

PATRIMOINE

1243

Nouveaux avis du comité juridique de la FNDP

Avant-propos



Les avis du comité juridique de la Fédération Nationale Droit du Patrimoine – la FNDP – sont le produit d'une réflexion entre universitaires et praticiens spécialistes de droit du patrimoine. Ils ont pour finalité d'attirer l'attention des praticiens sur les risques de telle ou telle pratique, tel ou tel montage, et tentent de proposer des solutions (rédaction de clause, précautions particulières...).

Notre comité se veut aussi une force de proposition d'évolution législative lorsque les textes mènent à des solutions insatisfaisantes ou sont sources d'une trop grande insécurité juridique. Les avis présentés dans ce dossier sont l'expression significative de ces missions.

Les deux premiers avis se rapportent à des thèmes classiques du droit des régimes matrimo-

niaux qui sont d'une grande importance pratique :

– « *Les dangers de l'article 1832-2 du Code civil* », par Nadège Jullian, Nicolas Kilgus, Renaud Mortier et Claire Farge. Cet avis pose la question de la pertinence de ce texte et propose quelques pistes afin de restreindre ses effets indésirables, notamment au regard de la revendication de la qualité d'associé par l'époux non-souscripteur des parts sociales ;

– « *Quelques clarifications sur l'article 215, alinéa 3 du Code civil* », par Sandie Lacroix-De Sousa et moi-même. L'avis s'intéresse à deux situations pour lesquelles le domaine d'application de l'article 215, alinéa 3 du Code civil interroge : la licitation partage du logement de la famille indivis et la renonciation à l'insaisissabilité légale de la résidence principale. Sur ces questions, notre avis tente de proposer quelques éléments de clarification.

Le troisième avis – « *Le transfert du patrimoine de l'EIPP* », par Sabrina Le Normand-Caillère, Renaud Mortier et Nadège Jullian – envisage une question au cœur de l'actualité qui découle de la loi n° 2022-172 du 14 février 2022 en faveur de l'activité professionnelle indépendante, texte qui prévoit la transmission du patrimoine professionnel de l'entrepreneur individuel. Le dispositif qui en résulte présente de nombreuses imperfections qui engagent à la prudence. Cet avis propose des pistes d'amélioration législatives.

Au nom de tous les membres de notre comité, je forme le vœu que ces avis suscitent votre intérêt et qu'ils contribuent utilement à une clarification et à une évolution positive du droit du patrimoine.

Cécile Lisanti
professeur à l'université de Montpellier,
présidente du comité juridique de la FNDP



© MARIO ESTOCK, GETTY IMAGES PLUS

SOMMAIRE

SOCIÉTÉ (EN GÉNÉRAL)

1244 Parts sociales non négociables : les dangers de l'article 1832-2 du Code civil, par Nadège Jullian, Nicolas Kilgus, Renaud Mortier et Claire Farge

LOGEMENT

1245 Logement familial : quelques clarifications sur l'article 215, alinéa 3 du Code civil, par Sandie Lacroix-De Sousa et Cécile Lisanti

ENTREPRISE

1246 Le transfert du patrimoine de l'EIPP, par Sabrina Le Normand-Caillère, Renaud Mortier et Nadège Jullian

SOCIÉTÉ (EN GÉNÉRAL)

1244

Parts sociales non négociables : les dangers de l'article 1832-2 du Code civil

L'article 1832-2 du Code civil entend protéger l'époux non-souscripteur ou non-acquéreur de parts sociales non négociables, dès lors que des deniers communs sont employés. Il lui permet, notamment, de revendiquer la qualité d'associé sur la moitié des parts. Si l'intention est louable, cela peut parfois désorganiser la société. Le présent avis de la FNDP s'interroge quant à la pertinence de ce texte et explore quelques pistes afin d'en limiter les effets indésirables.

Nadège Jullian,
professeur de droit privé, agrégée des facultés de droit,
université Toulouse 1 Capitole, Centre de droit des affaires

Nicolas Kilgus,
professeur agrégé des facultés de droit, université de
Strasbourg, co-directeur du Master Ingénierie juridique et
fiscale du patrimoine

Renaud Mortier,
professeur agrégé de droit privé, président de la Fédération
Nationale Droit du Patrimoine (FNDP), directeur du
Centre de droit des affaires (CDA), membre du Comité du
contentieux fiscal, douanier et des changes

Claire Farge,
docteur en droit, avocat FIDAL, co-présidente de la
commission Ingénierie patrimoniale ACE

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

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

2. Les critiques

3 - D'abord, un argument récurrent est qu'il s'agit d'une « arme » entre les mains du conjoint, notamment lors du divorce. En effet, il a été jugé que, si l'époux concerné ne fait pas la demande immédiatement, il peut la faire par la suite, aucun délai n'étant prévu, sauf bien évidemment le prononcé du divorce. Une revendication postérieure ne saurait être admise¹.

Partant, un époux peut revendiquer la propriété des parts des années plus tard². Les inconvénients liés à cette situation ont été mis en lumière par de nombreux auteurs. Sans prétendre être exhaustif, il s'agit d'une immixtion imposée aux autres associés, ce d'autant plus que la Cour de cassation a récemment souligné que « [l]'affectio societatis n'est pas une condition requise pour la revendication, par

Ndlr : cette étude fait partie d'un dossier plus important consacré aux derniers avis du comité juridique de la FNDP : JCP N 2022, n° 43, 1243 à 1246.

1 - Protéger un époux non-souscripteur de parts sociales non négociables, financées à l'aide de deniers communs, ou garantir le caractère « fermé » d'une société teintée d'un fort *intuitu personae*, telle est la question ! L'article 1832-2 du Code civil poursuit le premier objectif, parfois au risque d'une désorganisation de la personne morale.

1. Le texte

2 - « 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.

¹ Cass. com., 18 nov. 1997, n° 95-16.371 : JurisData n° 1997-004536.

² V. récemment, CA Paris, 18 févr. 2020, n° 17/08258 : JurisData n° 2020-002128 ; JCP N 2020, n° 38, 1185, note R. Mortier.

un époux, de la qualité d'associé sur [ce] fondement»³. En outre, cette immixtion risque de mettre à mal l'autonomie professionnelle de l'époux dont la société est l'instrument de son activité⁴. À ce propos, il est intéressant de remarquer que l'arrêt précité du 21 septembre 2022 est venu écarter l'argument tiré de l'autonomie professionnelle d'une associée de SARL destiné à faire échec au droit de revendication de son époux. La Cour de cassation a ainsi affirmé que « les articles 223 et 1421, alinéa 2, du code civil ayant pour seul objet de protéger les intérêts de l'époux exerçant une profession séparée, [la société] n'est pas recevable à se prévaloir de l'atteinte que la revendication, par M. [I], de la qualité d'associé, serait susceptible de porter au droit de Mme [I] d'exercer une telle profession ». Il faut cependant rester prudent quant à la portée de cet arrêt : la Cour ne se prononce pas sur le fond de la question, en ce qu'il appartenait à l'épouse associée de se prévaloir de son autonomie professionnelle ; elle se place uniquement du point de vue de la société dans laquelle l'épouse exerçait sa profession, dépourvue sur ce point d'intérêt à agir.

4 - De manière plus favorable au texte, l'on peut cependant noter que son utilisation permet parfois, justement dans le cadre d'un divorce, d'obtenir des informations (avantages en nature offerts par la société que l'époux garde sous silence lors du calcul de la prestation compensatoire, par exemple).

Il ne faut cependant pas offrir à cet argument une faveur trop importante, car d'autres armes existent entre les mains du conjoint, même s'il demeure non associé. L'on songe ainsi à l'obligation de communiquer des pièces faite par le juge du divorce, aux documents, librement consultables, car publiés au RCS – au RNE à compter du 1^{er} janvier 2023 – ou encore à la sanction du recel en cas de dissimulation volontaire.

