATIER, « Essai d'une présentation des biens corporels », *RTD civ.* 1958, 331 ; F. NIZARD, La notion de titre négociable, thèse, Paris II, 2000, n° 711 et s.

²²⁴ Voir : H. MAZEAUD, F. CHABAS et F. GIANTIVI, *Leçons de droit civil*, t. II, Les biens, 8^e éd., 1994, Montchrestien, n° 1651 ; C. LARROUMET, *Droit civil. Les biens*, t. II, 3^e éd., 1997, Economica, n° 469.

²²⁵ Voir : F. ZENATI, cité supra.

²²⁶ Voir : Cons. const, 16 janvier 1982, n° 81-132 DC.

position claire et précise, par la Cour de cassation ou le législateur, la question n'est pas tranchée.

Il convient cependant de s'intéresser à la répartition des droits d'associés entre le nu-proprétaire et l'usufruitier.

§2 – LA NOUVELLE REPARTITION DES DROITS POLITIQUES DE L'ASSOCIE

259. La qualité d'associé entraîne l'attribution de différentes prérogatives. En effet, l'associé dispose nécessairement de droits dans la société. Ces derniers se décomposent en plusieurs catégories ; droits politiques et droits financiers.

260. Les droits politiques de l'associé correspondent au droit de participer aux décisions collectives, soit les assemblées générales. Ce dernier se compose d'un droit d'information de l'associé sur les comptes et la politique de la société, mais également d'un droit de participation et de vote aux assemblées générales.

261. Les droits financiers caractérisent le droit de l'associé à percevoir des dividendes, qu'ils correspondent au bénéfice de la société ou qu'ils soient prélevés sur les réserves. De même, les associés ont le droit, à la dissolution de la société, au partage du boni de liquidation.

La répartition des droits financiers pose des difficultés notamment eu égard à la nature juridique des dividendes et des réserves qui seront étudiées ci-dessous²²⁷. Seuls les droits politiques seront examinés dans cette partie.

262. Les droits politiques de l'associé sont régis par une disposition générale prévue à l'article 1844 du Code civil. Celui-ci prévoit, dans son alinéa premier, que « *tout associé a le droit de participer aux décisions collectives* ».

L'alinéa 3 de cet article précisant la répartition des droits de vote entre le nu-proprétaire et

²²⁷ Voir infra.

l'usufruitier a été très récemment modifié²²⁸ afin de clarifier celle-ci. Dans son ancienne rédaction, l'alinéa 3 précisait « *si une part est grevée d'un usufruit, le droit de vote appartient au nu-propiétaire, sauf pour les décisions concernant l'affectation des bénéfices* ». Depuis le 21 juillet 2019²²⁹, il est rédigé comme suit : « *si une part est grevée d'un usufruit, le nu-propiétaire et l'usufruitier ont le droit de participer aux décisions collectives. Le droit de vote appartient au nu-propiétaire, sauf pour les décisions concernant l'affectation des bénéfices, où il est réservé à l'usufruitier. Toutefois, pour les autres décisions, le nu-propiétaire et l'usufruitier peuvent convenir que le droit de vote sera exercé par l'usufruitier* ».

263. Par ailleurs, le Code de commerce comporte une disposition spéciale pour les sociétés anonymes et prévoit que « *le droit de vote attaché à l'action appartient à l'usufruitier dans les assemblées générales ordinaires et au nu-propiétaire dans les assemblées générales extraordinaires* »²³⁰. Dans la mesure où il s'agit d'une disposition spéciale, la nouvelle rédaction de l'article 1844 n'a pas d'incidence en matière de sociétés anonymes.

Enfin, ces deux dispositions précisent *in fine* que les statuts peuvent déroger à la répartition légale²³¹ du droit de vote. La jurisprudence avait, par de nombreuses décisions, limité la possibilité de déroger à cette répartition (I) mais le législateur est venu, très récemment, clarifier la situation (II).

I. LA REPARTITION DES DROITS POLITIQUES SELON LA JURISPRUDENCE ANCIENNE

264. Concernant les droits du nu-propiétaire, la Cour de cassation avait, d'abord, précisé que, contrairement à son droit de vote, son droit de participer aux décisions collectives était d'ordre public et qu'il n'était donc pas possible de l'écarter par le biais d'une clause statutaire²³². Par cette décision, les juges vont, pour la première fois, opérer une distinction entre le droit de participer aux décisions collectives et le droit de vote.

²²⁸ Voir : LOI n° 2019-744 du 19 juillet 2019 de simplification, de clarification et d'actualisation du droit des sociétés (1).

²²⁹ Date d'entrée en vigueur de la loi n°2019-744.

²³⁰ Voir : art. L.225-110, alinéa 1, du Code de commerce.

²³¹ Voir : art. 1844, alinéa 4, du Code civil et art. L.225-110, alinéa 3, du Code de commerce.

²³² Voir : Cass. Com. 4 juillet 1994, n° 91-20.256, « De Gaste ».

La Chambre commerciale va alors confirmer cette distinction en admettant que le nu-proprétaire peut être privé de son droit de vote au profit de l'usufruitier à la condition qu'il conserve son droit à participer aux décisions collectives²³³.

265. Seulement, la jurisprudence n'a pas délimité précisément le contenu du droit de participer aux décisions collectives. En consacrant à l'associé un tel droit tout en permettant qu'il soit privé de droit de vote, elle semble laisser entendre que le droit de participer constitue le droit d'assister à cette prise de décision seulement.

266. Certains auteurs ont donc considéré que le droit de participer aux décisions collectives devait s'entendre, d'une part, comme le droit d'être convoqué aux assemblées générales et de recevoir les informations concernant la politique de la société, et d'autre part, comme le droit d'assister aux décisions et d'y exprimer un avis, qui ne peut être que consultatif²³⁴.

267. Seulement, au regard des règles de droit des biens, il semblerait que le droit de vote du nu-proprétaire ne puisse être supprimé pour les décisions pouvant modifier la substance des titres. En effet, l'article 578 du Code civil impose à l'usufruitier « *d'en conserver la substance* ». Dès lors, toute décision modifiant de manière importante les statuts ou permettant la dissolution de la société semble devoir être exclue des prérogatives de l'usufruitier. Cependant, la Cour de cassation a, dans une solution ultérieure²³⁵, admis la validité d'une décision prévoyant la fusion-absorption pour laquelle le droit de vote du nu-proprétaire avait été statutairement supprimé.

Le nu-proprétaire pouvait donc être privé de son droit de vote pour toutes les décisions prises collectivement, même celles pouvant modifier la substance des titres sociaux. Seulement, si l'usufruitier ne respectait pas son obligation et portait atteinte à la substance des parts, il pouvait être sanctionné par la déchéance de l'usufruit. En effet, l'article 618 du Code civil²³⁶ prévoit celle-ci comme sanction en cas d'abus de l'usufruitier. Ainsi, si le nu-proprétaire démontre un abus de

²³³ Voir : Cass. Com. 22 février 2005, n°03-17.421.

²³⁴ Voir : M. COZIAN, F. DEBUSSY ET A. VIANDIER, *Le droit des sociétés*, LexisNexis, ed. 31, 2018, n°468.

²³⁵ Voir : Cass. Com. 2 décembre 2008, n°08-13.185.

²³⁶ Art. 618, al. 1, du Code civil : « *l'usufruit peut aussi cesser par l'abus que l'usufruitier fait dans sa jouissance, soit en commettant des dégradations sur le fonds, soit en le laissant dépérir faute d'entretien* ».

l'usufruitier dans son vote entraînant une atteinte à la substance des titres sociaux, il peut demander au Tribunal de grande instance de déclarer la déchéance de l'usufruit.

268. Enfin, concernant les droits du nu-proprétaire, la jurisprudence avait considéré que la clause prévoyant que l'usufruitier représentait le nu-proprétaire pour toutes les décisions, quel que soit leur objet, était nulle²³⁷. Ainsi, il n'était pas statutairement possible d'interdire au nu-proprétaire l'accès à toutes les assemblées dans la mesure où cela revenait à le priver de son droit à participer aux décisions collectives.

Les statuts pouvaient donc priver le nu-proprétaire de son droit de vote, et ce, pour toutes les décisions, mais il était impossible de le priver de son droit à participer et donc lui interdire l'accès aux assemblées.

269. Concernant les droits de l'usufruitier, le principe était qu'il pouvait voter « *pour toutes les décisions concernant l'affectation des bénéfices* ». La Cour de cassation a admis que son droit de vote pouvait être élargi, mais que le droit de voter l'affectation des bénéfices était le minimum auquel les statuts ne pouvaient pas déroger²³⁸.

Cette solution s'imposait dans la mesure où l'article 578 du Code civil lui accorde le droit de jouir de la chose et donc en conséquence le droit d'en percevoir les fruits. Or, concernant les droits sociaux, les fruits correspondent aux bénéfices constatés au terme de l'exercice, soit les bénéfices distribuables et non les bénéfices mis en distribution. Dès lors, le droit de percevoir les fruits de l'usufruitier traduit un droit de les appréhender. Cette solution était conforme au droit fiscal qui impose, dans les sociétés de personnes, l'usufruitier sur les bénéfices constatés et non sur les bénéfices distribués. Ainsi, le droit d'appréhender les bénéfices suppose que l'usufruitier dispose du droit de vote. Cette solution est donc conforme aux règles du droit des biens.

270. Ainsi, la clause privant l'usufruitier de tout son droit de vote et notamment dans les décisions concernant l'affectation des bénéfices était nulle. Cependant, la troisième Chambre civile a

²³⁷ Voir : Cass. Civ 2^{me}, 13 juillet 2005, n°02-15.904.

²³⁸ Voir : Cass. Com. 31 mars 2004, n°03-16.694.

considéré que le défaut de convocation de l'usufruitier pour une décision autre que l'affectation n'était pas une cause de nullité²³⁹.

II. LA REPARTITION DES DROITS POLITIQUES SELON LA LOI NOUVELLE

271. La loi du 19 juillet 2019²⁴⁰ est venue clarifier la répartition des droits politiques entre le nu-propiétaire et l'usufruitier en consacrant certaines solutions jurisprudentielles et en en rejetant d'autres.

272. Le droit de participer aux décisions collectives est reconnu de manière expresse au nu-propiétaire comme à l'usufruitier. En effet, la nouvelle rédaction du 3^{ème} alinéa de l'article 1844 du Code civil prévoit « *si une part est grevée d'un usufruit, le nu-propiétaire et l'usufruitier ont le droit de participer aux décisions collectives* ». Alors qu'aucune disposition légale ne régissait ce droit, le législateur est venu, de façon claire, mettre un terme à cette zone de flou.

Ainsi, le législateur consacre la jurisprudence accordant au nu-propiétaire le droit de participer à toutes les assemblées générales, mêmes celles dans lesquelles l'usufruitier exerce le vote²⁴¹ et elle reconnaît le même droit à l'usufruitier. Peu importe donc qui exerce le droit de vote, le nu-propiétaire comme l'usufruitier peuvent participer à toutes les décisions collectives.

273. En conséquence, contrairement à ce que la jurisprudence avait admis²⁴², l'usufruitier doit être convoqué à toutes les assemblées et il dispose d'un droit d'information similaire à celui du nu-propiétaire. Dès lors, en application de la loi nouvelle, l'absence de convocation de l'usufruitier à une assemblée générale ne portant pas sur l'affectation des bénéfices provoquer la nullité de celle-ci.

274. L'alinéa 4 de l'article 1844 du Code civil précise que les statuts peuvent déroger à la « seconde phrase du troisième alinéa ». Dès lors, une lecture *a contrario* de cette disposition signifie que

²³⁹ Voir : Cass. Civ. 3^{ème}, 15 septembre 2016, n°15-15.172.

²⁴⁰ LOI n° 2019-744 du 19 juillet 2019 de simplification, de clarification et d'actualisation du droit des sociétés (1).

²⁴¹ Voir : Cass. Civ 2^{ème}, 13 juillet 2005, n°02-15.904.

²⁴² Voir : Cass. Civ. 3^{ème}, 15 septembre 2016, n°15-15.172.

l'octroi du droit de participer aux décisions collectives au nu-proprétaire et à l'usufruitier est d'ordre public et ne peut être modifié conventionnellement. Ainsi, il n'est pas nécessaire d'inscrire le droit pour l'usufruitier de participer aux décisions collectifs puisque celui-ci est garanti par la loi.

275. Ces nouvelles règles s'appliquent à l'ensemble des sociétés, y compris aux sociétés anonymes, dans la mesure où il n'existe pas de disposition spéciale régissant la répartition du droit de participer aux décisions collectives entre l'usufruitier et le nu-proprétaire.

276. La répartition du droit de vote a également été précisé. La règle concernant les assemblées générales d'affectation du bénéfice n'a pas évolué et le droit de vote appartient toujours à l'usufruitier.

Pour les autres décisions, le droit de vote appartient toujours au nu-proprétaire. Cependant, l'usufruitier et le nu-proprétaire peuvent, sur le fondement de la loi nouvelle, « *convenir que le droit de vote sera exercé par l'usufruitier* ».

277. Le dernier alinéa de l'article 1844 du Code civil²⁴³ précise de manière expresse que les statuts peuvent déroger à l'octroi classique du droit de vote à l'usufruitier concernant les décisions d'affectation du bénéfice. Son silence concernant la possibilité pour le nu-proprétaire et l'usufruitier de convenir conventionnellement de la répartition du droit de vote pour toutes les autres décisions collectives, suppose que cette disposition est d'ordre public. Dès lors, les statuts ne peuvent ni interdire ni limiter la possibilité de convention entre le nu-proprétaire et l'usufruitier.

278. Ces dispositions ne s'appliquant pas aux sociétés anonymes puisqu'elles bénéficient d'un régime dérogatoire prévu à l'article L.225-110 du Code de commerce prévoyant que le droit de vote appartient à l'usufruitier dans les assemblées générales ordinaires et au nu-proprétaire dans les assemblées générales extraordinaires.

²⁴³ Al. 4 de l'art. 1844 du C.civ. : « *Les statuts peuvent déroger aux dispositions du deuxième alinéa et de la seconde phrase du troisième alinéa* ».

279. Conclusion. La répartition des droits politiques, appartenant à l'associé, entre le nu-proprétaire et l'usufruitier vient d'être clarifiée par la loi du 19 juillet 2019. Le législateur est venu préciser de manière expresse que le nu-proprétaire comme l'usufruitier avaient le droit de participer aux décisions collectives. La répartition du droit de vote a été précisé et la loi nouvelle consacre l'octroi de celui-ci à l'usufruitier concernant les décisions d'affectation du bénéfice et au nu-proprétaire pour les autres. Toutefois, elle précise que le nu-proprétaire et l'usufruitier peuvent convenir d'une autre répartition concernant les autres décisions. Les statuts de la société peuvent déroger à ces dispositions concernant le droit de vote lors des décisions d'affectation des bénéfices mais ils ne peuvent ni limiter ni interdire la possibilité d'une convention entre le nu-proprétaire et l'usufruitier.

280. Conclusion section. La question du démembrement de propriété pose une difficulté particulière qui n'est pas tranchée de manière claire par la jurisprudence ou par la législation. En effet, la qualité d'associé n'est ni expressément reconnue ni expressément refusée à l'usufruitier. La répartition, entre le nu-proprétaire et l'usufruitier, des droits politiques de l'associé a été source de nombreuses solutions jurisprudentielles et a été tranchée, très récemment, par le législateur. Toutefois, l'incertitude quant à la qualité d'associé de l'usufruitier pose une difficulté et les statuts de la société semblent devoir être rédigés avec précaution afin de préserver les prérogatives minimales du nu-proprétaire et de l'usufruitier.

281. Conclusion chapitre. L'ensemble de ces développements démontrent que l'application simultanée des règles du droit des régimes matrimoniaux et celles du droit des sociétés peut avoir, dans certaines hypothèses, des conséquences sur la répartition des prérogatives d'associés entre les époux. Durant la communauté, le principe d'autonomie bancaire joue un rôle important dans la mesure où il prive l'époux non associé de tout pouvoir dans les sociétés par actions. Cependant, les difficultés soulevées par le démembrement de propriété des titres sociaux ne sont pas liées à l'application des règles spécifiques au régime de la communauté légale mais son inhérente au mécanisme particulier de l'usufruit et sont identiques quelque soit le régime matrimonial.

L'articulation entre le droit des sociétés et le droit des régimes matrimoniaux va également avoir

d'importantes conséquences pour l'ensemble des événements intervenant au cours de la vie sociale.

CHAPITRE 2 - LES OPERATIONS SOCIETAIRES

282. La vie de la société est ponctuée d'évènements qui peuvent être soit obligatoires et récurrents soit exceptionnels et ponctuels mais sur lesquels le droit des régimes matrimoniaux va avoir un impact lorsque l'associé est marié sous le régime de la communauté légale. De manière périodique, à la fin de chaque exercice social, les associés vont être dans l'obligation de décider de l'affectation des bénéfices. La distribution de ces derniers va poser des difficultés quant à la nature juridique des dividendes et des réserves et à l'application des règles de la communauté légale (section 1). La société peut également, de manière exceptionnelle, procéder à une augmentation de capital, que ce soit par apport en numéraire ou par incorporation de réserves, les actions nouvelles en découlant devront alors être qualifiées (section 2).

SECTION 1 - LA DISTRIBUTION DES BENEFICES

283. A la fin de chaque exercice social, les associés ont l'obligation de voter, en assemblée générale, la répartition des bénéfices. Ainsi, ces derniers ont le choix entre plusieurs possibilités ; ils peuvent les verser en tant que dividendes, les capitaliser en les plaçant en réserves ou les placer en report à nouveau afin de purger des pertes antérieures.

Or, en matière de communauté légale, la distribution des bénéfices peut poser des difficultés, qu'il s'agisse de la distribution des bénéfices de l'exercice ; les dividendes (§1) ou des bénéfices accumulés ; les réserves (§2).

§1- LA DISTRIBUTION DES BENEFICES DE L'EXERCICE : LES DIVIDENDES

284. La distribution des dividendes à un époux marié sous le régime de la communauté légale suppose quelques précisions. Le droit de percevoir les dividendes par l'un ou l'autre des époux communs en biens (II) dépend de la qualification de ces derniers (I).

I. LES DIFFICULTES RELATIVES A LA NATURE JURIDIQUE DES DIVIDENDES

285. La nature particulière des dividendes a entraîné des difficultés eu égard à la détermination de leur nature juridique.

286. Le droit des biens oppose la notion de produit à celle de fruit. Selon le doyen Gérard Cornu, le produit représente « *ce qui est retiré d'un capital moyennant une diminution de substance et en dehors d'une exploitation régulière* »²⁴⁴ alors que le fruit correspond à des « *biens de toute sorte (sommes d'argent, biens en nature) que fournissent et rapportent périodiquement les biens frugivores (sans que la substance de ceux-ci soit entamée comme elle l'est par les produits)* »²⁴⁵.

287. La doctrine a toujours considéré que les dividendes devaient être qualifiés de fruits civils²⁴⁶. En assimilant la qualification des dividendes à celles des bénéfices puisque ces derniers constituent des fruits qui conservent ou perdent cette nature selon qu'ils sont distribués ou mis en réserves.

288. La Cour de cassation a rendu des décisions fondées sur cette théorie, mais en ne distinguant pas suffisamment le patrimoine de la société et celui des associés. En effet, les bénéfices sont les fruits de l'actif social qui appartiennent à la société alors que les dividendes sont ceux de titres sociaux et correspondent à une créance des associés sur la société.

Ainsi, les juges ont considéré que les dividendes étaient des fruits civils en déclarant que « *les bénéfices des sociétés commerciales, dans la mesure où, d'après les statuts, ils doivent être répartis périodiquement entre les ayant-droits, participent de la nature des fruits civils, auxquels il y a lieu de les assimiler, en ce qu'ils sont réputés s'acquérir jour par jour au cours de chaque exercice social* »²⁴⁷. C'est donc parce qu'ils doivent être répartis périodiquement que les bénéfices sont qualifiés de fruits civils.

²⁴⁴ Voir : G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, PUF, 12ème ed. 2017, p.815.

²⁴⁵ Voir : G. CORNU cité préc. p. 483.

²⁴⁶ C. HOUPIN et H. BOSVIEUX, *Traité des sociétés*, 6e éd., t. II, no 1399 ; E. THALLER et J. PERCEROU, *Traité élémentaire de droit commercial*, no 382 ; P. PIC, *Des sociétés commerciales*, 2 e éd., t. II, no 1179 ; F. LAURENT, *Principes de droit civil français*, VI, n o 402.

²⁴⁷ Voir : Cass. Civ., 21 octobre 1931 : DH, 1931, p. 553.

La Cour de cassation continue de qualifier les dividendes de fruits parce qu'ils sont une composante du bénéfice distribuable en déclarant « *que les sommes qui, faisant partie du bénéfice distribuable sont, soit en vertu des statuts, soit après décision de l'assemblée générale, réparties entre les actionnaires, participent de la nature des fruits* »²⁴⁸. Cependant, cette solution a été contestée dans la mesure où les dividendes ne réunissaient pas les critères de fixité et de périodicité traditionnellement demandés pour la qualification de fruit. En effet, certaines juridictions de fond ont expressément écarté cette qualification²⁴⁹ sur ce fondement.

289. Toutefois, la majorité de la doctrine²⁵⁰ considère que « *la fixité n'a jamais été une condition d'existence des fruits civils, pas plus qu'elle n'est une condition d'existence des autres fruits* »²⁵¹. En revanche, « *la périodicité est une caractéristique classique des fruits, ce qui explique que la Cour de cassation ait, dans ses décisions de principe, subordonné la qualification de fruit à son existence* »²⁵². La Cour de cassation a donc considéré que les bénéfices étaient des fruits dans la mesure où ils étaient répartis de manière périodique²⁵³, soit annuellement, à la fin de chaque exercice social et de la décision d'affectation des associés²⁵⁴.

290. Mais une partie de la doctrine considère que le critère de périodicité, qui n'est pas imposé par la loi, serait plus un indice qu'un critère²⁵⁵ qui permettrait de présumer que le revenu généré n'altère par la substance du bien, seul véritable critère caractéristique du fruit. Ainsi, la Cour de cassation affirme sans réserve et de manière récurrente que les dividendes « *participent à la nature de fruit* ». Cependant, elle ne précise pas à quelle catégorie de fruit les dividendes doivent être rattachés. En

²⁴⁸ Voir : Cass. Com. 5 octobre 1999, n° 97-17.377.

²⁴⁹ Voir : CA Paris, 15 novembre 1976, JCP 1979. II. 19129, obs. Evesque ; CA Versailles, 23 février 1990, Bull. Joly 1990.553 ; CA Montpellier, 22 mai 1997: « *les actions ne peuvent recevoir la qualification de choses frugifères, dès lors que les dividendes des actions, qui ne présentent pas le double caractère de périodicité et de fixité, ne peuvent être assimilés à des fruits civils, leur perception supposant l'existence de bénéfices, aléatoires et au montant indéterminé et une délibération de l'assemblée générale décidant de leur distribution* ».

²⁵⁰ Voir : BAUDRY-LACANTINERIE, *Traité théorique et pratique de droit civil*, t. 6, 3^e éd., 1896, VI, n° 517 ; C. AUBRY et C. RAU, *droit civil français*, t. IX, 6^e éd. par P. ESMEIN, 1953, t. II, n° 149.

²⁵¹ Voir : ZENATI, « L'usufruit de droits sociaux », *Répertoire de droits des sociétés*, Dalloz, n°342.

²⁵² Voir : ZENATI, cité supra., n°343.

²⁵³ Voir : Civ., 21 octobre 1931 : DH, 1931, p. 553.

²⁵⁴ Voir : CA Paris, 23 novembre 1979.

²⁵⁵ Voir : F. ZENATI et T. REVET, *Les biens*, 2^e éd., 1997, coll. droit fondamental, PUF n° 77 ; F. ZENATI, « La créance de dividendes n'existe que par la décision de l'assemblée générale de les distribuer » *RTD civ.*, 1991, n°362 ; S. PELLET, « Les bénéfices ne sont pas des fruits... de parts sociales », *Dr. et pat.*, 2009, n°182.

effet, le Code civil distingue trois sortes de fruits. D'une part, les fruits naturels qui sont « *le produit spontané de la terre* » et les fruits industriels qui « *sont ceux qu'on obtient par la culture* »²⁵⁶. Et d'autre part, les fruits civils qui sont « *les loyers des maisons, les intérêts des sommes exigibles, les arrérages des rentes* »²⁵⁷ et qui « *sont réputés s'acquérir jour par jour* »²⁵⁸.

291. Alors que dans un premier temps, la Cour de cassation a déclaré qu'il s'agissait de fruits civils²⁵⁹, elle semble finalement revenir en arrière en déclarant seulement que les dividendes « *participent de la nature des fruits* »²⁶⁰, et ce, de manière générique. Enfin, certains auteurs considèrent que la distinction entre les différentes catégories de fruits ne peut être transposable au droit des sociétés et notamment aux titres sociaux du fait de leur originalité²⁶¹.

II. LA PERCEPTION DES DIVIDENDES

292. La Cour de cassation s'est prononcée, dans un arrêt du 5 novembre 2014²⁶², sur la question de la perception des dividendes lorsque des époux mariés sous le régime de la communauté légale sont tous les deux associés.

En l'espèce, les deux époux étaient associés de la même société, mais l'épouse détenait une forte majorité des parts. La société avait distribué, pendant trois années consécutives, l'intégralité des dividendes à l'époux. L'épouse a alors assigné, à titre principal, la société et subsidiairement son époux en paiement des dividendes qui lui revenaient.

La Cour de cassation a considéré, d'une part, que seul l'associé pouvait recevoir les dividendes attachés à ses parts sociales (A) et d'autre part, qu'en l'absence d'accord de l'époux associé, la société engage sa responsabilité en versant les dividendes à l'autre époux (B).

²⁵⁶ Voir : art. 583 du Code civil : « les fruits naturels sont ceux qui sont le produit spontané de la terre. Le produit et le croît des animaux sont aussi des fruits naturels.

Les fruits industriels d'un fond sont ceux qu'on obtient par la culture ».

²⁵⁷ Voir : art. 584 du Code civil.

²⁵⁸ Voir : art. 586 du Code civil.

²⁵⁹ Voir : Cass. Civ., 21 octobre 1931 : DH, 1931, p. 553.

²⁶⁰ Voir : Com. 5 octobre 1999, n° 97-17.377.

²⁶¹ Voir : M. COZIAN, A. VIANDIER et F. DEBOISSY, Droit des sociétés, LexisNexis, ed. 31, 2018, n°483.

²⁶² Voir : Cass. Civ 1^{ère}, 5 novembre 2014, n°13-25.820.

A. L'obligation pour la société de distribuer les dividendes à l'époux associé

Cette solution jurisprudentielle (1) peut cependant poser différentes difficultés d'application (2).

1. La solution jurisprudentielle

293. Par principe, en droit des sociétés, le droit de percevoir les dividendes est rattaché à la qualité d'associé. En effet, celui-ci ne fait pas de distinction entre le droit aux dividendes et le droit à percevoir des dividendes.

294. Bien qu'il peut en être différemment dans certaines hypothèses, la Cour de cassation rappelle cette solution en cas de distribution de dividendes à des associés mariés sous le régime de la communauté légale. En effet, elle précise que « *l'associé a seul qualité pour percevoir les dividendes* » alors même que les parts sont qualifiées de biens communs.

Cette solution opère une distinction entre la propriété des parts, communes car acquises au cours du mariage, et les pouvoirs sur celles-ci. En effet, les deux époux sont propriétaires des parts, mais seule l'épouse associée a le droit aux dividendes du fait de sa qualité d'associé.

295. Il s'agit ici d'une dérogation au principe de gestion concurrente des biens communs²⁶³. Cette dernière permet à chacun des époux d'agir seul sur l'ensemble des biens communs, à charge de répondre des fautes commises dans la gestion. En l'espèce, dans la mesure où il s'agit de parts communes, la créance de l'associé sur la société est aussi commune et donc chaque époux devrait être autorisé à en recevoir le paiement. Cette exception peut être justifiée par le fait que la gestion concurrente puisse être écartée lorsque l'exercice des pouvoirs dépend d'une qualité particulière et personnelle à un époux, ici la qualité d'associé.

²⁶³ Voir : art. 1421 al.1 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 ».

Pour la plupart des auteurs²⁶⁴, il s'agit d'une solution logique eu égard au droit des sociétés dans la mesure où le droit de percevoir les dividendes est une prérogative essentielle de la qualité d'associé.

296. De plus, le partage des bénéfices fait partie intégrante de la définition de la société donnée par l'article 1832 du Code civil²⁶⁵. La solution de la Cour de cassation est donc totalement conforme à cette disposition, mais aussi à l'article 223 du Code civil qui reconnaît la libre perception et la libre disposition des revenus professionnels²⁶⁶. Les titres sociaux pourraient effectivement être qualifiés d'outils professionnels et les dividendes correspondre à la contrepartie de leur travail²⁶⁷.

297. Cependant, un auteur²⁶⁸ n'est pas convaincu par la solution rendue par la Cour de cassation. Selon lui, il conviendrait d'opérer une distinction entre la décision de procéder à la distribution des bénéfices et la perception des dividendes. Ainsi, la décision appartiendrait exclusivement à l'époux associé du fait de sa qualité, mais les deux époux pourraient percevoir les dividendes dans la mesure où les titres sont communs.

298. L'exclusion de la gestion concurrente ne devrait pas être totale et ne devrait pas être présente lorsque aucune décision n'est requise pour recevoir le paiement. En effet, si la décision d'affectation des bénéfices a déjà été votée par l'époux associé, l'autre époux devrait pouvoir percevoir le paiement des dividendes. Cette idée doit être rapprochée d'une solution de la Cour de cassation rendue en matière de remboursement de prêt. En effet, cette dernière a considéré que l'époux du prêteur « *avait pouvoir de recevoir le remboursement du prêt d'une somme présumée dépendre de la communauté* »²⁶⁹.

²⁶⁴ Voir : E. NAUDIN, « Seul l'époux associé a qualité pour percevoir les dividendes », Rev. sociétés, 2015, p. 190 ; R. MORTIER, « Seul l'époux associé a le droit de percevoir les dividendes issus des parts sociales communes », Dr. Sociétés, n°01, 2015, com. 1. ; B. DONDERO, « Ne versez pas à Monsieur le dividende dû à Madame... sauf si elle l'a autorisé », Gaz. Pal. n°27, 2015, p. 17. ; N. PETERKA, « Versement de dividendes à l'époux associé marié sous la communauté », EDPF, n°01, 2015, p.4.

²⁶⁵ Voir : art. 1832, al.1^{er}, du Code civil : « la société est instituée par deux ou plusieurs personnes qui conviennent par un contrat d'affecter à une entreprise commune des biens ou leur industrie en vue de partager le bénéfice ou de profiter de l'économie qui pourra en résulter ».

²⁶⁶ Voir : art. 223 du Code civil : « Chaque époux peut librement exercer une profession, percevoir ses gains et salaires et en disposer après s'être acquitté des charges du mariage ».

²⁶⁷ Voir : N. PETERKA, « Versement de dividendes à l'époux associé marié sous la communauté », EDPF, n°01, 2015, p.4.

²⁶⁸ Voir : V. ZALEWSKI, « Versement de dividendes en cours de communauté et pouvoir des époux » RLDC, n°122, 2015.

²⁶⁹ Voir : Cass. Civ. 1^{ère}, 31 janvier 2006, n°03-19.630.

De la même manière, la Cour de cassation aurait donc pu considérer que l'époux non associé avait le pouvoir de recevoir le paiement des dividendes dans la mesure où les parts sociales étaient communes.

2. Les difficultés d'application

299. En dehors des appréciations personnelles des différents auteurs, cette solution pose certaines difficultés d'application.

300. Tout d'abord, cette solution pose un problème quant au choix de son fondement. En effet, la Cour de cassation a rendu cette décision au visa de l'article 1832-2 du Code civil. Or, comme le souligne la doctrine²⁷⁰, cet article concerne l'attribution de la qualité d'associé et la possibilité de revendication par l'autre époux, mais nullement le droit de percevoir les dividendes. Ainsi, le fondement de cette solution n'est pas adapté.

301. Un autre auteur²⁷¹ considère que les juges auraient dû se fonder sur le droit du paiement pour rendre cette solution. En effet, après la décision de distribution, les dividendes sont une créance de l'associé sur la société. Or, l'article 1342-2 du Code civil²⁷² prévoit que le paiement doit être fait au créancier ou à celui qui a le pouvoir de le recevoir, mais dans le cas où le paiement est fait à une autre personne, il reste valable si le créancier le ratifie ou s'il en profite²⁷³. De ce fait, il est logique que les dividendes doivent être versés à l'associé, et ce eu égard aux règles de droit des sociétés, mais aussi aux règles relatives au paiement, les règles du droit des régimes matrimoniaux intervenant ultérieurement. La société débitrice doit donc honorer sa dette auprès du seul créancier qu'elle connaît soit l'associé. Cependant, l'article 1342-2 du Code civil prévoit la possible

²⁷⁰ Voir : A. RABREAU, « Epoux communs en biens et coassociés : précisions sur le versement des dividendes », *Bull. Joly Sociétés*, n°03, 2015, p.119.

²⁷¹ Voir : R. LICHABER, « Qui a la qualité pour percevoir un paiement ? Le cas des époux communs en biens », *Rev. Contrats*, n°02, 2015, p. 257.

²⁷² Correspond à art. 1239 ancien du Code civil.

²⁷³ Voir : art. 1342-2 du Code civil: « *Le paiement doit être fait au créancier ou à la personne désignée pour le recevoir. Le paiement fait à une personne qui n'avait pas qualité pour le recevoir est néanmoins valable si le créancier le ratifie ou s'il en a profité.*

Le paiement fait à un créancier dans l'incapacité de contracter n'est pas valable, s'il n'en a tiré profit ».

intervention d'éléments de complication que sont la représentation et le profit tiré du paiement.

302. Enfin, cette solution, rendue par la Cour de cassation, pose une difficulté quant à son application aux sociétés par actions. Dans la mesure où les juges se sont fondés sur l'article 1832-2 du Code civil qui n'est pas applicable aux parts négociables.

Sur ce point, la doctrine²⁷⁴ semble être d'accord pour admettre que la même solution doit être retenue en cas de parts sociables négociables. Dans la mesure où le droit des sociétés ne fait aucune différence selon la forme de la société pour affirmer que le droit de percevoir les dividendes est une prérogative de la qualité d'associé. Mais également parce que dans la mesure où les actions sont inscrites en compte, l'autonomie bancaire prévue à l'article 221 du Code civil impose à la société de ne reconnaître que le titulaire du compte, peu importe la propriété.

Ainsi, bien que son fondement ne soit pas pertinent, la solution selon laquelle seul l'époux associé a le droit de percevoir les dividendes doit être approuvée au regard des règles du droit des sociétés.

B. La nécessité d'un accord de l'époux associé sous peine d'engagement de la responsabilité de la société

303. Dans sa solution, la Cour de cassation précise que la Cour d'appel aurait dû rechercher « *si l'épouse avait donné son accord pour que ces dividendes soient versés entre les mains de son conjoint* ».

Ainsi, les juges semblent admettre que la distribution à l'époux commun en biens est possible sous la condition que l'époux associé ait donné son accord.

304. Dès lors, dans le cas où l'époux associé n'a pas donné son accord au versement des dividendes de son époux, la société n'est pas libérée par le paiement fait et peut donc voir sa responsabilité engagée. En effet, la Cour de cassation rappelle que le paiement des dividendes n'est libératoire

²⁷⁴ Voir : E. NAUDIN, « Seul l'époux associé a qualité pour percevoir les dividendes », *Rev. sociétés*, 2015, p. 190. ; R. MORTIER, « Seul l'époux associé a le droit de percevoir les dividendes issus des parts sociales communes », *Dr. Sociétés*, n°01, 2015, com. 1.

que s'il est fait dans les mains du créancier, soit l'associé.

Cette solution est donc conforme à l'article 1342-2 du Code civil qui dispose que le paiement doit être fait au créancier ou à celui qui est désigné pour le recevoir. Suivant cet article, la personne désignée doit l'être par un mandat de recevoir les fonds.

305. Seulement, la Cour de cassation ne précise pas la forme que doit prendre l'accord donné par l'associé. Il restera donc aux juges de déterminer quelle forme doit prendre cet accord, s'il doit être express ou s'il peut être tacite, et à quelle personne, la société ou le conjoint, il doit être adressé.

A défaut de cet accord, le paiement effectué par la société à l'époux non associé n'est pas libératoire. Ainsi, la société sera condamnée à payer les sommes dues, correspondant au montant des dividendes et elle pourra ensuite se retourner contre l'époux non associé.

Dans la mesure où la Cour de cassation a renvoyé l'affaire, ce sera à la Cour d'appel de renvoi de rechercher si l'épouse associée avait donné son accord et de préciser la sanction à retenir à l'encontre de la société à défaut.

306. Conclusion. La nature juridique des dividendes a été délicate à déterminer. Après différentes solutions contraires, la jurisprudence a considéré qu'ils ne pouvaient être qualifiés de fruits civils mais qu'ils participaient à la nature des fruits. Dès lors, les dividendes issues de titres communs doivent être qualifiés de biens communs. En revanche, la jurisprudence considère que la société ne peut, même s'ils ont un caractère commun, les verser qu'à l'époux associé. A défaut, elle doit obtenir l'accord de l'associé sous peine de voir engager sa responsabilité.

La qualification des bénéfices au regard des règles des régimes matrimoniaux est délicate en raison de la difficulté à déterminer la nature juridique des dividendes mais également des réserves.

§2 - LA DISTRIBUTION DES BÉNÉFICES ACCUMULÉS : LES RÉSERVES

307. Les sommes distribuées aux associés peuvent prendre leur origine dans différentes sources.

En effet, la société peut décider de distribuer des dividendes prélevés sur les réserves. Cette pratique est légalement autorisée par le second alinéa de l'article L.232-11 du Code de commerce²⁷⁵ qui dispose « *l'assemblée générale peut décider la mise en distribution de sommes prélevées sur les réserves dont elle a la disposition* ». La mise en place de ces réserves peut dépendre, dans certaines formes sociales, de la loi²⁷⁶, mais peut également être prévue par les statuts.

La question est alors de savoir à qui reviennent ces sommes prélevées sur les réserves. En effet, la détermination de la nature juridique de ces sommes (I) va entraîner différentes conséquences notamment en matière de communauté (II).

I. LA NATURE JURIDIQUE DES RESERVES

308. La détermination de la nature juridique des réserves a été très discutée en doctrine notamment dans le contentieux lié à la perception des dividendes prélevés sur les réserves en cas de démembrement de propriété.

309. En effet, de la nature juridique dépend le bénéficiaire des réserves. La distribution des sommes prélevées sur les réserves peut être qualifiée de distribution de dividendes et donc de revenus qui augmenteront la masse de la communauté. Au contraire, si cette distribution est qualifiée d'attribution de capital, les sommes distribuées viendront accroître les actions propres et seront donc propres.

²⁷⁵ Art. L.232-11 du Code de commerce : « *Le bénéfice distribuable est constitué par le bénéfice de l'exercice, diminué des pertes antérieures, ainsi que des sommes à porter en réserve en application de la loi ou des statuts, et augmenté du report bénéficiaire.*

En outre, l'assemblée générale peut décider la mise en distribution de sommes prélevées sur les réserves dont elle a la disposition. En ce cas, la décision indique expressément les postes de réserve sur lesquels les prélèvements sont effectués. Toutefois, les dividendes sont prélevés par priorité sur le bénéfice distribuable de l'exercice.

Hors le cas de réduction du capital, aucune distribution ne peut être faite aux actionnaires lorsque les capitaux propres sont ou deviendraient à la suite de celle-ci inférieurs au montant du capital augmenté des réserves que la loi ou les statuts ne permettent pas de distribuer.

L'écart de réévaluation n'est pas distribuable. Il peut être incorporé en tout ou partie au capital ».

²⁷⁶ Voir : art. L.232-10 du Code de commerce : « *A peine de nullité de toute délibération contraire, dans les sociétés à responsabilité limitée et les sociétés par actions, il est fait sur le bénéfice de l'exercice, diminué, le cas échéant, des pertes antérieures, un prélèvement d'un vingtième au moins affecté à la formation d'un fonds de réserve dit " réserve légale* ».

Ce prélèvement cesse d'être obligatoire, lorsque la réserve atteint le dixième du capital social ».

Pendant longtemps, plusieurs thèses doctrinales s'affrontaient (A) avant que la jurisprudence ne tranche la question en validant une théorie doctrinale (B).

A. Les différentes thèses doctrinales

310. Sur la question de la qualification des réserves, la doctrine est très partagée. En effet, certains auteurs considèrent que les sommes prélevées sur les réserves doivent être qualifiées de fruits à l'instar des dividendes distribués sur les bénéfices de l'exercice (1), alors que d'autres estiment qu'en vertu d'une capitalisation, les sommes mises en réserve doivent être qualifiés de produit (2)²⁷⁷.

1. Les sommes prélevées sur les réserves qualifiées de fruit

311. Une partie de la doctrine²⁷⁸ considère que les dividendes doivent être considérés comme des fruits quelle que soit leur origine, qu'ils proviennent donc des bénéfices de l'exercice ou des bénéfices mis en réserves précédemment.

312. Dans la mesure où le critère de périodicité des fruits n'est pas légalement imposé et qu'il n'est pas inhérent aux fruits, seuls les critères de production et d'absence d'altération de la substance du bien seraient à prendre en compte.

313. Le critère de production prend ici la forme de la distribution de dividendes par la décision d'affectation des bénéfices votée par l'assemblée générale des associés. Comme la Cour de cassation l'a rappelé à plusieurs reprises, c'est cette décision qui fait naître juridiquement les dividendes²⁷⁹.

²⁷⁷ Une dernière thèse, soutenue par une partie de la doctrine et consacrée par la jurisprudence, sera développée dans le B de cette partie.

²⁷⁸ Voir notamment : R. MORTIER et Y. KERAMBRUN, « Pourquoi les réserves distribuées sont à l'usufruitier et à lui seul ! », *JCP N*, 2009, n°37, 1264.

²⁷⁹ Voir : Cass. Com. 23 octobre 1984, n°82-12386, confirmé par Cass. Com. 10 février 2009, n° 07-21806: « *les bénéfices réalisés par une société ne participent de la nature des fruits que lors de leur attribution sous forme de dividendes, lesquels n'ont pas d'existence juridique avant l'approbation des comptes de l'exercice par l'assemblée générale, la constatation par celle-ci de l'existence de sommes distribuables et la détermination de la part qui est attribuée à chaque associé* ».

Enfin, le principal critère permettant de qualifier un bien de fruit est l'absence d'altération du bien le produisant. En effet, à l'inverse du produit, le fruit n'entame pas la substance de la chose.

Or, ces auteurs considèrent que les dividendes doivent être qualifiés de fruits dans la mesure où ils n'altèrent pas la substance des titres sociaux. Selon eux, la substance des titres sociaux correspond au capital social et donc, pour chaque titre à la valeur nominale. En effet, ils considèrent que « *sans capital social, il n'est jamais de titre de capital, actions comme parts sociales* »²⁸⁰, et de ce fait que la substance d'un titre de capital est nécessairement le capital social. Dans la mesure où le titre de capital peut exister sans bénéfices ou sans réserves, mais qu'il ne le peut pas sans capital social.

314. Dès lors, toute distribution de bénéfice, qu'elle soit faite sur les bénéfices de l'exercice ou ceux mis en réserve, n'altérant pas le capital social, soit la substance des titres sociaux doit être considérée comme une distribution de dividendes. Ainsi, les sommes distribuées doivent être qualifiées de fruits.

2. Les sommes prélevées sur les réserves qualifiées de produit

315. A l'inverse, une partie de la doctrine considère que les réserves doivent être qualifiées de « quasi-capital ». Ainsi, « *l'assimilation des réserves à un quasi-capital place le débat juridique qui accompagne leur distribution non plus sur le terrain des fruits, mais sur celui des produits (...). Parce qu'une distribution de réserves diminue les capitaux propres de la société, elle en altère forcément la substance. En conséquence, c'est bien au nu-proprétaire, et non à l'usufruitier, qu'il convient de servir le dividende correspondant* »²⁸¹.

Selon cette hypothèse, les sommes distribuées et prélevées sur les réserves doivent être qualifiées de produits dans la mesure où elles altèrent la substance même des capitaux propres.

316. Cette solution se base sur la thèse de Labbé²⁸² qui considère que la mise en réserve des bénéfices se fait en vertu d'une « *capitalisation [qui] n'est pas effacée* » et donc d'une

²⁸⁰ Voir : R. MORTIER et Y. KERAMBRUN cité supra, n°20.

²⁸¹ Voir : R. GENTILHOMME, « La société civile de gestion de valeurs mobilières », *Defrénois* 1995 art. 36163.

²⁸² Voir : Labbé, note sous Cass. req., 14 mars 1877 ; S.1878, 1.

capitalisation irréversible. Ainsi, la seule mise en réserve des bénéfices les intégrerait dans le capital.

317. Cependant, la thèse de la capitalisation irréversible connaît deux exceptions. D'une part, l'assemblée générale pourrait décider, par sa seule volonté, de qualifier les réserves distribuées de fruits et non produits. Et ce, afin de « lisser » les dividendes, notamment par une clause d'intérêt fixe insérée dans les statuts qui permet à la société de verser des fonds réguliers aux associés, y compris en l'absence de bénéfices et de réserves libres. Cette idée s'est étendue puisqu'en 1907, un auteur a précisé que « *mais si, pendant les années malheureuses, elle [la société] juge bon d'utiliser ces fonds de réserve afin de maintenir et de régulariser le taux des dividendes c'est bien encore du capital qu'elle versera aux actionnaires, non plus alors comme capital, mais à titre de revenu annuel et pour en tenir lieu. Il n'y a pas là, remarquons-le, une métamorphose juridique inexplicable ; dans un cas comme dans l'autre, c'est toujours du capital qui sera distribué, mais avec une destination et un but différents* »²⁸³. Seulement, l'importance donnée à la volonté de l'assemblée générale crée un critère subjectif et donc incertain. Ainsi, une partie des auteurs contemporains ont abandonné cette exception et ne conserve que le principe selon lequel l'usufruitier a le droit aux dividendes puisqu'il s'agit de fruit et le nu-proprétaire aux sommes prélevées sur les réserves considérées comme des produits.

Entre ce deux courants, une troisième théorie été soutenue par une partie de la doctrine et a été validée par la Cour de cassation.

B. Les solutions jurisprudentielles

318. La Cour de cassation s'est enfin prononcée sur la question de la nature des réserves. Elle a considéré, dans deux décisions différentes, que les réserves devaient être qualifiées de produit. Seulement, ces deux décisions ont été rendues par deux chambres différentes qui ne tirent pas les mêmes conséquences de cette qualification.

²⁸³ Voir : H. BOSVIEUX, « Du caractère des fonds de réserves extraordinaires vis-à-vis de l'usufruitier et de la communauté d'acquêts », *Journ. Sociétés*, 1907, p.184.

319. Dans un premier temps, par un arrêt du 27 mai 2015²⁸⁴, la Chambre commerciale a considéré que les réserves devaient être qualifiées de produit et qu'un report de l'usufruit sur les sommes distribuées devait être apprécié.

Ainsi, elle a estimé que « *dans le cas où la collectivité des associés décide de distribuer un dividende par prélèvement sur les réserves, le droit de jouissance de l'usufruitier de droits sociaux s'exerce, sauf convention contraire entre celui-ci et le nu-propiétaire, sous la forme d'un quasi-usufruit, sur le produit de cette distribution revenant aux parts sociales grevées d'usufruit, de sorte que l'usufruitier se trouve tenu, en application du premier des textes susvisés, d'une dette de restitution exigible au terme de l'usufruit* ».

320. De ce fait, la Cour de cassation opère une distinction de nature selon l'origine des sommes distribuées. Lorsqu'elles sont distribuées comme dividendes et correspondent au bénéfice de l'exercice, elles doivent être qualifiées de fruit. *A contrario*, lorsqu'elles sont prélevées sur les réserves, les sommes doivent être qualifiées de produit.

Dès lors, les juges considèrent que l'usufruitier n'est pas bénéficiaire de ces sommes conformément à l'article 578 du Code civil²⁸⁵ puisque les produits altèrent par nature la substance de la chose. Ainsi, ils estiment que le nu-propiétaire est le bénéficiaire de ces sommes et que l'usufruitier ne dispose que d'un quasi-usufruit sur ces dernières au sens de l'article 587 du Code civil²⁸⁶.

321. Un quasi-usufruit est défini comme « *un droit équivalent à l'usufruit qui porte sur des choses consommables par le premier usage et, pour cette raison, confère à son titulaire la faculté de les consommer ou de les aliéner, à charge de restituer à la fin de l'usufruit soit des choses de même quantité et qualité, soit leur valeur estimée à la date de restitution* »²⁸⁷. Ainsi, dans la mesure où les dividendes sont des sommes d'argent et donc des choses consommables, l'usufruitier aura le

²⁸⁴ Voir : Cass. Com. 27 mai 2015, n°14-16.246.

²⁸⁵ Art. 578 du Code civil : « *L'usufruit est le droit de jouir des choses dont un autre a la propriété, comme le propriétaire lui-même, mais à la charge d'en conserver la substance* ».

²⁸⁶ Art. 587 du C.civ : « *Si l'usufruit comprend des choses dont on ne peut faire usage sans les consommer, comme l'argent, les grains, les liqueurs, l'usufruitier a le droit de s'en servir, mais à la charge de rendre, à la fin de l'usufruit, soit des choses de même quantité et qualité soit leur valeur estimée à la date de la restitution* ».