5 - En outre, il convient de souligner que les dettes sociales, lorsque les parts sont communes, relèvent de l'article 1413 du Code civil. En d'autres termes, les dettes sociales vont avoir comme conséquence une saisie éventuelle des biens communs. En donnant une maîtrise au conjoint de l'époux souscripteur ou apporteur, cela permet de protéger indirectement la masse commune.

Là encore, il ne faut pourtant pas aller trop loin : le fait de devenir associé offre-t-il véritablement à l'époux concerné, de manière déterminante, une meilleure gestion du passif de la société ? L'on peut en douter.

6 - Ensuite, il convient de remarquer le champ restreint du texte, car ne sont concernés que les époux mariés sous un régime de communauté (et non les concubins ou partenaires de Pacs) et uniquement les sociétés par intérêts (SARL, SNC, sociétés civiles, etc.).

La distinction suivant le type de société se justifiait historiquement (une comparaison avec le fonds de commerce est ici envisageable).

3 Cass. com., 21 sept. 2022, n° 19-26.203 : JurisData n° 2022-015195 ; JCP N 2022, n° 39, act. 900.

4 V. not., A. Rabreau, *Plaidoyer pour la suppression de l'article 1832-2 du Code civil*, Mél. en l'honneur du professeur M. Germain : LexisNexis-Extensio, 2015, p. 697. – E. Naudin, *Champ d'application de l'article 1832-2 du Code civil : pour une approche restrictive* : JCP N 2015, n° 44, 1193, qui a rédigé le rapport du comité juridique de la Fédération Nationale de Droit du Patrimoine.

Les sociétés par intérêts étaient vues comme des entreprises – et constituaient souvent un actif important du couple – et, par conséquent, la place du conjoint y avait un sens.

À l'inverse, les sociétés par actions étaient davantage perçues comme des placements (l'on trouve des traces de cette lecture dans l'article 1424 du Code civil). On peut aujourd'hui remettre en cause cette analyse. Les SAS, parce qu'elles offrent une grande liberté, sont souvent choisies pour accueillir l'activité de petites entreprises.

7 - Enfin, et plus largement, la « protection » offerte par la revendication peut être lue – et critiquée – au regard de l'ensemble de la vie du couple. Même sans revendiquer des parts, l'autre époux est protégé du point de vue patrimonial par la distinction titre/finance au moment de la liquidation du régime matrimonial. L'application de ce mécanisme permet de verser une soule de la moitié de la valeur à l'époux qui, sans être associé, n'est pas moins propriétaire commun des parts.

8 - Or, tel n'est pas le cas pour les sociétés par actions. La Cour de cassation refuse dans ce cas d'appliquer la distinction titre/finance et des actions peuvent, *in fine*, être attribuées au conjoint. Deux phases doivent alors être distinguées.

Dans la première, après la dissolution de la communauté et jusqu'à la liquidation de celle-ci, les intérêts patrimoniaux des époux sont soumis aux règles de l'indivision, ce qui n'est pas sans poser des problèmes (impossibilité d'aliéner par un seul des indivisaires, nécessité de désigner un mandataire s'agissant du droit de vote, etc.).

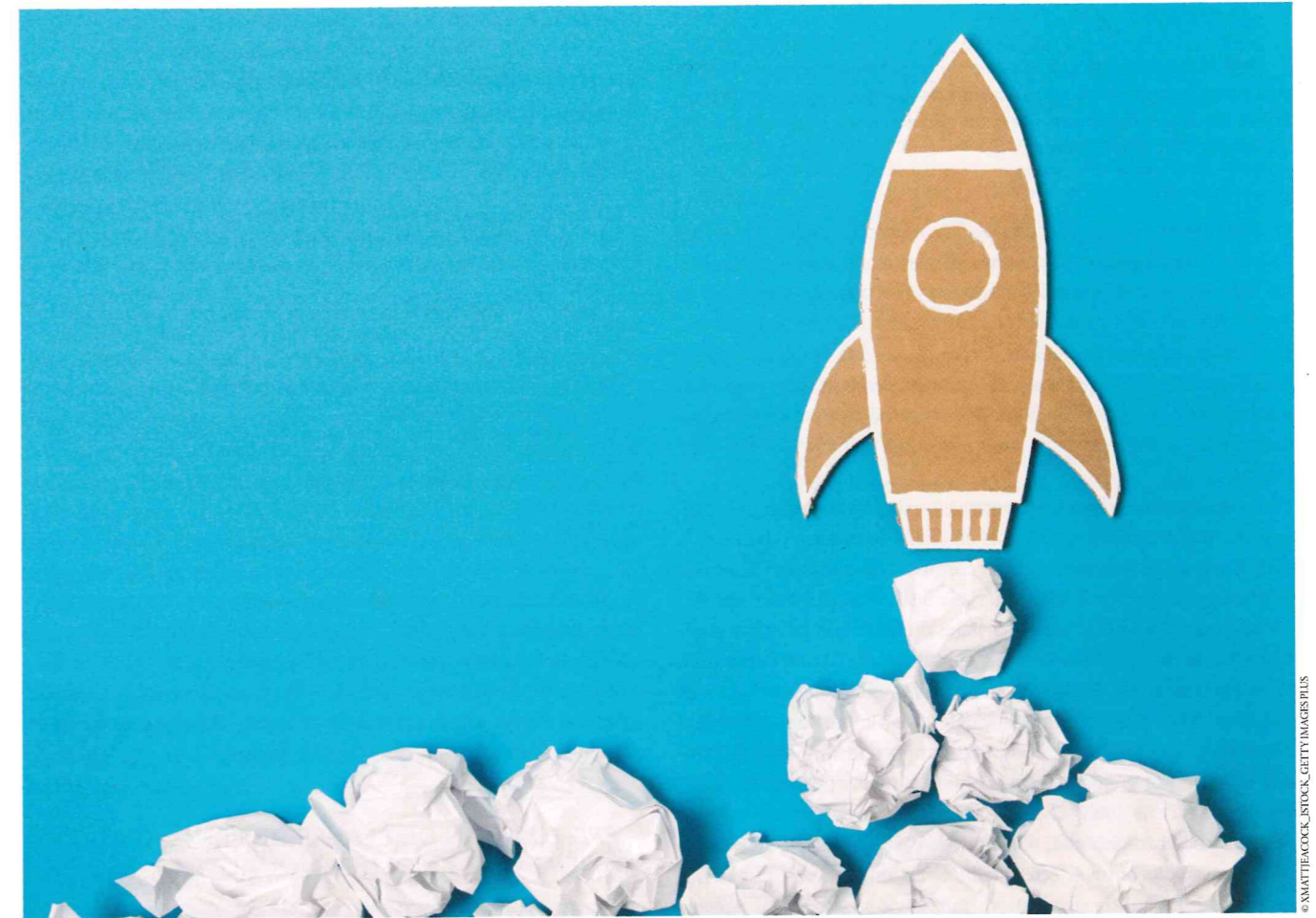
Dans la seconde, pour le partage, il doit être porté à l'actif de la masse à partager les actions, pour leur valeur au jour du partage : au terme dudit partage, une partie des actions concernées pourront donc être attribuées au conjoint.

Ce partage en nature place les époux dans une situation presque inverse par rapport à l'article 1832-2, car c'est à la « sortie » du mariage que le danger d'ingérence de l'autre époux dans la société se retrouve. Et ce d'autant plus que, à ce stade, les époux sont divorcés, ce qui laisse présager une mésentente entre eux (en d'autres termes, cela risque de perturber le fonctionnement de la société, voire de conduire à sa disparition si la mésentente est grave et induit une paralysie !).

9 - Le danger est d'autant plus important que l'anticipation n'est pas toujours possible. Certes, dans une SAS, il est possible d'éviter cette difficulté, et c'est en général ce que le praticien fait, *via* une clause d'agrément⁵. En revanche, cela est impossible dans les SA puisque, en cas de liquidation du régime matrimonial ou à cause de mort, les clauses statutaires prévoyant l'agrément des nouveaux titulaires d'actions ne sont pas applicables au conjoint (C. com., art. L. 228-23, al. 3).

En d'autres termes, d'un point de vue global, l'équilibre se fait dans le sens contraire par rapport au texte commenté : l'époux n'est pas protégé lors de la souscription des actions, mais il peut devenir pleinement associé lors de la dissolution grâce au partage en nature. Partant, les critiques faites du point de vue de la société se retrouvent avec encore plus de force : l'autre ex-conjoint peut devenir un asso-

5 V. *infra*, n° 14 et 15.



cié à part entière, et dans les SA, les prévisions statutaires ne peuvent l'empêcher !

Il convient dès lors de voir comment la pratique peut s'adapter à ces critiques, avant de proposer des pistes d'évolution.

3. De lege lata : vraie ou fausse bonne idée ?

10 - Avant de proposer des évolutions textuelles, il convient, dans un premier temps, d'envisager les pistes d'action à disposition des praticiens. Six idées peuvent être citées... et éprouvées.

11 - Premièrement, la distinction bien propre / bien commun peut offrir des issues pour qui souhaite éviter, plus tard, la possible ingérence d'un conjoint engagé dans une procédure de divorce. Ainsi il suffira, en pratique, de constituer une société avec des apports réduits, et ce faisant un faible capital social, entièrement constitué de deniers propres de l'époux et de respecter les formalités d'emploi ou de remplacement (quitte à ce qu'il obtienne ces deniers par le recours à une donation familiale). Les parts sociales étant

alors des biens propres de l'époux, financés par des biens propres⁶, le jeu de l'article 1832-2 du Code civil est écarté.

Deux limites méritent cependant d'être mentionnées.

D'une part, mais cela n'appelle que peu de remarque, le faible capital social peut être un handicap pour la société, dont la crédibilité et, plus largement, les rapports avec les tiers seront affectés. Ce d'autant plus que l'augmentation postérieure dudit capital, par incorporation de bénéfices, réserves ou primes d'émission, pourrait, à en croire certains auteurs, conduire son conjoint à invoquer un comportement frauduleux visant à contourner l'application du régime matrimonial⁷.

D'autre part, il convient de demeurer prudent en cours d'union ! L'on songe, ici, au cas de l'EURL créée avant le mariage, dont une augmentation de capital aurait été décidée après le mariage. L'époux créateur de la société peut se penser à l'abri, mais ne l'est pas.

6 À ce propos, certains juges appliquent l'article 1832-2 à des parts sociales propres, dès qu'elles ont été financées par des biens communs, au prétexte que le texte ne distingue pas : V. CA Paris, 18 févr. 2020, n° 17/08258 : JurisData n° 2020-002128, préc.

7 V. F. Aumont, S. Thibert-Belaman et H. Mroz, 118^e Congrès des notaires de France : La distinction entre droits sociaux négociables et droits sociaux non négociables est-elle toujours d'actualité ? : DEF 15 juill. 2022, p. 29.

ATTENTION

→ À la séparation du couple, la revendication sur la moitié des parts issues de l'augmentation de capital – qui seront qualifiées de biens communs – est un risque, voire une arme entre les mains de l'autre époux.

12 - Deuxièmement, et suivant une logique similaire, le contrat de mariage peut être un outil intéressant pour modifier les qualifications en présence. En effet, il peut être proposé d'introduire une clause de stipulation de propre permettant l'exclusion des parts sociales – et d'ailleurs également des actions – de la communauté. Celles-ci, par-delà l'origine des biens (communs) servant à l'apport ou à l'acquisition, demeureront propres au souscripteur ou à l'apporteur. Si une telle clause ne pose pas de problème, par principe, quant à sa validité, trois remarques méritent toutefois d'être formulées.

D'abord, il semble exister une controverse sur la possibilité, par aménagement du régime matrimonial en cours de mariage, d'utiliser la stipulation de propre sur un bien commun déjà existant. Certains auteurs, prudents, considèrent que cela ne devrait pas être possible⁸, même si une décision (isolée) des juges du fond a pu retenir la position inverse⁹. Cette controverse ne saurait retenir ici notre attention. Si les époux s'interrogent, en cours d'union, quant au sort de biens présents, et que par définition leur entente est encore assurée, il sera plus simple de proposer à l'époux non-apporteur ou non-souscripteur de renoncer par écrit à revendiquer la qualité d'associé¹⁰.

Ensuite, d'aucuns soulignent que l'exclusion envisagée ne doit pas dénaturer la communauté. Surtout, elle doit résister au divorce du couple et ne pas pouvoir être qualifiée d'avantage matrimonial qui ne prend effet qu'à la dissolution du régime matrimonial au sens de l'article 265, alinéa 2, du Code civil¹¹. En ce sens, la clause prévoyant une exclusion de la communauté des parts sociales ou des actions sans récompense pourrait, éventuellement, faire débat. Telle n'est pas notre proposition : si l'article 1832-2 du Code civil est critiquable, c'est avant tout au regard de l'immixtion qu'il permet de l'époux non-apporteur ou non-souscripteur. L'objectif, en l'espèce, est d'assurer une autonomie de gestion à l'époux sur les parts – et les actions – tout en gardant un esprit communautaire *via* la stipulation d'une récompense. En d'autres termes, il s'agit d'appliquer la distinction titre/finance sans offrir à l'autre époux la possibilité de revendiquer les parts sociales.

Enfin, il importe de soigner la rédaction de la clause au regard des objectifs souhaités par les parties. En ce sens, il convient éventuellement de distinguer les parts sociales concernées. Si l'autonomie de l'époux apporteur ou souscripteur est souhaitable pour une société développant une activité d'entreprise, elle ne l'est peut-être pas s'agissant d'une société patrimoniale, par exemple une SCI dont l'objet est de détenir le patrimoine immobilier du couple.

8 V. not., F. Lucet : D. 1993, Somm. commenté, p. 218, cité in 96^e Congrès des notaires de France : Le patrimoine au XXI^e siècle, 2000, n° 4025 et 4026.

9 TGI Cusset, 26 juill. 1984 : JCP 1985, II, 20329, obs. M. Dagot.

10 V. infra, n° 13.

11 V. not., 110^e Congrès des notaires de France : Vie professionnelle et famille. Place au contrat, 2014, n° 1033 à 1035.

PROPOSITION DE CLAUSE DE STIPULATION DE PROPRE¹²

Option 1 – Toute société

Toute action ou part sociale acquise ou souscrite par l'un des époux en cours d'union sera réputée être un bien propre à cet époux.

Si des biens communs ont servi au financement de la part ou de l'action, une récompense sera due par l'époux associé, calculée conformément aux règles prévues à l'article 1469 du Code civil.

Option 2 – Sociétés à caractère professionnel uniquement

Toute action ou part sociale acquise ou souscrite par l'un des époux en cours d'union sera réputée être un bien propre à cet époux s'il exerce dans la société concernée tout ou partie de son activité professionnelle.

Si des biens communs ont servi au financement de la part ou de l'action, une récompense sera due par l'époux associé, calculée conformément aux règles prévues à l'article 1469 du Code civil.

13 - Troisièmement, si l'entente au sein du couple est cordiale lors de l'acquisition ou de la souscription de parts par un époux commun en biens, les conseils de l'acquéreur peuvent inviter l'autre époux à renoncer, par écrit, à revendiquer la qualité d'associé. Une telle renonciation est parfaitement valable si elle est faite une fois le droit acquis¹³. Elle peut, notamment, prendre la forme d'une intervention de l'époux à l'acte.

PROPOSITION DE CLAUSE DE RENONCIATION À REVENDICATION DE LA QUALITÉ D'ASSOCIÉ

Aux présentes est intervenu, conjoint commun en biens de

..... reconnaît avoir été averti, conformément aux dispositions de l'article 1832-2 du Code civil, de l'apport (ou : de l'acquisition) effectué(e) par son conjoint et de l'utilisation par celui-ci, pour ce faire, de biens communs.