²⁸⁷ Voir : G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, PUF, 12ème ed. 2017, p.830.

droit à un quasi-usufruit.

Ainsi, l'usufruitier recevra directement les sommes distribuées et prélevées sur les réserves, à charge pour lui de restituer ces sommes à l'extinction de l'usufruit.

322. Cette solution se fonde sur une théorie soutenue par une partie de la doctrine²⁸⁸, mais qui ne fait pas l'unanimité. En effet, certains auteurs²⁸⁹ estiment que la Cour de cassation n'apporte pas de fondement légal à cette solution, mais vient seulement affirmer l'existence d'un quasi-usufruit. Il s'agirait d'une solution d'opportunité visant à se conformer une certaine pratique. La solution du quasi-usufruit satisfait, en effet, tant l'usufruitier qui recevra les sommes au moment de leur distribution que le nu-proprétaire qui en bénéficiera au moment de l'extinction de l'usufruit.

Cette solution a été confirmée par la Chambre commerciale dans son arrêt du 24 mai 2016²⁹⁰ qui reprend l'énoncé de la solution de 2015.

323. Dans un second temps, la première Chambre civile de la Cour de cassation a eu à se poser la question de la nature des réserves. Elle a ainsi estimé dans son arrêt du 22 juin 2016²⁹¹ que « *si l'usufruitier a droit aux bénéfices distribués, il n'a aucun droit sur les bénéfices qui ont été mis en réserve lesquels constituent l'accroissement de l'actif social et reviennent en tant que tel au nu-proprétaire* ».

En considérant que les sommes distribuées et prélevées sur les réserves appartiennent au nu-proprétaire, les juges laissent entendre que ces dernières ont la nature de produit et non de fruit. Ainsi, la qualification des réserves correspond à celle donnée dans la solution de la Chambre commerciale du 27 mai 2015.

²⁸⁸ Voir : notamment : P. JULIEN SAINT-AMAND, *Mémento Patrimoine*, Francis Lefebvre, 2015/2016, n°3272 ; R. GENTILHOMME « Démembrement de droits sociaux, distribution de réserves et quasi-usufruit », *Défrenois*, 2015, n°13-14, p.744 ; P. SAUTAI, « L'usufruit des valeurs mobilières », *Dalloz*, 1925, p. 34 ; J. COCARD, « L'usufruit des actions et des obligations », *Imprimerie de l'Anjou*, 1938, p. 54.

²⁸⁹ Voir notamment : R. MORTIER, « Abracadabra ! De l'usufruit sur droits sociaux au quasi-usufruit sur dividendes », *Bull. Joly*, 2015, n°09, p.409.

²⁹⁰ Voir : Cass. Com. 24 mai 2016, n°15-17.788.

²⁹¹ Voir : Cass. Civ. 1^{ère}, 22 juin 2016, n° 15-19.471.

324. Seulement, la solution lapidaire de la première Chambre civile pose une difficulté d'interprétation. En effet, alors qu'une partie de la doctrine²⁹² pense que cette solution n'est pas contraire à celle de la Chambre commerciale dans la mesure où lorsqu'elle énonce que les sommes prélevées sur les réserves « *reviennent en tant que tel au nu-proprétaire* » elle estimerait que « *le nu-proprétaire en est le bénéficiaire ultime : même si l'usufruitier dispose d'un quasi-usufruit sur les sommes distribuées, c'est à charge de restituer ces sommes au nu-propriétaire au terme de l'usufruit, si bien que le « bénéficiaire final » de la distribution est bien le nu-proprétaire* »²⁹³. Cet auteur considère donc que la Cour de cassation sous-entendrait l'existence d'un quasi-usufruit.

325. Cependant, une autre partie de la doctrine²⁹⁴ considère que la solution rendue par la première Chambre civile est incompatible avec celle de la Chambre sociale et qu'il s'agirait donc d'un revirement de jurisprudence ou d'une divergence d'opinion entre les deux chambres.

Selon ces auteurs, la première Chambre civile se fonde ici sur la thèse de la capitalisation irréversible en considérant que « *les bénéfices qui ont été mis en réserve [...] constituent l'accroissement de l'actif social* » pour admettre que les réserves ont la nature de produit.

326. Or, cette thèse connaît différentes critiques. D'une part, par l'utilisation du terme « actif social » qui, bien que non défini législativement, apparemment dans différents textes sous la forme « d'actif ». Cette notion correspond « *à l'ensemble des biens et des droits composant le patrimoine d'une société, civile ou commerciale, à un instant donné, par opposition au passif social* »²⁹⁵. Or, la référence à cette notion par la Cour de cassation semble étrange dans la mesure où les capitaux propres et les réserves apparaissent au passif du bilan. D'autre part, la critique la plus importante repose sur le fait que les juges énoncent que l'usufruitier n'a aucun droit sur les bénéfices mis en réserves et sous-entendent donc que ce droit appartient au nu-proprétaire. Ainsi, la première Chambre civile semble raisonner comme si ces sommes étaient détenues par les associés

²⁹² Voir : P. JULIEN SAINT-AMAND, « Droits sociaux démembrés et distribution de réserves : la Cour de cassation se prononce à nouveau », *Solution Notaires*, n°198, 2016, p.14.

²⁹³ Voir : P. JULIEN SAINT-AMAND, cité supra.

²⁹⁴ Voir : J. LAURENT, « En cas d'usufruit de droits sociaux, qui, de l'usufruitier et du nu-proprétaire, peut être attributaire des fonds provenant de réserves ? », *JCP G*, n°39, 2016, 1005 ; H. HOVASSE, « Bénéfices distribués et bénéfices mis en réserve », *Dr. sociétés*, n°8-9, 2016, com. 141 ; S. LE NORMAND-CAILLERE « Le sort des dividendes en présence d'un usufruit sur les titres sociaux », *JCP N*, n°39, 2016, 1289.

²⁹⁵ Voir : B. BRIGNON, « L'actif social, Plaidoyer pour la reconnaissance de la notion », *PUAM*, 2009, § 17, p. 25.

directement. Or, une jurisprudence constante²⁹⁶ considère que seule la décision d'affectation de l'assemblée générale fait naître la créance dans le patrimoine des associés. Avant celle-ci, les sommes n'ont pas d'existence juridique et donc pas de nature juridique et sont la propriété de la société. Ainsi, il n'est pas juridiquement possible d'énoncer que seuls les bénéfices mis en réserves constituent l'accroissement de l'actif net.

Que les deux Chambres donnent ou non des solutions contradictoires n'importe peu en l'espèce, dans la mesure où elles qualifient toutes les deux les sommes mises en réserve de produit. De ce fait, elles considèrent qu'il s'agit d'une distribution de capital.

II. LES CONSEQUENCES PRACTIQUES DE LA QUALIFICATION DE RESERVES

327. La qualification des réserves, par la Cour de cassation, comme produit et donc comme capital a des conséquences importantes eu égard aux règles du droit des régimes matrimoniaux (A), par ailleurs, l'exception prévue par ces décisions pose des difficultés d'interprétation (B).

A. Conséquences sur le régime de la communauté légale

328. Dans la mesure où les sommes distribuées et prélevées sur les réserves sont qualifiées de produit, les réserves sont assimilées à du capital. Cette solution a de fortes conséquences en matière de communauté légale.

329. Dans l'hypothèse de titres sociaux détenus en propre par un des époux, la mise en réserve des bénéfices correspond à une augmentation de la valeur des parts propres qui ne rentre pas, à terme, dans la communauté.

En effet, l'article 1401 du Code civil prévoit « *la communauté se compose activement des acquêts faits par les époux ensemble ou séparément durant le mariage, et provenant tant de leur industrie personnelle que des économies faites sur les fruits et revenus de leurs biens propres* ». Ainsi, alors que les fruits et revenus d'un bien propre entre dans la masse de la communauté, les produits de

²⁹⁶ Voir : Cass. Com. 10 février 2008, n°07-21.806.

ces derniers restent propres.

Dès lors, l'augmentation de la valeur du titre social correspond à un « *accroissement* » du bien au sens de l'article 1406 du Code civil²⁹⁷. De ce fait, les sommes distribuées à l'époux associé et prélevées sur les réserves restent propres.

330. Ainsi, dans l'hypothèse où l'époux est l'associé majoritaire de la société, il peut décider par la décision d'affectation des bénéfices si ces derniers vont entrer ou non dans la communauté. S'il décide de distribuer les bénéfices de l'exercice, les dividendes reviendront à la communauté, mais s'il décide de les mettre en réserve, et ce même pour un exercice, les sommes distribuées resteront propres. Dès lors, certains ont estimé qu'il était « *assez dramatique que la Cour de cassation ait inventé [...] la machine à siphonner la communauté* »²⁹⁸.

Une protection de la communauté doit donc être possible afin d'empêcher l'époux associé de « détourner » les sommes distribuées par l'utilisation de l'abus de droit. Cependant, deux hypothèses très différentes doivent être appréciées.

331. D'une part, le cas où les intérêts des époux sont convergents, c'est-à-dire si la décision d'affectation des bénéfices a été prise contre la volonté de l'époux associé minoritaire. Dès lors, les époux peuvent se fonder sur l'abus de majorité pour faire annuler une décision d'affectation prise par les organes de décision. Selon la Cour de cassation, « *il y a abus de majorité lorsque la résolution litigieuse est prise contrairement à l'intérêt social et dans l'unique dessein de favoriser les membres de la majorité au détriment de ceux de la minorité* »²⁹⁹. De ce fait, les époux doivent donc prouver qu'il y a une contrariété à l'intérêt social, mais également une rupture de l'intérêt commun. Les juges interprètent la mise en réserve des bénéfices de manière pragmatique et statuent en fonction des éléments de faits et se fondant notamment sur « *la politique suivie par la société,*

²⁹⁷ Art. 1406 du Code civil : « *forment des propres, sauf récompense s'il y a lieu, les biens acquis à titre d'accessoires d'un bien propre ainsi que les valeurs nouvelles et autres accroissements se rattachant à des valeurs mobilières propres* ».

²⁹⁸ Voir : R. MORTIER, « Abracadabra ! De l'usufruit sur droits sociaux au quasi-usufruit sur dividendes », *Bull. Joly*. 2015, n°09, p. 409.

²⁹⁹ Voir : Cass. Com. 18 avril 1961.

les objectifs recherchés par les associés »³⁰⁰. Enfin, si l'abus de majorité est démontré les époux peuvent obtenir des dommages et intérêts sur le fondement de l'action en responsabilité de l'article 1240 du Code civil³⁰¹ dirigée contre les associés majoritaires, mais également l'annulation de la délibération abusive sur le fondement de l'article 1844-10 du Code civil³⁰² intentée contre la société.

332. D'autre part, la situation où l'époux associé est majoritaire et qu'il décide la mise en réserve systématique des bénéfices afin de s'attribuer définitivement les bénéfices de la société en propre. L'époux non associé lésé peut alors se fonder sur la théorie de la fraude en régime de communauté. Il peut demander au juge le dessaisissement de son conjoint lorsqu'il « *met en péril les intérêts de la famille [...] en dissipant ou détournant les revenus qu'il tire [de ses propres]* » selon l'article 1429 du Code civil³⁰³.

333. Par ailleurs, la communauté peut demander à obtenir une récompense selon la situation. Elle peut se fonder sur l'article 1403 du Code civil³⁰⁴ pour recevoir une récompense « *à la dissolution de la communauté pour les fruits que l'époux a négligé de percevoir ou a consommés frauduleusement* » ou sur l'article 1437 du Code civil³⁰⁵ si l'époux associé a tiré un enrichissement

³⁰⁰ Voir : M. COZIAN ; A. VIANDIER ; F. DEBOISSY, *Droit des sociétés*, LexisNexis, ed. 31, 2018, n°587.

³⁰¹ Art. 1420 du Code civil : « *Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer* ».

³⁰² Art. 1844-10 du Code civil : « *La nullité de la société ne peut résulter que de la violation des dispositions des articles 1832, 1832-1, alinéa 1er, et 1833, ou de l'une des causes de nullité des contrats en général. Toute clause statutaire contraire à une disposition impérative du présent titre dont la violation n'est pas sanctionnée par la nullité de la société, est réputée non écrite.*

La nullité des actes ou délibérations des organes de la société ne peut résulter que de la violation d'une disposition impérative du présent titre ou de l'une des causes de nullité des contrats en général ».

³⁰³ Art. 1429 du Code civil : « *Si l'un des époux se trouve, d'une manière durable, hors d'état de manifester sa volonté, ou s'il met en péril les intérêts de la famille, soit en laissant dépérir ses propres, soit en dissipant ou détournant les revenus qu'il en retire, il peut, à la demande de son conjoint, être dessaisi des droits d'administration et de jouissance qui lui sont reconnus par l'article précédent. Les dispositions des articles 1445 à 1447 sont applicables à cette demande.*

A moins que la nomination d'un administrateur judiciaire n'apparaisse nécessaire, le jugement confère au conjoint demandeur le pouvoir d'administrer les propres de l'époux dessaisi, ainsi que d'en percevoir les fruits, qui devront être appliqués par lui aux charges du mariage et l'excédent employé au profit de la communauté.

A compter de la demande, l'époux dessaisi ne peut disposer seul que de la nue-propriété de ses biens.

Il pourra, par la suite, demander en justice à rentrer dans ses droits, s'il établit que les causes qui avaient justifié le dessaisissement n'existent plus ».

³⁰⁴ Art. 1403 du Code civil : « *Chaque époux conserve la pleine propriété de ses propres.*

La communauté n'a droit qu'aux fruits perçus et non consommés. Mais récompense pourra lui être due, à la dissolution de la communauté, pour les fruits que l'époux a négligé de percevoir ou a consommés frauduleusement, sans qu'aucune recherche, toutefois, soit recevable au-delà des cinq dernières années ».

³⁰⁵ Art. 1437 du Code civil : « *Toutes les fois qu'il est pris sur la communauté une somme, soit pour acquitter les dettes ou charges personnelles à l'un des époux, telles que le prix ou partie du prix d'un bien à lui propre ou le rachat des*

notamment par une rétention excessive des bénéfices entraînant une plus-value des parts sociales propres.

334. Ainsi, les solutions rendues par la Cour de cassation considérant que les sommes prélevées sur les réserves doivent être qualifiées de produit puisque les réserves elles-mêmes font partie du capital ont une incidence sur le régime de la communauté légale. En effet, les bénéfices mis en réserves n'entrent plus dans la communauté et restent des propres à l'époux associé. Dès lors, l'époux non associé peut se protéger des abus de droit par la théorie de la fraude. Cependant, ces solutions ont prévu une exception à travers la possibilité d'une « *convention contraire entre [l'usufruitier] et le nu-proprétaire* »³⁰⁶ qu'il est difficile d'interpréter.

B. Possibilité d'une convention contraire

335. La solution de la Cour de cassation du 27 mai 2015 prévoit la possibilité d'une « *convention contraire entre [l'usufruitier] et le nu-proprétaire* ». Cette solution s'aligne sur une pratique courante soutenue par l'administration fiscale qui admet l'opposabilité des conventions de répartition des résultats³⁰⁷. En effet, l'administration fiscale précise « *lorsqu'un acte ou une convention antérieure à la clôture de l'exercice confère aux associés des droits différents dans les bénéfices sociaux, la base d'imposition de chacun d'eux est alors déterminée en tenant compte des stipulations de cet acte ou de cette convention* ». Seulement, cette instruction fiscale n'a aucune valeur en droit civil. Ainsi, cette exception a été critiquée par différents auteurs³⁰⁸ sur plusieurs points.

336. Dans un premier temps, une partie de la doctrine soulève le fait que, même si la Cour de cassation a admis la possibilité d'une convention contraire entre le nu-proprétaire et l'usufruitier, l'article 578 du Code civil est d'ordre public. Dès lors, la qualification des réserves ne devrait pas

services fonciers, soit pour le recouvrement, la conservation ou l'amélioration de ses biens personnels, et généralement toutes les fois que l'un des deux époux a tiré un profit personnel des biens de la communauté, il en doit la récompense ».

³⁰⁶ Voir : Cass. Com. 27 mai 2015, n°14-16.246.

³⁰⁷ Voir : BOI-BIC-CHAMP-70-20-10-20-20120912.

³⁰⁸ Voir : R. MORTIER, « Abracadabra ! De l'usufruit sur droits sociaux au quasi-usufruit sur dividendes », *Bull. Joly Sociétés*, n°09, 2015, p.409 ; S. LE NORMAND-CALLIERE, « Le sort des dividendes en présence d'un usufruit sur les titres sociaux », *JCP N*, n°39, 2016, 1289.

pouvoir être modifiée conventionnellement.

En effet, la seule volonté ne devrait pas avoir d'incidence sur la qualification d'un bien. En effet, dans sa thèse, le Professeur François Terré estime que « *la distinction des fruits et des produits paraît soustraite à l'emprise des volontés individuelles. Il n'appartient apparemment pas à celles-ci de faire d'un produit un fruit ou d'un fruit un produit* »³⁰⁹. Il est admis que la volonté puisse avoir une incidence dans la qualification, mais seulement lorsqu'il y a un changement de destination du bien. La volonté intervient alors « *à titre d'élément matériel de la qualification* »³¹⁰. Or, cet élément matériel ne trouve pas sa place dans la qualification des parts ou actions de société. De ce fait, puisqu'il s'agirait d'une volonté pure qui ne repose sur aucun élément matériel, ces auteurs estiment qu'une convention ne devrait pas être admise par la loi.

337. Dans un second temps, la doctrine s'étonne que la Cour de cassation n'ait donné aucune précision sur les modalités de cette convention contraire. Dans la mesure où les juges ont utilisé la notion de « convention », il semblerait que cette dérogation ne puisse intervenir par une résolution d'assemblée générale. En effet, cette résolution est considérée comme un acte juridique unilatéral de la société sans aucune nature contractuelle. Mais les juges ne précisent pas si la convention peut donner à l'assemblée générale la possibilité de répartir les résultats entre le nu-proprétaire et l'usufruitier. L'insertion d'une telle clause dans les statuts est sans doute possible. Toutefois, ces derniers sont modifiables à la majorité de l'assemblée générale, de ce fait, les associés pourraient imposer une modification de la répartition. Enfin, une telle clause pourrait également être insérée dans un pacte extra-statutaire. Le Doyen Colomer estimait que si les contrats de mariage ne pouvaient pas contrarier les dispositions légales ou statutaires, ils pouvaient moduler les contours de la communauté³¹¹. Ainsi, une clause selon laquelle la communauté aurait droit à la part de l'époux associé sur les réserves devrait être valable.

338. Cependant, dans son arrêt du 22 juin 2016³¹², la première Chambre civile ne fait aucune

³⁰⁹ F. TERRE, *L'influence de la volonté individuelle sur les qualifications*, LGDJ, 1957, coll. Bibliothèque de droit privé, t. II.

³¹⁰ Voir : F. TERRE, cité supra.

³¹¹ Voir : A. COLOMER, « Réserves des sociétés et régimes matrimoniaux communautaires », *Defrénois* 1980, p. 1020, n° 32280.

³¹² Voir : Cass. Civ. 1^{ère}, 22 juin 2016, n° 15-19.471.

allusion à la possibilité d'une convention contraire. Il est alors impossible d'interpréter ce silence comme une simple omission ou comme une réelle divergence avec la Chambre commerciale. Etant rappelé que les deux affaires étaient différentes puisque dans l'arrêt de la Chambre commerciale, il était question de la déductibilité fiscale d'une dette où les deux époux étaient d'accord alors que dans celui de la première Chambre civile les deux époux étaient en désaccord.

Ainsi, le flou laissé par les décisions jurisprudentielles quant à la possibilité d'une convention contraire et à ses modalités ne permet pas d'affirmer qu'il est possible pour les époux d'insérer une clause, dans les statuts par exemple, pour modifier la qualification des sommes prélevées sur les réserves et le faire revenir à la communauté.

339. Conclusion. La détermination de la nature juridique des réserves a soulevé différentes difficultés. Alors que plusieurs théories doctrinales ont été proposées, la jurisprudence considère que les réserves correspondent à une partie du capital et doivent donc être assimilés à un produit. Cette qualification a des conséquences importantes en matière de régime de communauté dans la mesure où les bénéfices mis en réserve n'entrent plus en communauté et restent propres à l'époux associé. La possibilité d'une convention contraire entre les époux reste floue du fait de différentes solutions jurisprudentielles contraires.

340. Conclusion section. L'ensemble de ces développements démontrent l'impact des règles de qualification des régimes matrimoniaux sur les opérations sociales telles que les distribution de dividendes. En effet, la nature juridique différente des dividendes et des réserves contribue à une qualification différente au regard du régime de communauté et a des conséquences sur leur propriété. Les dividendes ont été qualifiés de fruits, ainsi les dividendes perçus mais non consommés entrent en communauté. Cependant, la société doit veiller à les verser exclusivement à l'époux associé, sous peine de voir sa responsabilité engagée alors même qu'il s'agit de titres ayant le caractère commun. En revanche, les réserves ont été qualifiées de produits ce qui a pour conséquence qu'elles n'entrent plus dans la communauté et restent propres à l'époux associé.

Les règles des régimes matrimoniaux ont donc des conséquences en matière de distribution de bénéfices mais également lors des différentes augmentations de capital.

SECTION 2 - LES AUGMENTATIONS DE CAPITAL

341. Au cours de la vie sociale, l'assemblée générale extraordinaire peut prévoir des augmentations de capital. Ces dernières peuvent résulter d'apports nouveaux, en numéraire ou en nature, ou d'incorporation, de réserves ou de comptes courants d'associés.

Ces augmentations de capital ont pour conséquence la naissance de nouveaux titres sociaux qui doivent être qualifiés au regard des règles des régimes matrimoniaux, notamment en cas d'augmentation en numéraire (§1) ou par incorporation de réserves (§2).

§1 - L'AUGMENTATION DE CAPITAL PAR APPORT EN NUMERAIRE

342. L'augmentation de capital en numéraire ressemble à une constitution de société. Elle entraîne la création de titres sociaux nouveaux.

343. Lorsque la société détient des réserves inscrites au passif ou des plus-values latentes sur les éléments d'actifs, les anciens associés qui ne participent pas à l'augmentation sont lésés du fait de l'écart entre la valeur nominale et la valeur réelle des titres.

En effet, la valeur nominale des titres correspond à la valeur inscrite dans les statuts, soit une quote-part du capital social³¹³ alors que la valeur réelle du titre est calculée sur l'ensemble des capitaux propres³¹⁴. *De ce fait, si la société a émis 1000 actions d'une valeur nominale de 100 euros, elle détient un capital social de 100 000 euros. Seulement, si elle détient également des réserves à hauteur de 50 000 euros, la valeur d'une action sera alors de 150 euros³¹⁵. Ainsi, si la société décide d'émettre 100 nouvelles actions d'une valeur de 100 euros au titre d'une augmentation de capital par apports nouveaux, la valeur réelle des actions va diminuer pour atteindre 125 euros³¹⁶. Dès lors, les anciens actionnaires vont voir leurs actions perdre 25 euros alors que les nouveaux*

³¹³ Soit, valeur nominale = capital social / nombre de titres.

³¹⁴ Soit, valeur = capitaux propres / nombre de titres = capital social + réserves + etc / nombre de titres.

³¹⁵ Ici valeur réelle : 150 000 / 1 000 = 150.

³¹⁶ Ici la valeur réelle des actions nouvelles : 150 000 / 1 200 = 125.

vont obtenir des actions qui valent 125 euros alors qu'ils n'ont payé que 100 euros.

Pour pallier à cette perte financière, la société met en place des droits préférentiels de souscription pour les anciens actionnaires. Ces derniers compensent l'enrichissement des nouveaux actionnaires par rapport aux réserves. Ainsi, les anciens actionnaires bénéficient d'un droit de priorité pour souscrire aux actions nouvelles, proportionnellement au montant de leurs actions. L'article L.225-132 du Code de commerce impose un droit préférentiel dans les sociétés anonymes et indique qu'il est « *cessible dans les mêmes conditions que l'action elle-même* ».

En cas d'augmentation de capital en numéraire, il est nécessaire de qualifier, au regard des régimes matrimoniaux, d'une part, les droits préférentiels de souscription (I) et d'autre part, les actions nouvelles émises (II).

344. Seulement, dans l'hypothèse où les actions sont propres à l'époux associé. En effet, dans le cas contraire, les droits préférentiels ainsi que les actions sont des biens communs à la communauté.

I. LA QUALIFICATION DES DROITS PREFERENTIELS DE SOUSCRIPTION

345. Cette question a été posée par le Doyen André Colomer³¹⁷ qui s'est interrogé sur le fait de savoir si le droit préférentiel de souscription pouvait être qualifié de propre au sens de l'article 1406 du Code civil. Ce dernier dispose que « *forment des propres, sauf récompense s'il y a lieu, les biens acquis à titre d'accessoire d'un bien propre ainsi que les valeurs nouvelles et autres accroissements se rattachant à des valeurs mobilières propres* ».

Il estime ainsi que le droit préférentiel correspond à une « *valeur de capital* », soit « *une fraction de la valeur intrinsèque de l'action à laquelle il est attaché* ». Ce droit naît seulement au moment la décision d'augmentation de capital prononcée par l'assemblée générale des associés. Avant celle-ci, le droit préférentiel n'est qu'un attribut de l'action, et ce, au même titre que le droit de vote ou le droit aux dividendes.

³¹⁷ Voir : A. COLOMER, « Augmentations de capital et répartition des biens en régime matrimonial communautaire », *Deffrénois*, 1981, p. 401, n°32606.

Au moment où est prise la décision d'augmentation, le droit préférentiel naît et prend une valeur pécuniaire « *précise car déterminable à partir des modalités de l'émission prévues par la décision de l'organe compétent* ». Dès lors, il se détache de l'action ancienne.

De ce fait, le droit préférentiel de souscription modifie la représentation du capital. Alors que l'action ancienne avait une valeur intrinsèque déterminée, il apparaît au moment de la décision d'augmentation une action à valeur amoindrie ainsi qu'un droit préférentiel de souscription dont la valeur correspond à celle que l'action a perdu. Il y aurait donc un « *démembrement du titre initial* ».

Dès lors, les auteurs considèrent que les droits préférentiels de souscription doivent être qualifiés de biens propres en application de l'article 1406 du Code civil.

II. LA QUALIFICATION DE L'ACTION NOUVELLE

346. Dans l'hypothèse où l'actionnaire a utilisé ses droits préférentiels de souscription, il a obtenu un certain nombre d'actions nouvelles. Ces dernières doivent également être qualifiées au sens des régimes matrimoniaux.

347. Depuis la réforme de 1965³¹⁸-touchant à cette matière la règle est clairement posée. La grande majorité des auteurs considèrent effectivement que l'alinéa premier de l'article 1406 du Code civil répond à cette problématique.

Dès lors, les actions nouvelles doivent être qualifiées de biens propres dans la mesure où elles se rattachent à des valeurs mobilières propres, au sens de l'article suscité. Cependant, si elles sont souscrites avec des deniers communs, la communauté a le droit à une récompense.

Ainsi, peu importe de l'origine des fonds ayant servi à l'acquisition des actions nouvelles, ces dernières seront toujours propres. Cependant, cette origine aura de l'importance pour déterminer si une récompense est due. Si les actions nouvelles sont intégralement libérées par des fonds propres,

³¹⁸ Voir : Loi n° 65-570 du 13 juillet 1965 portant réforme des régimes matrimoniaux.

la communauté n'aura droit à aucune récompense. Au contraire, si elles sont libérées en tout ou partie par des fonds communs, la communauté aura droit à récompense à sa dissolution.

348. Cependant, certaines hypothèses supposent une solution différente.

349. D'une part, les actions nouvelles issues d'un droit préférentiel de souscription à titre réductible, c'est-à-dire, lorsque l'actionnaire souscrit à des parts au-delà de sa part proportionnelle au capital parce-que d'autres n'ont pas exercé leur droit préférentiel de souscription.

Ces actions pourraient être assimilées à des acquêts et donc être qualifiées de biens communs. Cependant, le Doyen Colomer considérait qu'il s'agit d'un « *droit lié aux propres* » et donc que ces titres devaient également être qualifiés de propre.

350. La solution est différente lorsque les actions nouvelles constituent des actions de reste selon l'article L.225-134 du Code de commerce³¹⁹. En effet, ces actions de reste sont attribuées par la société si les droits préférentiels de souscription n'ont pas représenté la totalité de l'augmentation de capital. Or, Le Doyen Colomer considérait que l'intervention de la volonté de la société rompt le lien figurant entre les actions propres initiales et ces actions de reste. Dès lors, ces dernières ne constituent plus un « accroissement » des actions propres et doivent donc être qualifiées de commune.

³¹⁹ Art. L.225-134 Code de com : « I. - Si les souscriptions à titre irréductible et, le cas échéant, à titre réductible n'ont pas absorbé la totalité de l'augmentation de capital :

1° Le montant de l'augmentation de capital peut être limité au montant des souscriptions sauf décision contraire de l'assemblée générale. En aucun cas, le montant de l'augmentation de capital ne peut être inférieur aux trois quarts de l'augmentation décidée ;

2° Les actions non souscrites peuvent être librement réparties totalement ou partiellement, à moins que l'assemblée en ait décidé autrement ;

3° Les actions non souscrites peuvent être offertes au public totalement ou partiellement lorsque l'assemblée a expressément admis cette possibilité.

II. - Le conseil d'administration ou le directoire peut utiliser dans l'ordre qu'il détermine les facultés prévues ci-dessus ou certaines d'entre elles seulement. L'augmentation de capital n'est pas réalisée lorsque après l'exercice de ces facultés, le montant des souscriptions reçues n'atteint pas la totalité de l'augmentation de capital ou les trois quarts de cette augmentation dans le cas prévu au 1° du I.

III. - Toutefois, le conseil d'administration ou le directoire peut, d'office et dans tous les cas, limiter l'augmentation de capital au montant atteint lorsque les actions non souscrites représentent moins de 3 % de l'augmentation de capital. Toute délibération contraire est réputée non écrite ».

351. Seulement, ces deux solutions sont discutables. En effet, le cas des sociétés de personnes semble mettre en évidence le peu de différences entre ces deux hypothèses. Dans ces sociétés, aucun droit préférentiel de souscription n'est légalement imposé. La société peut en prévoir dans ces statuts, dans le cas contraire, c'est elle qui va distribuer les parts nouvelles.

352. Le Doyen André Colomer rapprochait cette situation à celle des droits préférentiels de souscription à titre réductible. Or, dans la mesure où la société intervient dans le processus, elle devrait être assimilée à la procédure mise en place par l'article L.225-134 du Code de commerce. Ainsi, les parts nouvelles devraient être qualifiées de bien commun parce-qu'elles ne peuvent être assimilées à des accroissements de parts propres. Cependant, la doctrine majoritaire ne semble pas être en faveur d'une telle solution.

353. Conclusion. Les augmentations de capital par apport en numéraire suppose la mise en place de droits préférentiels de souscription afin de permettre de pallier la perte financière engendrée par la création de nouveaux titres pour les anciens actionnaires. Ces derniers sont qualifiés de biens propres par nature sur le fondement de l'article 1406 du Code civil. Les actions nouvellement créées doivent également être qualifiées en ce sens mais la communauté aura le droit à une récompense si des fonds communs ont été utilisés pour leurs acquisitions. Toutefois, la solution est différente lorsqu'il s'agit d'actions nouvelles issues d'un droit préférentiel de souscription à titre réductible ou lorsqu'elles constituent des actions de reste qui doivent être qualifiées de biens communs.

§2 - L'AUGMENTATION DE CAPITAL PAR INCORPORATION DE RESERVES

354. Une société peut également augmenter son capital social en utilisant ses propres ressources. En effet, selon l'alinéa 2 de l'article L.225-128 du Code de commerce³²⁰, la société peut incorporer ses réserves, bénéfiques ou prime d'émission dans son capital social.

³²⁰ Art. L.225-128 C. com: « Les titres de capital nouveaux sont émis soit à leur montant nominal, soit à ce montant majoré d'une prime d'émission.

Ils sont libérés soit par apport en numéraire y compris par compensation avec des créances liquides et exigibles sur la société, soit par apport en nature, soit par incorporation de réserves, bénéfiques ou primes d'émission, soit en conséquence d'une fusion ou d'une scission.

Ils peuvent aussi être libérés consécutivement à l'exercice d'un droit attaché à des valeurs mobilières donnant accès au capital comprenant, le cas échéant, le versement des sommes correspondantes ».

355. Lorsque la société décide d'augmenter son capital social par incorporation de ses réserves, elle n'introduit aucun actif nouveau dans le patrimoine de la société. Il s'agit d'un simple jeu d'écriture comptable consistant en un virement entre le compte des réserves et le compte « capital ». Dès lors, puisque les sommes ne quittent pas le patrimoine de la société, il n'est pas question de souscription d'actions, mais seulement d'attribution d'actions nouvelles. Etant précisé qu'il est possible d'incorporer au capital toute notre de réserves comptabilisées, soit les réserves facultatives ou statutaires, mais également les réserves légales.

Une telle augmentation de capital pose différentes questions concernant l'époux associé et mariés sous le régime de la communauté légale. D'une part, celle de la qualification des actions nouvelles au regard des règles des régimes matrimoniaux (I) et ensuite, le cas échéant, celle de l'attribution d'une récompense à la communauté (II).

I. LA QUALIFICATION DES ACTIONS NOUVELLES

356. A l'instar des droits préférentiels de souscription, le droit d'attribution des actions nouvelles est calqué sur le statut du titre de capital auquel il est rattaché.

Si les titres sociaux sont propres, les droits d'application le sont aussi en application de l'article 1406 du Code civil. En effet, depuis la loi de 1965 mettant en place cet article, tous les auteurs ont unanimement reconnu son application dans la mesure où « *forment des propres, sauf récompense s'il y a lieu, les biens acquis à titre d'accessoire d'un bien propre ainsi que les valeurs nouvelles et autres accroissements se rattachant à des valeurs mobilières propres* ».

Dès lors, le droit d'attribution ainsi que les actions nouvelles attribuées gratuitement constituent un accroissement et des valeurs nouvelles qui se rattachent aux actions initiales. Les actions nouvelles doivent donc être considérées comme propres si les actions initiales le sont.

357. Cette solution s'explique par le fait que les bénéfices ne deviennent des fruits ou produits qu'après la décision de distribution des dividendes votées par l'assemblée générale des associés.

358. Avant celle-ci, la présence de la personnalité morale de la société implique que ces sommes appartiennent seulement à la société et qu'elles sont donc étrangères au patrimoine de l'associé. Ce dernier n'a alors qu'un droit éventuel sur les bénéfices ou les réserves au moment de la distribution. Or, dans le cas d'une augmentation de capital par incorporation des réserves, il n'y a pas de distribution, mais seulement une opération interne. C'est pourquoi les droits sociaux distribués constituent un accroissement des droits sociaux initialement détenus selon l'article 1406 du Code civil.

359. Cette solution a été confirmée par la Cour de cassation donc son arrêt du 12 décembre 2006³²¹.

Dans cette espèce, la première chambre civile confirme que les actions nouvelles « *constituent des accroissements se rattachant à des valeurs mobilières propres ayant eux-mêmes, par application de l'article 1406, alinéa 1er, du code civil, la nature de biens propres* ».

360. L'idée selon laquelle la qualification matrimoniale de l'action nouvelle dépend de celle de l'action initiale semble donc être en accord avec l'ensemble de la doctrine, mais également avec la jurisprudence. Dès lors, si les droits d'attribution sont cédés par l'époux associé, la valeur du prix de vente sera également propre³²².

L'application de l'article 1406 du Code civil ne pose donc pas de difficulté, seulement l'attribution ou non d'une récompense à la communauté semble être plus problématique.

II. L'ABSENCE DE RECOMPENSE DUE A LA COMMUNAUTE

361. L'article 1406 du Code civil prévoit la possibilité d'une récompense pour la communauté dans certains cas.

362. La « théorie des récompenses » permet de liquider les dettes et créances qui sont nées entre la communauté et chacun des époux. Dès lors, d'une part, « *la communauté doit récompense à l'époux*

³²¹ Voir : Cass. Civ 1ère, 12 décembre 2006, n° 04-20.663.

³²² Voir : A. COLOMER, « Augmentations de capital et répartition des biens en régime matrimonial communautaire », *Deffrénois*, 1981, 32612, p. 481.

propriétaire toutes les fois qu'elle a tiré profit des biens propres »³²³ et d'autre part, « *toutes les fois que l'un des époux a tiré un profit personnel des biens de la communauté, il en doit la récompense* »³²⁴. Ainsi, une récompense est due à la communauté toutes les fois où la communauté a financé une opération qui profite à un propre.

363. La question est donc de savoir si l'attribution gratuite d'actions nouvelles qui sont qualifiées de biens propres suppose ou non l'attribution d'une récompense de l'époux associé à la communauté.

364. Dans le même arrêt du 12 décembre 2006, la première chambre civile de la Cour de cassation a répondu par la négative en déclarant « *que la communauté, qui n'a pas financé l'acquisition des parts nouvelles attribuées gratuitement en conséquence de l'incorporation de réserves, qui ne sont pas des biens de la communauté, ne peut prétendre à récompense du fait de l'augmentation du capital social, aucun prélèvement sur des fonds communs n'ayant été opéré à cette occasion* ».

Dès lors, la jurisprudence estime que la communauté n'a pas le droit à une récompense puisqu'elle n'a pas financé l'acquisition des nouvelles actions. Cette solution a été critiquée par une partie de la doctrine³²⁵.

365. Cette idée est contestée au motif que la communauté aurait un droit sur la valeur que représente les bénéfices sociaux. Et ce, même si elle ne détient aucun droit d'appréhension sur ces derniers. Les bénéfices seraient donc des fruits et revenus du patrimoine propre qui sont mis en société, ainsi la valeur de ces derniers devrait être commune. En recevant des parts propres, l'époux associé s'enrichirait donc d'une valeur commune et devrait alors récompense à la communauté.

366. Cependant, la jurisprudence du 27 mai 2015³²⁶ s'est prononcée sur la qualification des réserves et a admis qu'elles devaient être assimilées à des produits et qu'ainsi elles étaient propres à l'époux

³²³ Alinéa 1er, art. 1433 du Code civil.

³²⁴ Art. 1437 du Code civil.

³²⁵ Voir : J-J. CAUSSAIN, F. DEBOISSY, G. WICKER, « Droit des sociétés - chronique », *JCP E*, n°27-28, 2007, 1877 ; G. CHAMPENOIS, « Régimes matrimoniaux, libéralités, successions », *Defrénois*, n°3, 2008, p. 310.

³²⁶ Voir : Cass. Com. 27 mai 2015, n°14-16.246.

associé. De ce fait, les critiques doctrinales sur l'absence de récompenses ne sont plus fondées. En effet, les réserves sont propres à l'époux associé, ainsi leur valeur est aussi propre. L'attribution d'actions n'enrichit pas l'époux associé d'une valeur commune et aucune récompense n'est due à la communauté. Cette solution est corroborée par le fait que cette valeur n'est pas inscrite à l'actif de la communauté au moment de sa dissolution.

Ainsi, lors d'une augmentation de capital par incorporation de réserves, les actions attribuées gratuitement à l'époux associé sont propres et la communauté n'a droit à aucune récompense.

367. Conclusion. Les actions nouvelles créées lors d'augmentation de capital par incorporations de réserves doivent être qualifiées selon celles auxquelles elles sont rattachées. Dès lors, si les titres détenus par l'associé sont propres, les actions nouvelles le seront aussi. Cependant, la jurisprudence a considéré que la communauté n'avait pas le droit à une récompense en cas d'attribution d'actions qualifiées de biens propres dans la mesure où elles sont issues de l'incorporation de réserves qui ne sont entrées en communauté.

368. Conclusion section. Le droit des régimes matrimoniaux et les règles propres à la qualification des biens ont donc un impact important lors des opérations d'augmentation de capital. Toutefois, le droit des sociétés joue un rôle déterminant dans la mesure où la qualification des actions nouvelles dépendra également du choix des associés dans la mise en œuvre du mécanisme de l'augmentation. En effet, du choix entre une augmentation de capital par apport en numéraire ou par incorporation des réserves va dépendre l'obligation ou non de récompenser la communauté au regard des règles propres au régime légal.

369. Conclusion chapitre. Cette étude a permis de mettre en évidence que le régime matrimonial de l'associé aura une conséquence sur les principales opérations qui ont lieu durant la vie de la société. En effet, la qualification au sens des régimes matrimoniaux dépendant de la nature juridique des bénéfices a un impact sur la propriété des dividendes mais également sur celles des réserves, ce qui peut avoir des conséquences financières importantes pour la communauté. Par ailleurs, le choix du régime matrimonial de l'associé mais également du type d'augmentation de capital aura des retombées au regard de l'application des règles de récompenses dues à la

communauté.

370. Conclusion titre. L'ensemble de ces développements ont permis de mettre en exergue les conséquences de l'imbrication entre les règles du droit des sociétés et celles des régimes matrimoniaux. Ces dernières se manifestent tant au moment de la répartition des prérogatives d'associés et notamment au regard du principe d'autonomie bancaire qui prive l'époux non associé de tout pouvoir dans les sociétés par actions que lors des différentes opérations ayant lieu au cours de la vie sociale. En effet, la distribution des bénéfices est soumise à l'application des règles de qualification des sommes versées et doit faire l'objet, pour les professionnels du droit, d'une attention particulière. Enfin, le choix du type d'augmentations du capital aura des répercussions sur la composition de la communauté au regard des règles de calcul des récompenses. En revanche, l'utilisation du mécanisme de démembrement de propriété soulève de nombreuses difficultés qui ne sont pas la conséquence de l'application de ces différents corps de règles.

CONCLUSION - PREMIERE PARTIE

371. L'étude de l'application des règles régissant le régime de communauté légale aux biens particuliers que sont les titres sociaux au moment de leur acquisition et durant la vie sociale a mis en exergue certaines difficultés.

372. Toutefois, elle a également permis d'observer que, dans certaines situations, les règles de la communauté légale s'appliquent aux titres sociaux sans plus de complications que pour la majorité des biens. En effet, l'articulation entre les règles de régimes matrimoniaux et celles du droit des sociétés n'a, par exemple, pas réellement de conséquences en cas d'apport de fonds propres par un époux seul ou de fonds communs par les deux époux. Par ailleurs, l'ensemble des difficultés démontrées en cas de mise en place d'un démembrement de propriété par usufruit ne porte pas sur la rencontre entre ces différents corps de règles mais sont inhérentes à la particularité du mécanisme et sont identiques peu importe le régime matrimonial des époux.

373. De plus, cette étude a permis de démontrer l'existence de certaines hypothèses où les principes du régime de la communauté légale trouvaient difficilement à s'appliquer. En effet, un des éléments principal réside en la qualification des biens permettant de déterminer la composition de la communauté mais également les règles de gestion et donc la répartition des pouvoirs entre les époux. Or, cette qualification peut être compliquée lorsqu'il s'agit de titres sociaux. D'une part, eu égard à la date d'acquisition du bien qui fonde, suivant qu'elle intervienne avant ou après l'union, leur propriété et qui est difficilement déterminable concernant les titres sociaux, qu'il s'agisse de leur date de « naissance » en cas de constitution de société et d'émission par une société par actions ou de leur date d'acquisition effective. D'autre part, en raison de la nature particulière de certains titres sociaux et notamment en matière de stock-options mais également dans le cas d'attribution gratuite d'actions aux salariés de la société. La qualification selon le droit des régimes matrimoniaux est également particulière concernant les actions nouvellement créés par la société dans l'hypothèse d'une augmentation de capital.

374. Par ailleurs, elle a démontré que certaines opérations spécifiques du droit des sociétés, telle que la distribution des bénéfices, devaient se soumettre à certaines exigences du droit des régimes

matrimoniaux. En effet, la nature juridique particulière des dividendes et des réserves ont des répercussions sur leur qualification et donc sur leur propriété qui doivent être prises en compte par la société et par les rédacteurs d'actes.

375. De même, il a été soulevé que les professionnels du droit devaient apporter une attention particulière à l'obligation d'information et à la faculté de revendication du conjoint en cas d'apport de fonds commun à une société de personnes par un époux seul. En effet, l'absence d'indication d'une telle information et, le cas échéant de la renonciation du conjoint à la revendication, pourra avoir des conséquences désastreuses sur l'équilibre de la société mais pourra également permettre l'engagement de la responsabilité du rédacteur de l'acte.

376. Enfin, cette étude a permis de mettre en évidence la nécessité d'une réforme quant à l'utilisation systématique de la distinction fondée sur la négociabilité des titres. En effet, cette distinction fondée notamment sur l'article 1832-2 du Code civil en matière de droit des sociétés a des conséquences non négligeables quant à la détermination de la propriété lors de l'apport de fonds communs par un seul époux. Cette distinction opposant les parts sociales non négociables aux actions négociables se fonde sur une perception datée et erronée. Selon laquelle il existerait un *intuitu personae* plus fort dans les sociétés ayant des parts sociales que dans les sociétés par actions. Or, le développement grandissant des sociétés par actions simplifiées fermées ayant donc un *intuitu personae* fort remet en cause cette distinction basée sur la négociabilité des titres au profit d'une distinction plus adéquate correspondant à leur admission sur un marché réglementé.

SECONDE PARTIE – LA PERTE DE LA QUALITE D’ASSOCIE

377. L’époux peut, dans certaines circonstances, perdre sa qualité d’associé, ce qui peut avoir d’importantes conséquences.

La perte de cette dernière peut, d’une part, découler de la dissolution du régime matrimonial. Dans cette hypothèse, vont apparaître certaines difficultés eu égard à la nature particulière des titres sociaux. En effet, lors de la liquidation de la communauté va se poser la question de leur intégration dans l’indivision post-communautaire, tant dans son principe que dans ses modalités mais également de leur sort au moment du partage. La nature spécifique des droits sociaux va aussi avoir des conséquences quant au pouvoirs de gestion des époux lors de l’indivision post-communautaire (Titre 1).

D’autre part, elle peut être la conséquence de la cession des titres sociaux par l’époux associé. Selon la forme sociale et le fait qu’il s’agisse de parts sociales ou d’actions, les principes de gestion vont être différents. En effet, la capacité de l’époux associé à céder seul les titres et donc l’obligation ou non d’obtenir l’accord de l’époux marié sous le régime de la communauté légale dépend de la nature des droits sociaux. Par ailleurs, ces cessions de titres peuvent être limitées conventionnellement par l’insertion de clauses statutaires ou légalement par la prohibition de certaines vente entre époux (Titre 2).

TITRE 1 - LA PERTE DE LA QUALITE D'ASSOCIE RESULTANT DE LA LA DISSOLUTION DU REGIME MATRIMONIAL

378. La dissolution de la communauté peut résulter de plusieurs causes selon l'article 1441 du Code civil³²⁷, notamment par une dissolution du mariage résultant du décès de l'un des époux ou de leur divorce.

Dans cette dernière hypothèse, un débat est apparu sur la question de l'intégration des titres sociaux dans l'indivision post-communautaire eu égard à l'application de la distinction classique du titre et de la finance critiquée par une partie de la doctrine du fait de sa complexité et de sa seule application aux titres sociaux non négociables (chapitre 1).

Enfin, l'indivision post-communautaire découlant de la liquidation de la communauté suppose, en sus de l'application des règles du droit des sociétés, celles propres à l'indivision. Dès lors, durant cette période les règles de répartition des pouvoirs concernant la gestion de la société ou la transmission des titres doivent être adaptées (chapitre 2).

³²⁷ Art. 1441 C. civ. : « La communauté se dissout : 1° par la mort de l'un des époux ; 2° par l'absence déclarée ; 3° par le divorce ; 4° par la séparation de corps ; 5° par la séparation de biens ; 6° par le changement du régime matrimonial ».

CHAPITRE 1 - LE SORT RESERVE AUX TITRES SOCIAUX LORS DE LA LIQUIDATION DE LA COMMUNAUTE

379. La dissolution de la communauté entraîne la mise en place d'une indivision post-communautaire avant les opérations de partage entre les époux. Ces règles classiques de droit des régimes matrimoniaux et vont être délicates à appliquer aux biens particuliers que sont les titres sociaux. En effet, l'intégration des titres dans l'indivision post-communautaire a soulevé d'importants débats (section 1) tout comme le partage des biens particuliers (section 2).

SECTION 1 - LA QUESTION DISCUTEE DE L'INTEGRATION DES TITRES SOCIAUX DANS L'INDIVISION POST-COMMUNAUTAIRE

380. La qualification des titres sociaux, selon le droit des régimes matrimoniaux, a des conséquences importantes au moment de la dissolution de la communauté, notamment la question de savoir s'ils entrent ou non dans l'indivision post-communautaire. Cette question a suscité de nombreux débats doctrinaux dans la mesure où la doctrine est partagée entre plusieurs théories (§1) mais la jurisprudence est restée très constante dans ses décisions en appliquant toujours la même solution (§2).

§1 - LES DIFFERENTES PROPOSITIONS DOCTRINALES

381. Plusieurs théories doctrinales ont été développées concernant la qualification des parts sociales dans le régime de la communauté légale.

382. Deux conceptions monistes ont été mises en avant par la doctrine. Certains auteurs³²⁸ ont considéré que les parts sociales devaient être qualifiées de biens propres par nature à charge de

³²⁸ Voir : G. PAISANT, Des actions et des parts sociales dans le droit patrimonial de la famille, Thèse Poitiers, 1978, p. 157 s., A. PONSARD, Les régimes matrimoniaux, Droit civil français, t. VIII, 7e éd. 1973, n° 167 ; G. MARTY et P. RAYNAUD, Droit civil. Les régimes matrimoniaux, Sirey, 2e éd. 1985, n° 181 et s.

récompense et ce, en application de l'article 1404 alinéa 2 du Code civil³²⁹. Ces derniers se sont fondés sur le fait que le caractère non négociable de ces parts consacrerait leur « *caractère personnel* ». Dès lors, les parts sociales ne devraient pas figurer dans l'indivision post-communautaire au moment de la dissolution de la communauté mais devraient être incluses dans les reprises de l'époux associé, à charge pour lui de récompenser la communauté selon le profit subsistant soit, leur valeur à la date de la liquidation³³⁰.