Il est informé qu'il dispose de la faculté de pouvoir revendiquer la qualité d'associé de la société, pour la moitié des parts souscrites.

Néanmoins, déclare ne pas vouloir se voir reconnaître ladite qualité d'associé.

Il renonce dès lors, **définitivement**, à revendiquer cette qualité.

Il reconnaît que aura seul ladite qualité d'associé, pour la totalité des parts souscrites (ou : acquises).

Il est toutefois rappelé que les droits patrimoniaux afférents auxdites parts resteront communs.

Signature de

14 - Quatrièmement, c'est le rôle – central – des clauses d'agrément qui doit être mentionné. Certes, le conjoint peut revendiquer la propriété de la moitié des parts souscrites avec des biens communs. Cependant, s'il le fait lors de la souscription ou de l'acquisition, le couple sera traité unitai-

12 À noter que cette proposition part du postulat d'une exclusion de l'article 1832-2 du Code civil en présence de parts sociales propres, peu important les modalités de leur financement. Comp. CA Paris, 18 févr. 2020, n° 17/08258 : JurisData n° 2020-002128, préc.

13 Par ex., Cass. com., 12 janv. 1993, n° 90-21.126 : JurisData n° 1993-000060.

rement : les associés doivent alors agréer ou rejeter les deux. S'il intervient plus tard, l'agrément sera individuel.

Partant, il est parfaitement possible, voire souhaitable, de prévoir une clause d'agrément pour l'hypothèse d'une telle revendication, et ce afin de verrouiller l'entrée dans la société de nouveaux membres. Néanmoins, *quid* si rien n'est prévu ? Normalement, la revendication devrait suffire à faire de l'époux un associé !

Récemment, la Cour de cassation est cependant venue « limiter » les possibilités de revendication d'un époux en offrant à la disposition légale afférente à l'agrément des cessions de parts de SNC une portée inattendue. Elle a ainsi jugé qu'il résulte de la combinaison des articles 1832-2, alinéa 3, du Code civil et L. 221-13 du Code de commerce que la revendication de la qualité d'associé par le conjoint d'un associé en nom, bien que ne constituant pas une cession, est subordonnée au consentement unanime des autres associés, qui répondent indéfiniment et solidairement des dettes sociales¹⁴.

La jurisprudence assimile donc – violant la lettre de la loi au nom de son esprit – revendication et cession de parts, afin d'appliquer un agrément qui, en toute orthodoxie, n'aurait pas dû s'appliquer. L'analyse peut néanmoins se justifier en ce qu'elle instaure un équilibre : une sévérité accrue, à l'égard du conjoint, est retenue à la souscription des parts (on applique un agrément légal qui ne devrait pas s'appliquer). En revanche, une protection forte de ce même conjoint est observable à la liquidation grâce à la distinction entre le titre et la finance. Et, par-delà cette protection, l'époux associé garde la maîtrise de la société à l'issue du mariage.

15 - Il convient toutefois de remarquer que la portée de cet arrêt est parfois débattue en doctrine : la Cour de cassation visait l'article L. 221-13 du Code de commerce. Or, ce texte est applicable aux seules sociétés en nom collectif et est d'ordre public. Il prévoit que les parts sociales ne peuvent être cédées qu'avec le consentement de tous les associés. Partant, il s'agit donc d'un agrément légal et obligatoire, et non pas d'un agrément statutaire et facultatif.

En outre, rappelons qu'il concerne une société où les associés sont tenus indéfiniment et solidairement aux dettes sociales ! Dès lors, d'aucuns ont pu considérer que la solution pourrait être différente en présence d'une SARL, d'une SA, etc., bref, en présence d'un agrément statutaire dont il ne convient pas d'étendre les effets au-delà de la prévision des parties. Il est donc indispensable de convenablement conseiller les parties relativement au contenu de la clause d'agrément, mais également d'attirer leur attention quant à la portée souhaitée de l'agrément envisagé. En effet, il faut garder à l'esprit que la clause d'agrément qui ne vise que la revendication de l'article 1832-2 du Code civil laisse la société sans protection face aux accords entre époux de permutation de la qualité d'associé.

14 Cass. com., 18 nov. 2020, n° 18-21.797 : JurisData n° 2020-018945 ; Dr. sociétés 2021, comm. 3, note R. Mortier.

PROPOSITION DE CLAUSE : CAS PARTICULIER DE L'AGRÉMENT DU CONJOINT DE L'APPORTEUR OU DU SOUSCRIPTEUR

Lorsque l'apporteur ou le souscripteur des parts sociales est marié sous un régime de communauté, et qu'il finance l'apport ou l'acquisition à l'aide de deniers communs, la faculté de revendiquer la moitié des parts souscrites ou acquises, reconnue à son conjoint par l'article 1832-2, alinéa 3, du Code civil, est subordonnée à l'obtention d'un agrément des associés. La notification de son intention d'être personnellement associé, par le conjoint de l'apporteur ou du souscripteur, ainsi que la décision d'agrément, se font dans les conditions prévues aux articles des statuts.

Si cette notification a lieu lors de l'apport ou de l'acquisition, l'agrément des associés vaut pour les deux époux.

Si elle est postérieure à l'apport ou à l'acquisition, l'agrément ne vaut que pour le conjoint de l'apporteur ou du souscripteur, étant précisé que son époux associé, lors de la délibération sur l'agrément, ne participe pas au vote et que ses parts ne sont pas prises en compte pour le calcul du quorum et de la majorité.

16 - Cinquièmement, le type de société envisagé peut naturellement offrir un intéressant levier : l'époux désireux d'éviter tout risque d'interaction de la part de son conjoint préférera constituer une SAS plutôt qu'une SARL ! Et, en présence d'une SARL déjà constituée, il pourrait être proposé de la transformer en une SAS, et ce, avant toute cession de part¹⁵. Partant, puisque la cession d'actions est libre, à la différence d'une cession de parts sociales (C. civ., art. 1424), l'époux associé pourra agir à sa guise.

CONSEIL PRATIQUE

→ Un inconvénient mérite cependant d'être rappelé. Dans ce cas, c'est un partage en nature des actions qui va s'opérer à la dissolution du mariage puisque, en ce domaine, il n'est pas loisible d'appliquer la distinction du titre et de la finance¹⁶.

17 - Sixièmement, et enfin, d'aucuns pourraient être tentés de procéder à une réduction de capital afin « d'éliminer » les titres visés par l'article 1832-2 du Code civil. Il s'agit là, assurément, d'une fausse bonne idée, comme le démontre l'arrêt précité, rendu par la cour d'appel de Paris.

15 F. Aumont, S. Thibert-Belaman et H. Mroz, 118^e Congrès des notaires de France : La distinction entre droits sociaux négociables et droits sociaux non négociables est-elle toujours d'actualité ? : DEF 15 juill. 2022, p. 29, préc.

16 V. R. Mortier, La transformation avant cession. Le droit des affaires à la confluence de la théorie et de la pratique, in *Mél. en l'honneur du professeur P. Le Cannu* : Lextenso, 2014, p. 301. À noter toutefois que cet inconvénient peut être traité par le contrat de mariage, lequel peut prévoir une clause de pré-lèvement moyennant indemnité en faveur de l'époux associé (C. civ., art. 1511), dont le jeu en cas de divorce est néanmoins subordonné à la bonne entente des époux à ce moment-là, sauf à considérer qu'ils peuvent, dans leur contrat de mariage, s'entendre sur le maintien de la clause en cas de divorce. S'agissant de ce dernier point, les arrêts rendus par la Cour de cassation en matière de clauses d'exclusion des biens professionnels dans un régime de participation aux acquêts ne militent pas en ce sens : V. Cass. 1^{re} civ., 18 déc. 2019, n° 18-26.337 : JurisData n° 2019-023658 ; JCP N 2020, n° 9, 1059, note A. Karm ; Dr. famille 2020, comm. 44, note S. Torricelli-Chrifi. – Cass. 1^{re} civ., 31 mars 2021, n° 19-25.903 : JurisData n° 2021-004752 ; JCP N 2021, n° 23, act. 597, obs. S. Bernard ; Dr. famille 2021, comm. 92, note B. Beignier.

le 18 février 2020¹⁷. En l'espèce, un époux détenait des parts de SARL acquises avant son mariage et avait, après son mariage, souscrit une augmentation de capital. Face aux velléités de son épouse relativement aux parts nouvellement acquises, la société avait voté – postérieurement au divorce – une réduction de capital par annulation des parts créées lors de l'augmentation de capital.

Les magistrats annulèrent ladite réduction de capital faute de convocation de l'épouse à l'assemblée l'ayant décidée. Par-delà le cas d'espèce, un auteur soulignait avec raison que ce « *tour de "passe-passe", dépassant les prouesses du regretté Garcimore* », suscite bien des interrogations, éventuellement sur le fondement de l'article 1424 (motif pris que la réduction de capital non motivée par des pertes équivaldrait à une aliénation de droits sociaux), à tout le moins sur le terrain de la responsabilité de l'époux associé, en sa qualité de gestionnaire de la communauté, s'il s'avère que son vote procède d'une faute au regard des intérêts de la communauté¹⁸.

18 - On le voit, si des pistes existent permettant de « *neutraliser* », dans une certaine mesure, les difficultés liées à l'application de l'article 1832-2 du Code civil, le texte demeure critiquable. Des pistes d'évolutions peuvent également être proposées.

4. De lege ferenda

19 - Une piste d'amélioration nous semble pouvoir être envisagée s'agissant de la faculté de revendiquer la moitié des parts, à savoir limiter dans le temps cette possibilité. En effet, il a été vu qu'une difficulté particulière réside dans l'utilisation de la revendication comme une arme lors du divorce, bien des années après la souscription ou l'acquisition litigieuses. Limiter cette faculté dans le temps permettrait de « *clarifier* » les intentions de

l'époux non-apporteur ou non-souscripteur : s'il souhaite prendre part à l'aventure sociétaire financée grâce à des deniers communs, il doit le faire *ab initio* (ou tout le moins dans un bref délai).

Et ce d'autant plus qu'il convient de rappeler que, même lorsque l'article 1832-2 du Code civil ne joue pas, la distinction du titre et de la finance permet en tout état de cause aux époux de s'entendre pour modifier la répartition, entre eux, de la qualité d'associé. En effet, renoncer à la revendication ci-dessus énoncée n'équivaut pas nécessairement à abandonner définitivement la possibilité d'entrer dans la société : c'est juste renoncer à y entrer intempestivement, sans avoir obtenu l'accord de l'époux originellement associé¹⁹.

Partant, le Comité juridique de la FNDP propose une modification de l'article 1832-2, alinéa 3, du Code civil (*V. encadré ci-après*).

PROPOSITION DE MODIFICATION DE L'ARTICLE 1832-2, ALINÉA 3, DU CODE CIVIL

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.

Ladite notification doit intervenir dans les 2 années suivant l'accomplissement des formalités prévues au premier alinéa. 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.

L'essentiel à retenir

- L'article 1832-2 du Code civil, s'il cherche à protéger le conjoint non-apporteur ou non-souscripteur de parts sociales non négociables financées à l'aide de deniers communs, peut parfois venir perturber le fonctionnement de la société en ce qu'il permet l'entrée d'un conjoint, parfois indésirable !
- Des techniques existent toutefois pour éviter cette intrusion.
- En outre, le comité juridique de la FNDP propose une modification du texte afin d'enserrer la revendication dans un certain délai (2 ans).

19 *V. en ce sens, la proposition du Congrès des notaires qui détache l'article 1832-2 du Code civil de la « possibilité pour des époux communs en biens de transférer à tout moment la qualité d'associé entre eux dans le respect du pacte statutaire » (Les propositions du 118^e congrès des notaires de France pour promouvoir l'ingénierie notariale : DEF 22 sept. 2022, n° 210^e 2, p. 5).*

17 *CA Paris, 18 févr. 2020, n° 17/08258 : JurisData n° 2020-002128, préc.*

18 *V. E. Naudin, La nullité de la réduction de capital votée en l'absence d'un conjoint associé : retour sur l'article 1832-2 du Code civil : BJS sept. 2020, n° 121^e 4, p. 28.*

LOGEMENT

1245

Logement familial : quelques clarifications sur l'article 215, alinéa 3 du Code civil

L'article 215, alinéa 3 du Code civil pose le principe de la cogestion du logement familial. Si le domaine d'application de ce texte semble avoir été étendu par la jurisprudence au-delà des actes de disposition, il existe néanmoins des situations qui demeurent en dehors de son champ.

Tel est le cas notamment de la licitation partage du logement de la famille indivis et la renonciation à l'insaisissabilité légale de la résidence principale, questions sur lesquelles le comité juridique de la FNDP propose quelques éléments de clarification.

Sandie Lacroix-De Sousa,
maître de conférences HDR, université d'Orléans, Centre de recherche juridique Pothier (EA 1212), directrice du master 2 droit et ingénierie du patrimoine

Cécile Lisanti,
professeur à l'université de Montpellier, présidente du comité juridique de la FNDP

Ndlr : cette étude fait partie d'un dossier plus important consacré aux derniers avis du comité juridique de la FNDP : *JCP N 2022, n° 43, 1243 à 1246*.

1 - L'exigence de la cogestion pour les actes accomplis sur le logement familial, qui résulte de l'article 215, alinéa 3 du Code civil, est une disposition fondamentale du droit des régimes matrimoniaux et particulièrement du régime primaire. Le texte dispose : « *les époux ne peuvent l'un sans l'autre disposer des droits par lesquels est assuré le logement de la famille, ni des meubles meublants dont il est garni.* » Il fixe par là une règle de cogestion qui s'applique à tous les époux, quel que soit leur régime matrimonial. Son objectif est la protection du logement familial et, plus spécialement, la protection des époux l'un envers l'autre pour l'accomplissement des actes de gestion qui compromettraient le logement de la famille. L'idée est alors que l'immeuble qui sert de résidence à la famille n'est pas un bien comme un autre. L'association des époux dans les décisions qui s'y rapportent est donc exigée, sous peine de nullité de l'acte accompli par l'un des époux seul.

2 - Le domaine d'application de ce texte s'est étendu en raison de son interprétation jurisprudentielle : extension au-delà des actes de disposition¹ pour aller jusqu'à soumettre la résiliation d'un contrat d'assurance habitation à cogestion².

Pourtant, à y regarder de plus près, il existe des situations qui suscitent des difficultés du point de vue de l'application de l'article 215, alinéa 3 du Code civil :

- la licitation partage du logement de la famille indivis (1) ;
- et la renonciation à l'insaisissabilité légale de la résidence principale (2)³.

1. La licitation partage du logement de la famille indivis

3 - L'articulation de l'article 215, alinéa 3 du Code civil avec le régime de l'indivision soulève plusieurs difficultés lorsque les époux, séparés de biens par exemple, sont propriétaires indivis de l'immeuble servant de logement familial. La question est plus précisément de savoir si l'article 215, alinéa 3 du Code civil empêche la licitation partage du bien indivis.

Des mouvements *a priori* contraires ont pu se dessiner en jurisprudence. On pourrait alors penser qu'il en résulte une protection aléatoire, « *à géométrie variable* », peu satisfaisante aussi bien sur le plan pratique que sur le plan théorique (A). Toutefois, à y regarder de plus près, la contradiction n'est qu'apparente et une articulation de ces solutions découle de l'article 215, alinéa 3 du Code civil (B).