383. Cependant, d'autres auteurs ont fait émerger une seconde théorie selon laquelle les parts sociales seraient communes en nature, comme tout autre bien acquis à titre onéreux au cours du mariage. Ainsi, elles devraient figurer dans l'indivision post-communautaire et feraient pleinement partie de la masse partageable. Elles pourraient donc être attribuées au conjoint de l'époux associé, sauf à respecter les clauses statutaires.

Ces théories monistes n'ont pas eu les faveurs de la jurisprudence qui leur a préféré des théories dualistes, notamment la théorie classique de la distinction entre le titre et la finance (I) mais également une théorie plus moderne développée par une grande partie de la doctrine (II).

I. LA DISTINCTION CLASSIQUE DU TITRE ET DE LA FINANCE

384. La distinction classique entre le titre et la finance a été développée par la jurisprudence antérieurement à la loi du 13 juillet 1965 réformant les régimes matrimoniaux³³¹. Une dissociation a été faite entre le « titre » qui était qualifié de bien propre en raison de l'*intuitu personae* et la

³²⁹ Art. 1404 C. civ. : « Forment des propres par leur nature, quand même ils auraient été acquis pendant le mariage, les vêtements et linges à l'usage personnel de l'un des époux, les actions en réparation d'un dommage corporel ou moral, les créances et pensions incessibles, et, plus généralement, tous les biens qui ont un caractère personnel et tous les droits exclusivement attachés à la personne.

Forment aussi des propres par leur nature, mais sauf récompense s'il y a lieu, les instruments de travail nécessaires à la profession de l'un des époux, à moins qu'ils ne soient l'accessoire d'un fonds de commerce ou d'une exploitation faisant partie de la communauté ».

³³⁰ Voir : art. 1469 C.civ. : « La récompense est, en général, égale à la plus faible des deux sommes que représentent la dépense faite et le profit subsistant.

Elle ne peut, toutefois, être moindre que la dépense faite quand celle-ci était nécessaire.

Elle ne peut être moindre que le profit subsistant, quand la valeur empruntée a servi à acquérir, à conserver ou à améliorer un bien qui se retrouve, au jour de la liquidation de la communauté, dans le patrimoine emprunteur. Si le bien acquis, conservé ou amélioré a été aliéné avant la liquidation, le profit est évalué au jour de l'aliénation ; si un nouveau bien a été subrogé au bien aliéné, le profit est évalué sur ce nouveau bien ».

³³¹ Voir : Cass. com., 19 mars 1957.

« finance » qui elle tombait dans la communauté. Cette distinction a d'abord été utilisée pour qualifier les offices ministériels³³². Ainsi, le titre d'officier ministériel était propre à l'époux tandis que la finance, c'est-à-dire la valeur patrimoniale de l'office, était intégrée à la masse partageable.

Après l'entrée en vigueur de la loi de 1965³³³ mettant en place le régime légal de communauté réduite aux acquêts et adoptant l'article 1404 du Code civil qui utilise une formulation générale pour déterminer les biens propres par nature, certains auteurs ont espéré que la Cour de cassation abandonne la distinction classique entre le titre et la finance. Cependant, la jurisprudence a réaffirmé son utilisation mais a également élargi son champ d'application en admettant celle-ci pour un parc à huîtres dont l'exploitation supposait une autorisation administrative personnelle³³⁴, mais également pour le droit de présentation des clientèles civiles³³⁵ et enfin pour les parts sociales non négociables³³⁶.

385. Selon cette théorie, les parts sociales non négociables sont qualifiées de biens mixtes. Ainsi, le « titre » d'associé est propre à l'époux ayant fait l'apport mais la « finance », c'est-à-dire la valeur patrimoniale de la part sociale, tombe en communauté. Au moment de la dissolution du régime matrimonial, seule la valeur de la part sociale va entrer dans l'indivision post-communautaire. Dès lors, le conjoint n'est pas indivisaire des parts sociales en nature mais seulement de la valeur de celles-ci.

386. Le sort des titres sociaux négociables, soit les actions, lors de la dissolution de la communauté n'est pas clairement établi. Pendant longtemps, la doctrine a assimilé les actions à des biens mobiliers ordinaires. Ainsi, il n'était pas nécessaire de combiner les règles du droit des régimes matrimoniaux avec celles du droit des sociétés. Selon les règles ordinaires régissant les biens mobiliers dans la communauté, les actions acquises au cours du mariage ont vocation à se retrouver en nature dans l'indivision post-communautaire. Selon la Cour d'appel de Paris³³⁷, l'époux non associé se trouve co-indivisaire des actions et peut demander la désignation judiciaire d'un

³³² Voir : Cass. Civ 1^{ère}, 8 janvier 1980, n°78-15.902.

³³³ Loi n° 65-570 du 13 juillet 1965 portant réforme des régimes matrimoniaux.

³³⁴ Voir : Cass. Civ 1^{ère}, 8 décembre 1987, n°86-12.426.

³³⁵ Voir : Cass. Civ 1^{ère}, 12 janvier 1994, n°91-18.104.

³³⁶ Voir : Cass. Civ 1^{ère}, 9 juillet 1991, n°90-12.503, « Gelada ».

³³⁷ Voir : CA Paris, 10 octobre 1999.

mandataire commun pour exercer son droit de vote. Toutefois, certaines décisions de jurisprudence semblent appliquer la distinction du titre et de la finance aux actions. En effet, la Cour d'appel de Versailles a admis, à propos d'actions acquises par un seul époux grâce à des fonds communs que « *seule la valeur des actions était tombée dans la communauté* »³³⁸. La Cour de cassation a adopté un raisonnement similaire à propos de titres au porteur³³⁹. Certains auteurs³⁴⁰ estiment que, dans la mesure où la distinction entre le titre et la finance est purement prétorienne, elle ne lie pas le juge qui peut décider d'y avoir recours selon le cas d'espèce qu'il s'agisse de parts sociales négociables ou non.

387. Par ailleurs, l'utilisation de cette distinction est justifiée par la protection des différents intérêts en présence : la communauté qui ne doit pas être privée de la valeur des droits sociaux, l'époux associé qui doit disposer d'une certaine autonomie et la société qui ne doit pas subir l'irruption de l'époux non associé à la suite de la dissolution de la communauté.

388. Cependant, le développement de société par actions simplifiées dont les titres sont négociables en dépit d'un *intuitu personae* très fort et la possibilité de mettre en place des clauses d'agrément opposables au conjoint³⁴¹ remettent en cause l'application de cette distinction. En effet, le critère de négociabilité sur lequel repose l'application ou non de la distinction semble dépassé³⁴². En ce, selon la même réflexion que celle établie dans le cadre de l'application de l'article 1832-2 du Code civil³⁴³.

II. LA DISTINCTION MODERNE

389. Un autre système dualiste et donc une nouvelle distinction a été présentée par le Professeur Derrupé et a convaincu une grande partie de la doctrine³⁴⁴. Afin d'éviter que la communauté ne

³³⁸ Voir : CA Versailles, 7 décembre 2000.

³³⁹ Voir : Cass. Civ 1ère, 16 mai 2000, n°96-17.856.

³⁴⁰ Voir : R. MORTIER, E. NAUDIN, « Le sort des droits sociaux au cours de la dissolution de la communauté », *Deffrénois*, n°20, 2015, p.1051.

³⁴¹ Voir : art. L.227-14 du Code de commerce : « *Les statuts peuvent soumettre toute cession d'actions à l'agrément préalable de la société* ».

³⁴² Voir : 110ème Congrès des notaires de France, *Vie professionnelle et famille - place au contrat*, 2014, n°3206 et s.

³⁴³ Voir supra.

³⁴⁴ Voir : J. DERRUPPE, « Régime de communauté et droit des sociétés », *JCP N*, 1971, I, 2403.

soit seulement créancière de la valeur de titres sociaux, il propose de considérer les parts sociales comme des biens communs en nature et la qualité d'associé comme un élément propre à chacun. Cette solution serait compatible avec le régime de communauté dans la mesure où la qualité d'associé n'est pas un bien mais seulement une prérogative attachée à une personne. Cette dernière peut être attribuée aux deux époux mais elle ne peut pas être commune, la communauté ne disposant pas de la personnalité morale.

En appliquant cette distinction moderne, l'attribution ou la transmission du titre d'associé ne dépendrait que des règles du droit des sociétés. Les droits sociaux, en tant que bien patrimonial, devraient eux être considérés comme des biens communs ordinaires.

390. Au moment de la dissolution de la communauté, le titre d'associé doit alors être considéré comme propre à son titulaire dans la mesure où il ne peut être qualifié de bien et qu'il n'a pas de valeur patrimoniale et qu'il n'est donc pas entré dans la communauté. A l'inverse, les droits sociaux doivent eux être considérés comme des biens communs en nature.

391. Selon les règles des régimes matrimoniaux, le partage en nature doit pouvoir être exigé par l'un ou par l'autre des époux. Toutefois, l'application de cette distinction moderne devrait permettre d'écarter cette solution de principe en raison de la nature particulière du bien et de la nécessité de respecter le caractère personnel des liens pouvant unir les associés. Dès lors, le partage en nature devrait être écarté au profit du partage en valeur toutes les fois où le pacte social s'oppose à la transmission du titre d'associé par une procédure d'agrément prévue dans les statuts.

Le Doyen Colomer³⁴⁵ a précisé que l'application de cette distinction moderne doit avoir pour conséquence que la qualité d'associé appartienne à l'époux apporteur alors que les résultats sociaux tombent dans la communauté. Au moment de l'indivision post-communautaire suite à la dissolution de la communauté, la part sociale ne pourrait pas être aliénée par l'époux associé sans l'accord du conjoint. Enfin, un partage en nature ne pourrait pas être imposé mais pourrait être envisagé avec l'accord de l'ensemble des co-associés de l'époux.

³⁴⁵ Voir : A. COLOMER « la nature juridique des parts de société au regard du régime matrimonial », *Defrénois*, 1979, n°32034.

392. Conclusion. L'intégration des parts sociales dans l'indivision post-communautaire doit être déterminé eu égard à leur caractère mixte. En effet, l'application de la distinction du titre et de la finance impose que seule la valeur des parts soit intégrée dans l'indivision post-communautaire. Cette distinction classique a été critiquée par une partie de la doctrine qui a souhaité voir émerger une distinction moderne, entre la qualité d'associé et la part sociale elle-même, plus efficace et plus facilement applicable aux titres sociaux.

La jurisprudence est, cependant, restée très constante et a réaffirmé la prédominance de la distinction classique entre le titre et la finance.

§2 - UNE SOLUTION JURISPRUDENTIELLE CONSTANTE

393. Alors que cette question a entraîné énormément de débats doctrinaux, la Cour de cassation maintient une ligne jurisprudentielle claire et constante et ce, depuis l'arrêt « Gelada » de 1991³⁴⁶. En effet, les juges consacrent la théorie classique de la distinction entre le titre et la finance concernant les titres sociaux. Ainsi, dès cet arrêt, la Cour de cassation a admis que « *dès lors que le mari, (...), a seul la qualité d'associé, l'indivision consécutive au décès de son épouse ne porte pas sur les parts sociales, mais uniquement sur la valeur de celles-ci, seule la finance de ces parts étant entrée en communauté* ». Cette solution a été reprise de manière similaire par la première chambre civile dans un arrêt de 1998³⁴⁷.

394. Cependant, pendant plus d'une dizaine d'années, la Cour de cassation n'a pas eu à se prononcer sur cette question de la répartition des parts sociales au moment de l'indivision post-communautaire. Et ce, jusqu'en 2012³⁴⁸ où les juges ont réaffirmé expressément leur position sur cette question en consacrant à nouveau la distinction du titre et de la finance, contre l'avis de la majorité de la doctrine souhaitant la prise en compte de la distinction moderne entre la qualité d'associé et la part sociale.

³⁴⁶ Voir : « Gelada », Cass. Civ 1^{ère}, 9 juillet 1991, n°90-12.503.

³⁴⁷ Voir : Cass. Civ 1^{ère}, 10 février 1998, n°96-16.735.

³⁴⁸ Voir : Cass. Civ 1^{ère}, 4 juillet 2012, n°11-13.384.

La Cour de cassation a alors réaffirmé sa position en rappelant que « *le mari, souscripteur des parts sociales acquises pendant la durée du mariage, avait seul qualité d'associé, la Cour d'appel en a exactement déduit que ces parts n'étaient entrées en communauté que pour leur valeur patrimoniale* »³⁴⁹. En estimant que, dans les régimes de communauté, la nature des parts sociales est nécessairement mixte, la Cour de cassation aurait eu la possibilité de consacrer l'autre système dualiste soutenu par la majorité de la doctrine. Par cette solution de rejet, les juges ont purement et simplement censuré cette approche.

Toutefois, cette censure pourrait être justifiée par les faits particuliers de l'espèce³⁵⁰. En effet, l'époux, qui était seul associé de la SARL dont il est question, demandait à ce que les parts sociales soient attribuées par moitié à chacun des époux au moment du partage de l'indivision post-communautaire. Or, l'utilisation de la distinction entre le titre et la finance permet ici de garantir au conjoint non associé que les parts ne seront pas partagées en nature et donc qu'il ne pourra recueillir les parts et être associé d'une société contre son gré.

395. Une partie de la doctrine³⁵¹ considère que la réaffirmation de cette solution est rassurante dans la mesure où elle préserve, d'une part, les droits du conjoint qui ne peut être contraint à intégrer une société alors qu'il ne le souhaite pas et d'autre part, les droits de l'associé qui est assuré de conserver sa place.

396. Cependant, une autre partie de la doctrine considère que l'approche nouvelle prévoyant une distinction entre la qualité d'associé, comme qualité extra-patrimoniale, et la part sociale peut arriver à la même conclusion. En effet, dans la mesure où la qualité d'associé est personnelle, une attribution en nature des parts sociales à l'autre époux aurait nécessairement pour conséquence un changement de la qualité d'associé. Or, « *encore faut-il que le partage en nature de ces titres sociaux ne se heurte à aucun obstacle statutaire. C'est ainsi que, sans préjudice d'une éventuelle*

³⁴⁹ Voir supra.

³⁵⁰ Voir : I. DAURIAC, « La nature des parts sociales en régime de communauté : constance ou conservatisme ? », *Rev. Sociétés*, 2012, p.717.

³⁵¹ Voir : V. BARABE-BOUCHARD, « La réaffirmation de la distinction du titre et de la finance appliquée aux parts sociales acquises par un époux pendant le mariage », *Dalloz*, 2012, p.2493 ; J. CASEY « Pas d'attribution des parts sociales au conjoint qui n'est pas associé... », *Gaz. Pal.* n°005, 2013 ; G. PAISANT, « Droits sociaux non négociables », *JCP G*, 2012, 1104.

attribution préférentielle au bénéfice de l'époux associé, l'allotissement en nature de son conjoint pourrait encore être exclu par l'exigence d'un agrément prévu aux statuts de la SARL »³⁵².

397. Certains auteurs soulèvent également le fait que la Cour de cassation, par cette solution, ne se prononce pas explicitement sur la qualification des parts sociales. Dans la logique de répartition des biens, tous les biens qui ne sont pas communs sont propres. Dès lors, les parts sociales, mise à part leur valeur, devraient être propres au sens de l'article 1404 du Code civil. Toutefois, la jurisprudence refuse expressément cette qualification³⁵³. La part sociale ne serait alors qu'un simple droit extra-patrimonial puisque dépouillée de sa valeur. En effet, elle ne peut être caractérisée de bien puisqu'elle n'a pas de valeur et constitue donc un droit qui échappe à la distinction entre biens propres et biens communs.

398. La Cour de cassation va réaffirmer sa position en précisant que la qualité d'associé ne tombe pas dans l'indivision post-communautaire alors même que les deux époux sont associés³⁵⁴. Ainsi, les juges vont harmoniser les solutions en considérant que la qualité d'associé ne tombe jamais dans l'indivision post-communautaire que les deux époux soient associés ou non. Et ce, alors qu'une partie de la doctrine refusait d'appliquer cette distinction en présence de deux époux associés.

En effet, si les deux époux sont associés, il ne devrait pas y avoir de difficulté au moment de la dissolution de la communauté, les parts tomberaient dans l'indivision post-communautaire et seraient partagées entre les époux. Seulement, ce n'est pas cette solution qui est retenue par la Cour de cassation. Elle estime que seule la valeur des parts intègre l'indivision et cette solution paraît justifiée dans la mesure où seuls les époux peuvent avoir la qualité d'associé puisque la communauté n'a pas de personnalité juridique.

399. Conclusion. La Cour de cassation réaffirme donc de manière constante³⁵⁵ la prééminence de

³⁵² Voir : I. DAURIAC, « La nature des parts sociales en régime de communauté : constance ou conservatisme ? », *Rev. Sociétés*, 2012, p.717.

³⁵³ Voir : Cass. Civ 1^{ère}, 4 juin 2009, n°08-15.228.

³⁵⁴ Voir : Cass. Civ 1^{ère}, 12 juin 2014, n°13-16.309.

³⁵⁵ Voir : Cass. Civ 1^{ère}, 22 octobre 2014, n°12-29.265.

la distinction classique du titre et de la finance sur la qualification des parts sociales. Et ce, peu importe qu'un seul époux soit associé ou que les deux le soient. Ainsi, dans toutes les situations, la qualité d'associé - le titre - ne tombe pas dans l'indivision post-communautaire qui recueille seulement la valeur des parts sociales.

400. Conclusion section. Alors que la doctrine est vivement partagée entre l'application de la distinction classique entre le titre et la finance et une distinction plus moderne entre le titre social et la qualité d'associé, la jurisprudence reste constante en rejetant la seconde au profit de la distinction classique. Cette solution ne semble pas satisfaisante dans la mesure où la distinction moderne permettrait d'éviter une superposition complexe des règles. En effet, le titre social pourrait alors être considéré comme un bien classique et donc soumis aux règles de qualification des régimes matrimoniaux tandis que la qualité d'associé serait exclusivement régie par le droit des sociétés.

La particularité des titres sociaux a engendré des questions quant à leur intégration dans l'indivision post-communautaire mais également des difficultés lors des opérations de partage de la communauté.

SECTION 2 - LE SORT DES TITRES LORS DU PARTAGE

401. Après la dissolution de la communauté, chacun des deux époux va récupérer ses biens propres et la communauté va être liquidée. Après calcul des récompenses dues, la masse commune va être partagée entre les deux époux. Seulement, le partage de celle-ci peut présenter différentes difficultés, qu'il s'agisse du partage de titres communs aux deux époux (§1) mais également du partage des titres propres (§2).

402. Etant rappelé que l'évaluation des parts sociales doit se faire au jour du partage et non au jour de la dissolution du régime. En effet, selon l'alinéa 2 de l'article 829 du Code civil, la date de l'évaluation « *est la plus proche possible du partage* »³⁵⁶. Une jurisprudence constante considère

³⁵⁶ Art. 829 du C.Civ. : « en vue de leur répartition, les biens sont estimés à leur valeur à la date de la jouissance divise telle qu'elle est fixée par l'acte de partage, en tenant compte, s'il y a lieu, des charges les grevant. Cette date est la plus proche possible du partage.

que « *il résulte de la combinaison des articles 262-1, 815-10, 890 et 1476 du Code civil que si la composition du patrimoine de la communauté se détermine à la date à laquelle le jugement de divorce prend effet dans les rapports patrimoniaux entre époux, la valeur des biens composant cette masse partageable doit être fixée au jour le plus proche du partage, compte tenu des modifications ayant affecté l'état de ces biens pendant la durée de l'indivision post-communautaire* »³⁵⁷. Cette solution a été réaffirmée récemment par la Cour de cassation qui a précisé que « *ces parts doivent être portées à l'actif de la communauté pour leur valeur au jour du partage* »³⁵⁸.

403. L'évaluation des parts sociales doit également se faire en fonction de leur valeur réelle et actuelle en composant, le cas échéant, avec les dispositions statutaires³⁵⁹ de la société. Enfin, pour la doctrine, les plus-values ou moins-values qui se produisent au cours de l'indivision doivent profiter ou nuire à l'ensemble des co-indivisaires. Ainsi, les bénéfices et dividendes perçus pendant l'indivision post-communautaire doivent également être partagés³⁶⁰. Cette solution protège l'époux non associé qui ne pourra pas voir la valeur des parts sociales diminuer à cause de distributions de dividendes exceptionnelles de nature à entamer le capital ou les réserves.

Les problématiques liées partage des titres diffèrent selon qu'il s'agisse de titres communs (§1) ou de titres propres (§2).

§1 - TITRES COMMUNS : DES DIFFICULTES SPECIFIQUES EN FONCTION DES ASSOCIES

404. Les difficultés lors du partage de titres communs vont être différentes selon qui des époux est associé. En effet, lorsqu'un seul des époux est associé les titres vont lui être attribués selon différentes modalités (I) mais lorsque les deux époux sont associés les titres vont être partagés entre eux, à charge pour eux de faire intervenir des mécanismes de droit des régimes matrimoniaux ou

Cependant, le juge peut fixer la jouissance divisée à une date plus ancienne si le choix de cette date apparaît plus favorable à la réalisation de l'égalité ».

³⁵⁷ Voir : Cass. Civ 1^{ère}, 7 avril 1998, n°96-14.508.

³⁵⁸ Voir : Cass. Civ 1^{ère}, 22 octobre 2014, n°12-29.265.

³⁵⁹ Évaluation selon le dernier inventaire social par exemple.

³⁶⁰ Voir : Cass. Civ 1^{ère}, 29 mars 2018, n°17-16.198.

de droit des sociétés pour régler les situations de conflits dans la gestion de la société (II).

A. LES MODALITES PARTICULIERES DU PARTAGE POUR L'ASSOCIE UNIQUE

405. Lorsqu'un seul des époux est associé, le partage ne présente pas de difficulté particulière en lui même. Ce dernier va se voir attribuer l'ensemble des titres sociaux, à charge pour lui de reverser une soulte correspondant à la moitié de leur valeur à son ancien époux. En effet, dans la mesure où il s'agit de titres communs, la valeur des droits sociaux est entrée dans la communauté et l'époux non associé a des droits sur la moitié de celle-ci.

406. La jurisprudence est venue affiner les modalités d'attribution des titres sociaux dans cette hypothèse. En effet, dans un arrêt du 4 juillet 2012³⁶¹, la Cour de cassation précise que les titres sociaux peuvent être attribués seulement à l'époux associé. En l'espèce, l'époux était seul associé et il contestait le fait de devoir reprendre en nature les 250 parts sociales de la SARL à charge pour lui de verser 60 980 euros à son ex épouse au titre de ses droits en valeur. Ainsi, il souhaitait un partage en nature et par moitié des parts sociales afin de ne pas avoir à verser de soulte à son ancienne épouse. Il sera débouté par la Cour d'appel de sa demande de partage par moitié des parts sociales ainsi que de sa demande subsidiaire tendant à ce que soit ordonné leur licitation. L'époux a alors formé un pourvoi en soutenant, d'une part, que les parts d'une SARL acquises par un époux seul pendant la durée du mariage constitueraient elles-mêmes (et pas seulement leur valeur) des biens communs et ce, même si seulement un époux a la qualité d'associé et exerce donc les prérogatives attachées à celle-ci et d'autre part, que sous l'empire du droit antérieur à la loi du 23 juin 2006³⁶², applicable à la cause, le partage en nature est la règle et qu'il ne peut être écarté que si les biens à partager ne sont pas facilement partageables en nature, ce que la Cour d'appel n'aurait pas caractérisé pour lesdites parts sociales. La Cour de cassation rejette le pourvoi en réaffirmant que les parts sociales acquises par un époux seul durant le mariage ne rentrent dans la communauté que pour leur valeur et qu'elles ne pouvaient donc être attribuées qu'à l'époux associé. Ainsi c'est la distinction entre le titre et la finance qui est ici affirmée pour rejeter l'attribution en nature à l'époux non associé. Cette solution jurisprudentielle a été jugée satisfaisante par une partie de la

³⁶¹ Voir : Cass. Civ 1^{ère}, 4 juillet 2012, n°11-13.384.

³⁶² Voir : Loi n°2006-728 du 23 juin 2006.

doctrine³⁶³ dans la mesure où elle préserve, d'une part, les intérêts de l'époux associé qui n'a pas à craindre une irruption de son conjoint dans la société du fait du partage des parts sociales et d'autre part, ceux de l'époux non associé qui ne peut se voir attribuer la qualité d'associé malgré lui.

407. Cependant, une partie de la doctrine³⁶⁴ considère cette solution comme rigide puisqu'elle est exclusive de toute autre. En effet, un partage en nature des parts sociales n'est pas envisageable même en présence d'un accord entre les époux. Dès lors, l'époux associé recueillant les parts sociales peut se retrouver dans une position difficile s'il ne dispose pas des liquidités nécessaires au remboursement de la valeur des parts sociales à son conjoint. En l'absence de liquidités, il peut être contraint de céder ses parts à un tiers afin d'être en capacité d'indemniser son conjoint. Dès lors, l'intervention du législateur pourrait être souhaitable afin de préciser, dans les dispositions du Code civil, le principe d'un partage en valeur des parts acquises par un époux durant le mariage mais de réserver l'éventualité d'un partage en nature si celui-ci est décidé conventionnellement par les époux, sous réserve évidemment de l'agrément des autres associés.

I. LES MECANISMES EN CAS DE MESENTE LORS DU PARTAGE ENTRE DEUX EPOUX ASSOCIES

408. Lorsque les deux époux sont associés de la société, le partage ne pose en principe aucune difficulté. En effet, puisque les deux époux sont associés ils sont tous les deux titulaires d'un certain nombre de titres sociaux. Un partage en nature pourra alors être envisagé puisque aucune modification de la répartition des prérogatives ne va intervenir. Ainsi, chacun d'entre eux va se voir attribuer l'ensemble des titres dont il est titulaire.

409. Cependant, la valeur des titres sociaux sera à partager. En effet, la distinction du titre et de la finance va également s'appliquer dans cette hypothèse et la valeur de l'ensemble des titres sociaux va donc intégrer l'indivision post-communautaire. Dès lors, les époux vont pouvoir recevoir l'intégralité des titres sociaux dont ils sont titulaires et ce, sans nécessité d'un partage égalitaire,

³⁶³ R. MORTIER, E. NAUDIN « Le sort des droits sociaux au cours de la dissolution de la communauté », *Defrénois*, n°20, 2015, p.1051.

³⁶⁴ V. BARABE-BOUCHARD, « La réaffirmation de la distinction du titre et de la finance appliquée aux parts sociales acquises par un époux pendant le mariage », *D.*, 2012, p.2493.

mais la valeur des droits devra elle être partagée par moitié. Ainsi, les deux époux vont chacun conserver leur qualité d'associé et leurs droits respectifs dans la société. Cependant, cette solution peut poser une difficulté en cas de mésentente entre les ex époux. En effet, la dégradation de la relation entre les deux anciens époux peut avoir des conséquences difficiles pour la gestion de la société dans la mesure où celle-ci suppose que les associés s'entendent.

Dans cette hypothèse, différents mécanismes de droit des régimes matrimoniaux (A) ou de droit des sociétés (B) pourront être utilisés afin de gérer la situation.

A. Les mécanismes du droit des régimes matrimoniaux

410. Le droit des régimes matrimoniaux permet grâce à son mécanisme d'attribution préférentielle à un époux de recueillir un bien particulier dans son lot. L'article 831 du Code civil³⁶⁵ met en place le principe de l'attribution préférentielle facultative, devenue en quelque sorte le droit commun en la matière. La mention du caractère facultatif de cette attribution sous-entend que le juge doit apprécier son opportunité en fonction des intérêts en présence. Différents biens de la communauté peuvent faire l'objet d'une attribution préférentielle. Elle peut jouer pour toute entreprise ou partie d'entreprise à l'exploitation de laquelle l'époux qui la demande a participé effectivement. Cet article précise qu'une « *demande d'attribution préférentielle peut également porter sur des droits sociaux, sans préjudice de l'application des dispositions légales ou des clauses statutaires* ». Ainsi, l'attribution préférentielle ne peut être écartée lorsque l'entreprise est exploitée par le biais d'une société, sous réserve évidemment de respecter d'éventuelles clauses statutaires. La question s'est posée de savoir si cette disposition pouvait s'appliquer à une société civile immobilière constituée pour gérer un patrimoine privé et ce, sans que celle-ci ne soit liée avec une société d'exploitation lui louant des locaux. La jurisprudence semble accepter l'utilisation du mécanisme d'attribution

³⁶⁵ Art. 831 C.civ: « *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, de toute entreprise, ou partie d'entreprise agricole, commerciale, industrielle, artisanale ou libérale ou quote-part indivise d'une telle entreprise, même formée pour une part de biens dont il était déjà propriétaire ou copropriétaire avant le décès, à l'exploitation de laquelle il participe ou a participé effectivement. Dans le cas de l'héritier, la condition de participation peut être ou avoir été remplie par son conjoint ou ses descendants.*

S'il y a lieu, la demande d'attribution préférentielle peut porter sur des droits sociaux, 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 ».

préférentielle pour les parts sociales de ce type de société³⁶⁶. En effet, dans la mesure où le législateur n'exclut pas l'attribution de préférentielle de droits sociaux, la Cour de cassation ne semble pas non plus écarter, par principe, l'attribution des parts de société civile immobilière.

411. Cette demande doit être faite devant le tribunal compétent pour le partage mais également devant le juge du divorce. La demande est appréciée souverainement par le juge³⁶⁷ qui statue en opportunité. Dans l'hypothèse où les deux époux associés demandent l'attribution préférentielle des parts sociales, le juge doit tenir compte, pour désigner l'attributaire, de leur aptitude dans la gestion de la société. Lorsque le juge a décidé l'attribution préférentielle des parts sociales, ces derniers vont nécessairement être mis dans le lot de l'époux désigné. Si l'ensemble des biens composant la communauté ne suffisent pas à compenser la valeur des parts sociales attribuées, l'époux attributaire devra verser une soulte, payable au comptant, à son ancien époux, sous réserve de son accord pour l'obtention de délais de paiement. Ainsi, il est possible pour un des époux qui participe effectivement à la gestion de la société de demander au juge l'attribution préférentielle des titres sociaux à son avantage, à charge pour lui de payer une soulte. Ce mécanisme peut également décourager l'époux non associé de revendiquer la qualité d'associé sur le fondement de l'article 1832-2 du Code civil³⁶⁸ puisque son époux pourra aisément demander l'attribution préférentielle qui remettra les parties dans le même état.

B. Les mécanismes du droit des sociétés

412. Différents mécanismes de droit des sociétés vont pouvoir être utilisés en cas de mésentente entre les anciens époux à l'intérieur de la société. En effet, peuvent être ordonné une dissolution judiciaire de la société pour mésentente ou le retrait d'un des époux associé pour juste motifs dans l'hypothèse d'une société civile.

L'article 1844-7 du Code civil³⁶⁹ prévoit les différentes causes de dissolution d'une société. Le 5°

³⁶⁶ Voir : Cass. Civ. 1^{ère}, 24 octobre 2012, n°11-20.075.

³⁶⁷ Voir : Cass. Civ. 1^{ère}, 27 novembre 1973, n° 72-12.930.

³⁶⁸ Qui est possible jusqu'à la dissolution de la communauté selon le dernier alinéa du même article.

³⁶⁹ Art. 1844-7 C.civ: « *La société prend fin :*

1° Par l'expiration du temps pour lequel elle a été constituée, sauf prorogation effectuée conformément à l'article 1844-6;

prévoit que la société prend fin « *par la dissolution judiciaire prononcée par le tribunal à la demande d'un associé, pour justes motifs, notamment en cas d'inexécution de ses obligations par un associé ou de mésentente entre associés paralysant le fonctionnement de la société* ». Ainsi, lorsque la mésentente entre les associés est telle que la société ne peut plus fonctionner, le juge peut en prononcer la fin. Ce dernier doit apprécier si le motif est suffisamment grave : en effet, la dissolution ne peut être prononcée qu'en cas de paralysie du fonctionnement de la société. Les juges vont parfois choisir une solution moins extrême telle que la désignation d'un administrateur provisoire lorsque la crise n'est pas irréversible. Seul un associé peut demander la dissolution pour justes motifs³⁷⁰. La Cour de cassation considère que le fait que l'époux associé soit à l'origine de la mésentente est sans incidence sur la recevabilité de sa demande mais que cela fait obstacle à ce que celle-ci soit regardée comme un juste motif de dissolution³⁷¹.

413. Il est également possible d'envisager la sortie d'un associé par le rachat de ses droits ce qui constitue un retrait. Ce dernier va obtenir le remboursement de son investissement sans avoir à proposer un cessionnaire. Cette possibilité de retrait est prévue dans la loi pour les sociétés avec un fort *intuitu personae* lorsque l'associé fait valoir un juste motif.

Ainsi, un droit de retrait légal est prévu pour les sociétés civiles³⁷² et permet à un associé de se retirer de la société dans les conditions prévues par les statuts ou, à défaut, avec l'accord unanime des autres associés. Dans l'hypothèse où les associés refusent le retrait de l'associé, ce dernier peut solliciter le juge afin d'obtenir une autorisation judiciaire de retrait en présence de justes motifs.

2° Par la réalisation ou l'extinction de son objet ;

3° Par l'annulation du contrat de société ;

4° Par la dissolution anticipée décidée par les associés ;

5° Par la dissolution anticipée prononcée par le tribunal à la demande d'un associé pour justes motifs, notamment en cas d'inexécution de ses obligations par un associé, ou de mésentente entre associés paralysant le fonctionnement de la société ;

6° Par la dissolution anticipée prononcée par le tribunal dans le cas prévu à l'article 1844-5 ; 7° Par l'effet d'un jugement ordonnant la clôture de la liquidation judiciaire pour insuffisance d'actif ;

8° Pour toute autre cause prévue par les statuts ».

³⁷⁰ Voir : Cass. Com. 28 septembre 2004, n°02-20.750.

³⁷¹ Voir : Cass. Com. 16 septembre 2014, n°13-20.083.

³⁷² Art. 1869 du C.civ : « sans préjudice des droits des tiers, un associé peut se retirer totalement ou partiellement de la société, dans les conditions prévues par les statuts ou, à défaut, après autorisation donnée par une décision unanime des autres associés. Ce retrait peut également être autorisé pour justes motifs par une décision de justice.

A moins qu'il ne soit fait application de l'article 1844-9 (3ème alinéa), l'associé qui se retire a droit au remboursement de la valeur de ses droits sociaux, fixée, à défaut d'accord amiable, conformément à l'article 1843-4 ».

L'appréciation des justes motifs se fait souverainement par le juge qui peut retenir des éléments touchant à la situation personnelle de l'associé retrayant³⁷³, notamment la séparation de concubins associés d'une société civile immobilière³⁷⁴.

Le retrait d'un associé est également possible dans les groupements agricoles d'exploitation en commun (GAEC) par le second alinéa de l'article L.323-4 du Code rural³⁷⁵ dans les mêmes conditions. En revanche, la solution est différente dans l'hypothèse d'un groupement foncier agricole (GFA). En effet, l'article L.322-23 du Code rural³⁷⁶ prévoit la possibilité d'un retrait prévu par les statuts et, « à défaut, le retrait ne peut être autorisé que par une décision unanime des autres associés ». Ainsi, il semble, *a contrario*, que le retrait judiciaire pour justes motifs ne soit pas envisageable. Cependant, une décision récente de la Cour de cassation semble revenir sur cette idée en déclarant que l'associé d'un GFA peut solliciter judiciairement son retrait, nonobstant les dispositions de l'article L.322-23 du Code rural en déclarant « *si l'article 6, § 1, de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales permet à l'Etat de limiter le droit d'accès à un tribunal dans un but légitime, c'est à la condition que la substance même de ce droit n'en soit pas atteinte ; qu'un tel principe justifie que l'associé d'un groupement foncier agricole puisse solliciter judiciairement son retrait, nonobstant les dispositions de l'article L. 322-23 du code rural et de la pêche maritime, à charge pour le juge saisi d'opérer un contrôle de proportionnalité entre l'objectif poursuivi par la limitation légale du droit de retrait et le respect du droit de propriété de l'associé retrayant* »³⁷⁷.

414. Dans le cas d'une société civile professionnelle (SCP), l'article 18 de la loi du 29 novembre

³⁷³ Voir : Cass. Civ 1^{ère}, 27 février 1985, n°83-14.069.

³⁷⁴ Voir : Cass. Com. 10 février 2015, n°14-10.110.

³⁷⁵ Art. L.323-4 du Code rural : « *le décès, la faillite personnelle, la liquidation ou la procédure de sauvegarde ou de redressement judiciaires de l'un des associés, ou la volonté de l'un ou plusieurs d'entre eux de n'être plus dans la société, ne met pas fin au groupement.*

Tout associé peut être autorisé par les autres associés ou, le cas échéant, par le tribunal à se retirer du groupement pour un motif grave et légitime. Il peut également en demander la dissolution, conformément à l'article 1844-7 du code civil ».

³⁷⁶ Art. L.322-23 du Code rural : « *les associés d'un groupement foncier rural ou d'un groupement foncier agricole peuvent, sans préjudice des droits des tiers, se retirer totalement ou partiellement de la société dans les conditions prévues par les statuts. A défaut, le retrait ne peut être autorisé que par une décision unanime des autres associés* ».

³⁷⁷ Voir : Cass. Civ. 1^{ère}, 1^{er} mars 2017, n°15-20.817, et *a contrario* : Cass. Civ. 1^{ère}, 3 juin 2017, n°09-65.995.

1966³⁷⁸, l'associé peut se retirer à tout moment et n'est soumis à aucune condition. En revanche, la Cour de cassation a jugé, dans le cas d'une société d'exercice libéral à responsabilité limitée (SELARL) que « à défaut de dispositions spéciales de la loi l'autorisant, un associé de SELARL d'avocats ne peut pas se retirer unilatéralement de la société, ni obtenir qu'une décision de justice autorisant son retrait, peu important le contenu des statuts »³⁷⁹. Dès lors, la jurisprudence considère que dans la mesure où aucune disposition légale ne prévoit de droit de retrait pour l'associé de SELARL, celui-ci n'y a pas droit. De ce fait, il n'est pas possible ni de prévoir dans les statuts la possibilité de se retirer ni d'obtenir une décision judiciaire le permettant. L'avocat qui souhaite se retirer d'une SELARL doit donc obligatoirement procéder à une cession de parts et ne peut bénéficier de la procédure de retrait. La Cour de cassation se fonde sur l'absence de disposition législative et sur l'article 1134 ancien du Code civil. Cette solution est discutable dans la mesure où ce type de sociétés réunissant des professionnels libéraux repose sur un *intuitu personae* fort. Or, c'est cet argument qui a poussé le législateur à permettre aux associés de SCP, forme classique de réunion de professionnels libéraux, de se retirer.

415. Au delà des mécanismes légaux, il est possible de mettre en place, dans un pacte d'associés, une « clause de buy or sell ». En vertu de cette dernière, un associé peut proposer à un autre de lui racheter ses titres à un certain prix. Ainsi, l'associé bénéficiaire dispose de deux choix : soit il accepte de céder ses titres à ce prix et il sort du capital soit, il refuse de les céder mais il a l'obligation de racheter les titres de son associé au même prix.

Cette clause, également appelée « clause américaine » ou « clause texane » est radicale dans la mesure où sa mise en oeuvre implique nécessairement la sortie d'un des deux associés mais a le mérite d'éviter toute situation de paralysie en cas de mésentente. Ce type de clause a suscité un

³⁷⁸ Art. 18 de la L. 29 novembre 1966 : « Un associé peut se retirer de la société, soit qu'il cède ses parts sociales, soit que la société lui rembourse la valeur de ses parts.

L'officier public ou ministériel qui se retire d'une société en raison d'une mésentente entre associés peut solliciter sa nomination à un office créé à cet effet à la même résidence dans des conditions prévues par le décret particulier à chaque profession, à l'expiration d'un délai de cinq ans à compter de sa nomination en qualité d'officier public ou ministériel associé au sein de cette société.

Lors du retrait d'un associé, la société civile professionnelle est soumise aux modifications d'inscription et le cessionnaire des parts sociales à la procédure d'agrément, prévues par le décret particulier à chaque profession.

En ce qui concerne les offices publics et ministériels, le décret particulier à chaque profession détermine les conditions dans lesquelles devra être agréé par l'autorité de nomination le cessionnaire des parts sociales et approuvé le retrait de l'associé auquel est remboursée la valeur de ses parts ».

³⁷⁹ Cass. Civ. 1^{ère}, 12 décembre 2018, n° 17-12.467.

certain débat doctrinal en raison de ses conditions de validité puisqu'elle n'est pas encadrée par la loi et a été développée par la pratique, particulièrement pour la détermination du prix et son champ d'application.

Concernant la détermination du prix, l'article 1591 du Code civil dispose que « *le prix de vente doit être déterminé et désigné par les parties* », étant rappelé que la jurisprudence considère valable le prix déterminable c'est-à-dire celui dont les conditions de fixation sont prévues par les parties. Une partie de la doctrine estime que la clause de buy or sell doit être assimilée à une promesse de vente et être considérée comme licite dans la mesure où le prix n'est pas véritablement fixé arbitrairement par la partie qui prend l'initiative de l'offre. En effet, dans l'hypothèse d'un prix trop élevé, elle prend le risque de devoir acheter au prix. Ainsi, elle doit nécessairement « *prendre en considération des éléments objectifs, extérieurs à sa volonté* »³⁸⁰. Le recours à un expert déterminant la valeur des parts permettrait d'écarter tout risque lié au prix. La Cour de cassation a également validé une telle clause lorsque les associés ont convenu de se faire des offres croisées d'achat en acceptant par avance le prix le plus élevé sans pouvoir surenchérir³⁸¹.

Le champ d'application d'une clause de buy or sell est également source de difficulté. De ce fait, il est important que les praticiens rédigeant ce type de clause précisent les cas où elle peut intervenir, en l'espèce, en cas de conflit entre associés. Ces dernières doivent également préciser les démarches, leurs délais de mise en œuvre et les sanctions en cas de non respect.

416. Conclusion. Ainsi, lorsqu'un seul des époux est associé, le résultat du partage est toujours identique. L'ensemble des parts sociales vont être attribuées à l'époux associé et ce, même dans l'hypothèse d'un accord conventionnel entre les ex époux sur une répartition inégalitaire. Toutefois lorsque les deux époux sont associés, il existe différents mécanismes, en droit des régimes matrimoniaux ou en droit des sociétés, permettent de gérer la mésentente entre eux.

Le partage des titres communs a posé certaines difficultés quant à leur attribution et au risque de mésentente entre deux époux associés, le partage des titres propres soulève une difficulté eu égard

³⁸⁰ Voir : Mémento Lefebvre, Transmission d'entreprise, 2018-2019, n°38320.

³⁸¹ Voir : Cass. Com. 29 septembre 2015, n°14-15.040.

au calcul délicat des récompenses dues à la communauté.

§2 - TITRES PROPRES : L'ÉVALUATION COMPLEXE DE LA RÉCOMPENSE

417. Lors du partage, la question des titres propres ne pose aucune difficulté quant à leur attribution. Ces derniers sont automatiquement alloués à l'époux propriétaire. Toutefois, une récompense peut être due par l'époux propriétaire à la communauté, notamment lorsque celle-ci a financé l'acquisition des titres propres. Dans cette hypothèse, l'évaluation de la récompense est délicate et ce, à cause des règles imprécises relatives à leur calcul. Il faut rappeler que le premier alinéa de l'article 1469 du Code civil³⁸² précise que la récompense doit être égale au profit subsistant lorsque la valeur empruntée à la communauté a servi à acquérir un bien. Le profit subsistant correspond à l'enrichissement réalisé par le patrimoine de l'emprunteur et, en l'espèce, à la valeur du bien acquis. La difficulté réside ici dans le fait que le bien acquis doit être évalué à la date de la liquidation mais compte tenu de son état à l'époque de l'acquisition. Cette solution vient de l'idée qu'il serait injuste que la communauté profite ou souffre des plus-values ou des moins-values qui sont du fait du débiteur. Ainsi, le bien doit être évalué sans tenir compte des améliorations ou détériorations qu'il a subi.

418. Cette évaluation est particulièrement délicate concernant les titres sociaux. La jurisprudence s'est prononcée sur la question en matière de liquidation successorale et a admis le principe de transparence liquidative. Il en résulte que ce ne sont pas les titres sociaux qui doivent être pris en compte mais le patrimoine social. Dès lors, seul compte le changement d'état qui a pu affecter un immeuble, lorsqu'il s'agit de titres de société civile immobilière, un portefeuille de titres, quand il s'agit d'une société de gestion de portefeuille, ou une entreprise, lorsqu'il s'agit d'une société d'exploitation.

³⁸² Art. 1469 du Code civil : « La récompense est, en général, égale à la plus faible des deux sommes que représentent la dépense faite et le profit subsistant.

Elle ne peut, toutefois, être moindre que la dépense faite quand celle-ci était nécessaire.

Elle ne peut être moindre que le profit subsistant, quand la valeur empruntée a servi à acquérir, à conserver ou à améliorer un bien qui se retrouve, au jour de la liquidation de la communauté, dans le patrimoine emprunteur. Si le bien acquis, conservé ou amélioré a été aliéné avant la liquidation, le profit est évalué au jour de l'aliénation ; si un nouveau bien a été subrogé au bien aliéné, le profit est évalué sur ce nouveau bien ».

La question de la détermination de l'état des titres sociaux a été tranchée par la Cour de cassation dans un arrêt du 8 juillet 2009³⁸³ eu égard au calcul de la réserve due en cas de donation. En se basant sur l'article 922 du Code civil³⁸⁴ les juges ont déclaré que « l'état » des biens donnés ne correspondait pas à l'état des titres sociaux eux-mêmes mais à l'état du fonds social soit, l'entreprise exploitée en forme sociale.

Par cette décision, la jurisprudence approuve la solution de la doctrine majoritaire. Selon, le Professeur Pierre Catala « la loi successorale ne retrouve-t-elle son sens que si l'on considère le fonds social et non la part sociale ; autrement dit, si l'on regarde les biens de la société comme ceux d'une entreprise sans personnalité morale, en se demandant d'où provient la modification de leur état qui est génératrice de plus ou de moins-values. Seule conforme à l'esprit des textes du code civil, cette conception fait abstraction de la personne morale. Elle instaure une sorte de transparence liquidative, grâce à laquelle on aperçoit que la donation d'actions ou de parts a eu pour objet les biens mêmes de l'entreprise sociale et non pas les seuls titres qui dissimulent cette réalité »³⁸⁵. Dès lors, il convient de prendre en considération tous les biens entrant dans le patrimoine social derrière les titres sociaux. Et ce, même si les titres sociaux disposent d'un état propre, distinct de celui du patrimoine social, caractérisé par l'ensemble des prérogatives attachées-

La Cour de cassation consacre cette solution doctrinale dans cet arrêt en déclarant que la modification des titres sociaux consécutivement à la transformation de la forme de la société ne constitue pas un changement d'état au sens de l'article 922 du Code civil. Et ce, alors même que la transformation de la société anonyme en société en nom collectif avait pour conséquence

³⁸³ Voir : Cass. Civ 1^{ère}, 8 juillet 2009, n°07-18.041.

³⁸⁴ Art. 922 du Code civil: « la réduction se détermine en formant une masse de tous les biens existant au décès du donateur ou testateur.

Les biens dont il a été disposé par donation entre vifs sont fictivement réunis à cette masse, d'après leur état à l'époque de la donation et leur valeur à l'ouverture de la succession, après qu'en ont été déduites les dettes ou les charges les grevant. Si les biens ont été aliénés, il est tenu compte de leur valeur à l'époque de l'aliénation. S'il y a eu subrogation, il est tenu compte de la valeur des nouveaux biens au jour de l'ouverture de la succession, d'après leur état à l'époque de l'acquisition. Toutefois, si la dépréciation des nouveaux biens était, en raison de leur nature, inéluctable au jour de leur acquisition, il n'est pas tenu compte de la subrogation.

On calcule sur tous ces biens, eu égard à la qualité des héritiers qu'il laisse, quelle est la quotité dont le défunt a pu disposer ».

³⁸⁵ Voir : Pierre CATALA, « L'état d'un bien exploité sous forme sociale », *Etudes offertes à René Rodière*, Dalloz, 1981, p. 55 s., n° 11.

l'évolution des valeurs mobilières négociables en parts sociales non négociables. Les juges ont justifié cette solution par le fait que la transformation de la forme sociale ne modifiait pas le patrimoine social. Au contraire, les juges ont considéré que la diminution ou la disparition du passif social existant au jour de la donation, la liquidation en l'espèce, constitue un changement de l'état du bien au sens de l'article 922 du Code civil.