1 *Pour un bail : Cass. 1^{re} civ., 16 mai 2000, n° 98-13.441 : JurisData n° 2000-002009 ; D. 2000, IR, 192 ; Defrénois 2000, 460, obs. Champenois.*

2 *Cass. 2^e civ., 10 mars 2004, n° 02-20.275 : JurisData n° 2004-022729 ; JCP G 2004, I, 176, n° 3, obs. Wiederkehr ; Dr. famille 2004, comm. 64, note V. Larribau-Terneyre ; Defrénois 2004, 1462, obs. Champenois.*

3 Le cas particulier du logement de la famille détenu par l'intermédiaire d'une SCI a été exclu de la présente étude car il fera l'objet d'un prochain avis de la FNDP.

A. - État des lieux

4 - Deux décisions récentes pourraient paraître exprimer des contradictions apparentes. En effet, à propos de la licitation partage du logement indivis, dans une première affaire, l'application de l'article 215, alinéa 3 du Code civil est retenue par la première chambre civile de la Cour de cassation, alors qu'elle est, un an plus tard, écartée dans une seconde affaire.

5 - Le premier de ces arrêts a été rendu par la première chambre civile de la Cour de cassation, le 3 avril 2019⁴. L'affaire a été rendue alors que l'un des époux, entrepreneur individuel, était l'objet d'une liquidation judiciaire. La question était plus particulièrement de savoir si, comme le soutenaient les époux, l'article 215, alinéa 3 du Code civil était opposable au liquidateur qui exerçait une action en licitation partage du logement familial sur le fondement de l'article 815 du Code civil. Il faut souligner que la question se posait parce que l'insaisissabilité légale de la résidence principale ne pouvait être opposée par le débiteur au liquidateur pour des raisons d'application de loi dans le temps. En effet, l'insaisissabilité légale de la résidence principale de l'entrepreneur individuel place cette dernière en dehors des actifs de la procédure⁵. Par conséquent, le liquidateur ne peut procéder à la réalisation du logement familial en raison de l'application de l'article L. 526-1 du Code de commerce⁶. La question de la licitation partage ne se pose donc que lorsque l'insaisissabilité légale ne joue pas.

REMARQUE

→ La réforme du statut de l'entrepreneur individuel par la loi du 14 février 2022 et la séparation des patrimoines professionnel et personnel ne met pas un terme à ce débat. L'entrepreneur individuel conserve en effet la possibilité de renoncer à l'insaisissabilité légale de sa résidence principale.

6 - Il s'agit alors particulièrement de savoir si l'article 215, alinéa 3 du Code civil constitue un argument des époux leur permettant de s'opposer à la demande de licitation partage du bien initiée par le liquidateur sur le fondement de l'article 815 du Code civil.

Il faut rappeler que l'article 815 du Code civil donne à chaque coindivisaire le pouvoir de provoquer la licitation et le partage de l'indivision. Lorsque l'indivisaire est en liquidation judiciaire, par l'effet du dessaisissement et, donc, de la perte des pouvoirs du débiteur qui résulte de l'article L. 641-9 du Code de commerce, le liquidateur agit au nom et pour le compte de l'époux débiteur. Par conséquent, il est admis par principe que le liquidateur peut agir sur le fondement de l'article 815 du Code civil.

Dans le cas particulier où le bien indivis est le logement familial, l'article 215, alinéa 3 du Code civil s'oppose-t-il à une telle action ? En d'autres termes, le consentement du conjoint *in bonis* est-il requis pour l'exercice par le liquidateur de l'action prévue à l'article 815 du Code civil ? Dans cet arrêt rendu le 3 avril 2019⁷, la première chambre civile a répondu par l'affirmative et jugé que l'article 215, alinéa 3 du Code civil devait s'appliquer à une demande en partage d'un bien indivis, par lequel est assuré le logement de la famille, fondée sur l'article 815 du Code civil.

Cette solution est donc favorable aux époux qui disposent, grâce à l'article 215, alinéa 3 du Code civil, des moyens de s'opposer à la réalisation du logement en présence d'une liquidation judiciaire.

7 - Dans un second arrêt, rendu le 16 septembre 2020 par la première chambre civile de la Cour de cassation⁸, il a été jugé que l'article 215, alinéa 3 du Code civil était inopposable au créancier personnel de l'un des époux agissant en licitation partage sur le fondement de l'article 815-17, alinéa 3 du Code civil. La solution n'est d'ailleurs pas véritablement nouvelle, car la première chambre civile avait déjà jugé en ce sens dans un arrêt rendu en 1991⁹.

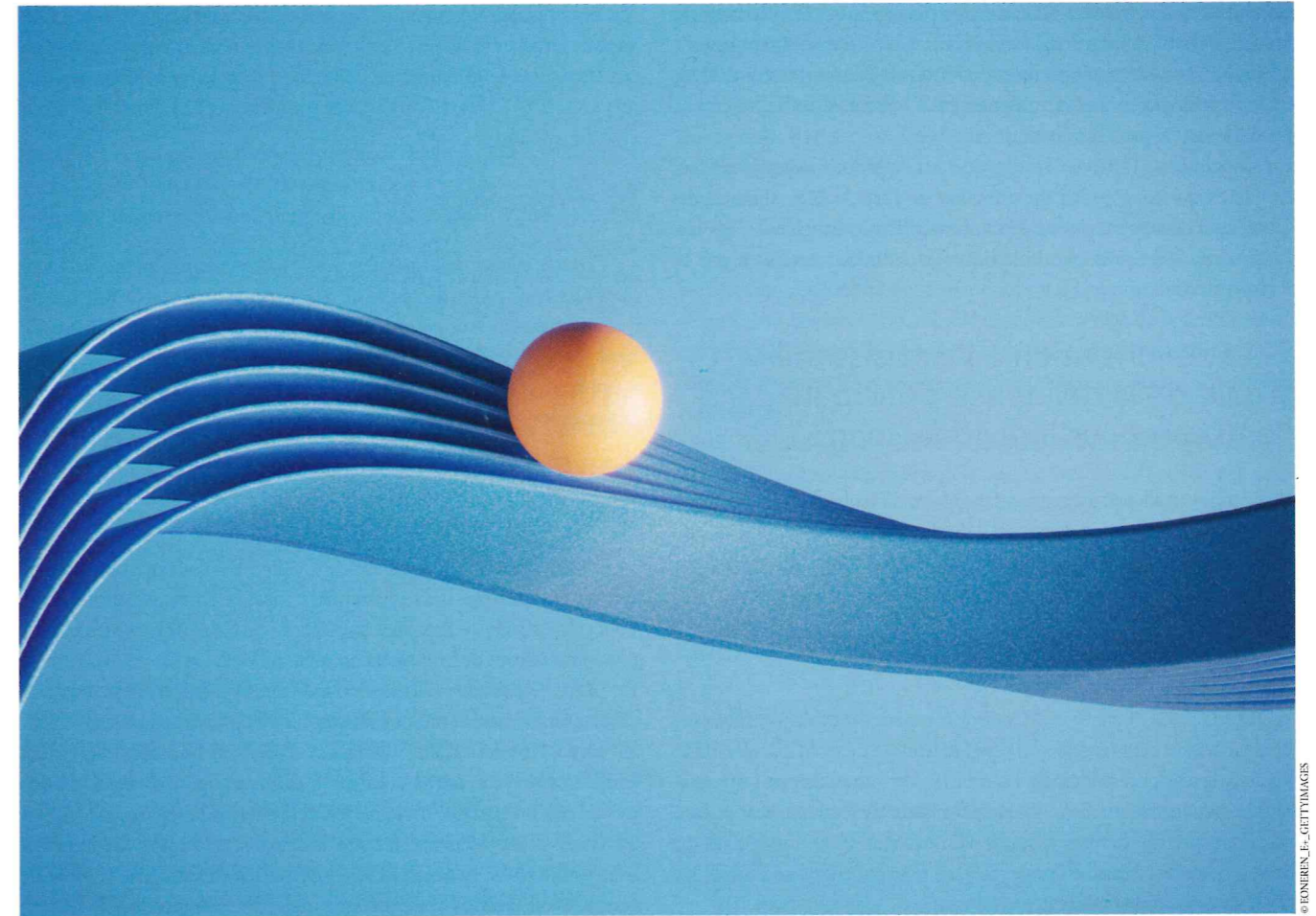
Dans l'affaire en présence, une liquidation judiciaire avait été ouverte contre une société et l'un des associés, marié sous le régime de la séparation de biens, avait été condamné en qualité de caution au paiement de la créance impayée. Le créancier, en l'occurrence une banque, avait alors assigné la caution et son épouse sur le fondement de l'article 815-17, alinéa 3 du Code civil afin qu'il soit procédé à la vente sur licitation de l'immeuble indivis qui était le logement de la famille. Les juges du fond avaient accueilli favorablement cette demande et, pour le contester, les époux invoquaient la violation de l'article 215, alinéa 3 du Code civil¹⁰. Il est important de souligner que dans cette affaire, il ne s'agissait pas de vente forcée à l'initiative du liquidateur mais d'une demande de partage du bien indivis émanant directement du créancier et fondée sur l'article 815-17, alinéa 3 du Code civil. La question était donc celle de l'articulation de ce texte avec l'article 215, alinéa 3 du Code civil. À cette question, la première chambre civile répond alors que : « les dispositions protectrices du logement familial de l'article 215, alinéa 3, du code civil ne peuvent, hors le cas de fraude, être opposées aux créanciers personnels d'un indivisaire usant de la faculté de provoquer le partage au nom de leur débiteur en application de l'article 815-17, alinéa 3, du même code. » Ainsi, très clairement, la première chambre civile considère que l'article 215, alinéa 3 du Code civil ne constitue pas un obstacle à

7 Cass. 1^{re} civ., 3 avr. 2019, n° 18-15.177 : *JurisData* n° 2019-004961, préc.

8 Cass. 1^{re} civ., 16 sept. 2020, n° 19-15.939 : *JurisData* n° 2020-013349 ; *Dr. famille* 2020, comm. 147, note S. Torricelli-Chrifi.

9 « [...] les dispositions de [l'article 215, alinéa 3 du Code civil] ne font pas obstacle à une demande de partage des biens indivis portant sur le logement de la famille ; qu'elles doivent, hors le cas de fraude, non allégué en l'espèce, être considérées comme inopposables aux créanciers ; que la cour d'appel était donc en droit d'accueillir la demande formée par [...] sur le fondement de l'article 815-17 du Code civil » : Cass. 1^{re} civ., 3 déc. 1991, n° 90-13.311 : *JurisData* n° 1991-003191 ; *Defrénois* 1992, art. 35220, n° 38, obs. G. Champenois.

10 L'insaisissabilité de la résidence principale ne pouvait pas venir au secours des époux, qui ne profite qu'à l'entrepreneur individuel. L'associé de la société en liquidation judiciaire qui se porte caution des dettes sociales reste donc en dehors de la protection instaurée par l'article L. 526-1 du Code de commerce.



une demande de partage et de licitation formulée par le créancier de l'un des époux sur le fondement de l'article 815-17, alinéa 3 du Code civil.

8 - De prime abord, les deux décisions rendues à une année d'intervalle pourraient paraître contradictoires pour l'application de l'article 215, alinéa 3 du Code civil. À y regarder de plus près, elles s'articulent de manière cohérente et justifiée.

B. - Articulation des solutions

9 - Pour comprendre l'articulation entre ces deux décisions, il convient de revenir sur la *ratio legis* de l'article 215, alinéa 3 du Code civil. Texte protecteur du logement familial, il a vocation à organiser une protection des époux contre les actes de gestion qui pourraient être accomplis par l'un des époux au détriment de l'autre. Il énonce une règle de gestion protégeant les époux l'un contre l'autre.

Le texte concerne donc les relations entre les époux, et non la relation des époux à l'égard des tiers, et notamment à l'égard des créanciers. C'est la raison pour laquelle le texte ne saurait être détourné de sa finalité afin de permettre la soustraction du logement au droit de gage des créanciers. La jurisprudence a d'ailleurs toujours été attachée à cette finalité du texte, comme en témoignent les décisions qui ont exclu son application à la vente forcée à l'initiative d'un créan-

cier¹¹ ou celles qui ont écarté l'application du texte pour la constitution d'une hypothèque judiciaire¹². La cogestion n'a pas de sens lorsqu'il s'agit d'un acte mené par le créancier : par cogestion, il faut comprendre association des deux époux pour éviter que l'un des époux ne puisse agir seul. En d'autres termes, il ne peut être question de dépassement de pouvoir lorsque l'on est en présence d'un acte accompli par un créancier qui met en œuvre son droit de gage général.

10 - À la lumière de ces éléments, il apparaît alors que les solutions rendues en matière d'indivision, qui certes pourraient sembler contradictoires, s'articulent de manière cohérente.

En effet, la cogestion prévue à l'article 215, alinéa 3 du Code civil s'applique seulement lorsque l'acte émane de l'époux, ou de son représentant qui agit en son nom et pour son compte en application de l'article 815 du Code civil. C'est ce qui est jugé dans l'arrêt rendu en 2019.

En revanche, parce que l'article 215, alinéa 3 du Code civil ne peut avoir pour finalité d'empêcher l'exercice par les créanciers de leur droit de gage général, il faut admettre que le créancier d'un des époux

11 Cass. 3^e civ., 12 oct. 1977 : *D.* 1978, p. 333, note Chartier. - Cass. 1^{re} civ., 21 mai 1997, n° 95-14.102, P : *JurisData* n° 1997-002164 ; *D. affaires* 1997, p. 905 ; *JCP* 1997, I, 4054, n° 14, obs. Petel.

12 Cass. 1^{re} civ., 8 janv. 1985 : *Bull. civ.* I, n° 7.

4 Cass. 1^{re} civ., 3 avr. 2019, n° 18-15.177 : *JurisData* n° 2019-004961 ; *Rev. proc. coll.* 2020, comm. 87, note C. Lisanti ; *Dr. famille* 2019, comm. 127, note S. Torricelli-Chrifi.

5 Tel est tout au moins le cas pour les procédures collectives ouvertes depuis le 8 août 2015. En ce sens, Cass. com., 29 mai 2019, n° 18-16.097 : *Rev. proc. coll.* 2020, comm. 90, note C. Lisanti.

6 À propos de la DNI, mais transposable à l'insaisissabilité légale de la résidence principale : Cass. com., 28 juin 2011, n° 10-15.482 : *JurisData* n° 2011-012491 ; *JCP E* 2011, 1551, note F. Pérochon ; *Rev. proc. coll.* 2012, comm. 111, note C. Lisanti ; *D.* 2011, p. 1751, obs. A. Lienhard ; *D.* 2011, p. 2485 et 2196, obs. P.-M. Le Corre.

est parfaitement fondé à demander le partage sur le fondement de l'article 815-17, alinéa 3 du Code civil. C'est pourquoi, comme l'a admis la Cour de cassation dans l'arrêt rendu le 16 septembre 2020, un créancier personnel d'un époux peut appréhender le logement familial, sauf si une fraude est démontrée¹³.

En conclusion, l'analyse révèle que les solutions sont justifiées. Les actes qui sont exclus du domaine de l'article 215, alinéa 3 du Code civil n'émanent pas de l'époux mais d'un créancier de l'époux. La finalité de la protection explique les solutions retenues par la jurisprudence.

2. La renonciation à l'insaisissabilité légale de la résidence principale par l'entrepreneur individuel marié

11 - Il convient de présenter, tout d'abord, les difficultés posées par l'articulation des dispositions de l'article 215, alinéa 3 du Code civil et de l'article L. 526-3 du Code de commerce (A), avant de proposer, ensuite, un appel à vigilance des praticiens rédigeant l'acte de renonciation (B).