419. Enfin, est précisé que seule la modification, ultérieure au jour de la donation, qui est imputable à l'action du donataire - ou à l'époux qui reçoit le titre social - doit être prise en compte. En effet, ce dernier ne doit pas jouir ou souffrir des plus-values ou moins-values dues à une cause étrangère à sa gestion. La Cour de cassation estime que les résultats de la gestion doivent être imputés au donataire lorsqu'il assume directement la gestion comme dirigeant social mais également lorsqu'il la contrôle du fait de sa participation majoritaire. En effet, elle censure « *pour manque de base légale l'arrêt d'appel qui n'avait pas recherché si la plus-value prise par les titres donnés, du fait de la disparition du passif social, ne résultait pas du travail que les donataires avaient fourni au sein d'une filiale dont la donation (des titres de la société mère) leur avait conféré le contrôle* »³⁸⁶. Ainsi, le donataire, ou époux détenant en propre, est responsable de sa gestion que celle-ci soit directe ou indirecte.

420. Dans la mesure où la recherche de la cause de l'amélioration ou de la dégradation du patrimoine social est souvent délicate mais absolument nécessaire, Pierre Catala a proposé, pour faciliter le travail des juges, de considérer que les plus-values sont présumées être du fait du donataire. Ainsi, cette présomption pourrait être de nature à les encourager dans une gestion dynamique en leur épargnant la preuve que la plus-value est due à la qualité de leur gestion.

421. Ces règles doivent être appliquées en matière de liquidation de communauté, pour le calcul de la récompense due à la communauté lorsque celle-ci a financé l'acquisition de titres sociaux propres à un époux. La récompense doit être égale à la valeur du titre évalué à la date de la liquidation mais compte tenu de son état à l'époque de son acquisition. En matière de titres sociaux, ne doit pas être pris en compte la valeur des titres eux mêmes mais celle du patrimoine social. Dès

³⁸⁶ Voir : M. GRIMALDI, « En cas de donation de titres sociaux, l'état du bien donné s'entend, pour les besoins de la liquidation de la succession du donateur, de l'état du patrimoine social, et l'amélioration de cet état peut être imputée au donataire qui a la qualité d'associé majoritaire », *RTD Civ.* 2009, p. 762.

lors, toutes les plus ou moins values intervenues par la gestion de l'époux propriétaire des parts doivent être supportées par ce dernier et ne doivent pas atteindre la communauté.

422. Conclusion. Lors du partage des titres propres, les complications ne vont pas intervenir au moment de leur attribution mais lors du calcul des récompenses dues à la communauté. En effet, les titres seront alloués automatiquement à l'époux associé et donc propriétaire. Cependant, les règles de calcul des récompenses supposent que le bien soit évalué à la date de la liquidation mais compte tenu de son état à l'époque de son acquisition. La jurisprudence considère, en matière de titres sociaux, que ce n'est pas leur valeur qui doit être prise en compte mais celle du patrimoine social.

423. Conclusion section. Les opérations de partage soulèvent donc différentes problématiques qu'il s'agisse de titres propres ou de titres communs. Celles-ci concernent l'attribution des titres seulement dans l'hypothèse où les titres sont communs alors qu'un seul des époux est associé puisque la jurisprudence considère que seul l'époux associé peut recueillir les parts, à charge de reverser une soulte correspondant à la moitié de leur valeur à son conjoint. En revanche, lorsqu'il existe une mésentente entre les deux ex-époux qui sont associés, les mécanismes classiques de droit des régimes matrimoniaux et de droits des sociétés permettent de fixer la situation. Enfin, la difficulté souvenant lors du partage de titres propres vient du délicat calcul du montant de la récompense due à la communauté.

424. Conclusion chapitre. Ces développements ont permis de mettre en exergue les difficultés liées aux titres sociaux au moment de la liquidation de la communauté. La nature particulière des droits sociaux entraîne leur qualification de biens mixtes au regard de la distinction entre le titre et la finance. Cette dernière bien que remise en cause par une partie de la doctrine qui souhaite la voir substituer par une distinction plus moderne entre le titre social et la qualité d'associé a toujours les faveurs de la jurisprudence. Cette distinction permet une intégration seulement en valeur des droits sociaux dans l'indivision post-communautaire et impose à l'époux seul associé de recueillir les titres communs au moment du partage. En revanche, lorsque les deux époux sont associés, les titres communs leur seront distribués selon leur participation et le risque de mésentente pourra être réduit par l'utilisation de mécanismes issus du droit des régimes matrimoniaux mais également du droit

des sociétés. Enfin, le partage des titres propres soulèvera une difficulté quant au calcul des récompenses dues à la communauté à laquelle les professionnels du droit devront porter une attention particulière.

CHAPITRE 2 - LES POUVOIRS DE GESTION DES EPOUX ASSOCIES DANS L'INDIVISION POST-COMMUNAUTAIRE

425. L'indivision post-communautaire intervient entre la dissolution de la communauté³⁸⁷ et les opérations de liquidation et de partage. En effet, il ne peut dès lors y avoir continuation de la communauté³⁸⁸, dès lors, la communauté est considérée être en indivision jusqu'à la réalisation des opérations de partage. Elle est alors soumise aux règles classiques de l'indivision dont le régime est établi par les articles 815 à 815-18 du Code civil. Ainsi, il y a substitution de régime, au régime matrimonial succède et s'applique le régime légal de l'indivision. Les règles du régime matrimonial ne peuvent donc plus s'appliquer pour l'organisation de l'indivision post-communautaire. Le régime légal de l'indivision régit deux aspects de celle-ci soit, sa composition et sa gestion. Cette combinaison de règles va entraîner certaines difficultés. Et ce, d'une part, dans la gestion même de la société au travers de la répartition des prérogatives attachées à la qualité d'associé entre les époux (section 1) mais également eu égard aux pouvoirs de gestion des titres sociaux eux mêmes et au pouvoir (section 2).

SECTION 1 - LA GESTION DE LA SOCIETE PENDANT L'INDIVISION POST-COMMUNAUTAIRE

426. La gestion de la société va être soumise à différentes règles issues du droit des sociétés mais également des règles propres à l'indivision. En effet, alors que le droit de l'indivision implique un fractionnement des droits des co-indivisaires sur le bien indivis, le droit des sociétés est dominé par le principe d'indivisibilité³⁸⁹ des droits sociaux. Après différents débats doctrinaux, la Cour de cassation a considéré que l'associé de l'indivision post-communautaire était, non pas l'indivision elle-même qui n'a pas de personnalité morale, mais l'ensemble des indivisaires. En effet, dans sa

³⁸⁷ Voir : Art. 1441 du Code civil.

³⁸⁸ Art. 1442 du C.civ. : « Il ne peut y avoir lieu à la continuation de la communauté, malgré toutes conventions contraire.

Les époux peuvent, l'un ou l'autre, demander, s'il y a lieu, que, dans leurs rapports mutuels, l'effet de la dissolution soit reporté à la date où ils ont cessé de cohabiter et de collaborer ».

³⁸⁹ Pour les valeurs mobilières, art. L.228-5 Code de commerce : « A l'égard de la société, les titres sont indivisibles, sous réserve de l'application des articles L.225-110 et L.225-118 ».

décision du 21 janvier 2014, la chambre commerciale a admis que « *les copropriétaires indivis de droits sociaux ont la qualité d'associé* »³⁹⁰. Seulement, le principe d'indivisibilité suppose que les parts sociales ou actions soient des biens uniques et donc que les prérogatives qui s'y rapportent soient réparties entre plusieurs personnes et non divisées. Dès lors, certains droits peuvent être exercés individuellement par chacun des co-indivisaires (§1) et d'autres ne peuvent l'être que collectivement par l'ensemble des co-indivisaires (§2).

§1- L'EXERCICE INDIVIDUEL DES DROITS

427. La jurisprudence a considéré que « *les héritiers d'un associé décédé ont, lorsqu'il a été stipulé que la société continuerait avec eux, la qualité d'associé, il n'en résulte pas pour autant que, tant que dure l'indivision entre ces héritiers, chacun d'eux puisse exercer librement les droits attachés à cette qualité ; que cet exercice demeure limité en vertu des règles propres au régime des indivisions* »³⁹¹. Ainsi, elle admet que l'exercice des droits attachés à la qualité d'associé est restreint et que, par exception et selon les règles du droit de l'indivision, certains droits peuvent être exercés individuellement par les co-indivisaires, qu'il s'agisse des droits classiques accordés à l'indivisaire (I) ou du droit de participer aux assemblées générales nouvellement reconnu (II).

I. LES DIFFERENTS DROITS INDIVIDUELS DES ASSOCIES INDIVIS

428. Tout d'abord, l'article 815-14 du Code civil prévoit un droit de préemption pour les co-indivisaires. Ainsi, tout indivisaire peut user de ce droit sur la quote-part que souhaite céder un de ses co-indivisaires à un tiers à l'indivision. Cette règle s'applique à « *toutes les indivisions, qu'elles soient ou non d'origine successorale* »³⁹² et impose une notification par acte extrajudiciaire aux co-indivisaires de l'intention de vendre avec le prix et l'identité de l'acquéreur, un délai d'un mois laissé aux co-indivisaires pour préempter et un délai de deux mois pour réaliser la vente en cas de préemption, en ce sous peine de nullité de la vente. La jurisprudence a parfois refusé la nullité de la vente lorsqu'il était démontré que le demandeur qui arguait de l'absence de notification par acte

³⁹⁰ Voir : Cass. Com. 21 janvier 2014, n° 13-10.151.

³⁹¹ Voir : Cass. Civ. 1ère, 6 février 1980, n°78-12.513.

³⁹² Voir : Cass. Civ. 1ère, 23 avril 1985, n°83-16.703.

extrajudiciaire était informé de la vente et que celle-ci ne lui avait pas porté grief³⁹³. Dès lors, ce droit de préemption permet aux co-indivisaires de bloquer l'entrée d'un tiers dans l'indivision et donc dans la société. En outre, l'exercice de ce droit permet à un des co-indivisaire de modifier l'équilibre au sein de celle-ci et alors de peser sur le fonctionnement de la société. En effet, l'article 815-3 du Code civil permet au co-indivisaire qui détient les deux tiers des droits indivis d'effectuer seul les actes d'administration relatifs aux biens indivis, donc aux titres sociaux.

429. Ensuite, lorsque les statuts de la société comportent une clause d'agrément, chaque indivisaire doit être personnellement agréé par les associés. Dans la mesure où la jurisprudence a considéré que chaque indivisaire avait la qualité d'associé, ils doivent être individuellement agréés. Dans l'hypothèse d'une indivision post-communautaire, seul l'époux non associé va devoir être agréé par les associés déjà en place. Ainsi, si la société refuse de l'agréer, elle va devoir désigner un acquéreur ou racheter elle-même la quote-part indivise en vue de son annulation. Si elle fait appel à un acquéreur tiers à l'indivision, le droit de préemption du co-indivisaire devra nécessairement être purgé selon la procédure de l'article 815-14 du Code civil. En revanche, la société ne peut pas acheter seulement les parts indivises de l'époux non agréé pour les annuler. En effet, le principe d'indivisibilité des titres sociaux implique que la société doive racheter l'ensemble des titres indivis - de l'époux non agréé mais également de l'époux associé - pour annuler les titres en totalité. Cependant, l'annulation des titres sociaux nécessite l'accord de tous les indivisaires puisqu'il s'agit d'un acte de disposition, sauf à obtenir une autorisation judiciaire conformément à l'article 815-5-1 du Code civil.

430. Enfin, le droit à l'information acquis par tous les associés peut difficilement être partagé entre plusieurs personnes. Ainsi, chaque indivisaire a le droit à la communication de l'ensemble des documents relatifs à la société. En matière de sociétés par actions, ce droit résulte de l'article L.225-118 du Code de commerce³⁹⁴. Il n'existe pas de disposition similaire pour les autres formes sociales mais la Cour d'appel de Paris³⁹⁵ a admis qu'un indivisaire de parts de société civile pouvait exercer

³⁹³ Voir : CA Pau, 11 juin 1987.

³⁹⁴ Art. L.225-18 Code commerce : « *Le droit à communication des documents, prévu aux articles L.225-115, L.225-116 et L.225-117, appartient également à chacun des copropriétaires d'actions indivises, au nu-propriétaire et à l'usufruitier d'actions* ».

³⁹⁵ Voir : CA Paris, 7 janvier 2009, n° 07/14713.

individuellement le droit d'information et de communication de l'article 1855 du Code civil³⁹⁶ et de l'article 48 du décret 3 juillet 1978³⁹⁷. Ainsi, chaque indivisaire a le droit à la communication de l'ensemble des documents sociaux au moins une fois par an, à défaut s'il subi un préjudice, il peut demander réparation mais également la nullité des assemblées générales.

Au delà de ces différents droits devant être exercés individuellement par l'associé indivisaire, la jurisprudence a récemment admis que chacun avait le droit de participer aux décisions collectives.

II. LE DROIT DE PARTICIPER AUX ASSEMBLES GENERALES

431. Le droit de participer aux assemblées générales des associés indivis de titres sociaux en présence du mandataire commun chargé de représenter l'indivision a été consacré récemment par la jurisprudence (A) et implique que soit définis les termes exacts de cette participation afin de soustraire tous les risques de conflits liés à leur réunion (B).

A. Une solution opportune consacrée par la jurisprudence

432. Par un arrêt récent³⁹⁸, la Cour de cassation a reconnu à l'associé indivis de parts sociales une nouvelle prérogative individuelle. En effet, elle admet qu'il détienne un droit à participer aux assemblées générales. En l'espèce, l'un des nus-proprétaires indivis de parts d'une société civile souhaitait se faire représenter à l'assemblée générale de la société par son époux alors même qu'un mandataire commun avait été désigné pour représenter tous les co-indivisaires en application de l'alinéa 2 de l'article 1844 du Code civil qui impose un mandataire unique pour représenter les copropriétaires d'une part sociale indivise.

³⁹⁶ Voir : Art. 1855 du Code civil : « *les associés ont le droit d'obtenir, au moins une fois par an, communication des livres et des documents sociaux, et de poser par écrit des questions sur la gestion sociale auxquelles il devra être répondu par écrit dans un délai d'un mois* ».

³⁹⁷ Voir : Art. 48 du décret n°78-704 du 3 juillet 1978 : « *En application des dispositions de l'article 1855 du code civil, l'associé non gérant a le droit de prendre par lui-même, au siège social, connaissance de tous les livres et documents sociaux, des contrats, factures, correspondance, procès-verbaux et plus généralement de tout document établi par la société ou reçu par elle.*

Le droit de prendre connaissance emporte celui de prendre copie.

Dans l'exercice de ces droits, l'associé peut se faire assister d'un expert choisi parmi les experts agréés par la Cour de cassation ou les experts près une cour d'appel ».

³⁹⁸ Voir : Cass. com, 21 janvier 2014, n° 13-10.151.

La Cour d'appel³⁹⁹ accueille les demandes de la société en considérant que puisqu'un mandataire commun avait été désigné pour représenter l'indivision à l'assemblée générale « *il n'y a pas lieu à dissocier artificiellement la discussion préalable des points soumis au vote et le vote lui même qui participent d'une seule démarche individuelle* ». Les juges du fond estiment que le terme « représentation » de l'article 1844 du Code civil inclut d'une part la représentation au moment du vote mais également la représentation aux assemblées générales. Ils considèrent donc que la présence d'un indivisaire, personnellement ou par son représentant individuel, est « *nécessairement exclue par la désignation d'un mandataire commun pour représenter l'indivision* ». La solution de la Cour d'appel n'est pas nouvelle. En effet, en 2009 la Cour d'appel de Paris⁴⁰⁰ avait déjà déclaré « *que bien qu'un co-indivisaire d'une part sociale avait la qualité d'associé, il ne dispose pas de toutes les prérogatives de celui-ci, et notamment celles de participer aux décisions sociales ; qu'il ne le peut que par l'entremise d'un mandataire représentant tous les co-indivisiaires de la part sociale comme le prévoit l'article 1844 alinéa 2 du Code civil* ». Enfin, la Cour d'appel de Rouen avait également en 2011 refusé d'admettre l'action en nullité d'une délibération d'assemblée générale parce-que cet indivisaire était représenté par un mandataire unique désigné sur le fondement du même article⁴⁰¹.

433. La Cour de cassation censure l'arrêt au visa du premier alinéa de l'article 1844 du Code civil qui prévoit que tout associé a le droit de participer aux décisions collectives. Elle rappelle que les co-indivisiaires sont associés et qu'ainsi ils détiennent un droit de participer aux décisions collectives. Bien qu'il s'agisse d'une solution nouvelle en matière d'indivision, la Cour de cassation ne fait qu'appliquer la distinction déjà opérée concernant l'usufruit⁴⁰². En effet, dans un arrêt rendu en 2005⁴⁰³, la chambre commerciale a fait une distinction entre le droit de participer aux décisions collectives et le droit de vote en admettant que le droit de participer aux assemblées générales du nu-propriétaire était d'ordre public et ce, contrairement au droit de vote. Ainsi, la Cour de cassation applique à nouveau cette distinction aux prérogatives de l'associé indivis de parts

³⁹⁹ Voir : CA Rouen, 20 janvier 2012, n°11/06049.

⁴⁰⁰ Voir : CA Paris, 7 janvier 2009, n°08/12713.

⁴⁰¹ Voir : CA Rouen, 10 novembre 2011, n°10/05755.

⁴⁰² Voir infra.

⁴⁰³ Voir : Cass. Com. 22 février 2005, n°03-17.421.

sociales pour lui reconnaître un droit de participer aux assemblées générales en dépit de sa représentation par un mandataire unique concernant son droit de vote. La Cour de cassation développe ainsi une jurisprudence constante en admettant la présence des associés, qu'ils soient nus-propriétaire ou co-indivisaires, aux assemblées générales de la société.

B. Les difficultés liées à la présence des indivisaires au coté du mandataire

434. L'octroi du droit de participer aux décisions collectives à l'associé indivis de titres sociaux peut poser des difficultés en cas de situations conflictuelles et ce, en matière d'indivision post-communautaire comme d'indivision successorale. Et notamment dans le cas où un indivisaire entre en désaccord avec le mandataire alors même que ce dernier est censé, aux yeux de la société mais également des autres associés, représenter l'ensemble de l'indivision. La présence des indivisaires et surtout leur participation aux débats peut également modifier leur issue et donc celle des votes.

435. La solution posée par la Cour de cassation semble opportune dans la mesure où elle s'inscrit dans une logique commune de séparation entre les différentes prérogatives du droit de participer aux décisions collectives ; droit de vote et droit de participation aux assemblées générales. Elle soulève toutefois quelques difficultés mises en lumière par les Professeurs Didier Porrachia et Hugo Barbier⁴⁰⁴.

436. Tout d'abord, accorder aux indivisaires le droit d'être présents lors de l'assemblée générale pour participer remet en cause la présence même du mandataire commun. En effet, se pose la question du fondement justifiant sa présence dans la mesure où il ne représente pas les indivisaires dans leur droit de participer aux assemblées générales. Le droit de participer aux assemblées générales peut être assimilé à un droit accessoire à celui du droit de vote. Et ce notamment parce que le droit de participer aux assemblées générales ne devrait pas pouvoir entrer dans le cadre du contrat de mandat dans la mesure où il s'agit d'un fait juridique et non d'un acte. Cependant, le droit des contrats spéciaux prévoit que les faits juridiques qui sont les accessoires d'actes juridiques

⁴⁰⁴ Voir : D. PORACCHIA, H. BARBIER, « Le copropriétaire indivis de droits sociaux est un associé qui a le droit de participer aux décisions collectives », *Bull. Joly*, 2014, n°04, p.212.

visés par le mandat entrent dans la mission du mandataire⁴⁰⁵. C'est sur ce principe qu'est fondé le droit, pour le mandataire, de participer aux assemblées générales à côté des indivisaires. Dès lors, seul le droit de vote fait l'objet d'une représentation par mandat tandis que le droit de participer aux assemblées générales reste lié à la qualité d'associé. Toutefois, alors qu'un droit accessoire n'existe normalement que pour servir à la réalisation du droit auquel il est attaché, le droit de participer aux assemblées générales peut avoir d'autres finalités que le droit de vote. En effet, il permet de compléter le droit à l'information acquis à l'associé indivisaire et peut également incarner un droit politique distinct du droit de vote par la prise de parole. Dès lors, alors que le droit de vote ne peut exister sans l'exercice du droit de participer aux assemblées générales - comme accessoire de celui-ci - la participation aux débats peut se concevoir sans droit de vote et peut donc être un droit indépendant remplissant d'autres fonctions. Ainsi, le mandataire désigné par l'indivision et les indivisaires peuvent être tous présents lors des assemblées générales dans la mesure où ils tirent leur droit de fondements différents. Néanmoins, les contours de leurs participations doivent être précisés afin de soustraire aux assemblées générales les risques liés à de potentiels conflits.

437. Dans un premier temps, la société doit nécessairement convoquer l'ensemble des associés indivisaires en vertu de leurs droits à l'information. L'octroi du droit d'assister aux assemblées générales aux associés indivis suppose la remise en question de la jurisprudence considérant que les indivisaires ne peuvent pas se plaindre d'une absence de convocation lorsqu'ils n'ont pas nommé de mandataire commun. Et ce, parce-que la convocation à l'assemblée se rattache à leur droit à participer aux assemblées générales et non à leur droit de vote pour lequel ils sont représentés par un mandataire commun. Dans un second temps, se pose la question de la prise de parole lors des débats au cours de l'assemblée générale, qu'il s'agisse du mandataire ou des indivisaires présents. En principe, le droit de participer aux assemblées générales suppose le droit de poser des questions et de prendre position sur les différents sujets soumis à délibération. Ainsi, le mandataire comme les indivisaires présents pourraient s'exprimer lors des débats. Cette solution aurait pour conséquence de mettre en exergue les conflits entre indivisaires et en mettre au courant

⁴⁰⁵ Voir : art. 1155 du Code civil : « lorsque le pouvoir du représentant est défini en termes généraux, il ne couvre que les actes conservatoires et d'administration. Lorsque le pouvoir est spécialement déterminé, le représentant ne peut accomplir que les actes pour lesquels il est habilité et ceux qui en sont l'accessoire ».

les autres associés.

438. Enfin ces mêmes auteurs- posent la question de la consécration d'un abus d'assister à une assemblée à coté de l'abus de majorité, d'égalité ou de minorité prévus pour le droit de vote. Et ce, dans les hypothèses où un indivisaire s'exprimerait de manière intempestive et par des interventions peu soucieuses de l'intérêt social. Un tel abus pourrait être alors sanctionné au même titre que les autres lorsque l'intérêt de la société n'est pas respecté par un associé indivisaire.

439. Conclusion. Malgré le principe d'indivisibilité des titres sociaux, les différents indivisaires détiennent des prérogatives qu'ils peuvent exercer individuellement tirées soit du régime de l'indivision - droit de préemption et droit d'agrément - soit du droit des sociétés et de leur qualité d'associé - droit d'information et droit de participer aux assemblées générales.

Toutefois, certaines prérogatives ne peuvent être exercés que collectivement par l'ensemble des indivisaires.

§2 - L'EXERCICE COLLECTIF DES DROITS : LE DROIT DE VOTE

440. Le principe d'indivisibilité des titres sociaux impose l'exercice collectif du droit de vote par l'ensemble des co-indivisaires qui doivent être représentés pour cela par un mandataire unique (I) ce qui peut être source de différentes difficultés (II).

I. LA DESIGNATION D'UN MANDATAIRE COMMUN

441. Le mandataire représentant l'indivision peut être désigné amiablement par l'ensemble des co-indivisaires (A) ou, en cas de désaccord, être nommé judiciairement (B).

A. Les modalités de la désignation amiable

442. L'ensemble des co-indivisaires doivent être représentés par un mandataire unique pour voter lors des assemblées générales. Cette règle est posée, d'une part, par l'alinéa 2 de l'article 1844 du

Code civil qui prévoit « *les copropriétaires d'une part sociale indivise sont représentés par un mandataire unique, choisi parmi les indivisaires ou en dehors d'eux* » et d'autre part, par l'alinéa 2 de l'article L.225-110 du Code de commerce applicable aux sociétés anonymes et aux sociétés en commandite par actions qui énonce « *les copropriétaires d'actions indivises sont représentés aux assemblées générales par l'un d'eux ou par un mandataire unique* ». Bien que le principe posé par ces deux articles soit dans les grandes lignes identique, seul l'article du Code civil précise *in fine* que les statuts peuvent déroger à cette disposition.

Le législateur a précisé dans ces deux articles que le représentant des indivisaires peut être l'un deux mais également une personne extérieure à l'indivision. Cependant, aucune précision n'a été donnée sur la possibilité de désigner un mandataire tiers à la société. Les alinéas 2 et 3 de l'article L.225-106 du Code de commerce admettent cette possibilité pour les sociétés anonymes dont les actions sont admises sur un marché réglementé⁴⁰⁶ en permettant aux actionnaires de se faire représenter par toute personne physique ou morale de leur choix⁴⁰⁷ et donc par une personne tierce à la société. Cependant, la question n'a pas été tranchée par le législateur dans les sociétés anonymes dont les actions sont admises aux négociations sur un système multilatéral de négociation organisé⁴⁰⁸ où la représentation par un non-actionnaire est prohibée sous réserve de clause statutaire contraire⁴⁰⁹ comme pour les sociétés à responsabilité limitée⁴¹⁰ pour lesquelles la même règle s'applique, et également pour les autres sociétés anonymes où le premier alinéa de l'article L.225-106 du Code de commerce précise « *un actionnaire peut se faire représenter par*

⁴⁰⁶ Par exemple Euronext.

⁴⁰⁷ Art. L.225-106, I, Code de commerce : « *I.-Un actionnaire peut se faire représenter par un autre actionnaire, par son conjoint ou par le partenaire avec lequel il a conclu un pacte civil de solidarité.*

Il peut en outre se faire représenter par toute autre personne physique ou morale de son choix :

1° Lorsque les actions de la société sont admises aux négociations sur un marché réglementé ;

2° Lorsque les actions de la société sont admises aux négociations sur un système multilatéral de négociation soumis aux dispositions du II de l'article L.433-3 du code monétaire et financier dans les conditions prévues par le règlement général de l'Autorité des marchés financiers, figurant sur une liste arrêtée par l'autorité dans des conditions fixées par son règlement général, et que les statuts le prévoient ».

⁴⁰⁸ Par exemple : Euronext Growth, ex-Alternext.

⁴⁰⁹ Voir : al. 2 et 4 du I de l'article L.225-106 du Code de commerce, n°81.

⁴¹⁰ Voir : art. L.223-28 du Code de commerce : « *Chaque associé a droit de participer aux décisions et dispose d'un nombre de voix égal à celui des parts sociales qu'il possède.*

Un associé peut se faire représenter par son conjoint à moins que la société ne comprenne que les deux époux. Sauf si les associés sont au nombre de deux, un associé peut se faire représenter par un autre associé.

Il ne peut se faire représenter par une autre personne que si les statuts le permettent.

Un associé ne peut constituer un mandataire pour voter du chef d'une partie de ses parts et voter en personne du chef de l'autre partie.

Toute clause contraire aux dispositions des premier, deuxième et quatrième alinéas ci-dessus est réputée non écrite ».

un autre actionnaire, par son conjoint ou par le partenaire avec lequel il a conclu un pacte civil de solidarité ». En l'absence de précision du législateur dans le Code civil et dans le Code de commerce, il convient de se référer aux règles propres à l'indivision qui n'apportent aucune limitation à cette représentation et qui n'excluent pas que l'indivision soit représentée par une personne tierce à la société.

443. La désignation du représentant unique de l'indivision pose la question de la forme du mandat et notamment de savoir si ce dernier peut être tacite et dépendre des circonstances de l'espèce ou s'il doit nécessairement être exprès. La Cour d'appel de Paris s'est prononcé sur cette question après qu'un indivisaire se soit vu refuser l'accès à l'assemblée générale parce que son pouvoir de représentation avait été contesté⁴¹¹. Les juges du fond ont autorisé l'indivisaire à participer aux assemblées générales en admettant l'existence d'un mandat tacite. Ils ont fondé cette solution sur les règles propres à l'indivision et notamment sur le dernier alinéa de l'article 815-3 du Code civil⁴¹² prévoyant la possibilité d'un mandat tacite lorsque l'un des indivisaires prend en main la gestion des biens indivis au su des autres et sans opposition de leur part. Ainsi, la Cour d'appel soulève que les autres indivisaires n'ignoraient pas la tenue des l'assemblées générales et n'avaient émis aucune opposition et qu'ainsi le mandataire souhaitant participer à l'assemblée avait reçu de leur part un mandat tacite de représentation.

444. La Cour de cassation a précisé cette solution⁴¹³ en reprochant à la Cour d'appel de n'avoir pas recherché si les actes juridiques accomplis par l'indivisaire, dans le cadre du mandat tacite reçu pour représenter l'indivision, au cours de l'assemblée générale « *entraient, eu égard à l'ordre du*

⁴¹¹ Voir : CA Paris, 27 mars 2001.

⁴¹² Art. 815-3 du Code civil :

« *Le ou les indivisaires titulaires d'au moins deux tiers des droits indivis peuvent, à cette majorité :*

1° Effectuer les actes d'administration relatifs aux biens indivis ;

2° Donner à l'un ou plusieurs des indivisaires ou à un tiers un mandat général d'administration ;

3° Vendre les meubles indivis pour payer les dettes et charges de l'indivision ;

4° Conclure et renouveler les baux autres que ceux portant sur un immeuble à usage agricole, commercial, industriel ou artisanal.

Ils sont tenus d'en informer les autres indivisaires. A défaut, les décisions prises sont inopposables à ces derniers.

Toutefois, le consentement de tous les indivisaires est requis pour effectuer tout acte qui ne ressortit pas à l'exploitation normale des biens indivis et pour effectuer tout acte de disposition autre que ceux visés au 3°.

Si un indivisaire prend en main la gestion des biens indivis, au su des autres et néanmoins sans opposition de leur part, il est censé avoir reçu un mandat tacite, couvrant les actes d'administration mais non les actes de disposition ni la conclusion ou le renouvellement des baux ».

⁴¹³ Voir : Cass. Com. 16 novembre 2004, n°01-10.666.

jour et aux résolutions prises par cette assemblée, dans les prévisions du texte susvisé ». Par cette formulation, les juges rappellent que le mandat tacite ne peut porter que sur des actes administration et non sur des actes de disposition conformément au dernier alinéa de l'article 815-3 du Code civil qui précise expressément « *Si un indivisaire prend en main la gestion des biens indivis, au su des autres et néanmoins sans opposition de leur part, il est censé avoir reçu un mandat tacite, couvrant les actes d'administration mais non les actes de disposition ni la conclusion ou le renouvellement des baux* ». En l'espèce, il s'agissait d'un vote autorisant une augmentation de capital de la société par incorporation des titres détenus par l'indivision et procédait indiscutablement d'un acte disposition. Le refus d'admettre un mandat tacite est justifié pour certaines décisions, notamment le vote d'une fusion ou d'une dissolution anticipée de la société par exemple.

B. La désignation judiciaire du mandataire commun

445. L'article 1844 du Code civil et l'article L.225-110 du Code de commerce précisent tous les deux qu'en cas de désaccord, le mandataire sera désigné en justice à la demande du plus diligent. La jurisprudence a considéré qu'un simple désaccord suffisait à permettre au juge de désigner lui même le mandataire et qu'ainsi le demandeur n'avait pas à établir la preuve d'une situation de nature à paralyser le fonctionnement même de la société⁴¹⁴. Ce désaccord peut porter tant sur le principe même de la désignation du mandataire que sur le choix de celui-ci ou le sens du vote qu'il devra exprimer pour le compte de l'indivision lors de l'assemblée générale.

446. Par ailleurs, se pose la question de savoir si la société peut elle même demander la désignation d'un mandataire en justice pour représenter l'indivision si aucun membre de l'indivision ne s'exécute. La Cour de cassation refuse cette idée- en déclarant « *est irrecevable la demande formée par une société anonyme pour obtenir en justice la désignation d'un mandataire chargé de représenter auprès d'elle les copropriétaires d'actions indivises en désaccord, seul un copropriétaire étant en droit de faire procéder à une telle désignation, conformément aux dispositions de l'article 163 de la loi du 24 juillet 1966 qui ne confère pas à la société le droit de faire désigner en justice un mandataire unique pour représenter à une assemblée générale les*

⁴¹⁴ Voir : CA Paris, 20 octobre 1999, n°99-12862.

copropriétaires d'actions indivises en désaccord»⁴¹⁵. En l'espèce, une société émettrice des actions avait saisi le juge, alors que les héritiers de l'actionnaire décédé le refusaient, afin d'obtenir la désignation d'un mandataire. La Cour d'appel avait fait droit à la demande de la société aux motifs que ses statuts précisaient que « *tous les copropriétaires indivis et/ou ayants droit à n'importe quel titre étaient tenus de se faire représenter auprès de la société par une seule et même personne* » et qu'ainsi il se déduisait de cette clause statutaire que la société était fondée à les contraindre judiciairement à exécuter cette obligation. La Cour de cassation a donc cassé cet arrêt en considérant que cette clause n'imposait pas aux indivisaires d'assister aux assemblées générales mais seulement de s'y faire représenter par un mandataire unique s'ils voulaient y participer et qu'ainsi elle ne conférait pas plus à la société la qualité d'agir que les dispositions légales.

447. La Cour de cassation refuse donc la qualité à agir à la société pour demander la désignation d'un mandataire commun pour représenter l'ensemble des co-indivisaires. Cependant, elle ne précise pas si les statuts peuvent prévoir expressément que la société détient cette qualité afin de pallier aux situations de blocage. Une telle clause ne devrait pas être possible dans la mesure où elle forcerait les indivisaires à être représentés et donc à participer aux assemblées générales. Or, aucun associé ne peut être obligé de participer à ces dernières.

448. Ainsi, l'indivisaire le plus diligent doit présenter sa demande devant le Président du Tribunal de commerce pour les sociétés commerciales et devant celui du Tribunal de grande instance dans les autres cas⁴¹⁶ du lieu où demeure l'un des autres indivisaires⁴¹⁷. Le décret ne le précise pas mais l'article R.225-87 du Code de commerce précise, pour les sociétés anonymes, que le Président du tribunal statue en référé. Cette solution semble devoir s'appliquer à l'ensemble des sociétés dans la mesure où l'ordonnance de référé, contrairement à l'ordonnance sur requête⁴¹⁸, est rendue contradictoirement puisque le défendeur doit être présent ou appelé⁴¹⁹. En matière de désignation d'un mandataire commun pour les représenter, l'ensemble des co-indivisaires devraient pouvoir

⁴¹⁵ Voir : Cass. Com. 15 novembre 1976, n°75-13.730.

⁴¹⁶ Voir : art. 17 du Décret n°78-704 du 3 juillet 1987 et l'article R.225-87 pour les sociétés anonymes.

⁴¹⁷ Voir : art. 42 du Code de procédure civile.

⁴¹⁸ Art. 493 du Code de procédure civile : « *l'ordonnance sur requête est une décision provisoire rendue non contradictoirement dans les cas où le requérant est fondé à ne pas appeler de partie adverse* ».

⁴¹⁹ Art. 484 du Code de procédure civile : « *l'ordonnance de référé est une décision provisoire rendue à la demande d'une partie, l'autre présente ou appelée, dans les cas où la loi confère à un juge qui n'est pas saisi du principal le pouvoir d'ordonner immédiatement les mesures nécessaires* ».

exprimer leur point de vue devant le juge.

Le juge saisi peut alors « désigner le mandataire parmi les indivisaires ou en dehors d'eux »⁴²⁰. La Cour de cassation a, par cette solution, rejeté les prétentions du demandeur qui soulevait que la désignation d'un indivisaire comme mandataire conférait à ce dernier un pouvoir de représentation supérieur à ce que représentait sa quote-part dans l'indivision et avait pour conséquence une sur-représentation de cet indivisaire. Cependant, la désignation d'un indivisaire doit répondre à l'intérêt de l'indivision en elle-même. Ainsi, la Cour de cassation considère que « l'existence d'un différend entre les co-indivisaires ne constitue pas un obstacle à la désignation de l'un d'entre eux comme mandataire de l'indivision, celui-ci étant particulièrement impliqué dans la sauvegarde de l'entreprise »⁴²¹. En l'espèce, l'indivisaire choisi par le juge pour représenter l'indivision s'était impliqué dans la protection des intérêts de la société ce qui sous-entendait une implication similaire dans la sauvegarde des intérêts de l'indivision. Par ailleurs, la jurisprudence a considéré que le juge chargé de désigner un mandataire commun n'était pas tenu par les dispositions statutaires⁴²². En l'espèce, les statuts d'une société civile immobilière imposaient que le mandataire commun soit choisi parmi les indivisaires ou les autres associés, les juges du fond ont considéré, devant l'importance du désaccord entre les parties, que le juge pouvait désigner un tiers à la société. Cette solution semble être transposable aux sociétés commerciales dans la mesure où le juge des référés peut prendre toute mesure justifiée par l'existence d'un différend⁴²³.

449. Ainsi, un mandataire commun doit être désigné pour représenter l'ensemble de l'indivision aux assemblées générales. Les indivisaires peuvent désigner de manière amiable l'un d'eux ou bien un tiers et ce de manière expresse ou tacite pour les assemblées générales statuant sur des actes d'administration. En cas de désaccord, seul un des co-indivisaires peut saisir un juge, semblerait-il en référé, afin de voir désigner un mandataire commun.

⁴²⁰ Voir : Cass. Com. 10 juillet 2012, n°11-21.789.

⁴²¹ Voir : note préc.

⁴²² Voir : CA Paris, 7 janvier 2009, n°08-14713.

⁴²³ Voir : art. 808 du Code de procédure civile : « dans tous les cas d'urgence, le président du tribunal de grande instance peut ordonner en référé toutes les mesures qui ne se heurtent à aucune contestation sérieuse ou que justifie l'existence d'un différend »

art. 872 du Code de procédure civile : « dans tous les cas d'urgence, le président du tribunal de commerce peut, dans les limites de la compétence du tribunal, ordonner en référé toutes les mesures qui ne se heurtent à aucune contestation sérieuse ou que justifie l'existence d'un différend ».

II. LES DIFFICULTES LIEES A LA DESIGNATION D'UN MANDATAIRE COMMUN

450. La première difficulté réside dans la prise en compte ou non des titres indivis, représentés ou non, dans le calcul du quorum et de la majorité. Lorsque l'indivision est régulièrement représentée par un mandataire commun, les titres sont pris en compte pour le calcul du quorum et de la majorité. S'appliquent alors les règles spéciales à chacune des formes sociales.

451. Dans les sociétés anonymes, le quorum est fixé par la loi et diffère selon la nature de l'assemblée. Selon l'article L.225-98 du Code de commerce, l'assemblée générale ordinaire « *ne délibère valablement sur première convocation que si les actionnaires présents ou représentés possèdent au moins le cinquième des actions ayant le droit de vote* », si celui-ci n'est pas atteint l'assemblée est ajournée et aucun quorum n'est requis et statue à la majorité simple, soit la majorité des voix dont disposent les associés présents ou représentés⁴²⁴. Le quorum requis pour une assemblée générale extraordinaire est du quart des actions ayant le droit de vote sur première convocation et du cinquième sur seconde convocation et elle ne statue valablement à la majorité des deux tiers des voix dont disposent les actionnaires présents ou représentés⁴²⁵.

452. Concernant les sociétés à responsabilité limitée, la détermination du quorum dépend de la date de sa constitution. En effet, la loi du 2 août 2005⁴²⁶ a entraîné la coexistence de deux corps de règles⁴²⁷ - ainsi, dans les sociétés constituées avant le 3 août 2005 aucun quorum n'est requis, tant pour les assemblées ordinaires qu'extraordinaires, alors que pour celles constituées ultérieurement, un quorum est requis mais seulement pour les assemblées extraordinaires statuant sur une modification des statuts. En effet, l'article L.223-30 du Code de commerce *in fine* précise « *l'assemblée ne délibère valablement que si les associés présents ou représentés possèdent au moins, sur première convocation, le quart des parts et, sur deuxième convocation, le cinquième de celles-ci* ». Etant précisé que ce même article prévoit « *les statuts peuvent prévoir des quorums* » mais également que « *les sociétés constituées antérieurement à la publication de la loi n° 2005-882 du 2 août 2005 précitée peuvent, sur décision prise à l'unanimité des associés, être régies par*

⁴²⁴ Voir : art. L.225-98, al. 3, du Code de commerce.

⁴²⁵ Voir : art. L.225-96, al. 3, du Code de commerce.

⁴²⁶ Loi n° 2005-882 du 2 août 2005 en faveur des petites et moyennes entreprises.

⁴²⁷ Voir : art. L.223-30 du Code de commerce.

les dispositions du troisième alinéa ». Cette distinction s'applique également pour le calcul de la majorité. En effet, la majorité nécessaire pour qu'une assemblée générale extraordinaire statue est de trois quarts des parts sociales⁴²⁸ dans les sociétés constituées avant le 3 août 2005 et de deux tiers des parts sociales pour les sociétés constituées ultérieurement⁴²⁹. Concernant les assemblées générales ordinaires, la date de constitution de la société n'importe peu et elles statuent à la majorité absolue lors de la première consultation, soit plus de la moitié des parts sociales et à la majorité relative en seconde consultation soit, plus de la moitié des voix émises⁴³⁰.

Lorsque l'indivision n'est pas représentée par un mandataire commun elle est privée du droit de vote lors des assemblées générales. Bien qu'aucun texte ne le prévoit expressément, le principe d'indivisibilité des actions impose cette solution puisque le droit de vote ne peut être exercé que collectivement à travers un mandataire commun chargé de représenter l'indivision. Ainsi, la question de la prise en compte pour le calcul de la majorité ne se pose pas mais elle se pose concernant le calcul du quorum. La solution dépend alors de la forme sociale et du type d'assemblée générale.

453. Ainsi, dans les sociétés à responsabilité limitée constituée après le 3 août 2005, les parts sociales indivises doivent être prises en compte dans le calcul du quorum même en l'absence de mandataire commun dans la mesure où ce quorum est déterminé par rapport au nombre total de parts composant le capital social⁴³¹.

454. A l'inverse, dans les sociétés anonymes le quorum se calcul selon les seules « *actions ayant le droit de vote* »⁴³² ainsi la question de la prise en compte des actions indivises privées du droit de vote en l'absence de désignation d'un mandataire se pose. La Cour de cassation n'a jamais tranché mais une réponse ministérielle⁴³³ s'est prononcée sur la question et a précisé que « *en l'absence de désignation expresse d'un représentant unique, que ce soit du fait de la carence des indivisaires ou de leur désaccord, les actions indivises ne peuvent, sous réserve de l'appréciation souveraine des*

⁴²⁸ Voir : L.223-30, al. 2, du Code de commerce.

⁴²⁹ Voir : L.223-30, al. 3, du Code de commerce.

⁴³⁰ Voir : L.223-29 du Code de commerce.

⁴³¹ Voir : L.223-30, al. 3, du Code de commerce.

⁴³² Voir : art. L.225-96, al.2 ; L.225-98, al.2 et L.225-99, al.3 du Code de commerce.

⁴³³ Voir : Rép. min. n°161 : JO AN Q 1er mars 1975, p.765.

tribunaux, être prises en compte pour le calcul du quorum et de la majorité à l'assemblée générale ». Cette solution semble conforme à la législation dans la mesure où le quorum d'une société anonyme est fonction du nombre d'actions ayant le droit de vote et non du nombre d'actions dans le capital. Or, l'absence de désignation d'un mandataire commun prive les actions indivises de leur droit de vote du fait du principe d'indivisibilité et d'exercice nécessairement collectif de ce droit.

455. Par ailleurs, se pose la question de l'application du régime des conventions réglementées en cas de titres indivis. Dans une société anonyme⁴³⁴ ou dans une société à responsabilité limitée⁴³⁵, la convention conclue entre la société et un associé détenant un certain seul de participation doit être approuvée par l'assemblée générale. L'associé en question ne peut alors pas prendre part au vote. La question se pose de l'application de cette règle à une convention conclue entre la société et un seul des co-indivisaires. La réponse ministérielle précitée répond à cette question en indiquant que *« quel que soit le représentant désigné par les actionnaires indivis, le droit de vote attaché à des actions indivises ne paraît ne pas pouvoir être exercé si l'un des indivisaires se trouve dans l'un des cas où l'actionnaire est expressément privé de son droit de vote par la loi du 24 juillet 1966 en raison de l'intérêt personnel qu'il a à l'adoption de la résolution »*. La jurisprudence s'est prononcée en déclarant que les voix des indivisaires *« qui se sont abstenus devraient être exclues du calcul du quorum et de la majorité et que, d'autre part, les abstentions devaient être considérées comme des voix contre la résolution proposée »*⁴³⁶. Cette solution peut être nuancée dans la mesure où bien que soit justifiée le fait d'empêcher le co-indivisaire de voter la résolution dans la mesure où il y a conflit d'intérêt, le mandataire commun est quant à lui chargé de représenter les intérêts de l'indivision elle-même et non pas les intérêts de chaque co-indivisaire. Dès lors, le régime des conventions réglementées ne devrait pas avoir à s'appliquer en présence d'un mandataire commun représentant l'ensemble de l'indivision, étant précisé que cette solution ne peut évidemment être envisagée lorsque l'associé signataire est lui-même désigné pour représenter l'indivision.

456. Enfin, une difficulté intervient lors de la mise en œuvre d'une clause d'exclusion dans une société par actions simplifiée prévue par l'article L.227-16 du Code de commerce. En effet, la Cour

⁴³⁴ Voir : art. L.225-38 du Code de commerce.

⁴³⁵ Voir : art. L.223-19 du Code de commerce.

⁴³⁶ Voir : CA Versailles, 28 juin 1990.

de cassation a admis que « *il résulte de l'article 1844, alinéa 1, que tout associé a le droit de participer aux décisions collectives et de voter, les statuts ne pouvant déroger à ces dispositions que dans les cas prévus par la loi : par suite, lorsque les statuts d'une SAS subordonnent l'exclusion d'un associé à une décision collective des associés, l'associé dont l'exclusion est proposée ne peut être privé de son droit de participer à la décision et de voter sur la proposition* »⁴³⁷. Par une jurisprudence constante, la Cour de cassation a, dans deux décisions⁴³⁸, déclaré non écrite une clause d'exclusion prévue dans les statuts d'une société par actions simplifiée prévoyant que l'associé visé ne pouvait pas participer au vote d'exclusion. Enfin, la Cour de cassation réaffirme cette solution en déclarant que « *l'on ne peut pas exclure valablement un associé sur le fondement d'une clause statutaire le privant de son droit de vote, quand bien même il aurait effectivement exercé ce droit* »⁴³⁹. Dans l'hypothèse d'une indivision, il convient de savoir comment mettre en œuvre ce type de clause au vu de cette jurisprudence constante. Cette dernière justifie le droit de voter pour sa propre exclusion par la qualité d'associé de la personne exclue. Dès lors, que la jurisprudence considère que « *les copropriétaires indivis de droit sociaux ont la qualité d'associé* »⁴⁴⁰, il conviendrait de permettre à chaque co-indivisaire de voter sur sa propre exclusion. En pratique, la prudence imposerait de faire voter le co-indivisaire dont l'exclusion est discutée alors même que le représentant de l'indivision y participe.

457. Conclusion. L'articulation entre les principes de droit des sociétés et le régime propre à l'indivision post-communautaire exige que certaines prérogatives soient exercées collectivement comme notamment le droit de vote aux assemblées générales. Dès lors, les dispositions propres aux sociétés imposent que les associés co-indivisaires soient représentés, concernant leur droit de vote, par un mandataire unique lors de celles-ci ce qui engendre certaines difficultés. En effet, se sont posées les questions de la prise en compte des titres indivis dans le calcul du quorum et de la majorité, de l'application du régime des conventions réglementées et celle de la mise en œuvre d'une clause d'exclusion dans les sociétés par actions simplifiées.

458. Conclusion section. A la suite de la dissolution de la communauté, les deux ex-époux se

⁴³⁷ Voir : Cass. Com. 23 octobre 2007, n°06-16.537.

⁴³⁸ Voir : Cass. Com. 9 juillet 2013, n°11-27.235 et n°12-21.238.

⁴³⁹ Voir : Cass. Com. 6 mai 2014, n°13-14.960.

⁴⁴⁰ Voir : Cass. Com. 21 janvier 2014, n° 13-10.151.

retrouvent en indivision post-communautaire. S'appliquent alors les règles propres au régime de l'indivision en plus des règles de droit des sociétés. Dès lors, les prérogatives sociales se scindent en deux entre les prérogatives qui sont personnelles et qui sont exercées individuellement par chacun des indivisaires et d'autres, notamment le droit de vote en assemblées générales, qui doit nécessairement être exercé collectivement par l'intermédiaire d'un mandataire, ce qui a soulevé quelques difficultés pratiques.

La gestion des titres sociaux durant l'indivision post-communautaire est donc régie par les règles du droit des sociétés, les règles des régimes matrimoniaux mais également les règles propres à l'indivision. L'application de toutes dispositions a des conséquences sur la gestion de la société mais également sur la capacité des époux à céder les titres pendant l'indivision post-communautaire.

SECTION 2 - LA CESSION DES TITRES PENDANT L'INDIVISION POST-COMMUNAUTAIRE

459. Durant l'indivision post-communautaire, la cession des titres par l'époux associé peut poser une difficulté. En effet, se pose la question de la capacité pour l'époux associé de céder seul les titres sociaux ou si l'accord de son ex-époux co-indivisaire est nécessaire. La jurisprudence a tiré des conséquences différentes à l'application de la distinction du titre et de la finance aux parts sociales et de sa non application aux actions. En effet, la Cour de cassation considère que la cession des parts sociales peut être effectuée par l'époux associé seul sans l'accord de son co-indivisaire (§1) mais le refuse, *a contrario*, à la transmission d'actions (§2).

§1 - LA POSSIBLE CESSION DE PARTS SOCIALES SANS ACCORD UNANIME

460. Dans la mesure où elle applique la distinction du titre et de la finance aux parts sociales et qu'ainsi elle considère que seule la valeur de ces parts entre dans l'indivision post-communautaire, la Cour de cassation a considéré que l'époux associé pouvait transmettre, à titre gratuit⁴⁴¹- comme à titre onéreux⁴⁴²-, les parts sans l'accord de son co-indivisaire.

⁴⁴¹ Voir : Cass. Civ 1^{ère}, 12 juin 2014, n°13-16.309.

⁴⁴² Voir : Cass. Civ 1^{ère}, 22 octobre 2014, n°12-29.265.

Dans la première affaire, deux époux mariés sous le régime de la communauté réduite aux acquêts avaient acquis de parts sociales dans une société civile immobilière. L'épouse avait revendiqué la qualité d'associé en application de l'article 1832-2 du Code civil pour la moitié des parts inscrites au nom de son époux. Après le décès de celui-ci, l'épouse survivante a fait donation à un de ses fils de l'intégralité des parts dont elle était titulaire. Cette donation a été contesté, par les autres héritiers, au motif que l'accord de l'ensemble des indivisaires était nécessaire dans la mesure où les parts sociales dépendaient de la communauté pendant le mariage et donc de l'indivision post-communautaire après le décès. Ainsi, ils ont engagé la responsabilité du notaire ayant mis en place cette donation. Les juges du fond, approuvés par la Cour de cassation, rejettent leur demande contre le notaire au motif qu'il n'avait pas commis de faute dans la mesure où « *à la dissolution de la communauté matrimoniale, la qualité d'associé attachée à des parts sociales non négociables dépendant de celle-ci ne tombe pas dans l'indivision post-communautaire qui n'en recueille que leur valeur* ». En conséquence, le conjoint donateur associé pouvait « *transmettre son titre sans recueillir l'accord de ses co-indivisaires* ».

Dans la seconde affaire, l'ex-épouse avait vendu sans le consentement de son ex-mari, des parts sociales, initialement communes qui étaient devenues indivises à la suite de leur divorce. Ces parts sociales ont été vendues pour un prix de 4 000 euros alors même qu'un expert les avait évaluées à 75 210 euros. Ainsi, l'ex-époux a contesté cette cession devant les tribunaux et la Cour d'appel de Paris a fait droit à sa demande en se fondant sur l'écart entre le prix de vente et l'évaluation fixée par expert. Les juges du fond ont considéré que l'ex-épouse ne pouvait se prévaloir du prix déterminé dans le contrat de cession dans la mesure où elle n'avait pas obtenu le consentement de son ex-mari à celle-ci. L'épouse a formé un pourvoi en cassation au motif que la cession des parts sociales était opposable à son ex-époux pour la portion indivise lui appartenant. La Cour de cassation rejette le pourvoi en tentant de déterminer les droits de chacun des titulaires des parts sociales ainsi que les modalités d'évaluation de ces dernières en cas de cession.

Cette question a été posée pour la première fois dans l'arrêt « Gelada » du 9 juillet 1991⁴⁴³, les juges ayant considéré que le mari survivant pouvait céder seul ses parts sociales pendant

⁴⁴³ Voir : Cass. Civ. 1^{ère}, 9 juillet 1991, n°90-12.503.

l'indivision post-communautaire après le décès de son épouse qui n'avait jamais été associée de la société et ce, sans l'accord de ses enfants co-indivisaires dans la mesure où « *l'indivision ne portait pas sur les parts sociales du mari (...) mais uniquement sur la valeur de celles-ci, seule la finance des parts étant entrée en communauté; qu'en conséquence, la cession intervenue ne portait pas sur un bien de l'indivision* ».

461. La solution consacrant le droit pour l'époux associé de céder, à titre gratuit ou à titre onéreux, ses parts sociales sans l'accord de son ex-épouse au moment de l'indivision post-communautaire soulève quelques critiques.

La solution prévue par la jurisprudence, en application de la distinction entre le titre et la finance, conduit à un paradoxe dans la mesure où elle permet, au moment de l'indivision post-communautaire, une aliénation impossible auparavant. En effet, l'aliénation de parts sociales communes est soumise, au cours de la communauté, au principe de la cogestion selon l'article 1424 du Code civil⁴⁴⁴ et par la jurisprudence qui considère expressément que « *l'épouse ne peut céder sans l'accord de son mari les parts sociales d'une société civile immobilière, qui ne sont pas des droits sociaux négociables* »⁴⁴⁵. L'article 1427 du Code civil⁴⁴⁶ consent comme sanction, à une telle aliénation, le pouvoir pour l'époux qui n'a pas ratifié l'acte de demander sa nullité. Cette exigence de cogestion ainsi que la nullité relative comme sanction ont pour objectif de préserver les droits de la communauté et de l'époux sur la valeur commune des parts.

Ainsi, la solution par laquelle l'époux associé peut librement donner ou céder les parts sociales au moment de l'indivision post-communautaire a pour conséquence de donner plus de pouvoir à l'époux associé au détriment de son conjoint alors même que l'indivision post-communautaire est souvent une période de mésentente entre les deux ex-époux.

⁴⁴⁴ Art. 1424 C.Civ: « *Les époux ne peuvent, l'un sans l'autre, aliéner ou grever de droits réels les immeubles, fonds de commerce et exploitations dépendant de la communauté, non plus que les droits sociaux non négociables et les meubles corporels dont l'aliénation est soumise à publicité. Ils ne peuvent, sans leur conjoint, percevoir les capitaux provenant de telles opérations* ».

⁴⁴⁵ Voir : Cass. Civ. 1ère, 9 novembre 2011, n°10-12.123.

⁴⁴⁶ Art. 1427 C.civ: « *Si l'un des époux a outrepassé ses pouvoirs sur les biens communs, l'autre, à moins qu'il n'ait ratifié l'acte, peut en demander l'annulation. L'action en nullité est ouverte au conjoint pendant deux années à partir du jour où il a eu connaissance de l'acte, sans pouvoir jamais être intentée plus de deux ans après la dissolution de la communauté* »

462. Cette solution peut toutefois se justifier par l'effet déclaratif du partage prévu par l'alinéa premier de l'article 883 du Code civil⁴⁴⁷ sur renvoi de l'article 1476 du Code civil⁴⁴⁸. En effet, ce dernier reconnaît à chaque époux la propriété exclusive des biens communs mis dans son lot et prive l'autre de l'ensemble de ses droits. Dès lors, les actes passés par un époux pendant l'indivision post-communautaire sur les biens qui lui sont attribués sont rétroactivement validés alors que les actes passés sur les biens non attribués sont privés d'effet et donc annulables. Ainsi, l'effet déclaratif du partage pourra valider de manière rétroactive les actes passés par l'époux associé sur ses parts sociales dans la mesure où elles lui seront nécessairement attribués. En revanche, lorsque les deux époux sont associés, l'effet déclaratif du partage ne pourra pas nécessairement valider la cession des parts sociales dont la valeur devra entrer dans l'actif de la communauté.

Enfin, l'utilisation, pour justifier cette solution par la Cour de cassation, de la distinction du titre et de la finance ayant pour conséquence que la qualité d'associé ne tombe pas dans l'indivision post-communautaire contrairement à la valeur des parts pose une difficulté. En effet, comme souligné par un auteur⁴⁴⁹, ce n'est pas la qualité d'associé qui donne le droit de céder des parts sociales mais celle de propriétaire, bien qu'elle ne soit que sa retranscription en droit des sociétés. Toutefois, selon le Professeur Antoine Tadros, la distinction du titre et de la finance éclate la propriété des parts sociales en distinguant les prérogatives pécuniaires qui appartiennent à la communauté et les prérogatives extra-pécuniaires qui appartiennent à l'époux associé. Ainsi, cette distinction concernerait les prérogatives que les parts sociales permettent d'exercer dans la société et serait *« impuissante à expliquer le pouvoir du titulaire du titre de céder seul les droits sociaux dont la finance fait l'objet d'une indivision »*. Dès lors, le principe d'indivisibilité des droits sociaux empêcherait leur cession par le seul époux associé qui ne pourrait céder que ce qu'il possède, soit la qualité d'associé.

⁴⁴⁷ Art. 883, al. 1er, C.civ: *« Chaque cohéritier est censé avoir succédé seul et immédiatement à tous les effets compris dans son lot, ou à lui échu sur licitation, et n'avoir jamais eu la propriété des autres effets de la succession »*.

⁴⁴⁸ Art. 1476, al. 1er, C.civ: *« Le partage de la communauté, pour tout ce qui concerne ses formes, le maintien de l'indivision et l'attribution préférentielle, la licitation des biens, les effets du partage, la garantie et les soultes, est soumis à toutes les règles qui sont établies au titre " Des successions " pour les partages entre cohéritiers »*.

⁴⁴⁹ A. TADROS, *« L'infructueuse distinction entre le titre et la finance en matière d'indivision post-communautaire »*, Bull. Joly Sociétés, n°12, 2014, p. 687.

Enfin, dans l'arrêt du 22 octobre 2014, la Cour de cassation précise que « *ces parts doivent être portées à l'actif de la communauté pour leur valeur au jour du partage* ». Cette solution est logique au vue de l'article 829 du Code civil qui énonce que les biens doivent « *être estimés à leur valeur à la date de jouissance telle qu'elle est fixée par l'acte de partage* » et que précise que « *cette date est la plus proche possible du partage* ».

Ainsi, la Cour de cassation considère que les parties qui n'ont pas critiqué l'évaluation faite par l'expert au jour du dépôt de son rapport ne peuvent se prévaloir d'un prix de cession différent. Dès lors, c'est la valeur retenue par l'expert qui doit figurer à l'actif de la communauté⁴⁵⁰. Cette solution s'explique aisément par la protection du conjoint face à la volonté de l'époux associé de brader les parts sociales. En l'espèce, l'épouse associée avait vendue l'ensemble de ses parts pour 4 000 euros alors même que l'expert les avait valorisées à 75 210,50 euros. A l'inverse, si la cession des parts sociales intervient avant le partage, et donc avant la date de jouissance divise, la valeur à intégrer dans l'actif doit correspondre au prix de cession qui l'intègre automatiquement par le mécanisme de subrogation réelle⁴⁵¹. Enfin, le prix ne doit pas avoir à être approuvé par l'ex-époux puisque cela reviendrait à exiger son accord pour la cession et donc irait à l'encontre de la solution rendue par la Cour de cassation prévoyant le principe de gestion exclusive. Toutefois, la cession pour un prix trop faible pourrait être contestée sur le fondement de la faute.

463. Conclusion. Par application de la distinction entre le titre et la finance aux titres sociaux non négociables, la jurisprudence considère que durant l'indivision post-communautaire l'époux associé peut céder, à titre gratuit ou à titre onéreux, les parts sociales sans l'accord de son époux et ce, même si le principe de cogestion l'impose durant la communauté. Cette solution a été source de critique dans la mesure où elle donne des pouvoirs plus importants aux époux pendant la période de l'indivision post-communautaire qui intervient durant le processus de divorce.

En revanche, la jurisprudence admet la solution inverse pour les actions qui constituent des titres sociaux négociables.

⁴⁵⁰ Voir : Cass. Civ 1^{ère}, 22 octobre 2014, n°12-29.265.

⁴⁵¹ Voir : Cass. Civ 1^{ère}, 17 novembre 1971, n°70-10.281.

§2 - L'IMPOSSIBLE CESSION D' ACTIONS SANS ACCORD UNANIME

464. La question de la cession par l'époux associé seul s'est également posée concernant les titres sociaux négociables. La Cour de cassation a rendu, dans plusieurs arrêts⁴⁵², la même solution en affirmant que l'indivision post-communautaire était régie par les règles propres à l'indivision et qu'ainsi l'époux associé ne pouvait céder ses actions sans l'accord de son conjoint et qu'à défaut la cession lui était inopposable.

465. Dans la première décision, les époux étaient mariés sous le régime de la communauté réduite aux acquêts. Leur séparation de corps a été prononcée le 25 avril 2006 après une assignation du 3 juin 1999. Le mari a cédé seul, après l'assignation, des actions antérieurement acquises par les deux époux. L'épouse a alors assigné le cédant, son mari, et la société cessionnaire afin de se voir déclarer la cession inopposable. La Cour d'appel de Paris rejette la demande en estimant que les pouvoirs des époux pour engager les biens communs « *doit s'apprécier au regard de la situation juridique au jour où les actes ont été passés sans tenir compte de la rétroactivité trouvant sa cause dans une décision non encore prononcé* ». Dès lors, elle estime qu'entre la date de l'assignation et la date du prononcé de la séparation de corps, doit être appliqué le principe de gestion concurrente sur le fondement de l'article 1421 du Code civil⁴⁵³ et non les règles propres à l'indivision post-communautaire. La Cour de cassation censure cette arrêt sous le visa des articles 262-1 et 302 du Code civil, en estimant que « *dans les rapports entre époux, le jugement de séparation de corps qui emporte dissolution de la communauté prend effet au jour de l'assignation, de sorte que la consistance de la communauté est fixée à cette date ; qu'il en résulte que les actes accomplis sur les biens communs postérieurement à celle-ci par un époux seul ne sont pas opposables à l'autre* ».

Par cette décision, la Cour de cassation précise donc que l'indivision post-communautaire est régie par les règles de l'indivision qui impose l'accord des deux époux indivisaires pour céder un bien et que la cession ne peut être opposable à l'époux qui n'a pas donné son accord. Dès lors, elle écarte à nouveau l'application de la distinction entre le titre et la finance aux actions puisqu'elle estime,

⁴⁵² Voir : Cass. Civ 1^{ère}, 23 octobre 2013, n°12-17.896 ; Cass. Civ 1^{ère}, 7 octobre 2015, n°14-22.224.

⁴⁵³ Art. 1421, al. 1^{er}, du C.Civ: « *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* ».

contrairement aux décisions rendues en matière de cession de parts sociales, que l'époux associé ne peut céder seul les droits sociaux négociables.

466. Par un arrêt plus récent⁴⁵⁴, la Cour de cassation est venue réaffirmer cette solution. En l'espèce, les époux étaient mariés sous le régime de la communauté légale et leur divorce avait été prononcé le 12 juin 2006. L'époux, seul titulaire des droits sociaux d'une société par actions simplifiée, a cédé une partie de ses actions en 2010 pour un prix de 100 000 euros, soit 50 euros par actions. Lors du partage, un expert judiciaire a été désigné et il a conclu à une évaluation équivalente au prix de cession. Les juges du fond ont donc intégré à l'actif de la communauté les 100 000 euros d'actions cédées et les 6 730 actions encore détenues. Les juges du fond ont rejeté toute contestation sur la cession réalisée sans l'accord du conjoint au motif que les deux époux pouvaient administrer seuls les biens communs sauf à répondre des fautes commises. Or, l'expertise judiciaire n'avait relevé aucune faute du cédant qui avait cédé au juste prix. Dès lors, la cession ne pouvait être contestée sur le terrain de la faute. La Cour de cassation va censurer cette solution en énonçant « *durant l'indivision post-communautaire, l'aliénation d'actions indivises par un époux seul est inopposable à l'autre, de sorte que doit être portée l'actif de la masse à partager la valeur des actions au jour du partage* ». Ainsi, la Cour de cassation rejette l'application de l'article 1421 du Code civil au profit de l'article 815-3 du même Code⁴⁵⁵ qui impose « *le consentement de tous les indivisaires est requis pour effectuer tout acte qui ne ressortit pas à l'exploitation normale des biens indivis et pour effectuer tout acte de disposition* ». Ainsi, la Cour de cassation rappelle qu'après le prononcé du divorce et donc de la dissolution de la communauté, doivent être appliquées les règles propres à l'indivision et non plus les règles du régime légal. Ainsi, durant

⁴⁵⁴ Voir : Cass. Civ 1^{ère}, 7 octobre 2015, n°14-22.224.

⁴⁵⁵ Art. 815-3 du Code civil : « *Le ou les indivisaires titulaires d'au moins deux tiers des droits indivis peuvent, à cette majorité :*

1° Effectuer les actes d'administration relatifs aux biens indivis ;

2° Donner à l'un ou plusieurs des indivisaires ou à un tiers un mandat général d'administration ;

3° Vendre les meubles indivis pour payer les dettes et charges de l'indivision ;

4° Conclure et renouveler les baux autres que ceux portant sur un immeuble à usage agricole, commercial, industriel ou artisanal.

Ils sont tenus d'en informer les autres indivisaires. A défaut, les décisions prises sont inopposables à ces derniers.

Toutefois, le consentement de tous les indivisaires est requis pour effectuer tout acte qui ne ressortit pas à l'exploitation normale des biens indivis et pour effectuer tout acte de disposition autre que ceux visés au 3°.

Si un indivisaire prend en main la gestion des biens indivis, au su des autres et néanmoins sans opposition de leur part, il est censé avoir reçu un mandat tacite, couvrant les actes d'administration mais non les actes de disposition ni la conclusion ou le renouvellement des baux ».

l'indivision post-communautaire, un époux ne peut céder seul ses actions. Dans le cas, où une cession interviendrait sans l'accord du conjoint, cette dernière lui serait inopposable et les titres devraient être portés à l'actif à partager pour leur valeur au jour du partage. En l'espèce, la solution de la Cour de cassation est sans conséquence dans la mesure où la valeur au jour du partage correspondait au prix de cession des actions.

467. Par ces deux décisions, la Cour de cassation pose donc le principe selon lequel le prononcé du divorce entraîne le passage de la communauté à l'indivision post-communautaire dont la gestion est régie par les articles 815 et suivants du Code civil. La question de la date de la dissolution de la communauté est donc importante pour connaître des pouvoirs de gestion de chacun des époux. La date des effets du divorce est alors différente selon qu'il s'agisse des relations entre les époux ou avec les tiers. En effet, l'article 262-1 du Code civil prévoit, pour les rapports entre les époux, que la dissolution prendra effet à la date de l'ordonnance de non-conciliation ou de l'homologation de la convention, alors que l'article 262 du même Code précise que c'est la publication du jugement de divorce en marge des actes de l'état civil qui détermine la date de dissolution de la communauté. Dès lors, les actes passés durant cette période sera parfaitement valable à l'égard des tiers mais ne pourra pas être opposé par un époux à son conjoint. La Cour de cassation applique donc les principes classiques du droit de l'indivision à la cession d'actions.

468. Par ailleurs, sans l'exprimer expressément, la Cour de cassation rejette l'application de la distinction entre le titre et la finance en rendant une solution contraire à celles rendues en matière de cession de parts sociales. Cette solution peut être critiquée de la même manière qu'elle l'a été pour la non-application de l'article 1832-2 du Code civil permettant au conjoint de l'époux associé de revendiquer la qualité d'associé⁴⁵⁶. En effet, le développement des sociétés par actions simplifiée remet en cause la disjonction entre les titres sociaux basée sur leur négociabilité pour leur appliquer ou non la distinction entre le titre et la finance.

469. Cette distinction devrait donc également pouvoir être appliquée en matière de cession d'actions indivises par un époux seul. Et ce, d'autant plus que durant le régime de communauté, les actions ne sont pas soumises aux articles 1832-2 et 1424 du Code civil prévoyant la cogestion

⁴⁵⁶ Voir supra.

mais au principe de gestion concurrente prévue par l'article 1421 du Code civil. Ainsi, un époux peut céder ses actions sans l'accord de son conjoint, sauf à répondre des fautes commises dans sa gestion. Alors même qu'en matière de parts sociales, la jurisprudence donne plus de latitude à l'époux associé après la dissolution de la communauté qu'auparavant, elle se dirige dans le sens contraire en matière de cession d'actions pour restreindre les pouvoirs de l'époux associé durant l'indivision post-communautaire.

470. Ainsi, conformément aux règles classiques de l'indivision, la cession accomplie par un des époux sans l'accord de l'autre co-indivisaire est inopposable à ce dernier. Dès lors, l'inopposabilité de la cession suppose, dans les rapports entre les époux, que les actions n'aient pas été aliénées et qu'elles soient incluses dans l'actif à partager pour leur valeur au jour du partage et non pour leur prix de cession. Dans la seconde espèce, la prise en compte de la valeur au jour du partage ne pose pas difficulté dans la mesure où elle est estimée égale au prix de cession. Cependant, la question de la valorisation des actions au jour du partage peut poser des difficultés. En effet, lorsque celle-ci est inférieure au prix de cession, l'époux cédant devra partager une valeur supérieure au prix encaissé. Au contraire, si la valeur des actions a diminué entre le moment de la cession et leur valeur au jour du partage, l'époux cédant va conserver une partie du prix sans aucune justification. Dans cette solution, l'époux qui n'a pas donné son accord aura tout intérêt à ratifier la cession afin qu'elle ne lui soit plus inopposable et que l'intégralité du prix de vente soit pris en compte. Ainsi, la sanction de l'inopposabilité de la cession au conjoint qui n'a pas donné son accord est plus sévère que la nullité de la cession elle-même dans la mesure où elle fait peser sur l'époux cédant tous les aléas de la valorisation future des actions.

471. Se pose également la question de savoir si le conjoint qui n'a pas donné son accord peut solliciter un partage en nature plutôt qu'en valeur qui a des conséquences différentes du point de vue de la société ou de celui du cessionnaire.

La société sera protégée par l'article 221 du Code civil⁴⁵⁷ - mettant en place une présomption de

⁴⁵⁷ Art. 221 du C.Civ: « chacun des époux peut se faire ouvrir un, sans le consentement de l'autre, tout compte de dépôt et tout compte de titres en son nom personnel. A l'égard du dépositaire, le déposant est toujours réputé, même après la dissolution du mariage, avoir la libre disposition des fonds et des titres en dépôt ».

pouvoir en matière bancaire. En effet, dans la mesure où toutes les actions sont nécessairement inscrites en compte, la société a la qualité de teneur de compte et peut se prévaloir de cet article. Et ce d'autant que cette présomption s'applique « *même après la dissolution du mariage* ». Ainsi, sauf dans l'hypothèse où le juge a ordonné la modification de l'inscription en compte des actions afin de faire apparaître l'indivision post-communautaire, la société peut se prévaloir de la titularité des actions au nom d'un seul époux, ainsi, la cession des actions ne peut lui être reprochée puisqu'elle est effectuée par le titulaire du compte.

En revanche, du point de vue du cessionnaire, la question est plus délicate. Au cours du mariage, les tiers sont protégés par la présomption de pouvoir de l'article 222 du Code civil⁴⁵⁸ qui vise les biens meubles détenus individuellement par un époux. Dans la mesure où les actions sont inscrites en compte, les tiers pourront se prévaloir de cette présomption. D'autant, que la cession à titre onéreux par un époux seul est valable puisque le principe de gestion concurrente s'applique durant le mariage et permet à un époux seul de réaliser l'acte sans l'accord de son conjoint. Toutefois, à la dissolution de la communauté, l'article 222 du Code civil ne s'applique pas et l'accord du conjoint est imposé pendant l'indivision post-communautaire. Ainsi, une difficulté va survenir si le conjoint qui n'a pas donné son accord souhaite réaliser un partage en nature et non en valeur et donc recevoir des actions et non leur valeur. En effet, la cession lui sera inopposable à hauteur de la moitié des actions. La solution pourra intervenir dès l'inscription en compte au nom d'un seul époux. En effet, le transfert de propriété résultant de l'inscription des titres au nom de l'acheteur, il pourra être soutenu que ce denier est investi de la propriété des actions par l'inscription en compte. Enfin, en dernier recours pourra être soulevée la théorie de l'apparence dans la mesure où l'inscription en compte au seul nom de l'époux cédant a créé l'apparence d'une propriété exclusive par laquelle le cessionnaire pourrait recevoir un droit opposable à tous les co-indivisaires, présents ou non à l'acte.

472. Ainsi, il conviendrait de restreindre les conséquences de l'inopposabilité de la cession des

⁴⁵⁸ Art. 222 du C.Civ: « *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 meublants 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 ».

actions réalisée par un époux seul sans l'accord de son conjoint à leurs seuls rapports. En effet, l'interruption de ces dernières dans les relations avec les tiers serait source d'insécurité juridique pour des cessionnaires qui ne peuvent être informés de l'existence d'une indivision post-communautaire sur les actions.

473. Conclusion. Le régime de la cession d'actions est donc différent de celle des parts sociables non négociables dans la mesure où la distinction entre le titre et la finance ne s'applique pas. Ainsi, la cession d'actions pendant le régime de l'indivision post-communautaire est soumise aux règles classiques de l'indivision qui impose l'accord de l'ensemble des co-indivisaires pour céder un bien. A défaut de l'accord du conjoint, la cession lui est donc inopposable.

474. Conclusion section. Le régime de la cession de titres sociaux durant l'indivision post-communautaire mis en place par la jurisprudence ne fait preuve ni de cohérence ni de simplicité. En effet, l'époux seul titulaire de parts sociales, ne pourra pas, durant le mariage, céder ses titres sans l'accord de son époux mais pourra librement le faire à la dissolution du régime en se fondant sur la distinction du titre et de la finance. A l'inverse, le titulaire d'actions pourra librement les céder durant l'union par application du principe de gestion concurrente mais devra, dès la dissolution du régime, recevoir l'accord de son ex-époux pour que la cession lui soit opposable lors des opérations de partage. Il conviendrait donc, dans un premier temps, de remettre en cause le principe même de la distinction entre le titre et la finance et de sa non-application aux titres sociaux négociables basée sur la séparation désuète fondée sur le critère de négociabilité des droits. *A fortiori*, une intervention législative pourrait être opportune afin de mettre en place un régime cohérent de cession entre les différents types de droits sociaux mais également entre les différentes règles de gestion applicables durant l'union et pendant l'indivision post-communautaire.

475. Conclusion chapitre. Ces développements ont permis de mettre en évidence les différentes difficultés engendrées par l'application des règles du droit des sociétés, des régimes matrimoniaux et du droit de l'indivision à la gestion des titres sociaux pendant la période d'indivision post-communautaire. L'articulation de l'ensemble de ces règles a des conséquences sur, d'une part, la gestion de la société puisqu'elle oblige un exercice collectif du droit de vote pour les titres sociaux indivis par la représentation d'un mandataire unique. Toutefois, il est permis aux associés d'exercer

individuellement leur droit d'assister aux décisions, ce qui peut engendrer de nombreuses difficultés pratiques. D'autre part, elle a également des répercussions sur la capacité des époux à céder leurs titres qui diffère selon qu'il s'agisse de parts sociales ou d'actions du fait de la non-application de la distinction entre le titre et la finance aux titres négociables.

476. Conclusion titre. L'ensemble de ces raisonnements ont soulevé les différentes conséquences de la dissolution du régime matrimonial sur la qualité d'associé. En premier lieu, des difficultés sont apparues concernant l'application des règles régissant la liquidation de la communauté aux biens particuliers que sont les titres sociaux. L'intégration seulement en valeur des parts sociales non négociables soumises à la distinction classique du titre et de la finance a été remise en question par une partie de la doctrine qui n'a pas été suivie par la jurisprudence. Les opérations de partage engendrent des problèmes, non seulement concernant l'attribution des titres sociaux, mais également en raison des risques de mésentente entre époux associés ou eu égard aux règles de calcul délicates des récompenses dues à la communauté en matière de titres propres. En second lieu, l'application des dispositions applicables à l'indivision en sus du droit des sociétés et des régimes matrimoniaux, a eu des conséquences sur les pouvoirs de gestion des époux pendant l'indivision post-communautaire. Et ce, que ce soit au niveau de la gestion de la société et de l'obligation de l'exercice collectif du droit de vote par l'ensemble des associés indivis ou concernant les pouvoirs des époux pour céder leur titres durant l'indivision post-communautaire.

L'époux peut donc perdre sa qualité d'associé par la dissolution du régime matrimonial mais également par la cession de ses titres.

TITRE 2 - LA PERTE DE LA QUALITE D'ASSOCIE RESULTANT DE LA CESSION DES TITRES SOCIAUX

477. Lors de la cession de l'ensemble des droits sociaux détenus dans une société, l'époux perd nécessairement sa qualité d'associé.

Cependant les principes de gestion des titres et donc la capacité de l'époux à les aliéner seul seront différents en fonction de la forme sociale de la société et donc qu'il s'agisse de parts sociales ou d'actions (chapitre 1).

Toutefois, il existe des limitations conventionnelles ou légales à l'ensemble de ces cessions quel que soit le type de droits sociaux. Et ce, notamment par l'insertion dans les statuts de clauses permettant de venir limiter la libre cessibilité des titres ou par la volonté du législateur de maintenir prohibées certaines cessions entre époux (chapitre 2).

CHAPITRE 1 - REGLES DE GESTION PROPRES AUX DIFFERENTS TITRES

478. Selon qu'il s'agisse de titres sociaux négociables ou non, les règles de gestions ne seront pas identiques. En effet, de ce caractère de négociabilité découle une distinction importante entre les parts sociales et les actions puisque le Code civil prévoit expressément que certaines dispositions ne sont applicables qu'aux titres sociaux non négociables. Dès lors, les règles de gestion concernant la capacité des époux à céder les titres sociaux durant leur mariage vont être différentes qu'il s'agisse d'une cession de parts sociales (section 1) ou d'actions (2).

SECTION 1 - L'APPLICATION DE LA CO-GESTION A LA CESSION DE PARTS SOCIALES

479. Les règles de gestion applicables à la cession de parts sociales diffèrent en fonction de leur qualification en matière de régime matrimoniaux. La cession de parts sociales propres ne pose pas de difficulté particulière. La combinaison des articles 225⁴⁵⁹- et 1428⁴⁶⁰- du Code civil met en place le principe de gestion exclusive des biens propres. Ainsi, l'époux propriétaire peut exercer tout type d'actes sur ces biens. Dès lors, il peut céder les parts sociales détenues en propre sans l'accord de son époux. En revanche, la solution est différente lorsqu'il s'agit de parts sociales appartenant à la communauté, celles-ci constituant alors une exception au principe de gestion exclusive (§1) dont la détermination de la sanction a posé des difficultés (§2).

§1 - LE PRINCIPE DE CO-GESTION DES PARTS SOCIALES COMMUNES

Lorsque les parts sociales sont qualifiées de biens communs, le principe applicable est celui de la co-gestion qui impose l'accord du conjoint non associé pour la cession (I) et qui constitue une exception au principe d'autonomie professionnelle de l'époux commun en biens (II).

I. LA CO-GESTION : LE NECESSAIRE CONSENTEMENT DU CONJOINT A LA CESSION

⁴⁵⁹ Art. 225 du C.civ: « *Chacun des époux administre, oblige et aliène seul ses biens personnels* ».

⁴⁶⁰ Art. 1428 du C.civ: « *Chaque époux a l'administration et la jouissance de ses propres et peut en disposer librement* ».

480. La cession de parts sociales qualifiées de biens communs suppose le consentement de l'époux non associé. Il s'agit d'une exception au principe de gestion concurrente en matière de communauté posé par l'alinéa 1^{er} de l'article 1421 du Code civil⁴⁶¹. En effet, l'alinéa 1^{er} de l'article 1424 du Code civil dispose que « *les époux ne peuvent, l'un sans l'autre, aliéner ou grever de droits réels les immeubles, fonds de commerce et exploitations dépendant de la communauté, non plus que les droits sociaux non négociables et les meubles corporels dont l'aliénation est soumise à publicité. Ils ne peuvent, sans leur conjoint, percevoir les capitaux provenant de telles opérations* ». Dès lors, dans la mesure où les parts sociales sont des titres non négociables, leur transmission nécessite le consentement des deux époux. Et ce, peu important que le conjoint ait ou non revendiqué la qualité d'associé sur le fondement de l'article 1832-2 du Code civil. Cette exception au principe de gestion concurrente en matière de communauté est justifié du fait de l'importance des actes en question. Ainsi, cette règle participe à une logique de protection des intérêts de la communauté contre les agissements de l'un ou l'autre des époux.

481. A défaut d'accord de son conjoint, l'époux associé ne peut céder ses parts et doit rester associé. Cependant, il peut passer outre le refus de son conjoint en obtenant une autorisation judiciaire. En effet, l'article 217 du Code civil prévoit que « *un époux peut être autorisé par justice à passer seul un acte pour lequel le concours ou le consentement de son 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* ». Ainsi, le juge aux affaires familiales peut ordonner une mesure ponctuelle et permettre à l'époux associé de céder les parts sociales communes alors même que son conjoint le refuse. Cette autorisation pourra être donnée si le refus de vendre n'est pas justifié par l'intérêt de la famille et sera soumise au pouvoir souverain du juge du fond. Le second alinéa du même article précise que « *l'acte passé dans les conditions fixées par l'autorisation de justice est opposable à l'époux dont le concours ou le consentement a fait défaut, sans qu'il en résulte à sa charge aucune obligation personnelle* ». Ainsi, la cession de parts sociales effectuée par autorisation judiciaire est opposable à l'époux dont le refus a été dépassé. Il ne pourra donc pas demander la nullité de la cession passée

⁴⁶¹ Art. 1421 du C.civ. : « *Chacun des époux a le pouvoir d'administrer seul les biens communs et d'en disposer, sauf à répondre des fautes qu'il aurait commises dans sa gestion. Les actes accomplis sans fraude par un conjoint sont opposables à l'autre.*

L'époux qui exerce une profession séparée a seul le pouvoir d'accomplir les actes d'administration et de disposition nécessaires à celle-ci.

Le tout sous réserve des articles 1422 à 1425 ».

sans son consentement. D'autre part, la cession n'emportera aucune obligation personnelle pour l'époux qui n'a pas donné son accord. Dès lors, seul l'époux qui a cédé les parts sociales sera soumis à l'ensemble des obligations du cédant.

482. Enfin, l'alinéa 1er de l'article 1424 du Code civil, *in fine*, précise également que la perception des capitaux provenant de ces cessions nécessite également l'accord des deux époux. Cette précaution permet d'empêcher un des époux de s'approprier le prix de cession des parts sociales communes. La Cour de cassation a rappelé dans un arrêt du 30 octobre 2006⁴⁶² que de telles opérations nécessitent un double accord des époux qui doivent être nettement distingués; premièrement, l'accord au moment de la conclusion du contrat et deuxièmement l'accord quant à la perception du prix. Etant précisé que les deux accords doivent être nettement distingués dans la mesure où les sanctions encourues ne sont pas les mêmes.

483. Dans ce même arrêt, la Cour de cassation vient préciser la sanction prévue à défaut d'accord du conjoint pour la perception du prix. En effet, elle rappelle, au visa des articles 1239, 1315 (ancien) et 1424 du code civil que « *lorsqu'un époux commun en biens a perçu sans l'autre les capitaux provenant de l'aliénation de droits sociaux non négociables dépendant de la communauté et que l'autre époux demande un second paiement, il appartient à celui qui a payé, afin de s'y soustraire, de démontrer que la communauté a profité du paiement irrégulier* ». En l'espèce, un époux commun en biens avait cédé des parts sociales dépendant de la communauté. La SCP cessionnaire avait versé le prix des parts sociales entre les seules mains du mari. L'épouse qui n'avait pas donné son accord a demandé au cessionnaire de verser à nouveau le prix des parts sociales entre ses mains. La Cour d'appel a rejeté sa demande au motif qu'elle n'avait pas démontré que son mari avait dilapidé ou détourné les sommes versées. La Cour de cassation vient donc casser l'arrêt de la Cour d'appel en considérant qu'il n'appartient pas à l'époux de démontrer le détournement des sommes mais au cessionnaire de démontrer que la communauté a tiré profit du prix de cession.

Cette solution résulte de l'application combinée des règles de régimes matrimoniaux mais également du droit commun du paiement et de la preuve. Toutefois, elle peut être critiquée dans la

⁴⁶² Voir : Cass. Civ. 1^{ère}, 30 octobre 2006, n° 03-20.589.

mesure où le prix de cession qui entre à l'actif de la communauté sera ensuite soumis à la gestion concurrente sur le fondement de l'article 1421 du Code civil. Dès lors, l'affectation effectuée par l'époux cédant sera présumée conforme à l'intérêt commun et se sera au conjoint qui la critiquerait d'apporter la preuve qu'elle a nuit à la communauté⁴⁶³. Ainsi, il convient de se demander pourquoi, en amont de la libre affectation, la réception par un seul époux ne pourrait pas être également présumée effectuée dans l'intérêt commun.

Il semble ainsi utile de prévoir dans l'acte de cession une clause précisant l'intervention du conjoint. Celle-ci doit nécessairement préciser que le conjoint du cédant intervient seulement pour donner son accord, à défaut il peut être considéré comme co-vendeur, et ainsi devoir supporter toutes les obligations pesant sur le cédant, et notamment toutes les questions de garantie. Les rédacteurs d'actes doivent être vigilant à la rédaction de leur clause et préciser, par exemple, « *XXX, conjoint, intervient au présent acte à l'effet de donner son consentement à la cession, conformément aux dispositions de l'article 1424 du Code civil, mais sans se porter co-cédant* ». Il est également nécessaire de préciser dans cette clause que le conjoint, non partie à l'acte, autorise l'époux cédant à percevoir le prix de cession. L'absence de cette précision pourrait obliger le cessionnaire à payer une seconde fois le prix de cession dans les mains de l'époux qui n'a pas donné son accord qui pourrait potentiellement engager la responsabilité civile professionnelle du rédacteur d'acte.

484. Enfin, la distinction entre le titre et la finance ne peut être soulevée pour autoriser l'époux à céder seul les parts sociales au cours du mariage. Dans son arrêt du 9 novembre 2011⁴⁶⁴, la Cour de cassation rappelle que le fait que seule la valeur des parts soit entrée dans la communauté ne permet pas d'écarter l'application de l'article 1424 du Code civil.

En l'espèce, une épouse, mariée sous le régime de la communauté légale, avait cédé ses parts communes de société civile immobilière à son associée. Elle a ultérieurement agi, au coté de son époux qui n'avait pas été consulté lors de la cession, pour demander l'annulation de la cession sur le fondement de l'article 1427 du Code civil. La Cour d'appel d'Orléans a rejeté leur demande en

⁴⁶³ Voir : Cass. Civ. 1^{ère}, 23 avril 2003, n°01-02.485.

⁴⁶⁴ Voir : Cass. Civ. 1^{ère}, 9 novembre 2011, n°10-12.123.

soutenant que l'époux « *n'avait jamais notifié à la SCI son intention d'être personnellement associé et que les parts sociales souscrites au seul nom de l'épouse sont des droits sociaux négociables qui pouvaient parfaitement être cédés par elle puisqu'était entrée en communauté la valeur des parts, et non les parts elles-mêmes* ». Les juges du fond ont donc considéré, à tort d'une part, que les parts de société civile immobilière étaient des droits sociaux négociables qui échappaient donc au principe de co-gestion imposé par l'article 1421 du Code civil. Et d'autre part, que la distinction entre le titre et la finance, qui avait pour conséquence que seule la valeur des parts était commune, permettait d'écarter l'application de l'article 1424 du Code civil au bénéfice de l'article 1428 du même code qui prévoit une gestion exclusive des époux sur leurs biens propres. Ainsi, ils considèrent que puisque seule la valeur des parts est commune, les parts elles-mêmes doivent être considérées comme des propres et qu'ainsi les règles de gestion des biens communs ne sont pas applicables. La Cour d'appel justifie cette décision en faisant référence à l'absence de revendication du mari de sa qualité d'associé sur le fondement de l'article 1832-2 du Code civil permettant d'accentuer le caractère exclusivement personnel de ces droits sociaux. La Cour de cassation rejette alors ces arguments en reprenant dans sa solution l'article 1424 et en rappelant que l'accord des deux époux était nécessaire pour céder des parts de société civile qui ne sont pas des droits sociaux négociables.

485. Cette solution s'explique puisque le fait d'appréhender un bien seulement par sa valeur ne permet pas d'écarter l'obligation de recueillir l'accord du conjoint pour sa cession. En effet, l'intégration en valeur dans la communauté ne correspond pas à un simple droit de créance de la communauté et n'affecte donc pas le principe de co-gestion en cas de cession. Par ailleurs, les juges du fond semblent avoir considéré que l'article 1424 du Code civil ne s'appliquait que dans l'hypothèse où les deux époux sont associés. Or, cette interprétation conduirait à le vider de son intérêt en matière de cession de droits sociaux non négociables dans la mesure où le droit des sociétés exige déjà l'accord des deux époux en leur qualité d'associé.

La cession de parts sociales par l'époux marié sous le régime de la communauté légale est donc soumise au principe de cogestion qui impose le consentement des deux époux ce qui constitue une exception au principe d'autonomie professionnelle.

II. LA CO-GESTION : EXCEPTION AU PRINCIPE D'AUTONOMIE PROFESSIONNELLE

486. Dans un arrêt de février 1995⁴⁶⁵, la Cour de cassation est venue rappeler que « *si l'article 1421, alinéa 2, du Code civil autorise l'époux exerçant une profession séparée, à accomplir seul les actes de disposition nécessaires à celle-ci, l'article 1424 du même Code apporte une exception formelle à ce principe, en disposant que les époux ne peuvent, l'un sans l'autre, aliéner des droits sociaux non négociables* ».

En l'espèce, un mari soumis au régime légal avait, avant le mariage, créé une entreprise artisanale qui constituait un bien propre. Au cours du mariage, il a donné son fonds en location-gérance à une société créée le même jour. Peu de temps avant que son épouse dépose une requête en divorce, il avait cédé 1 250 parts sociales de cette société à sa mère. L'épouse avait alors assigné en nullité de la cession des parts sociales. La Cour d'appel de Montpellier avait accueilli cette demande sur le fondement des articles 1424 et 1427 du Code civil dans la mesure où ces titres sociaux étaient communs et qu'il s'agissait de « *droits sociaux non négociables* ».

Le mari avait alors formé un pourvoir en cassation aux moyens que, d'une part, que dans la mesure où il s'agissait de son activité professionnelle, l'article 1421 du Code civil⁴⁶⁶ prévoyait une gestion exclusive pour les actes d'administration ou de disposition et, d'autre part, que la Cour d'appel aurait dû rechercher si cette cession avait eu pour conséquence d'appauvrir la communauté.

La Cour de cassation rend alors une solution conforme à la lettre du texte en considérant que l'article 1424 du Code civil prévoyant la co-gestion s'appliquait même en cas d'activité professionnelle propre. Cette solution de la Cour de cassation ne peut être contestée dans la mesure où elle ne fait qu'appliquer l'alinéa 3 de l'article 1421 du Code civil qui précise « *le tout sous réserve des articles 1422 à 1425* ».

⁴⁶⁵ Voir : Cass. Civ. 1ère, 28 février 1995, n°92-16.794.

⁴⁶⁶ Art. 1421 du C.Civ: « *Chacun des époux a le pouvoir d'administrer seul les biens communs et d'en disposer, sauf à répondre des fautes qu'il aurait commises dans sa gestion. Les actes accomplis sans fraude par un conjoint sont opposables à l'autre.*

L'époux qui exerce une profession séparée a seul le pouvoir d'accomplir les actes d'administration et de disposition nécessaires à celle-ci.

Le tout sous réserve des articles 1422 à 1425 ».

Dès lors, la Cour de cassation ne fait que rappeler les règles de gestion de droit commun. En effet, depuis la loi du 23 décembre 1995, le principe de gestion des biens communs est la gestion concurrente des biens de la communauté par les deux époux qui peuvent donc accomplir seuls tous les actes, même les actes de disposition⁴⁶⁷. Toutefois, un certain nombre d'exceptions sont prévues par les textes pour lesquelles s'appliquent la cogestion⁴⁶⁸ ou la gestion exclusive⁴⁶⁹.

Ainsi, les actes nécessaires à l'activité professionnelle d'un des époux sont donc soumis, par exception, au principe de gestion exclusive. Cependant, le dernier alinéa de l'article 1421 précise bien que les règles de cogestion sont des exceptions à cette même exception. Dès lors, la Cour de cassation n'a fait qu'appliquer une règle expressément édictée par le législateur.

487. Bien que le principe d'autonomie professionnelle permette à l'époux communs en biens d'effectuer tous les actes d'administration et de disposition nécessaires à son activité professionnelle, l'article 1424 du Code civil s'applique à lui et il ne peut donc aliéner ses parts sociales sans l'accord de son conjoint.

Etant précisé encore une fois que ces règles ne s'appliquent qu'aux seules parts sociales et non pas aux actions dans la mesure où l'article 1424 du Code civil concerne seulement les « *immeubles, fonds de commerce et exploitations dépendant de la communauté, non plus que les droits sociaux non négociables et les meubles corporels dont l'aliénation est soumise à publicité* ».

488. Conclusion. Durant l'union, la cession des parts sociales est donc soumise au principe de gestion qui impose à l'époux associé de recueillir l'accord de son conjoint. Ce régime faisant exception au principe d'autonomie de professionnelle permettant à l'époux communs en biens de réaliser seul les actes nécessaires à son activité conformément à la jurisprudence mais également aux dispositions expresses du Code civil.

⁴⁶⁷ Voir : art. 1421, al. 1er, C.civ.

⁴⁶⁸ Voir : art. 1423 à 1425 C.civ.

⁴⁶⁹ Voir : art. 1421, al. 2, C.Civ.

§2 - LA SANCTION DE L'ACTE IRREGULIER : LA NULLITE DE LA CESSION

489. La sanction de la cession de parts sociales en violation du principe de gestion a posé différentes difficultés quant à sa détermination. En effet, la doctrine a longtemps hésité entre la nullité de l'article 1427 du Code civil, l'inopposabilité de l'article 1421 ou encore le cumul de ces actions (I) mais la jurisprudence a tranché de manière claire pour la nullité et a même offert au conjoint non cédant de demander un second paiement entre les mains de la communauté (II).

I. LE DEBAT DOCTRINAL SUR LA DETERMINATION DE LA SANCTION

490. La cession de parts sociales communes est donc nécessairement soumise au principe de cogestion et suppose l'accord des deux époux. La sanction de l'acte irrégulier parce que passé sans l'accord de l'époux pose une difficulté.

491. Le Code civil prévoit deux types de sanction aux actes passés irrégulièrement. En effet, le régime légal fait une distinction entre le dépassement et le détournement de pouvoirs. Le dépassement de pouvoirs, c'est-à-dire le fait de passer un acte en violation des règles de gestion dictées par le régime légal, est sanctionné par la nullité de l'acte en question selon l'article 1427 du Code civil qui prévoit que « *si l'un des époux a outrepassé ses pouvoirs sur les biens communs, l'autre, à moins qu'il n'ait ratifié l'acte, peut en demander l'annulation* ». A l'inverse, le détournement de pouvoirs qui correspond au fait d'utiliser les règles de gestion, sans les violer, dans un but contraire à la loi est considéré comme une fraude et est sanctionné par l'inopposabilité de l'acte à l'époux. En effet, l'article 1421 du Code civil 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 opposables à l'autre* ».

Le détournement de pouvoirs est par essence frauduleux dans la mesure où les règles de gestion sont utilisées pour porter atteinte aux intérêts du conjoint. En revanche, le dépassement de pouvoir peut être réalisé sans aucune intention frauduleuse, il s'agira alors d'un dépassement de pouvoirs dit « objectif ». Dans l'hypothèse où l'époux a réalisé un acte pour lequel il n'avait pas de pouvoir

avec l'intention de nuire aux intérêts de son époux, il s'agit d'un dépassement de pouvoir « subjectif ».

Dès lors, un époux qui procède seul à un acte soumis au principe de cogestion - apport en société⁴⁷⁰-, donation⁴⁷¹-, cession⁴⁷² - réalise *a minima* un dépassement objectif de pouvoir. Seulement, ce dépassement peut être qualifié de frauduleux lorsque l'époux a agi dans le but de porter atteinte aux droits de son époux.

492. La principale difficulté est donc de déterminer la sanction d'un dépassement de pouvoir dans lequel la fraude est caractérisée dans la mesure où il existe un chevauchement entre un texte spécial - l'article 1427 du Code civil - et le droit commun - l'article 1421 du même Code.

Différents courants doctrinaux se sont donc affrontés. Certains auteurs ont considéré que la sanction devait être l'inopposabilité de l'article 1421 à condition que le tiers soit complice de la fraude. Dans le cas où celui-ci est de bonne foi l'acte serait valable et l'époux devrait des dommages et intérêts à son conjoint. A l'inverse, d'autres auteurs ont considéré que la sanction devait être la nullité sur le fondement de l'article 1427 du Code civil.

Enfin, certains ont estimé qu'un cumul des actions pouvait être envisagé et qu'ainsi une action en nullité devait être ouverte pendant deux ans selon l'article 1427 et qu'au terme de ce délai s'ouvrirait une action en inopposabilité pour un délai de prescription de droit commun soit 30 ans. En effet, les Professeurs Terré et Simler considèrent que « *on ne peut exclure qu'un acte irrégulier, passé sans aucun pouvoir ou sans pouvoir suffisant, soit, de surcroît, inspiré par un but frauduleux. L'application cumulative des deux régimes, pour autant qu'ils soient différents, n'est pas inconcevable. Le conjoint pourrait, dans le délai de deux ans prévu à l'article 1427, obtenir*

⁴⁷⁰ Art. 1832-2 C.civ, alinéa 1^{er} : « 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 ».

⁴⁷¹ Art. 1422 C.Civ : « les époux ne peuvent, l'un sans l'autre, disposer entre vifs, à titre gratuit, des biens de la communauté ».

⁴⁷² Art. 1424 C.civ: « les époux ne peuvent, l'un sans l'autre, aliéner ou grever de droits réels les immeubles, fonds de commerce et exploitations dépendant de la communauté, non plus que les droits sociaux non négociables et les meubles corporels dont l'aliénation est soumise à publicité. Ils ne peuvent, sans leur conjoint, percevoir les capitaux provenant de telles opérations ».

l'annulation en établissant le fait objectif de l'excès de pouvoir. Il pourrait, en outre, pendant trente ans, le cas échéant, se prévaloir de la fraude en établissant que les conditions en son réunies »⁴⁷³. Le Doyen André Colomer a également précisé que « *l'article 1427 indique certes les modalités de l'action en nullité, mais, pour moi, ce texte ne concerne que les dépassements objectifs de pouvoirs (art. 1422, 1424 et 1425), et non point des comportements subjectivement répréhensibles* », et qu'ainsi « *l'article 1427 est relatif aux dépassements objectifs de pouvoirs, et non point aux actes accomplis dans la limite de ces pouvoirs mais en fraude des droits du conjoint, pour lequel l'action est possible pendant trente ans* »⁴⁷⁴.

Alors que la sanction de l'acte irrégulier est source de débat doctrinal, la jurisprudence considère que l'époux qui n'a pas donné son accord peut demander la nullité de la cession sur le fondement de l'article 1427 du Code civil ou un second paiement entre les mains de la communauté.

II. SOLUTIONS JURISPRUDENTIELLES : NULLITE DE LA CESSION OU SECOND PAIEMENT

493. Différentes solutions jurisprudentielles ont confirmé que la sanction de l'acte de cession irrégulier, parce que passé sans l'accord des deux époux, est la nullité sur le fondement de l'article 1427 du Code civil (A) aménageable pour le conjoint qui n'a pas donné son accord qui peut alors demander un second paiement entre les mains de la communauté (B).

A. La nullité de la cession sur le fondement de l'article 1427 du Code civil

494. La Cour de cassation a considéré, dans une première décision rendue le 30 mars, 1999⁴⁷⁵ - où un époux avait cédé des droits sociaux non négociables sans le consentement de son épouse, que « *ces actes accomplis hors de limites de ses pouvoirs, relevaient des articles 1424 et 1427 du Code civil et non des textes frappant les actes frauduleux du mari, lesquels ne trouvent à s'appliquer que subsidiairement à défaut d'autre sanction* » et qu'ainsi « *selon l'article 1427, l'action accordée à l'épouse et à ses héritiers ne pouvait être intentée plus de deux ans après la dissolution de la*

⁴⁷³ Voir : F. TERRE et P. SIMLER, « Les régimes matrimoniaux », *Dalloz*, 3e éd., n° 518.

⁴⁷⁴ Voir : A. COLOMER, « Régimes matrimoniaux », *Litec*, 10e éd., n°498 et 482, p. 236 et 237.

⁴⁷⁵ Voir : Cass. Civ. 1^{ère}, 30 mars 1999, n°97-16.252.

communauté, la cour d'appel en a justement déduit qu'en l'espèce, l'action introduite plus de deux années après cette dissolution était prescrite ».

Cette solution a été confirmée par la même chambre de la Cour de cassation dans un arrêt des 4 décembre 2001⁴⁷⁶. En l'espèce, l'époux avait acheté au nom de sa maîtresse, un immeuble dont il remboursait lui même l'emprunt caractérisant une donation déguisée. Après son décès, sa femme et ses héritières intentèrent contre la maîtresse une action en inopposabilité de l'acte de donation pour fraude sur le fondement de l'article 1421 du Code civil. La maîtresse leur opposa la prescription biennale de l'article 1427 du Code civil. La Cour d'appel de Poitiers avait fait droit à la demande de l'épouse et avait condamnée la maîtresse à leur payer le prix de l'immeuble parce qu'il était caractérisé par l'époux décédé un détournement frauduleux des ses pouvoirs de disposition sur les biens communs et qu'ainsi les actes étaient inopposables à l'épouse sur le fondement de l'article 1421. Toutefois, la Cour de cassation a cassé cet arrêt en considérant que bien que l'époux *« avait outrepassé ses pouvoirs sur les biens communs, l'action introduite par l'épouse plus de deux années après la dissolution de la communauté était prescrite ».*

Enfin, dans une dernière décision datant de 11 décembre 2011⁴⁷⁷, la Cour de cassation a rendu la même solution concernant un apport en société de fonds communs sans l'accord de l'époux en rappelant *« qu'un époux, ne peut, à peine de nullité de l'apport, employer des biens communs pour faire un apport à une société sans en avertir son conjoint et sans qu'il en soit justifié dans l'acte »* et en précisant *« que cette action en nullité régie par l'article 1427 du code civil est soumise à la prescription de deux ans et est exclusive de l'action en inopposabilité ouverte par l'article 1421 du code civil pour sanctionner les actes frauduleux, lequel ne trouve à s'appliquer qu'à défaut d'autre sanction ».*

Ainsi, la jurisprudence rejette la théorie du cumul des actions et consacre la nullité comme sanction à l'irrespect du principe de cogestion. Cette dernière, fondée sur l'article 1427 du Code civil, *« est ouverte au conjoint pendant deux années à partir du jour où il a eu connaissance de l'acte, sans pouvoir jamais être intentée plus de deux ans après la dissolution de la communauté »*⁴⁷⁸.

⁴⁷⁶ Voir : Cass. Civ. 1^{ère}, 4 décembre 2001, n°99-15.629.

⁴⁷⁷ Voir : Cass. Civ. 1^{ère}, 23 mars 2011, n°09-66.512.

⁴⁷⁸ Art. 1427 al. 2 du Code civil.

495. Cette solution a été approuvée par certains auteurs et notamment par Vincent Bonnet⁴⁷⁹ qui estime que l'article 1421 du Code civil ne concernait que les actes soumis au principe de gestion concurrente et donc dans les cas où l'époux a agit dans les limites de son pouvoir de gestion et qu'il ne serait donc pas applicable en matière de cogestion.

Le second argument pour défendre cette thèse est que l'adage « *fraus omnia corrumpit* » qui fonde la théorie de la fraude ne s'applique que subsidiairement dans les hypothèses où la situation frauduleuse n'est sanctionnée par aucun texte. Ainsi, l'article 1427 du Code envisage une sanction dans la mesure où il prévoit la nullité de l'acte lorsqu'il y a un dépassement de pouvoir qu'il soit frauduleux ou non.

496. Toutefois, cette solution a également été critiquée par d'autres auteurs. Ainsi, Jérôme Casey⁴⁸⁰ qui réfute l'argument du caractère subsidiaire de la théorie de la fraude en considérant que celle-ci ne s'applique que lorsque le texte prévoit expressément la fraude et sa sanction. Or, selon lui l'article 1426 n'indique nullement la sanction d'une fraude aux droits du conjoint mais sanctionne seulement le dépassement objectif de pouvoir, c'est-à-dire la violation du principe de cogestion sans intention frauduleuse. Ainsi, dans l'hypothèse d'un dépassement subjectif de pouvoirs supposant une intention frauduleuse, l'adage « *fraus omnia corrumpit* » aurait vocation à s'appliquer dans le silence de la loi.

De plus, alors même que la sanction en cas de violation du principe de gestion concurrente est l'inopposabilité de l'acte à l'époux pendant 30 ans, l'acte passé en violation du principe de cogestion ne peut être soumis qu'à la nullité pendant deux années après sa découverte. Dès lors, le manquement au principe de cogestion censé être le plus protecteur des intérêts des époux en prévoyant une obligation d'information mutuelle avant toute prise de décision est moins sanctionné que la violation du principe de gestion concurrente. Le dépassement objectif des pouvoirs caractérise une violation du principe de loyauté mis en place par le principe de cogestion des biens communs et la fraude correspond, en sus, à l'intention de frauder les droits de l'époux. Ainsi,

⁴⁷⁹ Voir : V. BONNET « Sanction de la fraude : nullité ou inopposabilité ? », *D*, 2002, p. 2217.

⁴⁸⁰ Voir : J. CASEY « Sanction d'un dépassement subjectif de pouvoirs en régime de communauté », *JCP*, 2002, II, 10059.

refuser la prescription trentenaire afin d'accorder l'inopposabilité de l'acte à l'époux qui n'a pas donné son accord correspondrait à un refus de sanctionner cette seconde violation puisque l'article 1427 n'intéresse que le dépassement objectif de pouvoirs.

B. Le second paiement entre les mains de la communauté

497. La Cour de cassation a considéré, dans un arrêt du 30 octobre 2006⁴⁸¹, que l'époux qui n'avait pas donné son accord à la cession pouvait, en lieu et place de l'action en nullité ouverte sur le fondement de l'article 1427 du Code civil, demander le versement par le cessionnaire du prix de vente dans la mesure où le premier paiement était irrégulier et donc non libératoire. En l'espèce, l'époux, marié sous le régime de la communauté, était associé d'une société civile professionnelle et avait décidé de se retirer et donc obtenu le remboursement de ses titres par la société et l'attribution d'une partie de la clientèle. Il avait alors conservé le produit de cette cession. L'épouse qui n'avait pas donc donné son accord, a contesté cette opération et a assigné la société pour obtenir le paiement à la communauté du montant de la cession. Ainsi, l'épouse sollicitait un second paiement au profit de la communauté. La Cour d'appel a alors rejeté la demande de l'épouse dans la mesure où elle invoquait l'article 1832-2 du Code civil mais ne démontrait pas que les fonds perçus par l'époux avaient été détournés ou dilapidés. La Cour de cassation la censure en constatant que « *lorsqu'un époux commun en biens a perçu sans l'autre les capitaux provenant de l'aliénation de droits sociaux non négociables dépendant de la communauté et que l'autre époux demande un second paiement, il appartient à celui qui a payé, afin de s'y soustraire, de démontrer que la communauté a profité du paiement irrégulier* ». Dès lors, la Cour de cassation offre au conjoint qui n'a pas donné son accord une option en l'autorisant à demander un second paiement, en lieu et place de la nullité de l'acte de cession.

498. Les règles du paiement et notamment l'article 1342-2 du Code qui civil prévoit que le paiement fait à un créancier qui n'a pas le pouvoir de le recevoir est nul en affirmant que « *le paiement doit être fait au créancier ou à la personne désignée pour le recevoir* » mais réserve l'hypothèse d'une ratification du paiement ou d'un profit par l'époux qui n'a pas reçu les fonds. Ainsi, la Cour de cassation rappelle que le paiement qui n'est pas fait entre les mains du créancier

⁴⁸¹ Voir : Cass. Civ 1^{ère}, 30 octobre 2006, n°03-20.589.

peut être valable lorsque ce dernier en a tiré profit. Cependant, elle précise que la preuve de ce profit incombe, non pas au demandeur, mais au cessionnaire.

Cette solution est pertinente eu égard aux règles du paiement bien qu'elle soit difficile voire impossible à mettre en œuvre en pratique. En effet, le cessionnaire aura beaucoup de mal à démontrer que la communauté a bénéficié du paiement, c'est-à-dire que le paiement a été employé ou a procuré un bénéfice au patrimoine commun. De plus, la théorie du mandat apparent ne semble pas pouvoir être appliquée dans la mesure où la Cour de cassation admet que la nullité de l'acte puisse être opposée au tiers même de bonne foi.

Enfin, il convient pour les rédacteurs d'acte de cession de parts sociales de prendre les précautions nécessaires dans l'hypothèse où le cédant est marié sous le régime de la communauté. En effet, ce dernier doit exiger la présence ou l'intervention de l'autre conjoint à l'acte afin de prouver qu'il a eu connaissance de la cession et qu'il a donné son accord. A défaut, la responsabilité du rédacteur d'acte pourra être mise en cause par manquement à son devoir de conseil.

499. Conclusion. La sanction de l'acte de cession de parts sociales passé par l'époux associé sans l'accord de son conjoint a été source de débats doctrinaux. En effet, la détermination de celle-ci a été délicate dans la mesure où la doctrine a longuement hésité entre la nullité de l'article 1427 du Code civil ou l'inopposabilité de l'article 1421 du Code civil. La jurisprudence a consacré l'action en nullité tout en précisant que l'époux qui n'avait pas donné son accord pouvait demander un second paiement au profit de la communauté, à charge pour le cessionnaire de prouver que celle-ci a tiré profit du premier paiement.

500. Conclusion section. Durant l'union matrimoniale, la cession des parts sociales est régie par le principe de co-gestion qui impose à l'époux associé d'obtenir le consentement de son époux à la cession et ce, par exception au principe d'autonomie professionnelle. A défaut d'accord, le conjoint non associé peut solliciter la nullité de l'acte sur le fondement de l'article 1427 du Code civil mais également de voir le cessionnaire effectuer un second paiement entre les mains de la communauté. Il convient donc pour les rédacteurs d'acte de porter une attention particulière à la rédaction des actes de cessions de parts sociales lorsque l'associé cédant est marié sous le régime

de la communauté légale afin de ne pas voir sa responsabilité engagée.

Le régime de co-gestion applicable aux parts sociales non négociables est une exception au principe de droit commun de gestion concurrente des biens communs qui lui est applicables aux actions.

SECTION 2 - L'APPLICATION DU PRINCIPE DE GESTION CONCURRENTE A LA CESSION D' ACTIONS

501. La cession d'actions est quant à elle soumise au droit commun et aux règles classique de droit des régimes matrimoniaux dans la mesure où la distinction entre le titre et la finance ne s'applique pas, ce qui ne pose en pratique que très peu de difficultés (§1). Toutefois, la présence de garanties de passif intégrées dans de nombreux actes de cession d'actions a néanmoins soulevé quelques interrogations (§2).

§1 - UNE CESSION SOUMISE AU DROIT COMMUN

502. Dans la mesure où la distinction entre le titre et la finance ne s'applique pas aux droits sociaux négociables, ces derniers doivent être considérés comme des biens ordinaires soumis aux principes de droit commun. La gestion des actions qui sont propres sont soumises au principe de gestion exclusive qui permet à l'époux associé de les céder quant il le souhaite sans avoir à informer son époux selon les articles 225⁴⁸² et 1428⁴⁸³ du Code civil.

503. Les actions communes sont elles soumises au principe de gestion concurrente posé par le premier alinéa de l'article 1421 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 opposables à l'autre* ». Ainsi, les actions peuvent être cédées par l'un ou l'autre des époux sans qu'il n'aie à obtenir le consentement de l'autre ni même à l'informer. La possibilité de soumettre la cession d'actions à la cogestion a été discutée par le gouvernement⁴⁸⁴ mais elle a été jugé incompatible

⁴⁸² Art. 225 C.civ: « *Chacun des époux administre, oblige et aliène seul ses biens personnels* ».

⁴⁸³ Art. 1428 C.civ: « *Chaque époux a l'administration et la jouissance de ses propres et peut en disposer librement* ».

⁴⁸⁴ Rep. R. BADINTER, garde des Sceaux, JOAN 7 mai 1985, p. 587, col. 2.

avec le fonctionnement du marché boursier reposant sur la rapidité et la sécurité des transactions et ne pouvant être perturbé par l'intervention de l'époux non associé dans la cession.

504. Ainsi, la cession intervenue par un seul des associés sans fraude des droits de son conjoint est opposable à ce dernier. *A contrario*, lorsque l'époux cède les actions en fraudant les droits de la communauté, la seule sanction possible est donc l'inopposabilité. La Cour de cassation⁴⁸⁵ a confirmé cette solution. En l'espèce, un époux avait cédé des actions d'une société anonyme qui étaient communes, après une procédure de divorce, son ex-épouse avait alors assigné en inopposabilité de cette cession en estimant qu'elle était frauduleuse. La Cour d'appel avait rejeté sa demande au motif que « *les actes accomplis par un époux hors des limites de ses pouvoirs relèvent de l'action en nullité de l'article 1427 du Code civil, soumise à la prescription de deux ans et non des textes rappelant les actes frauduleux, lesquels ne trouvent à s'appliquer qu'à défaut d'autres sanctions et qu'en l'espèce, l'action en nullité est prescrite dès lors qu'elle n'a pas été engagée dans les deux années ayant suivi la dissolution de la communauté* ».

La Cour de cassation casse cet arrêt au visa des articles 1421, 1424 et 1427 du Code civil en rappelant que « *les actions d'une société anonyme constituent, en principe, des titres négociables que chaque époux a le pouvoir d'aliéner seul, sauf à répondre, le cas échéant, d'une fraude dans l'exercice de ce pouvoir* ». Dès lors, elle rappelle implicitement que dans l'hypothèse d'une cession d'actions frauduleuse la sanction est l'inopposabilité et non la nullité.

505. Enfin, la Cour de cassation a jugé qu'un recel de communauté était constitué lorsque l'un des époux cache à l'autre la valeur réelle des actions cédées ainsi que leur prix de cession⁴⁸⁶. En l'espèce, les époux avaient conclu un accord sur le versement par le mari d'une prestation compensatoire au profit de l'épouse et la liquidation de la communauté sous condition suspensive du prononcé du divorce. Après l'homologation définitive du divorce, l'administration fiscale avait découvert que les actions de la société dépendant de la communauté avaient été cédées, pendant le mariage, pour le prix de 4 518 550 euros alors que l'acte de partage mentionnaient qu'elles avaient une valeur de 2 667 856 euros. L'épouse a alors assigné son ex-époux en paiement sur le fondement

⁴⁸⁵ Cass. Civ. 1^{ère}, 27 mai 2010, n°09-11.894.

⁴⁸⁶ Voir : Cass. Civ. 1^{ère}, 1^{er} juin 2011, n°10-30.205.

du recel, subsidiairement, en rescision pour lésion de l'acte de partage et à défaut, en paiement de dommages et intérêts sur le fondement de l'article 1382 du Code Civil.

506. Le recel de communauté est sanctionné à l'article 1477 du Code civil qui précise « *celui des époux qui aurait diverti ou recelé quelques effets de la communauté est privé de sa portion dans lesdits effets* ». Pour que le recel soit caractérisé, il est nécessaire de démontrer l'existence de différents éléments constitutifs. D'une part, la preuve d'un élément matériel doit être apportée. La Cour de cassation considère que « *le recel n'implique pas nécessairement un acte d'appropriation et peut résulter de tout procédé tendant à frustrer un époux de sa part de communauté* »⁴⁸⁷ et peut être commis avant ou après la dissolution de la communauté jusqu'au jour du partage⁴⁸⁸. D'autre part, il faut démontrer l'existence d'un élément matériel soit des « *faits matériels manifestant l'intention de porter atteinte à l'égalité du partage et ce, quels que soient les moyens mis en œuvre* »⁴⁸⁹.

En l'espèce, l'épouse soutenait qu'il y avait recel dans la mesure où son ex-époux lui avait caché la valeur réelle des actions de la société et donc leur véritable prix de cession. La Cour d'appel rejette la demande au motif que l'épouse n'avait pas cherché à connaître le prix réel de la cession. La Cour de cassation casse cet arrêt en rappelant qui supportait la charge de la preuve « alors qu'il incombait au mari de prouver qu'il avait informé son épouse de la valeur réelle des actions communes dont il avait disposé ». Le recel de communauté est sanctionné par la propriété exclusive du conjoint de l'époux receleur sur les biens recelés. Dès lors, la jurisprudence considère que « *l'époux victime du recel devient propriétaire exclusif des biens divertis ou recelés et a droit aux fruits et revenus produits par ces biens depuis la date de la dissolution de la communauté ou, si le recel a été commis postérieurement, depuis la date de l'appropriation injustifiée* »⁴⁹⁰.

507. Conclusion. Dans la mesure où la cession d'actions communes est soumise au principe de droit commun soit, la gestion concurrente, il n'y a pas véritablement de difficultés et donc de contentieux puisque l'époux associé peut céder seul ses actions. Toutefois, en cas de cession

⁴⁸⁷ Voir : Cass. Civ. 1^{ère}, 26 janvier 1994, n°92-10.513.

⁴⁸⁸ Voir : Cass. Civ. 1^{ère}, 16 avril 2008, n°07-12.224.

⁴⁸⁹ Voir : Cass. Civ. 1^{ère}, 7 juillet 1992, n°91-10.259.

⁴⁹⁰ Voir : Cass. Civ. 1^{ère}, 31 octobre 2007, n°06-10.348.

fraudeuse par l'époux associé, le conjoint non associé peut solliciter l'inopposabilité de la cession ou la propriété exclusive des biens en cas de recel de communauté. L'exclusion des actions au régime dérogatoire de co-gestion est encore une conséquence de la distinction entre les titres sociaux basée sur leur critère de négociabilité qui doit être remise en cause.

La cession d'actions soumise au principe de gestion concurrente ne soulève guère de difficulté dans son régime mais l'intégration de garanties de passif dans de nombreux actes de cession d'actions a engendré des questionnements particuliers.

§2 - LES PROBLEMATIQUES LIEES A L'INTEGRATION D'UNE GARANTIE DE PASSIF A LA CESSION D' ACTIONS

508. La garantie de passif⁴⁹¹ peut être convenue lors d'une cession de titres et permet de garantir aux cessionnaires l'exactitude du bilan ou de la situation comptable ayant servi à la détermination du prix de cession des titres. Elle engage les cédants à prendre en charge toutes les dettes ne figurant pas sur le bilan et qui se révéleraient après la cession. En général, la garantie porte sur le passif non révélé mais également sur toute diminution d'actif constatée ultérieurement. Cette garantie est un contrat, accessoire et distinct de la cession des titres elle-même et ce, contrairement aux clauses de révision de prix qui elles ne sont pas des garanties à proprement parler. En effet, ces dernières sont définies comme une « *obligation accessoire qui naît de certains contrats (vente, bail, entreprise etc.) à la charge d'une partie et qui renforce la position de l'autre lorsqu'en cours d'exécution celle-ci n'obtient pas les satisfactions qu'elle était en droit d'attendre* »⁴⁹². Or, en présence d'une clause de révision de prix, ce dernier n'est pas définitivement arrêté dans la mesure où le prix payé, au moment de l'échange des consentements ou du transfert de propriété des titres, n'est que provisoire et peut être réajusté en fonction de la survenance d'éléments inconnus du cessionnaire au moment de la transmission afin que le prix corresponde à la valeur réelle des titres. Dès lors, la clause de révision de prix ne peut être vu comme un contrat du fait de son absence d'autonomie.

509. Les conventions de garantie de passif et les clauses de révision de prix n'ont donc pas la même

⁴⁹¹ Également appelée garantie de bilan ou garantie d'actif et passif.

⁴⁹² G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, 12^{ème} édition, 2017, p.483.

nature mais participent au même objectif qui est celui de protéger le cessionnaire contre les éléments dont il n'avait pas connaissance au moment de la cession ou contre des dettes inconnues à l'époque et donc non prises en compte lors de l'évaluation. Dès lors, toutes ces mécanismes engendrent une créance qui doit figurer à l'actif du patrimoine du couple. Toutefois, ces créances ne sont pas des créances classiques puisque lorsqu'elles naissent, au jour de la conclusion du contrat, elles ne sont que conditionnelles, dans leur existence mais également dans leur montant.

510. S'est posée la question de savoir si une telle créance devait être inscrite à l'actif propre ou commun. La jurisprudence a admis, sans plus de doute, qu'elle devait être intégrée à la communauté. Dans un premier arrêt rendu le 31 mars 1992⁴⁹³, la première chambre civile de la Cour de cassation a considéré, en matière d'assurance-vie « mixte », c'est-à-dire souscrite par un époux mais alimentée par des fonds communs jusqu'à la dissolution de la communauté et dénouée après la dissolution de celui-ci, que la valeur de la police faisait partie de l'actif de la communauté.

L'intégration de la garantie de passif dans l'une ou l'autre des masses doit donc se faire eu égard aux règles classiques du droit de régimes matrimoniaux. Dès lors, en matière de communauté légale, la distinction se fait, dans la mesure où il s'agit d'une opération à titre onéreux, au moment de la naissance du droit personnel⁴⁹⁴. Ainsi, si l'époux a convenu d'une telle garantie avant le mariage, la valeur de ce droit restera propre mais sera commune si elle est conclue au cours de la communauté.

511. De la même manière, dans l'hypothèse d'une garantie de passif convenue par un époux associé qui cède ses titres, la dette conditionnelle devra figurer au passif soit de la communauté, soit de sa masse propre. Ainsi, si elle a été concédée avant son union, la dette intégrera la masse propre de l'époux associé et restera personnelle selon l'article 1410 du Code civil⁴⁹⁵. Au contraire, si elle a été consentie au cours du mariage, sa qualification dépendra de la nature - propre ou commune - des titres cédés.

⁴⁹³ Voir : Cass. Civ. 1ère, 31 mars 1991, arrêt « Praslicka », n°90-16.343.

⁴⁹⁴ Voir supra.

⁴⁹⁵ Art. 1410 du C.Civ : « *Les dettes dont les époux étaient tenus au jour de la célébration de leur mariage, ou dont se trouvent grevées les successions et libéralités qui leur échoient durant le mariage, leur demeurent personnelles, tant en capitaux qu'en arrérages ou intérêts* ».

512. La difficulté réside dans l'évaluation d'un tel droit et ce, notamment si la garantie vient à jouer après la dissolution du régime matrimonial. En effet, la liquidation est une opération permettant d'établir la réalité et la consistance de chacune des masses au jour de la dissolution du régime mais la valeur de ces dernières doit être établie au jour du partage. Au moment de la dissolution du mariage, le notaire peut donc déterminer la consistance des deux masses en intégrant la garantie de passif dans l'une d'elle mais ne pourra pas évaluer les droits de chacun des époux puisque la créance ou la dette découlant de la garantie ne pourra pas être évaluée.

Le notaire liquidateur devra donc procéder à une liquidation provisoire de la communauté en y inscrivant pour mémoire, dans l'état liquidatif, la garantie de passif tout en renvoyant la liquidation définitive à l'issue de la période de garantie. Dès lors, le partage sera reporté à ce moment précis.

513. Enfin, au moment où la garantie de passif rentre en jeu, le créancier, dans l'hypothèse où elle a été consentie antérieurement au mariage, pourra poursuivre le paiement uniquement sur les biens propres et le revenu du débiteur soit, l'époux cédant sur le fondement de l'article 1411 du Code civil⁴⁹⁶. Ainsi, le cessionnaire pourra poursuivre la communauté mais uniquement à hauteur des revenus du débiteur. Dans le cas où la dette est née pendant le régime de communauté, qu'elle soit propre ou commune, le créancier pourra poursuivre son paiement sur les biens communs en sus des biens propres du débiteur selon l'article 1413 du Code civil⁴⁹⁷. Cependant, la communauté aura droit à récompense si la dette est personnelle dans la mesure où elle n'a pas à supporter définitivement une dette personnelle. Le mécanisme des récompenses permet alors, à la dissolution du régime, de rétablir l'équilibre afin que la dette personnelle soit, à terme, supportée sur les biens propres de l'époux cédant.

514. S'est posée la question de l'application de l'article 1415 du Code civil à une convention de

⁴⁹⁶ Art. 1411 du C.civ : « Les créanciers de l'un ou de l'autre des époux, dans le cas de l'article précédent, ne peuvent poursuivre leur paiement que sur les biens propres et les revenus de leur débiteur. Ils peuvent, néanmoins, saisir aussi les biens de la communauté quand le mobilier qui appartient à leur débiteur au jour du mariage ou qui lui est échu par succession ou libéralité a été confondu dans le patrimoine commun et ne peut plus être identifié selon les règles de l'article 1402 ».

⁴⁹⁷ Art. 1413 du C.Civ: « Le paiement des dettes dont chaque époux est tenu, pour quelque cause que ce soit, pendant la communauté, peut toujours être poursuivi sur les biens communs, à moins qu'il n'y ait eu fraude de l'époux débiteur et mauvaise foi du créancier, sauf la récompense due à la communauté s'il y a lieu ».

garantie de passif. Cette disposition pose le principe selon lequel les biens communs sont protégés en présence de cautionnement ou emprunt effectué par un seul des époux. En effet, 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 contactés avec le consentement exprès de l'autre conjoint qui, dans ce cas, n'engage pas ses biens propres* ». Dès lors, si un époux contracte un emprunt ou un cautionnement il ne peut engager que ses biens propres et ses revenus, les biens de la communauté ne pouvant être engagés que dans l'hypothèse où son conjoint donne son consentement à l'acte.

Les conséquences de l'application ou non de l'article 1415 du Code civil à une telle convention peuvent être importantes pour le bénéficiaire. En effet, en acceptant ce bénéfice de protection des biens communs, la garantie de passif pouvait perdre son tout son intérêt dans la mesure où les biens communs du couple n'étaient plus concernés.

La Cour de cassation a donc tranché, pour la première fois, la question dans un arrêt rendu le 20 septembre 2012⁴⁹⁸. En l'espèce, les cédants ne contestaient pas la validité de la convention de passif et donc leur obligation mais sollicitaient une limitation de celle-ci au montant du prix de vente qu'ils avaient chacun reçu. Ils ont donc invoqué, d'une part, le non-respect de l'article 1326 ancien du Code civil et d'autre part, celui de l'article 1415 du Code civil. Ils soulevaient que la solidarité stipulée à l'acte de garantie entre les différents cédants les obligeait à payer l'intégralité de l'indemnité due au cessionnaire. Dès lors, l'engagement devait « *s'analyser, pour la fraction du prix que le cédant en cause n'a pas perçu, comme une garantie personnelle portant sur la dette d'autrui et, partant, assimilable à un cautionnement, solidaire de surcroît* ». De ce fait, l'article 1415 du Code civil devait être applicable à une telle convention. Selon eux, la solidarité convenue dans la convention correspondant à garantir la dette pour la quote-part excédant le prix de cession qu'ils avaient eux-mêmes perçu. La Cour de cassation réfute cet argumentaire en affirmant que « *la convention de garantie de passif social, formant un tout avec l'acte synallagmatique portant cession des titres sociaux auquel elle s'intègre, n'est pas un engagement unilatéral et, partant, n'est pas soumise à l'article 1415 du Code civil, fût-elle consentie solidairement entre les cédants* ». La Cour de cassation considère que la garantie de passif n'est pas un acte unilatéral dans

⁴⁹⁸ Voir : Cass. Civ. 1^{ère}, 20 septembre 2012, n° 11-13.144.

la mesure où elle forme un tout avec l'acte de cession des titres et ce même si elle est insérée dans un acte différent de l'acte de cession. La Cour de cassation précise que « *la convention de garantie de bilan, qui n'est pas un acte unilatéral, tel un cautionnement, puisqu'elle participe de l'économie d'une cession et s'inscrit dans un jeu d'obligations réciproques* ».

515. Cette solution se justifie dans la mesure où le droit commun, l'article 1413 du Code civil⁴⁹⁹, prévoit que la communauté soit poursuivie pour une dette personnelle à charge pour l'époux débiteur de la payer, *in fine*, par le jeu des récompenses. Le principe posé par l'article 1415 du Code civil est donc une exception à cette règle générale puisqu'il permet d'écarter les biens de la communauté⁵⁰⁰ - du gage des créanciers lorsque la dette résulte d'un cautionnement ou d'un emprunt non signé par les deux époux. Dès lors, il convient d'interpréter strictement cette exception. Cependant, la Cour de cassation a auparavant étendu celle-ci à la garantie autonome⁵⁰¹. On aurait pu alors penser qu'une telle assimilation puisse être étendue à la convention de garantie de passif. Dans cet arrêt, la Cour de cassation reconnaît la ressemblance entre la garantie autonome et le cautionnement en rappelant qu'il s'agit « *d'une sûreté personnelle* » qui « *consiste en un engagement par lequel le garant s'oblige, en considérant d'une obligation souscrite par un tiers, à verser une somme déterminée* » et donc que cette garantie « *est de nature à appauvrir le patrimoine de la communauté* ». Dès lors, il convient de refuser l'application de cet article à la garantie de passif dans la mesure où elle n'a pour objectif que d'assurer l'équilibre entre les obligations réciproques en garantissant au cessionnaire la conformité des titres à la réalité, comme le fait la garantie des vices cachés qui ne s'applique pas aux titres de sociétés.

C'est en suivant cette logique que la Cour de cassation a d'ailleurs refusé l'application de l'article 1415 aux dettes sociales⁵⁰². Elle a alors affirmé que « *le contrat de société civile, qui fait naître à la charge de l'associé une obligation subsidiaire de répondre indéfiniment du passif social, ne saurait être assimilé à un cautionnement* » en rejetant l'argumentation de la Cour d'appel qui estimait que « *la participation à une société, acte contractuel, avait des conséquences d'une telle*

⁴⁹⁹ Art. 1413 C.civ: « *Le paiement des dettes dont chaque époux est tenu, pour quelque cause que ce soit, pendant la communauté, peut toujours être poursuivi sur les biens communs, à moins qu'il n'y ait eu fraude de l'époux débiteur et mauvaise foi du créancier, sauf la récompense due à la communauté s'il y a lieu* ».

⁵⁰⁰ Exception faite des revenus de l'époux signataires entrés dans la communauté.

⁵⁰¹ Voir : Cass. Civ. 1^{ère}, 20 juin 2006, n° 04-11.037.

⁵⁰² Voir : Cass. Civ. 1^{ère}, 17 janvier 2006, n°02-16.595.

gravité qu'il peut être considéré que la situation est semblable à celle qui résulte d'un cautionnement ou d'un emprunt ». Elle refuse donc d'étendre l'application du régime de l'article 1415.

516. Conclusion. La mise en place d'une garantie de passif dans de nombreux actes de cessions d'actions a engendré quelques questionnements. La créance née à l'issue de la convention de garantie de passif doit, selon la jurisprudence, être qualifiée selon les règles classiques des régimes matrimoniaux. Toutefois, l'évaluation de cette créance soulève des difficultés dans la mesure où elle n'est que conditionnelle et que son montant ne peut être déterminé avant la mise en jeu de la garantie. Ainsi, le notaire liquidateur sera dans l'obligation de renvoyer la liquidation définitive de la communauté à l'issue de la période de garantie. Enfin, la jurisprudence a considéré de que l'article 1415 du Code civil protégeant les biens communs des actes de cautionnement ou d'emprunt ne pouvait s'appliquer à une telle garantie. Dès lors, l'ensemble des biens communs pourront être appréhendé dans l'hypothèse de la mise en œuvre d'une garantie de passif.

517. Conclusion section. Le régime de la cession d'actions est donc soumis au principe de gestion concurrente et ne nécessite donc pas le consentement de l'époux non associé. Et ce, du fait de la distinction utilisée en droit des sociétés pour différencier les titres sociaux selon le critère de négociabilité et les exigences de rapidité et de sécurité imposées par les marchés financiers. Il conviendrait, encore une fois, de modifier cette distinction qui exclue du champ d'application de la co-gestion des actions non cotées de sociétés et qui n'est plus justifiée en raison de l'essor des sociétés par actions dites fermées. En effet, la cession d'actions non cotées devrait imposer à l'époux associé d'obtenir le consentement de son conjoint non associé en raison de la valeur de celle-ci qui peut être importante mais également en raison de l'intégration généralisée des conventions de garantie de passif pouvant avoir des conséquences sur la composition de la communauté.

518. Conclusion chapitre. Le régime de cession des parts sociales et des actions est donc différent du fait de l'exclusion de ces dernières dans le champ d'application du principe de co-gestion. En effet, seules la cession des parts sociales non négociables nécessitent d'obtenir le consentement du conjoint non associé. La différence de régimes applicables aux cessions de titres sociaux basée sur

le seul critère de négociabilité doit être modifiée. En effet, hormis les actions cotées sur les marchés réglementés, il n'existe plus de réelles différences entre les parts sociales non négociables et les actions négociables si ce n'est les formalités quelque peu allégées concernant la cession de ces dernières. Toutefois, il est nécessaire de protéger l'époux non associé et obligeant son conjoint d'obtenir son consentement avant toute cession d'action non cotée et ce d'autant plus en raison de l'intégration de conventions de garantie de passif dans celle-ci pouvant avoir un impact important sur l'actif de la communauté lors de leurs mises en œuvre.

Les cessions de titres sociaux sont donc soumises à un régime légal qui manque de pertinence et peuvent être limitées conventionnellement par l'insertion de clauses dans les statuts mais également par l'effet de la loi.

CHAPITRE 2 - LES LIMITATIONS A LA CESSIBILITE DES DROITS SOCIAUX

519. L'ensemble des cessions de droits sociaux sont soumises à certaines limitations qui peuvent être conventionnelles ou légales. En effet, les associés peuvent prévoir, statutairement ou par l'intermédiaire d'un pacte d'actionnaires la limitation des cessions de titres par l'insertion de clauses spécifiques permettant de limiter la libre cessibilité des droits sociaux (section 1). Enfin, les cessions peuvent également être limitées par la loi et notamment certaines cessions entre époux communs en biens (section 2).

SECTION 1 - LA LIMITATION PAR L'INSERTION DE CLAUSES STATUAIRES

520. Les associés peuvent insérer, dans les statuts ou dans un pacte d'actionnaires, différentes clauses permettant de restreindre l'immixtion de tiers, et notamment de l'époux, dans son capital telles que les clauses d'agrément (§1), de préemption (§2) ou d'inaliénabilité (§3).

§1 - LES CLAUSES D'AGREMENT

521. Les clauses d'agrément ont pour but de « filtrer » l'entrée de tiers dans la société mais également de stabiliser l'actionnariat et d'organiser la transmission du pouvoir. En effet, par une

procédure spécifique, les associés en place doivent donner leur accord à la cession des titres sociaux en autorisant l'entrée du cessionnaire dans la société.

Selon les formes sociales, la clause d'agrément peut être légale ou conventionnelle et donc insérée dans les statuts de la société. Effectivement, elle est obligatoire dans les sociétés dites de personnes telles que les sociétés en nom collectif où l'article L.221-13 du Code de commerce⁵⁰³ impose un agrément. L'agrément est alors obligatoire et les parts sociales ne peuvent être cédées qu'avec le consentement de l'ensemble des associés et toute clause contraire est alors réputée non écrite. Il n'est donc pas possible d'aménager une telle clause de façon statutaire ou même extra-statutaire.

La solution est moins radicale pour les sociétés à responsabilité limitée pour lesquelles le législateur a établi différentes solutions en fonction de la qualité du cessionnaire. L'alinéa premier de l'article L.223-14 du Code de commerce⁵⁰⁴, impose que la cession à un tiers à la société ne peut être valable qu'avec l'accord de la majorité des associés représentant au moins la moitié des parts sociales et ce à défaut d'une disposition plus restrictive inscrite dans les statuts de la société. En revanche, la cession entre conjoints, ascendants ou descendants est régie par le premier alinéa de l'article L.223-13 du Code de commerce qui pose le principe de libre cessibilité en précisant que « *les parts sociales sont librement transmissibles par voie de succession ou en cas de liquidation de communauté de biens entre époux et librement cessibles entre conjoints et entre ascendants et descendants* ». Il s'agit donc d'une dérogation au principe d'ordre public posé par le premier alinéa de l'article L.223-14 qui impose une procédure d'agrément à la cession. Toutefois, cette restriction est réservée aux personnes expressément visées par l'article, dès lors, elle ne peut être étendue aux concubins, aux frères et sœurs et le législateur autorise à déroger à ce principe en intégrant une clause d'agrément dans les statuts de la société pour les cessions au conjoint, à un ascendant ou descendants⁵⁰⁵ dans les conditions prévues à l'article L.223-14. Enfin, l'article L.223-16 du Code

⁵⁰³ Art. L.221-13 du Code de commerce : « *Les parts sociales ne peuvent être représentées par des titres négociables. Elles ne peuvent être cédées qu'avec le consentement de tous les associés. Toute clause contraire est réputée non écrite* ».

⁵⁰⁴ Art. L.223-14, al. 1 du Code de commerce : « *les parts sociales ne peuvent être cédées à des tiers étrangers à la société qu'avec le consentement de la majorité des associés représentant au moins la moitié des parts sociales, à moins que les statuts prévoient une majorité plus forte* ».

⁵⁰⁵ Art. L.223-13, al. 2 du Code de commerce : « *Toutefois, les statuts peuvent stipuler que le conjoint, un héritier, un ascendant ou un descendant ne peut devenir associé qu'après avoir été agréé dans les conditions prévues à l'article L.223-14. A peine de nullité de la clause, les délais accordés à la société pour statuer sur l'agrément ne peuvent être plus longs que ceux prévus à l'article L. 223-14, et la majorité exigée ne peut être plus forte que celle prévue audit*

de commerce⁵⁰⁶ - pose le principe de libre cessibilité des parts sociales entre associés mais précise que les statuts peuvent intégrer une clause limitant cette cessibilité.

522. Selon l'article L.228-23 du Code de commerce, la cession des actions de sociétés anonymes non admises aux négociations sur un marché réglementé, est par principe libre, que le cessionnaire soit un tiers à la société ou un actionnaire, mais les statuts peuvent les soumettre à agrément⁵⁰⁷. Comme précisé dans cette disposition, la procédure d'agrément doit être contenue dans « *une clause des statuts* ». Une telle clause ne doit pas nécessairement être intégrée dans les statuts lors de la constitution de la société mais peut être décidée par une décision d'assemblée générale extraordinaire⁵⁰⁸. Par ailleurs, il est possible de limiter la procédure d'agrément à une certaine catégorie d'actions⁵⁰⁹. Une telle disposition peut être inscrite dans les statuts d'origine signés par l'ensemble des actionnaires ou insérée par une décision d'assemblée générale sans qu'il soit nécessaire d'obtenir l'accord unanime des actionnaires dans la mesure où la jurisprudence a considéré qu'il s'agissait d'une restriction des droits des actionnaires qui ne peut être assimilée à une augmentation de leurs engagements⁵¹⁰.

523. Toutefois, l'alinéa 3 de l'article L.228-23 du Code de commerce précise que « *cette clause est écartée en cas de succession, de liquidation du régime matrimonial ou de cession, soit à un conjoint, soit à un ascendant ou à un descendant* ». Et ce, sauf si elle figure dans les statuts d'une société réservant des actions à ses salariés et qu'elle a pour objet d'éviter que ces actions ne soient cédées à des personnes qui n'ont pas la qualité de salarié de la société⁵¹¹. Ainsi, la libre cessibilité

article. En cas de refus d'agrément, il est fait application des dispositions des troisièmes et quatrièmes alinéas de l'article L. 223-14. Si aucune des solutions prévues à ces alinéas n'intervient dans les délais impartis, l'agrément est réputé acquis ».

⁵⁰⁶ Art. L.223-16 du Code de commerce : « *Les parts sont librement cessibles entre les associés.*

Si les statuts contiennent une clause limitant la cessibilité, les dispositions de l'article L.223-14 sont applicables. Toutefois, les statuts peuvent, dans ce cas, réduire la majorité ou abréger les délais prévus audit article ».

⁵⁰⁷ Art. L.228-23, al. 1, du Code de commerce : « *Dans une société dont les actions ne sont pas admises aux négociations sur un marché réglementé, la cession d'actions ou de valeurs mobilières donnant accès au capital, à quelque titre que ce soit, peut être soumise à l'agrément de la société par une clause des statuts* ».

⁵⁰⁸ Voir : Cass. Com. 22 octobre 1956, n°56-10.550.

⁵⁰⁹ Voir : Rep. min. JO Sénat Q, 3 décembre 1969, p.1169.

⁵¹⁰ Voir : Cass. com., 9 février 1937, DP 1937, I, p. 73, note A. Besson.

⁵¹¹ Voir : art. L.228-23, al. 4 du Code de commerce : « *Les dispositions de l'alinéa précédent ne sont pas applicables lorsqu'une société dont les actions ne sont pas admises aux négociations sur un marché réglementé réserve des actions à ses salariés, dès lors que la clause d'agrément a pour objet d'éviter que lesdites actions ne soient dévolues ou cédées à des personnes n'ayant pas la qualité de salarié de la société* ».

dans la sphère familiale ne s'applique plus lors de la cession des actions réservées aux salariés. En effet, la mise en place de ces mécanismes permettant aux salariés de devenir actionnaire a pour condition que l'actionnaire soit effectivement salarié. Il paraît donc opportun d'imposer une clause d'agrément pour la cession des actions par le salarié à son conjoint ou à ses descendants ou ascendants. Cependant, la question s'est posée de savoir s'il fallait retenir la même solution pour les stock-options dans la mesure où elles peuvent être librement transmises par voie successorale aux termes de l'article L.225-183 du Code de commerce⁵¹² - qui autorise les héritiers à lever l'option dans un délai de six mois à compter du décès du bénéficiaire. Dans la mesure où la procédure d'agrément doit jouer lors de la transmission des actions aux héritiers de l'actionnaire salarié, il conviendrait d'appliquer le même mécanisme en matière de stock-options. Toutefois, le comité juridique de l'Association nationale des sociétés par actions⁵¹³ - considère que l'application d'une telle clause à la cession des stock-options n'est pas certaine puisque la levée de l'option ne peut être assimilée à une cession d'actions dans la mesure où ces dernières n'existaient pas à ce moment. La prudence doit conduire à insérer, dans le plan d'option, une clause de rachat obligatoire des actions aux héritiers. Ainsi, ces derniers récupéreront la plus-value conférée par l'option mais n'intégreront pas l'actionariat de la société. A défaut d'une telle clause, la procédure d'agrément devrait s'appliquer dès lors que les options sont réservées seulement aux salariés et non aux mandataires sociaux.

524. Par ailleurs, bien que l'article L.228-23 du Code de commerce s'applique à toutes les sociétés par actions, certaines sociétés professionnelles peuvent y déroger. En effet, les sociétés d'architectes⁵¹⁴, les sociétés d'expert-comptables⁵¹⁵, les sociétés de commissaires aux comptes⁵¹⁶, les sociétés exploitant un laboratoire d'analyse⁵¹⁷ doivent nécessairement subordonner l'entrée d'un nouvel actionnaire à une procédure d'agrément imposée par la loi. Dans la mesure où le législateur n'a pas réservé l'hypothèse de la transmission au conjoint, ascendants et descendants, il

⁵¹² Art. L.225-183 du Code de commerce : « L'assemblée générale extraordinaire fixe le délai pendant lequel les options doivent être exercées.

Les droits résultant des options consenties sont incessibles jusqu'à ce que l'option ait été exercée.

En cas de décès du bénéficiaire, ses héritiers peuvent exercer l'option dans un délai de six mois à compter du décès ».

⁵¹³ Voir : ANSA, comité juridique du 5 février 1992, n°190.

⁵¹⁴ Voir : art. 13 de la Loi n°77-2 du 3 janvier 1977 sur l'architecture.

⁵¹⁵ Voir : art. 7 de l'Ordonnance n°45-2138 du 19 septembre 1948.

⁵¹⁶ Voir : Art. L.225-2218 du Code de commerce.

⁵¹⁷ Voir : Art. L.6212-4 du Code de la santé publique.

n'y a pas lieu de distinguer et la clause d'agrément doit être mise en œuvre.

Enfin, l'article L.227-14 du Code de commerce précise pour les sociétés par actions simplifiées « *les statuts peuvent soumettre toute cession d'actions à l'agrément préalable de la société* ». Ainsi, les actionnaires ont toute liberté pour déterminer le champ d'application de la procédure d'agrément. Ils peuvent tout à fait autoriser ou non la cession à des tiers étrangers, entre associés ou entre conjoints, autoriser la création de deux catégories d'actions pour lesquelles la procédure d'agrément ne s'applique pas de façon égale.

Cette disposition autorise à soumettre « *toute cession* » à une procédure d'agrément. Il convient de se demander si la transmission des actions à la suite d'une succession ou d'une liquidation de régime matrimonial entre dans la notion de « cession ». En effet, ce terme est usuellement défini comme une transmission entre vifs d'un droit réel ou personnel. Dès lors, la transmission par succession ne semble pas entrer dans la définition puisqu'il s'agit d'une transmission universelle à cause de mort. Il en est de même pour la liquidation de communauté dans la mesure où il s'agit seulement d'une opération préalable qui ne peut être assimilée à une cession eu égard à son effet déclaratif. Enfin, la jurisprudence a considéré, concernant les opérations de fusions, que l'application de la procédure d'agrément relevait de l'appréciation souveraine des juges du fond eu égard à la rédaction de la clause d'agrément dans les statuts. En effet, la chambre commerciale de la Cour de cassation a considéré, d'une part, que « *la fusion-absorption ne figurant pas au nombre des actes pour lesquels la clause d'agrément est interdite par l'article L.228-23 du Code de commerce, un cour d'appel peut, dans son pouvoir souverain d'interprétation, retenir que la clause d'agrément visant la transmission de toute action à un tiers non actionnaire s'applique au transfert des titres de l'absorbante suite à l'absorption de la société actionnaire* »⁵¹⁸ et d'autre part, « *mais, par une appréciation souveraine, une cour d'appel peut retenir que la clause des statuts d'une SCEA, visant la cession à une personne étrangère à la société ne saurait s'appliquer à la transmission des parts par voie de fusion-absorption, dont le mécanisme est différent de la cession* »⁵¹⁹. Dès lors, il convient de penser que la notion de « cession » peut englober différents procédés de transmission plus large que la simple cession à condition que la clause d'agrément

⁵¹⁸ Voir : Cass. Com. 6 mai 2003, n°01-12.567.

⁵¹⁹ Voir : Cass. Com. 12 février 2008, n°06-20.966.

insérée dans les statuts les mentionne explicitement. Cette solution semble conforme à la véritable nature des sociétés par actions simplifiées qui sont, pour la plupart, des sociétés fermées avec un *intuitus personae* fort qui ne doit pas être perturbé par l'entrée dans l'actionnariat du conjoint ou des héritiers.

525. Enfin, se pose la question de savoir si un pacte extra-statutaire peut déroger aux dispositions législatives. La jurisprudence a rendu une décision concernant une société anonyme familiale en admettant la validité d'une clause d'agrément dans un acte extra-statutaire en constatant que l'article 274 de la loi du 24 juillet 1966⁵²⁰ (devenu aujourd'hui l'article L.228-23 du Code de commerce) ne faisait pas obstacle à ce que des pactes extra-statutaires comportent des engagements personnels entre les signataires pour l'exercice de leurs droits d'associés puisqu'ils n'avaient ni le même champ d'application quant aux personnes ni les mêmes effets que les statuts⁵²¹. Cependant, la validité de telles clauses peut être critiquée du fait du caractère impératif de l'article L.228-23 du Code de commerce. En effet, dans la mesure où l'utilisation d'une clause d'agrément remet en cause le principe de libre cessibilité des titres, il est concevable de penser que son domaine d'application doit être restreint aux exceptions mises en place par le législateur.

526. Conclusion. Des clauses d'agrément peuvent donc être insérées dans les statuts de la plupart des formes sociales. En revanche, certaines dispositions légales impose une libre cessibilité des titres sociaux dans la sphère familiale pour quelques types de société notamment les sociétés à responsabilités limités ou les société anonymes.

Les statuts peuvent donc intégrer des clauses d'agrément permettant de limiter la cessibilité des titres sociaux, sauf dans le cadre de la sphère familiale, mais également des clauses de préemption qui restreignent encore celle-ci.

§2 - LES CLAUSES DE PREEMPTION

527. Les clauses de préemption ou pacte de préférence offrent à leur bénéficiaire, ici l'ensemble

⁵²⁰ Loi n°66-537 du 24 juillet 1966 sur les sociétés commerciales.

⁵²¹ Voir : CA Angers, 20 septembre 1988, 1^{er} ch. A, consorts Cointreau c/ consorts Cointreau et autres.

des actionnaires, une priorité pour l'acquisition des titres que l'un d'entre eux voudrait céder. En principe, elles n'ont vocation à s'appliquer qu'aux cessions de titres mais il est envisageable de les prévoir pour tout transfert de titres et notamment en cas de liquidation de communauté.

S'est posée la question du champ d'application de ces clauses, principalement eu égard à celui déterminé pour les clauses d'agrément. En effet, bien que ces deux types de clauses aient la même finalité en créant le pouvoir de refuser l'arrivée d'un tiers dans la société, elles ne créent pas des droits de la même nature. Alors que le droit conféré par la clause d'agrément appartient à la société, celui créé par la clause de préemption constitue un droit individuel de l'actionnaire qui ne concerne nullement la société. Ainsi, la jurisprudence a admis la validité de clause de préemption que celle-ci soit insérée dans les statuts⁵²² ou dans un acte extra-statutaire⁵²³. Dans la mesure où cela n'est pas expressément prévu, il semble concevable qu'une clause de préemption puisse être appliquée aux transmissions dans la sphère familiale et ainsi être stipulée pour tout transfert y compris au profit du conjoint, des descendants ou ascendants.

Cette solution soulève un doute eu égard la validité d'une telle clause par rapport au principe de libre transmissibilité des actions dans la sphère familiale. En effet, autoriser la stipulation d'une telle clause à l'encontre du conjoint revient à aller à l'encontre de la volonté du législateur qui, par l'article L.228-23 du Code civil, a voulu empêcher de voir le conjoint évincé. Ainsi, il est possible d'assimiler une telle solution à une fraude à loi à travers l'utilisation d'un mécanisme régulier, faute d'être expressément prohibé, pour atteindre un objectif contraire à la volonté du législateur. En l'espèce, l'utilisation d'une clause de préemption dans cette hypothèse aurait pour objectif d'éluder l'interdiction d'agrément dans les transmissions familiales posée par l'article L.228-23 du Code civil. Ainsi, il conviendrait peut-être de considérer que les clauses de préemption ne peuvent être appliquées dans les hypothèses correspondant à des exceptions retenues en matière de clause d'agrément et notamment en cas de liquidation de communauté entre époux, de cession à un conjoint, à un ascendant ou à un descendant.

Les clauses de préemption devraient donc avoir le même champ d'application que les clauses

⁵²² Voir : Cass. com., 15 février 1994, n° 92-12.330.

⁵²³ Voir : Cass. com., 7 janvier 2004, n° 00-11.692.

d'agrément. Et ce, dans la mesure où elles recherchent la même finalité ; la possibilité de pouvoir refuser l'entrée d'un tiers dans l'actionnariat, sous la condition d'en payer le prix en cas de préemption. Dès lors, il ne devrait pas être possible d'intégrer des clauses de préemption dans les transmissions au sein du cercle familial.

528. Conclusion. Les actionnaires peuvent décider d'intégrer, dans les statuts de la société ou dans un pacte extra-statutaire, des clauses de préemption ou pacte de préférence leur offrant une propriété pour l'acquisition des titres. Alors que celles-ci ont vocation, à l'origine, à n'être mises en œuvre que dans le cadre de cession, il pourrait envisageable de les prévoir en cas de transfert de titres au moment de la liquidation de la société puisque aucune disposition législative ne l'interdit. Toutefois, cette solution paraît aller à l'encontre de la volonté du législateur, ainsi, ce type de clause semble devoir être cantonné au champ d'application des clauses d'agrément.

Enfin, il est également possible de prévoir, dans les statuts, une clause d'inaliénabilité restreignant encore d'avantage les cessions de titres.

§3- LES CLAUSES D'INALIENABILITE

529. Contrairement aux clauses d'agrément ou de préemption qui visent à contrôler l'entrée d'une tierce personne dans l'actionnariat de la société, les clauses d'inaliénabilité ont vocation à établir un statut quo dans la répartition du capital entre les associés et donc de garantir la stabilité de l'actionnariat en empêchant toute cession d'actions. Ce mécanisme d'inaliénabilité est consacré par l'article 900-1 du Code civil⁵²⁴ qui autorise l'utilisation d'une telle clause dans un acte de donation ou de legs et ce à condition qu'elle soit « temporaire » et « justifiée par un intérêt sérieux et légitime ». La jurisprudence a également considéré qu'il était possible d'instituer une indisponibilité conventionnelle sous les mêmes conditions⁵²⁵.

⁵²⁴ Art. 900-1 du Code civil : « Les clauses d'inaliénabilité affectant un bien donné ou légué ne sont valables que si elles sont temporaires et justifiées par un intérêt sérieux et légitime. Même dans ce cas, le donataire ou le légataire peut être judiciairement autorisé à disposer du bien si l'intérêt qui avait justifié la clause a disparu ou s'il advient qu'un intérêt plus important l'exige.

Les dispositions du présent article ne préjudicient pas aux libéralités consenties à des personnes morales ou mêmes à des personnes physiques à charge de constituer des personnes morales ».

⁵²⁵ Voir : Cass. Civ. 20 avril 1958.

Il est ainsi possible d'insérer une clause d'inaliénabilité conventionnelle, dans les sociétés par actions, imposant aux actionnaires de s'engager à ne pas céder leurs titres. Cette solution peut surprendre eu égard au principe de libre cessibilité des titres négociables. Ce mécanisme a toutefois été consacré par le législateur dans l'hypothèse d'une société par actions simplifiée. En effet, l'article L.227-13 du Code de commerce⁵²⁶ consacre la possibilité de prévoir l'incessibilité des actions pour une durée inférieure à dix ans et ce, sans aucune autre condition. Ainsi, l'intérêt sérieux et légitime semble être présumé de manière irréfragable dans cette situation.

Cependant, se pose la question de savoir si de telles clauses s'appliquent en cas de transmissions prévues par la loi. En effet, l'aliénation correspond à une transmission volontaire, à titre onéreux ou à titre gratuit, entre vifs ou à cause de mort. Dès lors, toute libéralité soumise à une manifestation de volonté devrait pouvoir être annulée sur le fondement d'une telle clause. Cependant, les transmissions de plein droit par application de la loi devraient pouvoir échapper au principe d'inaliénabilité dans la mesure où il n'existe pas d'acte de volonté. De plus, une disposition statutaire ne devrait pas pouvoir entraîner une indisponibilité totale des titres et ce, en contrariété avec ce que prévoit la loi. Ainsi, il convient de penser que la transmission des titres à la suite de la liquidation du régime de communauté ne puisse pas être soumise au principe d'inaliénabilité posé par une clause statutaire.

530. Conclusion. Le législateur a autorisé les clauses d'inaliénabilité permettant d'empêcher un actionnaire de céder ses parts pendant une période donnée et ce notamment dans les sociétés par actions simplifiées. Toutefois, il convient de refuser l'application de ce type de clause en cas de transmission prévue par la loi et ce, notamment en cas de liquidation du régime de communauté.

531. Conclusion section. Le droit des sociétés permet donc, par l'insertion de certaines clauses dans les statuts, de limiter le principe de libre cessibilité des titres sociaux. Cependant, il a été mis en évidence que le droit des régimes matrimoniaux peut entrer en contradiction avec ces règles et empêcher la mise en oeuvre de telles clauses dans l'hypothèse d'une transmission à la suite d'une

⁵²⁶ Art. L.227-13 du Code civil : « *Les statuts de la société peuvent prévoir l'inaliénabilité des actions pour une durée n'excédant pas dix ans* ».

liquidation de communauté.

La cession des titres sociaux peut donc être restreinte par l'insertion de certaines clauses statutaires mais également du fait de certaines limitations instaurées par le législateur.

SECTION 2 - LA LIMITATION LEGALE A LA CESSIBILITE DES DROITS SOCIAUX

532. Pendant très longtemps, le droit français a refusé la validité de certaines opérations en époux. Notamment le contrat de vente qui était expressément interdit sauf dans trois hypothèses bien précises. En effet, l'ancien article 1595 du Code civil prévoyait que « *le contrat de vente ne peut avoir lieu entre époux que dans les trois cas suivants : 1° Celui où l'un des deux époux cède des biens à l'autre, séparé judiciairement d'avec lui, en paiement de ses droits ; 2° Celui où la cession que le mari fait à sa femme, même non séparée, a une cause légitime, telle que le emploi de ses immeubles aliénés, ou de deniers à elle appartenant, si ces immeubles ou deniers ne tombent pas en communauté ; 3° Celui où la femme cède des biens à son mari en paiement d'une somme qu'elle lui aurait promise en dot, et lorsqu'il y a exclusion de communauté ; Sauf, dans ces trois cas, les droits des héritiers des parties contractantes, s'il y a avantage indirect.* ». Et ce, afin d'éviter que les époux puissent, par le biais d'une vente, contourner les règles spécifiques des donations entre époux et notamment de la révocabilité *ad nutum* de ces donations formulée actuellement par l'article 1096 du Code civil⁵²⁷.

533. Dans un arrêt rendu le 12 mars 1992⁵²⁸, la Cour d'appel de Versailles a considéré qu'une cession d'actions entre époux était valable et ce, alors qu'elle ne correspondait à aucune des exceptions formulées par l'article 1595 du Code civil. En effet, elle a estimé que ce dernier n'était pas applicable aux parts d'associés dans la mesure où la loi du 24 juillet 1966⁵²⁹ avait introduit dans son article 44 applicable aux sociétés à responsabilité limitée la soumission des cessions entre époux de parts sociales à la procédure d'agrément et dans son article 274 que les actions de sociétés

⁵²⁷ Art. 1096 du C.civ: « *La donation de biens à venir faite entre époux pendant le maria est toujours révocable. La donation de biens présents qui prend effet au cours du mariage faite entre époux n'est révocable que dans les conditions prévues par les articles 953 à 958.*

Les donations faites entre époux de biens présents ou de biens à venir ne sont pas révoquées par la survenance d'enfants ».

⁵²⁸ CA Versailles, 12 mars 1992, n°3081/91, Veuve Quilichini c/ Quilichini.

⁵²⁹ Loi n°66-537 du 24 juillet 1966 sur les sociétés commerciales.

anonymes étaient librement cessibles. Or, ces articles ne réglementaient pas les cessions entre époux mais seulement l'application des clauses d'agrément dans l'hypothèse de cession valable. Dès lors, ces articles n'avaient pas vocation à soustraire la cession des titres à l'interdiction des ventes par époux. Seulement ils s'appliquaient aux seules hypothèses de cessions entre époux autorisées par l'article 1595 du Code civil.

C'est la loi du 23 décembre 1985⁵³⁰, entrée en vigueur le 1er juillet 1986 qui a purement et simplement abrogé l'article 1595 du Code civil. Ainsi, les ventes entre époux sont désormais soumises au droit commun de la vente. Certaines cessions sont donc permises à la condition qu'il ne s'agisse pas de donations déguisées ou d'hypothèses de fraude (§1) et d'autres restent prohibées lorsque les époux sont mariés sous le régime de la communauté légale (§2).

§1 - LES CESSIONS ENTRE EPOUX SOUMISES AU DROIT COMMUN

534. La levée de l'interdiction des ventes entre époux autorise un époux commun en biens à céder un de ses biens propres à l'autre si le prix est payé avec ses deniers propres. Cette opération impose donc de la part du cessionnaire l'accomplissement des formalités d'emploi ou de remploi. Dans cette hypothèse, le bien passe du patrimoine propre de l'un à celui de l'autre et ce, sans l'intervention de la communauté. C'est cette absence d'immixtion de la communauté qui permet de valider de telles cessions entre époux⁵³¹- (I) tout en étant vigilant quant à la détermination du prix de cession (II).

I. LA NECESSAIRE ABSENCE D'INTERVENTION DE LA COMMUNAUTE DANS LA CESSION

535. Cette non-intervention doit être vérifiée lors de l'hypothèse particulière d'acquisition à titre d'emploi ou de remploi anticipé. En effet, il est possible pour un époux qui ne dispose pas des fonds propres nécessaires à l'acquisition d'un bien à titre d'emploi ou de remploi d'utiliser les fonds de la communauté. L'article 1435 du Code civil précise alors que « *le bien acquis est propre,*

⁵³⁰ Loi n° 85-1372 du 23 décembre 1985 relative à l'égalité des époux dans les régimes matrimoniaux et des parents dans la gestion des biens des enfants mineurs.

⁵³¹ Voir infra.

sous la condition que les sommes attendues du patrimoine propre soient payées à la communauté dans les cinq ans de la date de l'acte ». La communauté joue ici un rôle de « prêteur » auprès de l'époux qui doit la rembourser dans les cinq ans. Cette opération est donc valable et ne pose aucune difficulté si l'époux acquéreur rembourse la communauté dans le délai imparti puisque l'intervention de la communauté n'est que provisoire. En revanche, si cette condition n'est pas remplie, une difficulté survient. En effet, l'utilisation de ce procédé dans une vente où le cédant n'est pas l'un des époux a pour conséquence, si le prix n'est pas remboursé, de voir la communauté propriétaire du bien en lieu et place de l'époux acquéreur. Cependant, cette solution n'est pas possible en matière de cession entre époux. Dès lors, en l'espèce, le bien devra rester propre, à charge de récompense payée à la communauté par l'époux acquéreur.

536. Il est également nécessaire de vérifier certaines conditions afin que la cession ne soit pas considérée comme nulle. En effet, la cession doit correspondre à une véritable vente et ne pas constituer une fraude. La cession peut consister en une fraude aux droits des héritiers lorsque la cession d'un bien d'un patrimoine propre à l'autre a pour objectif de priver les enfants de l'époux cédant, d'une première noce, de celui-ci. Elle peut également être une fraude aux droits des créanciers personnels de l'époux dans la mesure où la cession du bien fait sortir celui-ci de leur gage.

II. LES RISQUES LIÉS AU PRIX : SA DÉTERMINATION ET SON PAIEMENT

537. La détermination du prix de cession est, dans une vente entre époux, plus difficile que dans une cession classique où l'un des cocontractants est étranger. L'absence de concordance entre le prix fixé et la valeur réelle de bien peut entraîner différents risques pour le cédant.

538. En premier lieu, il existe un risque fiscal dans la mesure où le cédant peut se voir opposer un redressement pour insuffisance du prix. Le Trésor public peut, s'il estime que le prix de la vente entre époux est insuffisant, utiliser la procédure de redressement pour imposer un rehaussement de celui-ci. En effet, s'il considère que le prix stipulé est inférieur à la valeur vénale réelle des droits, il peut exiger un supplément de droits de mutation en apportant la preuve de l'insuffisance du prix de vente. Cette preuve se fait par comparaison avec d'autres prix de vente de biens similaires. Cette

procédure peut jouer en cas de dissimulation d'une partie du prix de vente mais également en cas de dissimulation de la véritable nature de la convention. Elle n'est pas propre aux ventes entre époux et, théoriquement, le lien entre le cédant et le cessionnaire n'est pas une preuve ni même une présomption d'une insuffisance de prix. Toutefois, l'Administration fiscale va avoir tendance à vérifier une grande partie des cessions entre époux qui donnent lieu à des droits de mutation.

539. En second lieu, il existe de nombreux risques civils dans l'hypothèse d'une détermination erronée du prix de cession. En effet, si le prix convenu ne correspond pas à la réalité il est possible que le delta entre le prix payé et le prix réel soit qualifié de donation indirecte. Une donation indirecte est caractérisée lorsque à l'occasion d'un acte à titre onéreux est réalisé une libéralité et ce sans dissimulation mensongère. En effet, lorsqu'il y a une véritable intention de dissimuler, la donation sera qualifiée de déguisée. Dans le cas d'une estimation erronée de la valeur du bien, le régime des donations va s'appliquer, c'est-à-dire qu'il conviendra de faire le rapport des libéralités et une réduction si celle-ci excède la quotité disponible, soit la quotité spéciale entre époux en l'espèce. Par ailleurs, puisqu'il s'agit d'une donation entre époux, l'article 1096 du Code civil s'applique et impose la révocabilité *ad nutum*. Toutefois, la preuve de l'existence d'une donation doit être reportée et celle-ci suppose l'existence de deux éléments, d'une part, le fait objectif d'un transfert de valeur sans contrepartie et d'autre part, l'intention libérale du cédant à l'égard de son conjoint dont la preuve est souvent délicate à rapporter.

Enfin, il existe un second risque lorsque le prix de cession est déterminé conformément à la réalité mais qu'il n'est véritablement payé par l'époux. L'absence de paiement suppose généralement un acte de vente constatant un prix que l'époux vendeur déclare avoir reçu en contrepartie d'une quittance. La preuve du défaut de paiement pourra être rapportée par l'absence de chèque tiré par l'époux cessionnaire, l'absence d'encaissement sur le compte du cédant, absence de dépôt du prix de vente chez le notaire s'il s'agit d'un acte notarié ou alors l'impossibilité financière pour l'époux acquéreur de payer le prix.

La preuve de l'absence du paiement permet de qualifier l'opération de donation déguisée puisqu'il existe une véritable dissimulation sous couvert d'une cession. Dès lors seront applicables l'ensemble des règles de droit commun des donations mais également les règles spécifiques aux

donations déguisées entre époux telle que la nullité posée par l'article 1099 du Code civil⁵³². Par ailleurs, l'administration fiscale va exiger les droits de mutation à titre gratuit mais également des pénalités pour dissimulation de la nature véritable du contrat.

Enfin, il est possible que le prix soit réellement payé par l'époux cessionnaire mais contesté ultérieurement qu'il ait été payé par des fonds appartenant à l'époux cédant. Il s'agit alors d'une acquisition réalisée par un époux au moyen de deniers fournis par l'autre qui est régie par l'article 1099-1 du Code civil⁵³³. Cette disposition précise que la donation ne porte alors que sur les deniers fournis et non sur le bien acquis. Dès lors, le montant de la donation des deniers va être réévalué en fonction de l'évolution de la valeur du bien. Cependant, l'hypothèse d'une telle cession entre époux apporte une particularité dans la mesure où l'époux qui fournit les fonds est également le cédant. Dès lors, il ne s'agit plus, comme dans le postulat classique de l'article 1099-1, d'une donation indirecte mais bien d'une donation déguisée dans la mesure où il existe une véritable dissimulation puisque l'époux cédant se paye lui-même et donne donc à l'autre le bien en question.

540. Conclusion. Les cessions entre époux ne sont donc aujourd'hui plus expressément interdites par la loi et sont donc soumises au droit commun de la vente. Toutefois, cela concerne les ventes faisant passer le bien d'un patrimoine propre à un autre, sauf intervention de la communauté. Le prix, dans ces hypothèses, soulève différents risques que ce soit au niveau de la détermination ou de son paiement.

Bien qu'il n'existe plus de prohibition légale des cessions entre époux, une partie de la doctrine considère que certaines cessions entre époux doivent être interdites.

⁵³² Art. 1099 du C. civ : « Les époux ne pourront se donner indirectement au-delà de ce qui leur est permis par les dispositions ci-dessus ».

⁵³³ Art. 1099-1 du C.civ: « Quand un époux acquiert un bien avec des deniers qui lui ont été donnés par l'autre à cette fin, la donation n'est que des deniers et non du bien auquel ils sont employés.

En ce cas, les droits du donateur ou de ses héritiers n'ont pour objet qu'une somme d'argent suivant la valeur actuelle du bien. Si le bien a été aliéné, on considère la valeur qu'il avait au jour de l'aliénation, et si un nouveau bien a été subrogé au bien aliéné, la valeur de ce nouveau bien ».

§2 - LES CESSIONS ENTRE EPOUX TOUJOURS PROHIBÉES

541. Selon une doctrine dominante⁵³⁴, certaines cessions entre époux mariés sous le régime de la communauté légale restent interdites. En effet, la cession d'un bien par la communauté au bénéfice d'un époux en propre ou la cession d'un bien propre à l'un des époux à la communauté ne semble pas possible.

542. Cette idée a également été approuvée par deux réponses ministérielles⁵³⁵ dans lesquelles le ministre déclare « *il semble enfin que, la nullité paraissant dans ce cas certain, le notaire devrait purement et simplement refuser de passer l'acte par lequel des époux mariés sous un régime de communauté prétendraient conclure une vente qui aurait pour effet de transférer un bien commun à un patrimoine propre, ou bien propre à la communauté* ».

Le garde des sceaux justifie alors la prohibition de certaines cessions, « *sous réserve de l'appréciation des tribunaux* » par le fait que « *de tels contrats seraient contraire au principe d'immutabilité des conventions matrimoniales, et à l'interdiction des pactes de liquidation anticipés de la communaux* ». La raison essentielle de cette prohibition de ces cessions entre époux est donc qu'elles seraient contraire au principe d'immutabilité des conventions matrimoniales.

543. La première conséquence de ce principe est que le changement de régime matrimonial est strictement encadré. En effet l'alinéa 3 de l'article 1396 du Code civil⁵³⁶ précise qu'une fois le mariage célébré, seul un jugement à la demande de l'un des époux dans le cas de la séparation de

⁵³⁴ M. GRIMALDI, Gaz. Pal. 1986, doct. 550, n° 112 ; Ph. MALAURIE et L. AYNÈS, *Les régimes matrimoniaux*, Cujas, n° 105 ; COLOMER, *Régimes matrimoniaux*, Litec, n° 370 ; CHAMPENOIS, Rép. Defrénois 1988, art. 34289, n° 69 ; CORNU, *Les régimes matrimoniaux*, PUF, p. 36

⁵³⁵ Voir : Rép. min., JO. 5 janvier 1987, Déb. Ass. nat., Questions et réponses, p. 69 ; JO. 13 avril 1987, Déb. Ass. nat., Questions et réponses, p. 2159.

⁵³⁶ Art. 1396 du C.Civ: « *Les changements qui seraient apportés aux conventions matrimoniales avant la célébration du mariage doivent être constatés par un acte passé dans les mêmes formes. Nul changement ou contre-lettre n'est, au surplus, valable sans la présence et le consentement simultanés de toutes les personnes qui ont été parties dans le contrat de mariage, ou de leurs mandataires.*

Tous changements et contre-lettres, même revêtus des formes prescrites par l'article précédent, seront sans effet à l'égard des tiers, s'ils n'ont été rédigés à la suite de la minute du contrat de mariage ; et le notaire ne pourra délivrer ni grosses ni expéditions du contrat de mariage sans transcrire à la suite le changement ou la contre-lettre.

Le mariage célébré, il ne peut être apporté de changement au régime matrimonial que par l'effet d'un jugement à la demande de l'un des époux dans le cas de la séparation de biens ou des autres mesures judiciaires de protection ou par l'effet d'un acte notarié, le cas échéant homologué, dans le cas de l'article suivant ».

biens ou des autres mesures judiciaires de protection ou un acte notarié peuvent apporter un changement au régime matrimonial. Toutefois différentes réformes⁵³⁷ ont entrepris une déjudiciarisation du changement de régime matrimonial afin de le simplifier et d'en réduire les couts.

544. Par ailleurs, le principe d'immutabilité des conventions matrimoniales interdit aux époux communs en biens de modifier, par simple convention, la répartition entre les biens propres et les biens communs. Ainsi, ils ne peuvent décider par convention qu'un bien propre sera traité comme un bien commun et inversement. En effet, la Cour de cassation a jugé dans son arrêt du 31 janvier 2006⁵³⁸ « *qu'est prohibée la convention qui altère l'économie du régime matrimonial de la communauté de biens réduite aux acquêts en ce qu'elle modifie, sans intervention judiciaire, la répartition entre les biens propres et les biens communs telle qu'elle résulte des dispositions légales* » au visa des articles 1396, alinéa 3, et 1401 du Code civil.

Dès lors, les cessions entre époux portant sur la vente d'un bien commun à un époux en propre ou la vente d'un propre à la communauté a effectivement pour conséquence de faire passer un bien de la communauté dans le patrimoine propre ou inversement, du patrimoine propre au patrimoine de la communauté. Ces cessions sont donc effectivement contraires au principe d'immutabilité des conventions. Et ce, bien que lorsque la cession est sincère, le bien sera remplacé dans le patrimoine par la somme en argent correspondant au prix de vente. Cependant, en droit français la communauté est une communauté en nature dont les époux ne peuvent modifier la composition sans contrôle judiciaire.

545. Toutefois, un auteur⁵³⁹ considère que ces ventes doivent être autorisées dans la mesure où le législateur n'a pas, lorsqu'il a abrogé l'article 1595 du Code civil, fait de distinction entre les différentes cessions. Dès lors, il considère qu'il n'y a pas lieu à distinguer et que l'abrogation des ventes entre époux doit concerner l'ensemble de celles-ci peu importe la qualification d'origine du bien et le fait qu'il sorte ou entre dans la communauté par le seul acte de cession et donc la seule

⁵³⁷ Loi n° 2006-728 du 23 juin 2006 portant réforme des successions et des libéralités et Loi n° 2019-222 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice.

⁵³⁸ Cass. Civ. 1^{ère}, 31 janvier 2006, n°02-21.121.

⁵³⁹ M.DAGOT, « La vente entre époux », *JCP G*, n° 5, 28 Janvier 1987, doctr. 3272.

volonté des époux.

546. Enfin se pose la question d'une éventuelle conséquence de la déjudiciarisation du changement de régime matrimonial opéré ces dernières années sur le principe d'immutabilité et donc sur la question de ces cessions. En effet, la loi de 2006⁵⁴⁰ a consacré le principe selon lequel l'homologation judiciaire n'est qu'une exception qui n'intervient qu'en présence d'enfants mineurs et en cas d'opposition par un enfant majeur, un tiers ou un créancier. Dès lors, le changement de régime matrimonial est effectif dès la signature de l'acte notarié ou plus précisément au terme du délai d'opposition. La loi du 23 mars 2019⁵⁴¹ entrée en vigueur le 25 mars 2019 a, entre autres, supprimé le recours obligatoire à l'homologation en présence d'un enfant mineur et a supprimé le délai d'application de deux ans qui était imposé par l'article 1397 du Code civil.

Toutefois, bien que la déjudiciarisation du changement de régime matrimonial ait comme conséquence d'atténuer le principe d'immutabilité des conventions matrimoniales, elle ne semble pas remettre en cause l'interdiction pour les époux communs en biens, de modifier, par leur seule volonté, la qualification des biens de manière contraire aux dispositions légales. Dès lors, il convient de penser que les cessions ayant pour conséquence un changement de qualification du bien doivent être prohibées.

547. Conclusion. Alors que les cessions entre époux ne sont plus prohibées de manière expresse par la loi, il convient de considérer que certaines cessions soulèvent des difficultés. En effet, les cessions permettant de transférer un bien entre le patrimoine de la communauté et le patrimoine propre d'un des époux semblent entrer en contradiction avec le principe d'immutabilité des conventions matrimoniales interdisant de modifier la répartition entre les biens propres et communs.

548. Conclusion section. La cession des titres sociaux est donc également limitée concernant, non plus l'ensemble des ventes entre époux, mais les ventes permettant de transférer le bien cédé entre le patrimoine de la communauté et les patrimoines propres. Cette limitation est fondée sur le

⁵⁴⁰ Voir : Art. 44 de la Loi n° 2006-728 du 23 juin 2006 portant réforme des successions et des libéralités.

⁵⁴¹ Voir : Loi n° 2019-222 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice.

principe d'immutabilité des conventions matrimoniales empêchant les époux de modifier la qualification de leurs biens. Les récentes réformes tendant à la déjudiciarisation du régime matrimonial semblent atténuées le principe d'immutabilité mais pas l'interdiction de modifier la qualification des biens par la seule volonté des époux.

549. Conclusion chapitre. La libre cessibilité des titres sociaux est donc restreinte par différents mécanismes. En effet, le droit des sociétés permet, à travers la multitude de clauses contractuelles, de limiter les cessions de titres sociaux. L'insertion, dans les statuts, de clause d'agrément est possible pour permettre aux associés de donner leur consentement à la cession mais elle est, dans certaines formes sociales, expressément restreinte par la loi concernant les cessions au conjoint. Il est également possible d'insérer des clauses de préemption qui semble pouvoir être mises en œuvre dans les mêmes conditions que les clauses d'agrément. Les clauses d'inaliénabilité pouvant être inscrites dans les statuts de certaines sociétés permettent de limiter complètement les cessions mais ne semblent pas pouvoir jouer en cas de transmission des titres suites à une dissolution de communauté. Les cessions de titres sont également limitées puisque sont interdites les cessions permettant aux époux de transférer un bien entre le patrimoine de la communauté et chacun des patrimoines propres sur le fondement de l'immutabilité des conventions matrimoniales. Les cessions entre les deux patrimoines propres des époux sont elles aujourd'hui possible mais il est nécessaire de porter une attention particulière à la détermination du prix et au paiement effectif de celui-ci, à défaut des risques fiscaux et civils pourront survenir.

550. Conclusion titre. L'ensemble de ces développements ont permis de soulever différentes problématiques. Ainsi, le principe de libre cessibilité des droits sociaux instauré par le droit des sociétés peut se voir restreint par l'utilisation et l'insertion dans les statuts de certaines clauses permettant de limiter les droits des associés eu égard à la cession de leurs titres mais également par la prohibition de certaines cessions entre époux sur le fondement du principe d'immutabilité des conventions matrimoniales. L'élément essentiel mis en exergue par cette étude est la complexité et le manque de cohérence dans le régime des cessions de titres sociaux. En effet, les règles applicables en matière de cession de parts sociales ou de cession d'actions sont différents du fait de l'exclusion des actions du champ d'application de l'exception de co-gestion obligeant l'époux associé à recueillir le consentement de son conjoint. Cette exclusion est fondée sur une distinction

entre les différents titres sur le critère de négociabilité des titres. Cette distinction doit être modifiée puisqu'il n'existe, en pratique, de réelles différences entre les parts sociales et les actions négociables du fait de l'essor des sociétés par actions dites « fermées » à fort *intuitue personae*. Dès lors, il convient de distinguer les titres sociaux en créant un régime cohérent pour l'ensemble des parts sociales non négociables et des actions négociables et en laissant une liberté plus grande en matière de cession d'actions cotées sur un marché réglementé eu égard aux exigences de rapidité et de sécurité imposées par les marchés financiers.

CONCLUSION SECONDE PARTIE

551. L'étude de l'articulation entre les règles du régime de communauté légale et du droit des sociétés au moment de la perte de la qualité d'associé par dissolution du régime matrimonial ou par la cession des titres sociaux a démontré l'existence de situations ne posant que très peu de difficultés mais également de situations plus complexes du fait de l'application de certains principes propres aux régimes matrimoniaux.

552. En effet, certaines hypothèses nécessitent une application spécifique de principes généraux du fait de la particularité des titres sociaux mais n'entraînent pas de réelles complications. Et ce, notamment au moment du partage de la communauté et de l'attribution des titres sociaux aux futurs ex-époux. Mais également concernant la répartition, durant l'indivision post-communautaire, des pouvoirs de gestion et donc de l'exercice des prérogatives d'associés entre les futurs ex-époux indivis.

553. Toutefois, l'étude a également permis de mettre en évidence certaines difficultés importantes. En effet, la distinction entre le titre et la finance développée afin de permettre la qualification de certains biens particulier semble devoir être remise en question. La distinction moderne entre le titre social et la qualité d'associé, bien que toujours rejetée par la jurisprudence au profit de la distinction classique semble être plus aisée et pratique. Et ce, dans la mesure où le titre social serait traité comme un bien classique et la qualité d'associé serait soumise aux seules règles du droit des sociétés.

554. Enfin, il a été démontré le manque de cohérence et de simplicité des règles de gestion concernant la transmission des titres. Et ce, eu égard à l'application de différents principes de régimes matrimoniaux, tels que la distinction entre le titre et la finance et l'exception au principe de gestion exclusive posée par l'article 1421 du Code civil, aux seules parts sociales. En effet, ces derniers se fondent également sur la distinction désuète entre les titres sociaux négociables et non négociables. En conséquence, le principe de co-gestion impose, durant l'union, l'accord du conjoint pour céder les parts sociales communes et pour en recevoir le prix alors que l'application de la distinction entre le titre et la finance, et le fait que seule la valeur des parts soient entrées en

communauté, permet à l'époux associé de céder seul ces dernières durant l'indivision post-communautaire. Et ce, alors même que cette période est généralement synonyme de mésentente entre les futurs ex-époux. Au contraire, le principe de gestion concurrente de l'article 1424 du Code civil permet à l'époux associé de céder ses titres sans obtenir l'accord de son époux durant le mariage mais la non-application de la distinction du titre et de la finance au profit des règles classiques de l'indivision impose à l'époux associé d'obtenir le consentement de son conjoint à la vente et ce, sous peine de la lui voir déclarée inopposable au moment des opérations de partage.

555. Ainsi, l'articulation des règles spécifiques au régime de communauté légale a d'énormes conséquences en pratique qui doivent être appréhendées au mieux par les professionnels du droit afin d'insérer dans les actes de cession les clauses nécessaires permettant d'éviter l'engagement de leur responsabilité professionnelle.

CONCLUSION GENERALE

551. L'objectif premier de cette étude a été de comprendre les conséquences pratiques de la rencontre entre les différents corps de règles que sont le droit des régimes matrimoniaux et le droit des sociétés. Dès lors, l'examen a porté sur l'application des règles du droit des régimes matrimoniaux, et notamment celles applicables au régime de communauté légale, aux biens particuliers que sont les titres sociaux. En effet, la spécificité de ces biens réside dans leur multiplicité et le fait qu'il s'agisse d'une catégorie de bien regroupant différents types de titres, tels que notamment les parts sociales et les actions. Mais elle réside surtout dans le fait qu'outre leur valeur patrimoniale, les titres sociaux offrent à leur propriétaire des prérogatives dans une société qui est une personne morale à part entière. Il s'agit donc de combiner l'application de règles de droit commun à la particularité de ces biens au sens du droit des biens mais également à l'existence d'une tierce personne qu'est la société.

552. L'ensemble de ces développements a permis de démontrer qu'il existait des situations où la particularité des titres sociaux ne posait pas de difficultés particulières à l'application des règles régissant le régime de communauté légale.

553. Toutefois, ont été soulevées des hypothèses auxquelles les professionnels du droit, rédacteurs d'actes, se doivent d'être particulièrement attentifs sous peine de voir leur responsabilité professionnelle engagée. En effet, il est nécessaire qu'ils apportent un soin particulier à l'insertion mais également à la rédaction de certaines clauses bien spécifiques. Lors d'un apport de fonds communs à une société par personne par un seul des époux, il est indispensable pour le rédacteur d'acte, d'insérer dans l'acte d'apport une référence à l'obligation d'information de l'époux non apporteur prévue par l'article 1832-2 du Code civil mais surtout, le cas échéant, sa renonciation à sa faculté de revendication. A défaut, l'époux non apporteur pourra prétendre à la moitié des parts sociales acquises et pourra donc s'immiscer dans le fonctionnement et l'équilibre capitalistique de la société sans que soit recueilli le consentement des autres associés. Le rédacteur d'actes devra également être vigilant quant au pouvoir de gestion et donc la capacité à céder les titres par l'époux associé, que ce soit durant le mariage ou pendant la période d'indivision post-communautaire et

selon qu'il s'agisse de parts sociales ou d'actions. En effet, la rédaction d'un acte de cession ne recueillant pas le consentement de l'époux non associé alors que celui-ci est nécessaire pourra avoir des conséquences non négligeables. Ainsi, toutes ces situations méritent une attention particulière de la part des professionnels du droit qui pourront, le cas échéant, voir leur responsabilité contractuelle engagée sur le fondement du manquement à leur devoir d'information et de conseil.

554. Enfin, cette étude a permis de mettre en avant une nécessité de réformer certains principes de droit des régimes matrimoniaux mais également de droit des sociétés. En effet, la distinction classique du titre et de la finance mérite d'être remise en question au vu de l'ensemble des difficultés d'application aux titres sociaux. Et ce, au profit, peut être, de la distinction moderne proposée et soutenue par une grande partie de la doctrine mais toujours rejetée par la jurisprudence. En effet, une distinction non pas entre la seule valeur des parts sociales et leur titre dont découle les prérogatives d'associés, mais permettant de dissocier la qualité d'associé, soit l'ensemble des droits et devoirs, régie uniquement par le droit des sociétés de la part sociale, elle-même, qui pourrait se voir appliquer les règles classiques des régimes matrimoniaux dans la mesure où elle serait alors un bien comme les autres.

555. Surtout, il paraît indispensable de supprimer la distinction classique entre les différents titres basée sur le critère de leur négociabilité. Cette dernière utilisée par le droit des sociétés pour refuser d'appliquer certaines dispositions aux droits sociaux négociables mais également par le droit des régimes matrimoniaux à travers l'application de la distinction prétorienne entre le titre et la finance aux seuls titres sociaux non négociables semble être dépassée et source de difficultés importantes. En effet, la distinction fondée sur le caractère négociable des titres est la conséquence de la distinction autrefois fondamentale entre les sociétés de personnes et les sociétés de capitaux. Classification selon laquelle les premières jouissaient d'un *intuitu personae* fort alors que les secondes n'avaient qu'un *affectio societatis* limité à un petit nombre d'actionnaires. Cependant, la pratique sociétaire a considérablement évolué et a ainsi réduit l'intérêt de cette classification. En effet, la majorité des structures sociales intègrent dans leurs statuts des clauses restrictives quant à l'entrée et la sortie des associés et ce qu'il s'agisse de sociétés de personne ou des sociétés de capital, exception faite des sociétés cotées sur un marché réglementé. Enfin, si le critère de négociabilité renvoyant au Code monétaire et financier s'entendait eu égard aux règles simplifiées

de transmission des actions, la réalité est aujourd'hui différente. Les actions cotées, soumises à un système particulier, sont nécessairement négociables puisque leur transmission est basée sur des exigences de rapidité et de sécurité imposée par les marchés. En revanche, la transmission d'actions de société anonymes ou de sociétés par actions simplifiées dites « fermées », représentant la majorité des actions, n'est pas plus aisée que la cession de parts sociales de société à responsabilité limitée. Dès lors, il convient de revoir le critère de classification des titres sociaux afin de mettre à part les actions cotées sur un marché réglementé mais d'appliquer l'ensemble de ces dispositions aux parts sociales mais également aux actions afin de simplifier et d'harmoniser les règles entre des titres qui, en pratique, sont semblables.

INDEX

Les numéros renvoient aux paragraphes

Agrément (clause d') 167, 172, 206, 207, 218, 429, 516 et s.

Associé

- qualité d'associé, 74, 154 et s., 163, 171.
- associé et usufruit, 236 et s.
- revendication, 167 et s., 180 et s.

Attribution préférentielle 396, 410 et s.

Cession

- d'actions, 76 et s., 188, 464 et s., 501 et s.
- de parts sociales, 71 et s., 460 et s., 480 et s.

Convocation aux assemblées

- convocation de l'usufruitier, 241, 273.
- convocation des indivisaires, 437, 451 et s.,

Date d'acquisition

- de parts sociales, 48 et s., 71 et s.
- d'actions 63 et s., 76 et s.

Distinction du titre et de la finance

- notion, 384 et s.
- indivision post-communautaire, 462.
- parts sociales, 170, 460.
- stock-options, 99, 109.

Droit de vote

- et époux, 173, 220, 228.
- et indivision, 433, 436, 440 et s.
- et usufruit, 236, 262 et s., 276 et s.

Droit de participer aux décisions collectives,

- et époux, 220,
- et usufruit, 260, 264, 272.

- et indivision, 431 et s.

Droit préférentiel de souscription 345, 349.

Fruits

- et réserves, 311 et s.
- et dividendes, 288 et s.

Gains et salaires

- et stock-options, 96.
- et attribution gratuite d'actions, 127, 139.

Gestion,

- principe de gestion concurrente, 179, 298, 496, 502 et s.
- principe de gestion exclusive, 179, 484, 486, 502
- co-gestion, 480, 486 et s., 554

Immutabilité

- principe d'immutabilité des conventions matrimoniales, 537 et s.

Inaliénabilité (clause d') 208, 524 et s.

Indivisibilité des droits sociaux, 426, 440, 454, 462.

Indivision post-communautaire

- notion, 425,
- gestion, 380, 426,
- cession d'actions, 464 et s.
- cession de parts sociales, 460 et s.

Information

- obligation d'information de l'époux, 163 et s., 180, 209.

Inscription en compte

- et date d'acquisition, 64 et s., 76 et s.

- et pouvoir de gestion des titres, 189, 199, 226.
- et stock-options, 116.
- et présomption de propriété, 471.

Mandataire,

- mandataire social, 92 et s., 123 et s.
- mandataire commun dans indivision, 432 et s.

Mesures d'urgence 200, 222, 332.

Négociabilité, 18, 114, 188, 376, 555.

Partage 401 et s.

Préemption (clause de) 522 et s.

Présomption de communauté 31, 146.

Présomption de pouvoir 199, 471.

Récompense

- stock-options 120 et s.
- exercice du droit préférentiel de souscription, 345, 361 et s.

- mise en réserve des bénéfices de la société, 333.

Remploi

- formalités du remploi, 114, 149 et s., 530.

Réserves

- nature juridique, 309 et s.

Stock-options

- évaluation des options, 118 et s.
- notion, 87 et s.
- patrimonialité, 91 et s.
- qualification sous le régime légal, 95 et s.

Subrogation réelle 114, 148.

Usufruit

- attribution de la qualité d'associé, 235 et s.
- usufruit et droit d'associé, 259 et s.
- et bénéfices 319

BIBLIOGRAPHIE

I - ARTICLES

- **ALBIGES (C.),**
- « Application de la distinction titre et finance et cession de parts sociales détenues par les époux », *Gaz. Pal.* n°261, 2014, p.15.
- « Retour sur la distinction titre et finance lors d'une cession de parts sociales détenues par des époux », *Gaz. Pal.* n°43, 2015, p.13.

- **AUBRY (M.C.),**
- « Stock-options et régime de communauté : la fin du débat ? », *LPA*, 2014, n°246, p.9.

- **AYNES (L.),**
- « Usufruit et droit d'usage des actions de sociétés », *Rev. Sociétés*, 1999, p.593.

- **AZINCOURT (J-D.),**
- « Pas de partage en nature des parts sociales souscrites par un époux commun en biens ! », *JCP N*, n°48, 2012, 1832.

- **BARABE-BOUCHARD (V.),**
- « Société entre époux communs en biens : la qualité ne dépend pas de la répartition des parts entre les conjoints », *D.* 2012, p.1856.
- « La réaffirmation de la distinction du titre et de la finance appliquée aux parts sociales acquises par un époux pendant le mariage », *D.*, 2012, p.2493.
- « Nullité d'une cession de parts de SCI consentie par l'époux associé marié sous le régime légal », *D.* 2012, p.483.

- **BARBIERI (J-F.),**
- « Consentement d'un époux commun en biens à une cession de parts sociales », *Bull. Joly Sociétés*, n°02, 2012, p.139.

- **BARILLON (C.),**
- « Tout copropriétaire indivis de parts sociales ou d'actions a le droit de participer aux décisions collectives », *Gaz. Pal.* n°168, 2014, p. 23.

- **BASDEVANT (F.) ET MARTIN-LAPRADDE (F.),**
- *JCI. Sociétés Traité*, Fasc. 1866, n°112.

- **BONNEAU (T.),**
- « L'époux d'un associé d'une SCI dont les parts sociales sont des biens communs n'est pas pour autant associé », *JCP E*, n°20, 2002, 766.

- **BONNET (V.),**
- « Sanction de la fraude : nullité ou inopposabilité ? », *D.*, 2002, p.2217.

- **BOSVIEUX (H.),**
- « Du caractère des fonds de réserves extraordinaires vis-à-vis de l'usufruitier et de la communauté d'acquêts », *Journ. Sociétés*, 1907, p.184.

- **BOULANGER (D.),**
- « Cession des parts d'une société civile immobilière : de la cogestion à la nature commune », *JCP N*, n°7, 2012, 1107.

- **BOUQUEMONT (A.),**
- « Société propre en régime de communauté, la boîte de Pandore ? », *JCP N*, n°21, 2014, 1206.

- **BREMOND (V.), NICOD (M.), REVEL (J.),**
- « Droit patrimonial de la famille », *D.*, 2012, p.2476.

- **BRIGNON (B.),**
- « L'actif social, Plaidoyer pour la reconnaissance de la notion », *PUAM*, 2009, §17, p.25.

- **CABRILLAC (R.),**
- « Droit des régimes matrimoniaux et droits des sociétés : dernières jurisprudences », *RLDC*, n°132, 2015.
- « Droit de percevoir des dividendes dans le régime de communauté », *Gaz. Pal.* n°43, 2015, p.12.

- **CAFFIN-MOI (M.),**
- « Les réserves distribuées aux associés sont des produits et non des fruits », *EDCO*, n°08, 2015, p.6.

- **CASEY (J.),**
- « Sanction d'un dépassement subjectif de pouvoirs en régime de communauté », *JCP*, 2002, II, 10059.
- « Les stock-options et le régime de communauté : retour sur une difficulté liquidative », *JCP N*, n°23, 2006, 1213.
- « Pas d'attribution des parts sociales au conjoint qui n'est pas associé... », *Gaz. Pal.* 2013, n°005.
- « Remontée des effets du divorce et inopposabilité : subtilité nécessaire ! », *Gaz. Pal.* 2014, n°021, p. 15.

- **C.B, CSM BUREAU FRANCIS LEFEBVRE,**
- « Qui, de l'usufruitier ou du nu-propiétaire, a droit au dividende prélevé sur les réserves? », *Gaz. Pal.* n°286, 2015, p.26.

- **CAUSSAIN (J-J.) ; DEBOISSY (F.) ET WICKER (G.),**
- « Droit des sociétés - chronique », *JCP E*, n°27-28, 2005, 1046.
- « Droit des sociétés - chronique », *JCP E*, n°27-28, 2007, 1877.

- **CHAMPENOIS (G.),**
- Rép. Defrénois 1988, art. 34289
- « Chronique de jurisprudence », *Defrénois*, n°23, 1995, p.1489.
- « Régimes matrimoniaux, libéralités, successions », *Defrénois*, n°03, 2008, p.310.
- « Article 1424 du Code civil, cession de parts sociales et attribution lors du partage », *Defrénois*, n°23, 2012.
- « Inopposabilité au conjoint d'un acte sur les biens communs après l'assignation en divorce », *Defrénois*, n°22, 2014, p.1197.
- « Libre disposition des parts sociales par l'époux associé pendant l'indivision post-communautaire », *Defrénois*, n°12, 2015, p.680.

- **CHAMPENOIS (G.) ET SCHILLER (S.),**
- « Le régime des rémunération », *Defrénois*, n°20, 2015, p.1057.

- **CHAZAL (J-P.),**
- « L'usufruitier et l'associé », *Defrénois*, n°12, 2000, p. 743.

- **CHAZAL (J-P.) ET REINHARD (Y.),**
- « La qualification des options de souscription ou d'achat d'actions dans le régime de communauté légale », *RTD Com.* 2002, p. 110, n° 2.

- **COCARD (J.),**
- « L'usufruit des actions et des obligations », Imprimerie de l'Anjou, 1938, p. 54.

- **COLOMER (A.),**
- « Augmentations de capital et répartition des biens en régime matrimonial communautaire », *Defrénois*, 1981, p. 401, n°32606.
- « Réserves des sociétés et régimes matrimoniaux communautaires », *Defrénois* 1980, p. 1020, n° 32280.
- « Les problèmes de gestion soulevés par le fonctionnement parallèle d'une société et d'un régime matrimonial », *Defrénois*, 1983, art. 33102, n° 17 et 72.

- **COQUELET (L.),**
- « Représentation des copropriétaires de droits sociaux indivis », *Dr. sociétés*, n°03, 2011, comm. 45.

- **COURET (A.),**
- « Le sort des stock options dans les liquidations de communauté ou de succession : approche critique d'idées nouvelles », *JCP N*, n°12, 1999, 525.
- « Le droit pour tous les indivisaires de participer à l'assemblée générale », *JCP E*, n°07, 2014, 1069.

- **COZIAN (M.),**
- « Du nu-proprétaire ou de l'usufruitier, qui a la place d'associé ? », *JCP E*, n°28, 1994, 374.

- **DADOIT (M.),**

- « Le sort des stock-options dans les partages de communauté et les transmissions familiales », *Defrénois*, 2002, art. 37581, p. 998, spécialement n° 7.
- **DAGOT (M.),**
 - « La vente entre époux », *JCP G*, n° 5, 28 Janvier 1987, doct. 3272.
- **DANOS (F.),**
 - « L'usufruitier ne dispose pas du droit irréductible de tout associé à participer aux décisions collectives », *D.* 2016, p.2199.
- **DAURIAC (I.),**
 - « La nature des parts sociales en régime de communauté : constance ou conservatisme ? » *Rev. Sociétés*, 2012, p.717.
- **DEBOISSY (F.) ET WICKER (G.),**
 - « Le droit de vote est une prérogative essentielle de l'usufruitier de titres sociaux (à propos de l'arrêt rendu par la Chambre commerciale de la Cour de cassation le 31 mars 2004) », *JCP E*, n°37, 2004, 1290.
 - « Droit des sociétés », *JCP E*, n°51-52, 2014, 1651.
 - « Droit des sociétés - chronique », *JCP E*, n°8, 2017, 1087.
- **DERRUPPE (J.),**
 - « Un associé méconnu : l'usufruitier de parts ou actions », *Defrénois*, n°18, 1994, p. 1137.
 - « Délai imparti au conjoint pour revendiquer la qualité d'associé en vertu de l'article 1832-2 du Code civil », *Bull. Joly Sociétés*, n°03, 1998, p. 221.
 - « Droit de vote attaché aux actions dépendant d'une communauté conjugale » *Joly Sociétés*, n°04, 2000, p. 415.
- **DERVOGNE (C.),**
 - « Distribution de réserves : existence d'un quasi-usufruit légal au profit de l'usufruitier des droits sociaux », *Gaz. Pal.* n°279, 2015, p.49.
- **DONDERO (B.),**
 - « Les groupements dépourvus de personnalité juridique en droit privé. Contribution à la théorie de la personnalité morale », *PUAM*, 2006, n°OS 813 et s.
 - « Répartition des pouvoirs en cas de démembrement de droits sociaux... et reconnaissance de la qualité d'associé à l'usufruitier ? », *D.* 2009, p.780.
 - « Ne versez pas à Monsieur le dividende dû à Madame... sauf si elle l'a autorisé », *Gaz. Pal.* n°27, 2015, p. 17.
 - « L'usufruitier et le dividende prélevé sur les réserves », *Gaz. Pal.* n°209, 2015, p.7.
 - « La qualité d'associé de l'usufruitier de droits sociaux », *Gaz. Pal.* n°38, 2016, p.65.
- **DONNIER (J-B.),**
 - « L'associé indivis », *Dr. sociétés*, n°03, 2016, dossier 6.
- **GALLOIS-COCHET (D.) ET LE GUIDEC (R.),**

- « Entrée en société et qualité d'associé », *Defrénois*, n°20, 2015, p. 1035.
- **GARCON (J-J-),**
 - « La distinction du titre et de la finance appliquée à des actions indivises », *Bull. Joly Sociétés*, n°04, 2001, p. 420.
 - « L'usufruitier de droits sociaux peut se voir attribuer la totalité du droit de vote », *JCP N*, n°42, 2005, 1428.
 - « Titre indivis et exercice du droit de vote », *Bull. Joly Sociétés*, n°03, 2005, p. 375.
 - « De la distinction du titre et de la finance en matière de droits sociaux non négociables », *JCP N*, n°6, 2015, 1072.
- **GAUTIER (P-Y.),**
 - « Des dangers toujours portés par les ventes entre époux », *RTD civ.*, 2018, p.146.
- **GENTILHOMME (R.),**
 - « La société civile de gestion de valeurs mobilières », *Defrénois* 1995 art. 36163.
 - « Démembrement de droits sociaux, affectation en réserves des résultats et donation indirecte », *JCP N*, n°23, 2008, 1218.
 - « Démembrement de droits sociaux, distribution de réserves et quasi-usufruit », *Defrénois*, n°13-14, 2015, p.744.
- **GERMAIN (M.) ET KARM (A.),**
 - « Distribution des bénéfices et augmentation de capital », *Defrénois*, n°20, 2015, p.1041.
- **GOLDIE-GENICON (C.),**
 - « La distinction du titre et de la finance soustrait les parts sociales non négociables à l'indivision post-communautaire », *Rev. Contrats*, n°04, 2014, p. 715.
 - « Société civile immobilière et communauté entre époux : l'éclaircie », *Rev. Contrats*, n°02, 2015, p.316.
- **GROSCLAUDE (L.),**
 - « Qualification des stock options dans le régime légal : premier arrêt, premières approximations », *Dr. fam.* n°10, 2005, com. 217.
- **GOUTAY (P.),**
 - « Le transfert de propriété des instruments financiers : de l'aboutissement d'une réforme décennale », *RD bancaire et fin.*, 2005, p. 47.
- **GRIMALDI (M.),**
 - « De la cession, gratuite ou onéreuse, d'actions entre époux », *Bull. Joly.*, 1992, n°11, p.1186.
 - « Nullité d'une cession de parts sociales constituant des biens communs sans le consentement du conjoint », *D.*, 1995, p.326.
 - « En cas de donation de titres sociaux, l'état du bien donné s'entend, pour les besoins de la liquidation de la succession du donateur, de l'état du patrimoine social, et l'amélioration de cet état peut être imputée au donataire qui a la qualité d'associé majoritaire », *RDT civ.* 2009, p.762.
 - « Etats généraux du droit de la famille - 1ère partie : La rupture des époux associés », *Gaz. Pal.* n°85, 2011, p.15.

- **HILT (P.),**
- « L'article 1424 du Code civil, siège de la cogestion des biens communs, exige un double accord entre les époux », *AJ Famille*, 2006, p.466.
- « L'action en inopposabilité qui vise à sanctionner les actes frauduleux commis par un époux commun en biens ne trouve à s'appliquer qu'à défaut d'autre sanction », *AJ Famille*, 2012, p.382.
- « Les parts sociales d'une SCI ne sont pas des titres négociables », *AJ Famille*, 2014, p.55.
- « Les droits sociaux ne naissent et ne sont acquis qu'à compter de l'immatriculation de la société », *AJ Famille*, 2014, p.640.

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

- **HOVASSE (H.),**
- « Apports de droits démembrés », *Dr. sociétés, Actes prat.* 1993, n° 10, p. 4.
- « Démembrement de la propriété des actions », *JCP N*, n°26, 2004, 1303.
- « Prescription de l'action fondée sur la violation de l'article 1832-2 du Code civil », *JCP N*, n°45, 2011, 1292.
- « Désignation du mandataire représentant les indivisaires de droits sociaux », *Dr. sociétés*, n°03, 2011, comm. 48.
- « L'apport de biens fait ensemble par des époux communs en biens et l'attribution de la qualité d'associé », *Dr. sociétés*, n°08-09, 2012, com. 139.
- « Cession de parts non négociables de société civile, nécessitant l'autorisation du conjoint », *Dr. sociétés*, n°1, 2012, comm. 5.
- « Bénéfices distribués et bénéfices mis en réserves », *Dr. sociétés*, n°8-9, 2016, com. 141.
- « L'usufruitier n'a pas la qualité d'associé », *Dr. sociétés*, n°11, 2016, com. 184.

- **JULIEN SAINT-AMAND (P.) ET GONSARD (S.),**
- « Droits sociaux démembrés et quasi-usufruit sur les réserves distribuées », *Solution Notaires*, n°192, 2015, p.20.
- « Droits sociaux démembrés et distribution de réserves : la Cour de cassation se prononce à nouveau », *Solution Notaires*, 2016, n° 198, p.14.

- **KADDOUCH (R.),**
- « Conditions de l'attribution statutaire de la totalité du droit de vote au seul usufruitier », *JCP E*, n°25, 2005, 968.

- **LAURENT (J.),**
- « En cas d'usufruit de droits sociaux, qui, de l'usufruitier et du nu-propiétaire, peut être attributaire des fonds provenant de réserves ? », *JCP G*, n°39, 2016, 1005.

- **LEBEL (C.),**
- « L'accord de l'époux associé nécessaire pour le versement de dividendes à son conjoint », *Gaz. Pal.* n°92, 2015, p.19.

- **LE CANNU (P.),**

- « Le droit fondamental de l'associé de participer aux décisions collectives », *Bull. Joly Sociétés*, n°2, 2006, p. 217
- **LECUYER (H.),**
 - « Garanties de passif et droit patrimonial de la famille », *Bull. Joly Sociétés*, n°10, 2009, p. 892.
 - « Actions, dissolution de communauté et pouvoir de disposition des époux », *Bull. Joly Sociétés*, n°03, 2014, p. 144.
- **LE NORMAND-CAILLERE (S.),**
 - « Le droit de participer aux assemblées du nu-proprétaire indivis de parts sociales », *JCP N*, n°27, 2014, 1242.
 - « Le sort des dividendes en présence d'un usufruit sur les titres sociaux », *JCP N*, n°39, 2016, 1289.
- **LEPINE (T.),**
 - « Le sort des parts sociales dans la liquidation et le partage de la communauté », *JCP N*, n°45, 2012, 1364.
- **LIBCHABER (R.),**
 - « La garantie de passif et le régime juridique du cautionnement », *Rev. Sociétés*, 2013, p. 206.
 - « Qui a la qualité pour percevoir un paiement ? Le cas des époux communs en biens », *Rev. Contrats*, n°02, 2015, p. 257.
- **MABRU (J-P),**
 - « Stock options et liquidation de communauté : arguments pour une controverse », *Dr. et pat.* 1999, n° 67, p. 32.
- **MADON (J.),**
 - « Quand le Tribunal suprême va contre la loi et la pratique. Le point de vue des praticiens », *Bull. Joly sociétés*, n°06, 2004, p. 836.
- **MAHINGA (J-G.),**
 - « Le sort des droits sociaux non négociables en régime de communauté », *JCP N*, n°15-16, 2007, 1158.
 - « De quelques précisions utiles quant au profit subsistant et à la nature des parts sociales non négociables », *LPA*, n°05, 2015, p.7.
- **MASSART (T.),**
 - « La convention de garantie de passif n'est pas un engagement unilatéral », *Rev. Sociétés*, 2012, p.22.
- **MERCIER (V.),**
 - « Le droit des biens au secours du droit des sociétés : le régime de répartition des dividendes », *Dr. soc.* 2008, et. 1.
- **MICHA-GOUDET (R.),**

- « Nature juridique des dividendes », *JCP E*, n°3, 1998, p. 68.
- **MONNET (J.),**
 - « Augmentation de capital social - parts sociales gratuites » *Dr. Sociétés*, n°02, 2007, com. 32.
- **MONSERIE-BON (M-H),**
 - « Encore la combinaison du droit des sociétés et du droit des régimes matrimoniaux agrémentée de droit des obligations ! », *RTD Com.*, 2007, p.182.
 - « Cession de droits sociaux et régime de communauté : des solutions suprenantes », *Dr. sociétés*, n°12, 2016, étude 16.
- **MORIN (G.),**
 - « Les ventes entre époux », *Defrénois*, 1991, n°20, p.1089.
- **MORTIER (R.),**
 - « La qualité d'associé en régime communautaire », *Gaz. Pal.*, 2012, n°322, p.11.
 - « Le doute est levé: la distinction du titre et de la finance régit les droits sociaux », *Dr. sociétés*, n°10, 2012, com. 158.
 - « La garantie de passif n'est pas régie par les articles 1326 et 1415 du Code civil », *Dr. sociétés*, n°12, 2012, com. 201.
 - « La qualité d'associé d'un époux ne tombe pas dans l'indivision post-communautaire », *Dr. sociétés*, n°12, 2014, com. 183.
 - « Cessions en période d'indivision post-communautaire - ce qui vaut pour les parts sociales ne vaut pas pour les actions », *Dr. sociétés*, n°12, 2015, comm. 208.
 - « Seul l'époux associé a le droit de percevoir les dividendes issus des parts sociales communes », *Dr. Sociétés*, n°01, 2015, com. 1.
 - « Les stock-options sont des biens propres par nature ! », *Dr. sociétés*, n°2, 2015, comm. 24.
 - « Le mystère de la naissance des droits sociaux », *Dr. sociétés*, n°3, 2015, comm. 43.
 - « Cessions en période d'indivision post-communautaire : ce qui vaut pour les parts sociales ne vaut pas pour les actions », *Dr. sociétés*, n°12, 2015, com. 208.
 - « Abracadabra ! De l'usufruit sur droits sociaux au quasi-usufruit sur dividendes », *Bull. Joly Sociétés*, n°09, 2015, p.409.
 - « La fausse équation : Réserves + Usufruit = Quasi-usufruit », *Dr. sociétés*, n°8-9, 2015, com. 144.
- **MORTIER (R.) ET NAUDIN (E.),**
 - « Le sort des droits sociaux au cours de la dissolution de la communauté », *Defrénois*, n°20, 2015, p.1051.
- **MORTIER (R.) ET KERAMBRUN (Y.),**
 - « Pourquoi les réserves distribuées sont à l'usufruitier et à lui seul ! », *JCP N*, n°37, 2009, 1264.
- **MOUSSERON (P.),**
 - « Formalisme et efficacité des garanties de passif consenties par des personnes physiques mariées », *Bull. Joly Sociétés*, n°12, 2012, p. 837.

- **NAJJAR (I.),**
- « *Le droit d'option. Contribution à l'étude du droit potestatif et de l'acte unilatéral*, Bibliothèque de droit privé t.85, LGDJ 1967.

- **NAUDIN (E.),**
- « Eclairage. Décret du 22 décembre 2008 : retour sur la distinction entre les actes d'administration et les actes de disposition », *Bull. Joly Sociétés*, n°06, 2009, p. 534.
- « Capacité et situation conjugale de l'associé », *Bull. Joly Sociétés*, C010.
- « Attribution de la qualité d'associé en cas d'apport de biens communs fait par des époux ensemble », *Bull. Joly Sociétés*, C010.
- « La sanction de la dissimulation par un époux de l'apport de deniers communs », *Rev. sociétés*, 2011, p.488.
- « Le maintien de la distinction du titre et de la finance appliquée aux parts sociales non négociables », *Bull. Joly*, 2012, n°09, p. 608.
- « Cession de droits sociaux et régime de la communauté légale », *Rev. sociétés*, 2012, p.223.
- « La représentation des indivisaires dans l'exercice du droit de participer aux décisions collectives », *Bull. Joly Sociétés*, n°02, 2012, p. 178.
- « Exploitation agricole à responsabilité limitée - Indivisaires: l'essentiel, c'est de participer ! », *Dr. sociétés*, n°04, 2014, comm. 59.
- « Epoux associé: portée du régime matrimonial, de la création jusqu'à la dissolution d'une SCI », *Ga*, n°02, 2015, p.72.
- « Seul l'époux associé a qualité pour percevoir les dividendes », *Rev. sociétés*, 2015, p. 190.
- « Champ d'application de l'article 1832-2 du Code civil: pour une approche restrictive », *JCP N*, n°44, 2015, 1193.
- « Cession d'actions et inopposabilité entre époux dans l'indivision post-communautaire », *Bull Joly Sociétés*, n°02, 2016, p.77.

- **NAUDIN (E.) ET SCHILLER (S.),**
- « L'attribution gratuite d'actions à l'époux commun en biens », *JCP N*, n°39, 2016, 1286.

- **NICOD (M.),**
- « La fraude de l'époux ignorée par le droit des régimes matrimoniaux », *D.*, 2002, p. 2242.
- « Appartenance des fruits et revenus des biens propres à la communauté : l'ambiguïté est levée », *D.* 2007, p.1578.

- **NIEL (P-L.),**
- « Régime juridique du quasi-usufruit en matière de distribution de réserves en présence de droits sociaux démembrés », *LPA*, n°138, 2015, p.9.

- **PAISANT (G.),**
- « Droits sociaux non négociables », *JCP G*, 2012, 1104.
- « La cession des droits sociaux non négociables dépendant de la communauté conjugale », *JCP G*, n°6, 2012, 131.

- **PASQUALINI (F.) ET PASQUALINI-SALERNO (V.),**
- « Les sociétés entre époux », *JCP E*, n°47, 1999, 1858.

- **PELLET (S.),**
- « Les bénéficiaires ne sont pas des fruits... de parts sociales », *Dr. et pat.* 2009, n°812.

- **PETERKA (N.),**
- « Versement de dividendes à l'époux associé marié sous la communauté », *EDFP*, n°01, 2015, p.4.

- **PLA-BUSIRIS (S.),**
- « La signature des statuts d'une société préalablement à mariage : un non-événement? », *Rev. sociétés.* 2015, p.316.

- **PORRACHIA (D.),**
- « Le copropriétaire indivis de droits sociaux est un associé qui a le droit de participer aux décisions collectives », *Bull. Joly Sociétés*, n°04, 2014, p. 212.

- **PRIEUR (J.), SCHILLER (S.), REVET (T.) ET MORTIER (R.),**
- « L'usufruit de droits sociaux : quelle place pour la liberté contractuelle ? », *JCP N*, n°23, 2010, 1221.

- **RABREAU (A.),**
- « Apport en numéraire de sommes propres et qualification matrimoniale des parts sociales », *Defrénois*, n°02, 2015, p.71.
- « Epoux communs en biens et coassociés : précisions sur le versement des dividendes », *Bull. Joly Sociétés*, n°03, 2015, p.119.
- « Qualification patrimoniale des réserves mises en distribution par une société », *D.* 2015, p.1752.
- « L'énigmatique identité sociale de l'usufruitier de droits sociaux », *Bull. Joly sociétés*, n°12, 2016, p. 722.

- **RANDOUX (D.),**
- « L'incidence de la qualification des réserves sur la nature des parts sociales », *Rev. sociétés*, 2007, p.326.

- **RANDOUX (N.)**
- « La qualité d'associé du conjoint commun en biens », *Defrénois*, n°01, 2015, p.21.

- **REGNAUT-MOUTIER (C.),**
- « Vers la reconnaissance de la qualité d'associé à l'usufruitier de droits sociaux », *BJS*, nov.1994, n°320, p.1155.

- **DE RAVEL D'ESCLAPON (T.),**
- « L'usufruitier de droits sociaux n'est pas un associé. Réflexions autour du droit de participer aux décisions collectives », *Rev. sociétés*, 2017, p.30.

- **REVEL (J.),**
- « Droit des sociétés et régime matrimonial : préséance et discrétion », *D.* 1993, p.33.

- **REJET (T.),**
- « Dividendes : nature et existence », *Bull. Joly Sociétés*, n°03, 2007, p.363.

- **RICHAUD (J-P.),**
- « Le notaire, le conjoint associé et l'article 1832-2 du Code civil », *Defrénois*, 2014, p.48.

- **ROUSSEL (F.) ET VERNIERES (C.),**
- « Le transfert de propriété des valeurs mobilières non cotées », *JCP E*, n°26, 2007, 1840.

- **SAUTAI (P.),**
- « L'usufruit des valeurs mobilières », *Dalloz*, 1925, p. 34.

- **SAVATIER (R.),**
- « Essai d'une présentation des biens corporels », *RTD civ.* 1958, 331.

- **SCHILLER (S.) ET FABRE (H.),**
- « L'indivision des droits sociaux », *JCP N*, n°45-46, 2014, 1333.

- **SAINTOURENS (B.),**
- « Epoux et associés : stratégie patrimoniale et contraintes juridiques », *JCP N*, n°17, 2012, 1205.

- **SAUVAGE (F.),**
- « Communauté, succession et stock-options », *Dr. et pat*, novembre 1998, p. 38.
- « Le rattachement hypothétique des stock-options à la catégorie des biens propres par nature », *JCP E*, n°43, 2014, 1541.

- **SARCELET (J-D.),**
- « Régime de communauté légale et droit des sociétés », *Defrénois*, n°20, 2015, p.1031.

- **TADROS (A.),**
- « L'infructueuse distinction entre le titre et la finance en matière d'indivision post-communautaire », *Bull. Joly Sociétés*, n°12, 2014, p. 687.
- « Les dividendes : fruits ou produits des droits sociaux? », *JCP G*, n°26, 2015, 767.
- « L'usufruitier de droits sociaux : ni associé ni... usufruitier », *Rev. contrats*, n°01, 2017, p. 138.

- **THULLIER (B.),**
- « Panorama de législation et de jurisprudence en droit civil de l'entreprise », *D.* 2005, 1424.

- **VAREILLE (B.),**
- « Régime communautaire : pouvoirs sur les biens propres communs, nécessité du consentement du conjoint pour céder des parts sociales non négociables », *RTD Civ.*, 1996, p.462.
- « Régimes de communauté : la qualification propre ou commune des stock-options en cas de divorce », *RTD Civ.* 2004, p. 539.
- « Communauté et opérations en cours non dénouées », *JCP N*, n°22, 2009, 1187.

- « Régime de communauté, composition active de la masse commune: caractère commun de la valeur des parts sociales d'une société immobilière dont les statuts ont été signés antérieurement au mariage, l'immatriculation et la libération des apports sans emploi étant intervenues postérieurement », *RDT Civ.* 2015 p.679.
- **VATINET (R.),**
- « Le clair-obscur des stock-options à la française », *Rev. sociétés*, 1997, p. 50.
- **VIALLA (F.),**
- « Autonomie professionnelle en régime communautaire et droit des sociétés: des conflits d'intérêts ? », *RTD Civ.* 1996, p.841.
- **ZALEWSKI (V.),**
- « Le sort des parts sociales non négociables en régime communautaire », *LPA*, n°141, 2014, p.6.
- « Société civile immobilière et communauté entre époux », *LPA*, 2014, n240, p.6.
- « Versement de dividendes en cours de communauté et pouvoir des époux » *RLDC*, n°122, 2015.
- **ZENATI (F.),**
- « Répertoire de droit des sociétés », *Dalloz*, 2018.
- « La créance de dividendes n'existe que par la décision de l'assemblée générale de les distribuer », *RDT civ.*, 1991, n°362.
- **ZINTI (S.),**
- « L'absence de droit de participer à l'assemblée générale de l'usufruitier de parts sociales », *JCP E*, n°48, 2016, 1633.

II - THESES

- **NAUDIN (E.),**
- *Les valeurs mobilières en droit patrimonial de la famille*, ed. Defrénois, tome 15, 2006.
- **NIZARD (F.),**
- *La notion de titre négociable*, thèse, Paris II, 2000, n°711 et s.
- **VIANDIER (A.),**
- *La notion d'associé*, LGDJ, coll. Bibliothèque Droit privé, 1978.

III - OUVRAGES

- *Mémento Société commerciales*, Francis Lefebvre, ed. 2018.

- *Mémento Cession de parts et actions*, Francis Lefebvre, ed. 2018.
- *Mémento Patrimoine*, Francis Lefebvre, ed. 2018.

- **AUBRY (C.) ET RAU (C.),**
- *droit civil français*, t. IX, 6^e éd. par P. ESMEIN, 1953, t. II, n^o 149.

- **BAUDRY-LACANTINERIE (G.),**
- *Traité théorique et pratique de droit civil*, t. 6, 3^e éd., 1896, VI, n^o 517 ;

- **COLOMER (A.),**
- *Les sociétés commerciales et les régimes matrimoniaux*, éd. Defrénois, 1984.
- *Régimes matrimoniaux*, Litec

- **CORNU (G.),**
- *Vocabulaire juridique*, 12^eme édition.
- *Les régimes matrimoniaux*, PUF.

- **COZIAN (M.), DEBUSSY (F.), VIANDIER (A.),**
- *Le droit des sociétés*, ed. LexisNexis, 2017.

- **HOUPIN (C.) ET BOSVIEUX (H.),**
- *Traité des sociétés*, 6^e éd., t. II, no 1399 ;

- **LAURENT (F.),**
- *Principes de droit civil français*, VI, n o 402.

- **LARROUMET (C.),**
- *Droit civil. Les biens*, t. II, 3^e éd., 1997, Economica.

- **MALAURIE (P.) ET AYNES (L.),**
- *Les régimes matrimoniaux*, Cujas

- **MARTY (G.) ET RAYNAUD (P.),**
- *Droit civil. Les régimes matrimoniaux*, Sirey, 2^e éd. 1985, n^o 181 et s.
- *Droit civil. Les biens*, par P. JOURDAIN, 1995, Dalloz.

- **MAZEAUD (H.), CHABAS (F.) ET GIANTIVI (F.),**
- *Leçons de droit civil*, t. II, Les biens, 8^e éd., 1994, Montchrestien.

- **PONSARD (A.),**
- *Les régimes matrimoniaux, Droit civil français*, t. VIII, 7^e éd. 1973, n^o 167

- **PIC (P.),**
- *Des sociétés commerciales*, 2 e éd., t. II, no 1179 ;

- **TERRE (F.) ET SIMLER (P.),**
- *Droit civil. Les biens.* D., ed. 10, 2018.

- **TERRE (F.),**
- *L'influence de la volonté individuelle sur les qualifications,* LGDJ, 1957, coll. Bibliothèque de droit privé, t.II.

- **THALLER (E.), ET PERCEROU (J.),**
- *Traité élémentaire de droit commercial,* no 382 ;

- **ZENATI (F.) ET REVET (T.),**
- *Les biens,* PUF, collection droit fondamental, ed. 3, 2008.

IV - JURISPRUDENCES

- **Tribunal des requêtes,**
- Req. 17 mai 1938, Potier-de-la-Morandière.

- **Conseil Constitutionnel,**
- Cons. const, 16 janvier 1982, n° 81-132 DC.

- **Tribunal de grande instance**
- TGI Dignes, 1^{er} juillet 1972.

- **Cour d'appel,**
- CA Paris, 15 novembre 1976
- CA Paris, 23 novembre 1979.
- CA Pau, 11 juin 1987.
- CA Angers, 20 septembre 1988, 1^{re} ch. A, consorts Cointreau c/ consorts Cointreau et autres.
- CA Versailles, 28 juin 1990.
- CA Versailles, 12 mars 1992, n°3081/91, Veuve Quilichini c/ Quilichini.
- CA Paris, 26 janvier 1996, n° 95/025667.
- CA Montpellier, 22 mai 1997.
- CA Fort-de-France, 28 mai 1999.
- CA Paris, 10 octobre 1999.
- CA Paris, 20 octobre 1999, n°99-12862.
- CA Versailles, 7 décembre 2000.
- CA Paris, 27 mars 2001.
- CA Paris, 7 mai 2004, n° 2003/04030.
- CA Paris, 7 janvier 2009, n°08/12713.
- CA Chambéry, 16 novembre 2010, n° 09/02186.
- CA Rouen, 10 novembre 2011, n°10/05755.

- CA Rouen, 20 janvier 2012, n°11/06049.
- **Cour de cassation,**
- Civ., 21 octobre 1931.
- Com., 9 février 1937.
- Com., 19 mars 1957.
- Com. 22 octobre 1956, n°56-10.550.
- Civ. 20 avril 1958
- Com. 18 avril 1961.
- Civ 1^{ère}, 23 octobre 1962
- Com. 24 novembre 1965, n°63-12.675.
- Civ. 1^{ère}, 22 mars 1966, n°64-70.757.
- Civ 1^{ère}, 17 novembre 1971, n°70-10.281.
- Civ. 1^{ère}, 27 novembre 1973, n° 72-12.930.
- Com. 15 novembre 1976, n°75-13.730.
- Civ 1^{ère}, 8 février 1978, n° 75-15.731.
- Civ 1^{ère}, 21 novembre 1978, n°76-13.275.
- Civ 1^{ère}, 8 janvier 1980, n°78-15.902.
- Civ. 1^{ère}, 6 février 1980, n°78-12.513.
- Civ 1^{ère}, 27 février 1985, n°83-14.069.
- Civ. 1^{ère}, 23 avril 1985, n°83-16.703.
- Ass. Plén. 4 juillet 1985, n° 83-17.155.
- Civ. 1^{ère}, 3 décembre 1985, n° 84-16.085.
- Civ 1^{ère}, 20 octobre 1987, n°86-13.197.
- Civ 1^{ère}, 8 décembre 1987, n°86-12.426.
- Civ 1^{ère}, 1^{er} décembre 1987, n°85-15.260.
- Com. 24 janvier 1989, n°87-14.997.
- Civ 1^{ère}, 23 octobre 1990, n° 89-14.448.
- Civ 1^{ère}, 5 mars 1991, n° 87-18.298.
- Civ. 1^{ère}, 9 juillet 1991, n°90-12.503.
- Civ 1^{ère}, 5 novembre 1991, n° 90-13.479.
- Com. 10 mars 1992, n° 90-14.456.
- Civ. 1^{ère}, 7 juillet 1992, n°91-10.259.
- Com. 12 janvier 1993, n°20-21.126.
- Civ. 3^{ème}, 15 décembre 1993, n°91-10.199
- Com. 4 janvier 1994, n° 91-20.256.
- Civ. 1^{ère}, 26 janvier 1994, n°92-10.513.
- Com., 15 février 1994, n° 92-12.330.
- Civ 1^{ère}, 12 janvier 1994, n°91-18.104.

- Civ. 1ère, 28 février 1995, n°92-16.794.
- Civ 1ère, 1^{er} juillet 1997, n° 95-17.058.
- Civ 1ère, 10 février 1998, n°96-16.735.
- Civ 1ère, 7 avril 1998, n°96-14.508.
- Civ. 1ère, 5 janvier 1999, n° 96-11.512.
- Civ. 1ère, 30 mars 1999, n°97-16.252.
- Com. 5 octobre 1999, n° 97-17.377.
- Civ 1ère, 16 mai 2000, n°96-17.856.
- Civ 1ère, 3 juillet 2001, n°99-19.868.
- Civ. 1ère, 4 décembre 2001, n°99-15.629.
- Civ. 1ère, 23 avril 2003, n°01-02.485.
- Com. 6 mai 2003, n°01-12.567.
- Com., 7 janvier 2004, n° 00-11.692.
- Com. 31 mars 2004, n°03-16.694.
- Com. 28 septembre 2004, n°02-20.750.
- Com. 16 novembre 2004, n°01-10.666.
- Com. 22 février 2005, n°03-17.421.
- Ass. Plén. 22 avril 2005, n°02-15.180.
- Civ 2^{ème}, 13 juillet 2005, n°02-15.904.
- Civ 2^{ème}, 20 septembre 2005, n° 03-30.709.
- Civ 1ère, 17 janvier 2006, n°03-11.461.
- Civ. 1ère, 17 janvier 2006, n°02-16.595.
- Civ. 1ère, 31 janvier 2006, n°03-19.630.
- Civ. 1ère, 31 janvier 2006, n°02-21.121.
- Civ. 1^{re}, 20 juin 2006, n° 04-11.037.
- Civ 1ère, 30 octobre 2006, n°03-20.589.
- Civ 1ère, 29 novembre 2006, n°05-17.009
- Civ 1ère, 12 décembre 2006, n° 04-20.663.
- Civ 1ère, 26 septembre 2007, n° 06-18.252.
- Civ. 1ère, 31 octobre 2007, n°06-10.348.
- Com. 10 février 2008, n°07-21.806.
- Com. 12 février 2008, n°06-20.966.
- Civ. 1ère, 16 avril 2008, n°07-12.224.
- Com. 2 décembre 2008, n°08-13.185.
- Civ 1ère, 4 juin 2009, n°08-15.228.
- Civ 1ère, 8 juillet 2009, n°07-18.041.
- Civ 1ère, 27 mai 2010, n°09-11.894.
- Civ 1ère, 9 février 2011, n°09-68.659.
- Civ. 1ère, 23 mars 2011, n°09-66.512.

- Civ. 1^{ère}, 1^{er} juin 2011, n°10-30.205.
- Civ. 1^{ère}, 9 novembre 2011, n°10-12.123.
- Com. 15 mai 2012, n°11-13.240.
- Civ 1^{ère}, 4 juillet 2012, n°11-13.384.
- Com. 10 juillet 2012, n°11-21.789.
- Civ. 1^{ère}, 20 septembre 2012, n° 11-13.144.
- Civ. 1^{ère}, 24 octobre 2012, n°11-20.075.
- Com. 14 mai 2013, n°12-18.103.
- Com. 9 juillet 2013, n°11-27.235.
- Com. 9 juillet 2013, n°12-21.238.
- Civ 1^{ère}, 23 octobre 2013, n°12-17.896.
- Com. 21 janvier 2014, n° 13-10.151.
- Com. 6 mai 2014, n°13-14.960.
- Civ 1^{ère}, 12 juin 2014, n°13-16.309.
- Civ 1^{ère}, 9 juillet 2014, n° 13- 15.948.
- Com. 16 septembre 2014, n°13-20.083.
- Civ. 1^{ère}., 8 octobre 2014, n° 13-24.546
- Civ. 1^{ère}, 8 octobre 2014, n°13-21.879.
- Civ 1^{ère}, 22 octobre 2014, n°12-29.265.
- Civ 1^{ère}, 5 novembre 2014, n°13-25.820.
- Com. 10 février 2015, n°14-10.110.
- Com. 27 mai 2015, n°14-16.246.
- Com. 29 septembre 2015, n°14-15.040.
- Civ 1^{ère}, 7 octobre 2015, n°14-22.224.
- Com. 24 mai 2016, n°15-17.788.
- Civ. 1^{ère}, 22 juin 2016, n° 15-19.471.
- Civ 3^{ème}, 15 septembre 2016, n° 15-15.72.
- Civ. 1^{ère}, 1^{er} mars 2017, n°15-20.817.
- Civ. 1^{ère}, 3 juin 2017, n°09-65.995.
- Civ 1^{ère}, 29 mars 2018, n°17-16.198.
- Civ. 1^{ère}, 12 décembre 2018, n° 17-12.467.

V - LEGISLATION

- Ordonnance n°45-2138 du 19 septembre 1948.
- Loi n°66-537 du 24 juillet 1966 sur les sociétés commerciales.
- Loi n°77-2 du 3 janvier 1977 sur l'architecture.
- Loi n° 85-1372 du 23 décembre 1985 relative à l'égalité des époux dans les régimes matrimoniaux et des parents dans la gestion des biens des enfants mineurs.

- Loi n° 2006-728 du 23 juin 2006 portant réforme des successions et des libéralités.
- Loi n° 2019-222 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice.

VI – RAPPORTS, REPONSES MINISTERIELLES

- ANSA

- « Cahier des charges des émetteurs teneurs de compte de valeurs mobilières non admises en SICOVAM » du 29 février 1984 modifié et complété par une lettre de la direction du Trésor au président de l'ANSA en date du 1er août 1984
- Lettre de la direction du Trésor à l'ANSA du 17 décembre 1984.
- Comité juridique du 5 février 1992, n°190.

- CONGRES DES NOTAIRES DE FRANCE

- 110ème, *Vie professionnelle et famille - place au contrat*, 2014.

- REPONSES MINISTERIELLES,

- JO Sénat Q, 3 décembre 1969, p.1169.
- JOAN 7 mai 1985, p. 587, col. 2.
- JO. 5 janvier 1987, Déb. Ass. nat., Questions et réponses, p. 69,
- JO. 13 avril 1987, Déb. Ass. nat., Questions et réponses, p. 2159.
- n°19: JO Sénat 28 août 1986, p. 1232.

- SENAT

- Rapport n°316 de R. BOUVIER au nom de la Commission des lois.

TABLE DES MATIERES

LISTE DES PRINCIPALES ABREVIATIONS	4
SOMMAIRE.....	6
INTRODUCTION	8
PREMIERE PARTIE - L'ACQUISITION DES TITRES SOCIAUX	23
TITRE 1 - LA DELICATE QUALIFICATION DES TITRES SOCIAUX.....	24
CHAPITRE 1 - L'IDENTIFICATION DES DIFFICULTES DE QUALIFICATION DES TITRES SOCIAUX	25
SECTION 1 - LES DIFFICULTES LIEES A LA DATE D'ACQUISITION DES TITRES	26
§1 - LA DATE DE « NAISSANCE » DES TITRES	26
I. EN CAS DE CONSTITUTION D'UNE SOCIETE	26
A. Le processus de constitution d'une société	26
B. La date de naissance effective des titres	28
II. EN CAS D'EMISSION DE TITRES PAR UNE SOCIETE PAR ACTIONS	31
§2 - LA DATE D'ACQUISITION DES TITRES	33
I. DATE D'ACQUISITION DES PARTS SOCIALES	33
II. DATE D'ACQUISITION DES ACTIONS	36
SECTION 2 - LES DIFFICULTES LIEES A LA NATURE DES TITRES SOCIAUX	40
§1 - LES STOCK-OPTIONS.....	40
I. DIFFICULTES LIEES AUX OPTIONS	41
A. La patrimonialité des options	41
B. La qualification des options.....	43
1. Les stock-options comme biens communs	43
2. Les stock-options comme valeur commune	45
3. Les stock-options comme biens propres par nature	47
II. DIFFICULTES LIEES AUX ACTIONS	49
A. La qualification des actions acquises par l'exercice des options	50
1. Le refus de qualifier les actions de biens propres sur le fondement de l'article 1406 du Code civil	50
2. La prise en compte de la date de la levée d'option.....	52
B. Le problème de l'évaluation des actions	53
§2 - L'ATTRIBUTION GRATUITE D'ACTIONS.....	55
I. LA PATRIMONIALITE DES DROITS RESULTANT DE L'ATTRIBUTION DES ACTIONS	58
II. LA QUALIFICATION DES BIENS	59
CHAPITRE 2 - L'IMPACT DE L'ORIGINE DES FONDS	63
SECTION 1 - LES REGLES COMMUNES A L'ENSEMBLE DES TITRES SOCIAUX.....	63
§1 - L'ACQUISITION FINANCEE PAR DES FONDS PROPRES PAR UN EPOUX	63
I. APPORT EN NATURE DE BIENS PROPRES.....	64
II. APPORT EN NUMERAIRE DE FONDS PROPRES.....	65
§2 - L'ACQUISITION FINANCEE PAR DES FONDS COMMUNS PAR LES DEUX EPOUX	67

SECTION 2 - LES REGLES SPECIFIQUES POUR L'UTILISATION DE FONDS COMMUNS PAR L'UN DES EPOUX	69
§1 - L'ACQUISITION DES TITRES NON NEGOCIABLES	69
I. UN DISPOSITIF SPECIFIQUE : OBLIGATION D'INFORMATION ET FACULTE DE REVENDECTION DE LA QUALITE D'ASSOCIE	70
A. Le refus de la qualité d'associé	71
B. La revendication de la qualité d'associé.....	72
II. UN DISPOSITIF DEVANT ETRE ECARTE FACE A L'AUTONOMIE PROFESSIONNELLE	74
§2 - L'ACQUISITION DE TITRES NEGOCIABLES.....	77
I. DE LEGE LATA: APPLICATION DU DROIT COMMUN.....	77
A. L'exclusion des parts négociables de l'application de l'article 1832-2 du Code civil.....	77
1. Une exclusion légale et expresse.....	78
2. Une justification critiquable	79
B. Le régime applicable aux actions	81
II. DE LEGE FERANDA : L'EXTENSION DE L'ARTICLE 1832-2 DU CODE CIVIL	83
A. Les actions issues de sociétés anonymes.....	84
1. Les actions de sociétés anonymes admises à la négociation sur un marché réglementé.....	84
2. Les actions de sociétés anonymes non admises à la négociation sur un marché réglementé 84	
B. Les actions issues de sociétés par actions simplifiées	85
 TITRE 2 - LES PREROGATIVES RESULTANT DE L'ACQUISITION DES TITRES SOCIAUX.....	 89
 CHAPITRE 1 - LA REPARTITION DES POUVOIRS ENTRE LES EPOUX	 90
SECTION 1 - UNE REPARTITION CLASSIQUE DURANT LA COMMUNAUTE	90
§1 - LA REPARTITION DES PREROGATIVES DANS LES SOCIETES DE PERSONNES	90
§2 - LA REPARTITION DES PREROGATIVES DANS LES SOCIETES PAR ACTIONS	93
SECTION 2 - UNE REPARTITION DELICATE RESULTANT DU DEMEMBREMENT DES TITRES	95
§1 - L'ATTRIBUTION DISCUTEE DE LA QUALITE D'ASSOCIE A L'USUFRUITIER	96
I. ABSENCE DE SOLUTIONS LEGISLATIVES OU JURISPRUDENTIELLES CLAIRES	96
II. UNE DOCTRINE TRES PARTAGEE.....	98
A. Solutions fondées sur le droit des sociétés : la notion d'associé	98
1. L'usufruitier non associé selon la doctrine majoritaire	98
2. L'usufruitier comme associé selon une partie de la doctrine	100
B. Solution fondée sur le droit des biens : la nature juridique de l'usufruit	102
§2 - LA NOUVELLE REPARTITION DES DROITS POLITIQUES DE L'ASSOCIE.....	104
I. LA REPARTITION DES DROITS POLITIQUES SELON LA JURISPRUDENCE ANCIENNE.....	105
II. LA REPARTITION DES DROITS POLITIQUES SELON LA LOI NOUVELLE	108
 CHAPITRE 2 - LES OPERATIONS SOCIETAIRES	 112
SECTION 1 - LA DISTRIBUTION DES BENEFICES	112
§1- LA DISTRIBUTION DES BENEFICES DE L'EXERCICE : LES DIVIDENDES	112
I. LES DIFFICULTES RELATIVES A LA NATURE JURIDIQUE DES DIVIDENDES	113
II. LA PERCEPTION DES DIVIDENDES.....	115
A. L'obligation pour la société de distribuer les dividendes à l'époux associé	116
1. La solution jurisprudentielle.....	116
2. Les difficultés d'application.....	118

B. La nécessité d'un accord de l'époux associé sous peine d'engagement de la responsabilité de la société.....	119
§2 - LA DISTRIBUTION DES BENEFICES ACCUMULES : LES RESERVES	120
I. LA NATURE JURIDIQUE DES RESERVES	121
A. Les différentes thèses doctrinales	122
1. Les sommes prélevées sur les réserves qualifiées de fruit	122
2. Les sommes prélevées sur les réserves qualifiées de produit	123
B. Les solutions jurisprudentielles	124
II. LES CONSEQUENCES PRATIQUES DE LA QUALIFICATION DE RESERVES	128
A. Conséquences sur le régime de la communauté légale	128
B. Possibilité d'une convention contraire	131
SECTION 2 - LES AUGMENTATIONS DE CAPITAL	134
§1 - L'AUGMENTATION DE CAPITAL PAR APPORT EN NUMERAIRE	134
I. LA QUALIFICATION DES DROITS PREFERENTIELS DE SOUSCRIPTION.....	135
II. LA QUALIFICATION DE L'ACTION NOUVELLE	136
§2 - L'AUGMENTATION DE CAPITAL PAR INCORPORATION DE RESERVES	138
I. LA QUALIFICATION DES ACTIONS NOUVELLES	139
II. L'ABSENCE DE RECOMPENSE DUE A LA COMMUNAUTE.....	140
CONCLUSION - PREMIERE PARTIE	144
SECONDE PARTIE - LA PERTE DE LA QUALITE D'ASSOCIE	146
TITRE 1 - LA PERTE DE LA QUALITE D'ASSOCIE RESULTANT DE LA LA DISSOLUTION DU REGIME MATRIMONIAL	147
CHAPITRE 1 - LE SORT RESERVE AUX TITRES SOCIAUX LORS DE LA LIQUIDATION DE LA COMMUNAUTE	148
SECTION 1 - LA QUESTION DISCUTEE DE L'INTEGRATION DES TITRES SOCIAUX DANS L'INDIVISION POST-COMMUNAUTAIRE	148
§1 - LES DIFFERENTES PROPOSITIONS DOCTRINALES.....	148
I. LA DISTINCTION CLASSIQUE DU TITRE ET DE LA FINANCE	149
II. LA DISTINCTION MODERNE	151
§2 - UNE SOLUTION JURISPRUDENTIELLE CONSTANTE.....	153
SECTION 2 - LE SORT DES TITRES LORS DU PARTAGE	156
§1 - TITRES COMMUNS : DES DIFFICULTES SPECIFIQUES EN FONCTION DES ASSOCIES	157
A. LES MODALITES PARTICULIERES DU PARTAGE POUR L'ASSOCIE UNIQUE	158
A. Les mécanismes du droit des régimes matrimoniaux.....	160
B. Les mécanismes du droit des sociétés	161
§2 - TITRES PROPRES : L'EVALUATION COMPLEXE DE LA RECOMPENSE.....	166
CHAPITRE 2 - LES POUVOIRS DE GESTION DES EPOUX ASSOCIES DANS L'INDIVISION POST-COMMUNAUTAIRE.....	171
SECTION 1 - LA GESTION DE LA SOCIETE PENDANT L'INDIVISION POST- COMMUNAUTAIRE	171
§1- L'EXERCICE INDIVIDUEL DES DROITS	172
I. LES DIFFERENTS DROITS INDIVIDUELS DES ASSOCIES INDIVIS.....	172
II. LE DROIT DE PARTICIPER AUX ASSEMBLES GENERALES	174

A. Une solution opportune consacrée par la jurisprudence.....	174
B. Les difficultés liées à la présence des indivisaires au coté du mandataire	176
§2 - L'EXERCICE COLLECTIF DES DROITS : LE DROIT DE VOTE	178
I. LA DESIGNATION D'UN MANDATAIRE COMMUN	178
A. Les modalités de la désignation amiable	178
B. La désignation judiciaire du mandataire commun.....	181
II. LES DIFFICULTES LIEES A LA DESIGNATION D'UN MANDATAIRE COMMUN	184
SECTION 2 - LA CESSION DES TITRES PENDANT L'INDIVISION POST- COMMUNAUTAIRE	
.....	188
§1 - LA POSSIBLE CESSION DE PARTS SOCIALES SANS ACCORD UNANIME.....	188
§2 - L'IMPOSSIBLE CESSION D' ACTIONS SANS ACCORD UNANIME	193
TITRE 2 - LA PERTE DE LA QUALITE D'ASSOCIE RESULTANT DE LA CESSION DES TITRES SOCIAUX.....	200
CHAPITRE 1 - REGLES DE GESTION PROPRES AUX DIFFERENTS TITRES	201
SECTION 1 - L'APPLICATION DE LA CO-GESTION A LA CESSION DE PARTS SOCIALES	201
§1 - LE PRINCIPE DE CO-GESTION DES PARTS SOCIALES COMMUNES.....	201
I. LA CO-GESTION : LE NECESSAIRE CONSENTEMENT DU CONJOINT A LA CESSION	
201	
II. LA CO-GESTION : EXCEPTION AU PRINCIPE D'AUTONOMIE PROFESSIONNELLE	206
§2 - LA SANCTION DE L'ACTE IRREGULIER : LA NULLITE DE LA CESSION	208
I. LE DEBAT DOCTRINAL SUR LA DETERMINATION DE LA SANCTION	208
II. SOLUTIONS JURISPRUDENTIELLES : NULLITE DE LA CESSION OU SECOND	
PAIEMENT	210
A. La nullité de la cession sur le fondement de l'article 1427 du Code civil.....	210
B. Le second paiement entre les mains de la communauté.....	213
SECTION 2 - L'APPLICATION DU PRINCIPE DE GESTION CONCURRENTE A LA CESSION D' ACTIONS.....	215
§1 - UNE CESSION SOUMISE AU DROIT COMMUN	215
§2 - LES PROBLEMATIQUES LIEES A L'INTEGRATION D'UNE GARANTIE DE PASSIF A LA CESSION D' ACTIONS	218
CHAPITRE 2 - LES LIMITATIONS A LA CESSIBILITE DES DROITS SOCIAUX	224
SECTION 1 - LA LIMITATION PAR L'INSERTION DE CLAUSES STATUAIRES.....	224
§1 - LES CLAUSES D' AGREMENT.....	224
§2 - LES CLAUSES DE PREEMPTION.....	229
§3- LES CLAUSES D'INALIENABILITE	231
SECTION 2 - LA LIMITATION LEGALE A LA CESSIBILITE DES DROITS SOCIAUX.....	233
§1 - LES CESSIONS ENTRE EPOUX SOUMISES AU DROIT COMMUN.....	234
I. LA NECESSAIRE ABSENCE D'INTERVENTION DE LA COMMUNAUTE DANS LA CESSION	234
II. LES RISQUES LIES AU PRIX : SA DETERMINATION ET SON PAIEMENT	235
§2 - LES CESSIONS ENTRE EPOUX TOUJOURS PROHIBEES.....	238
CONCLUSION SECONDE PARTIE	243
CONCLUSION GENERALE	245

Résumé en français :

Cette étude a pour objet de mettre en relation les titres sociaux et le régime de la communauté légale. De manière plus précise, il s'agit d'appréhender les effets et les conséquences pratiques résultant de l'articulation entre le droit des régimes matrimoniaux et le droit des sociétés. Les objectifs assignés à cette étude sont la détermination des points essentiels qui devront impérativement retenir l'attention des rédacteurs d'actes mais aussi tenter, autant que faire se peut, de proposer des solutions théoriques et pratiques aux difficultés rencontrées. L'application des règles de régimes matrimoniaux aux biens particuliers que sont les droits sociaux a nécessairement des conséquences, tant au niveau de l'acquisition que de la perte de la qualité d'associé.

Titre et résumé en anglais***Shares in the regime of the legal community***

The purpose of this study is to connect the shares and the regime of the legal community. More specifically, it aims to understand the practical effects and consequences resulting of the interaction between the law of matrimonial property regimes and corporate law. The goals of this study are several. First, this study aims to identify the essential points that must be addressed by the editors. Second, with this research, we propose theoretical and practical solutions to the difficulties encountered. The application of the rules of matrimonial property regimes to specific assets like shares has crucial consequences as it can generate both the acquisition and the loss of the status of partners.

Discipline :

Droit privé.

Mots-clés :

Titres sociaux – droit des régimes matrimoniaux – régime de la communauté – droit des sociétés.

Intitulé et adresse de la Faculté ou du Laboratoire :

Faculté de Droit et Science Politique de l'Université de Montpellier, Centre du droit de l'entreprise, 39, rue de l'Université, 34060 MONTPELLIER.