A. - État des lieux

12 - L'article L. 526-3, alinéa 2 du Code de commerce prévoit que l'entrepreneur individuel peut renoncer au bénéfice d'un créancier à l'insaisissabilité légale de la résidence principale. En effet, le bien immobilier est souvent le seul élément de réelle valeur dans le patrimoine de l'entrepreneur et, face aux impératifs de garantie, la soustraction définitive des immeubles du droit de gage des créanciers professionnels pourrait conduire à ruiner les possibilités de crédit pour l'entreprise¹⁴.

REMARQUE

→ La même idée est reprise à propos de l'entrepreneur individuel dans la loi du 14 février 2022. L'entrepreneur peut en effet renoncer à la séparation des patrimoines professionnel et personnel, sous réserve de respecter un formalisme lourd prévu par ses décrets d'application¹⁵. Cette renonciation à la scission patrimoniale peut être doublée d'une renonciation à l'insaisissabilité légale de la résidence principale.

13 - Lorsque l'entrepreneur individuel est marié, peut-il renoncer seul à l'insaisissabilité légale de la résidence principale prévue à l'article L. 526-3, alinéa 2 du Code de commerce ? Ou bien à l'inverse, faut-il considérer

13 L'insaisissabilité légale de la résidence principale de l'entrepreneur individuel peut en revanche constituer un argument efficace pour neutraliser l'action du liquidateur, la Cour de cassation ayant récemment jugé que le liquidateur ne peut agir en licitation partage que si tous les créanciers de la procédure ont des créances nées avant l'entrée en vigueur de la loi du 6 août 2015. V. en ce sens : Cass. com., 13 avr. 2022, n° 20-23.165 : JurisData n° 2022-005802 ; JCP N 2022, n° 17, act. 505. - C. Lisanti, *Opposabilité de l'insaisissabilité légale de la résidence principale à la liquidation judiciaire : un seul créancier suffit !* : BJE juill. 2022, n° BJE200*2.

14 D. Autem, *L'insaisissabilité de la résidence principale de l'entrepreneur individuel* : DEF 15 mars 2004, p. 327.

15 N. Kilgus, *La renonciation par l'entrepreneur individuel à la séparation de ses patrimoines* : Sol. Not. 2022, n° 31, info 9.

que la renonciation est soumise à cogestion parce qu'il s'agit d'un acte relevant de l'article 215, alinéa 3 du Code civil, la résidence principale étant par hypothèse le logement de la famille ? C'est ici la combinaison des articles L. 526-3, alinéa 2 du Code de commerce et 215, alinéa 3 du Code civil qui interroge.

B. - Propositions

14 - Constat : silence de la loi et absence de solution jurisprudentielle. La jurisprudence n'a pas eu l'occasion de régler cette question et l'article L. 526-3, alinéa 2 du Code de commerce n'envisage pas la question de l'entrepreneur marié. Il est donc ici proposé de présenter les arguments s'opposant à l'application de l'article 215, alinéa 3 du Code civil (1), puis ceux qui, à l'inverse, pourraient être admis en faveur de son application (2).

1° Arguments défavorables à l'application de la cogestion

15 - La renonciation prévue à l'article L. 526-3 du Code de commerce ne renvoie pas aux règles des régimes matrimoniaux. La renonciation semble donc relever exclusivement des dispositions du Code de commerce et des pouvoirs exclusifs de l'entrepreneur individuel.

En outre, le principe d'indépendance des époux dans leur exercice professionnel justifierait que l'entrepreneur individuel puisse renoncer seul à l'insaisissabilité à la faveur d'un créancier, nécessairement professionnel. La même solution a d'ailleurs été réitérée à propos de la scission patrimoniale de l'entrepreneur : le législateur n'a pas envisagé la renonciation à cette scission sous l'angle des régimes matrimoniaux¹⁶, ce qui peut être interprété comme une volonté de promouvoir l'autonomie professionnelle de l'entrepreneur.

De surcroît, la qualification de la renonciation à l'insaisissabilité en un acte de disposition sur le logement familial n'est pas si évidente. Certes, la renonciation a un impact sur le droit de gage des créanciers mais, comme énoncé précédemment en matière de licitation partage du logement familial indivis, la finalité de l'article 215, alinéa 3 du Code civil n'est pas de soustraire le logement au droit de gage des créanciers. Le logement familial est donc indisponible en ce sens que l'un des époux ne peut en disposer sans le consentement de l'autre, mais il n'est pas pour autant insaisissable en ce qu'il ne s'oppose pas au droit de gage général conféré aux créanciers par la loi.

Par ailleurs, il convient ici de rappeler que cette protection ne revêt aucun caractère absolu, elle ne vaut que pendant le mariage et comme l'a encore indiqué la première chambre civile dans un arrêt du 22 mai 2019¹⁷, la donation du logement avec réserve d'usufruit par un époux qui a seul la propriété ne porte d'ailleurs pas atteinte à l'usage et à la jouissance du logement durant le mariage.

16 La renonciation à la scission patrimoniale de l'EI fait l'objet d'un rapport en cours du comité juridique de la FNDP, à l'instar de la question : EI et régimes matrimoniaux. La question ne se pose pas exactement dans les mêmes termes pour la renonciation à la scission patrimoniale, et pourrait peut-être se régler par application de l'article 1415 du Code civil.

17 Cass. 1^{re} civ., 22 mai 2019, n° 18-16.666 : JurisData n° 2019-008400 ; JCP N 2019, n° 37, 1272, note V. Boucharde ; JCP G 2019, 730, note N. Kilgus ; Dr. famille 2019, comm. 178, note S. Torricelli-Chrifi.

2° Arguments favorables à l'application de la cogestion

16 - La renonciation à l'insaisissabilité est un acte grave qui émane d'un seul des époux et qui compromet le logement de la famille. Elle conduit à une extinction de l'insaisissabilité de la résidence principale pourtant conçue comme un droit acquis de l'entrepreneur individuel sur lequel ne revient pas, d'ailleurs, la loi n° 2022-172 du 14 février 2022 en faveur de l'activité professionnelle indépendante¹⁸. Le logement familial redevient le gage des créanciers, sans qu'il y ait lieu de dissocier suivant le caractère professionnel ou personnel des créances.

La renonciation fait perdre l'insaisissabilité automatique de la résidence principale et fait retourner le logement dans le droit de gage du créancier. Permettre à l'entrepreneur d'agir seul pour y renoncer reviendrait à reconnaître que l'époux puisse exercer seul un acte de gestion qui risque de compromettre le logement.

Si l'on se réfère à l'esprit du texte, il paraît logique d'appliquer l'article 215, alinéa 3 du Code civil. La cogestion permettrait de protéger l'époux de l'entrepreneur qui accomplit un acte grave, le créancier pouvant ensuite notamment obtenir la vente forcée.

17 - La solution semble également cohérente avec le fondement initial de la déclaration d'insaisissabilité : dès la loi du 1^{er} août 2003, dite loi Dutreil, le dispositif est clairement présenté comme un mécanisme de protection du patrimoine personnel et familial de l'entrepreneur individuel. En l'absence de création de personne morale et de création d'un patrimoine d'affectation, il lui offre la possibilité de soumettre seulement une partie de ses biens aux risques professionnels. Permettre à un époux d'y renoncer seul ne semble pas conforme à cet objectif de protection du patrimoine personnel de l'entrepreneur.

En outre, même s'il existe des difficultés relatives à la nature de l'acte de renonciation, celles-ci n'ont pas réellement d'impact, car la jurisprudence applique la protection à tout acte de gestion sur le logement familial accompli par l'un des époux seul, sans se limiter aux seuls actes de disposition. Il faut en effet rappeler que la jurispru-

dence a retenu l'application de l'article 215, alinéa 3 du Code civil et exigé la cogestion pour la conclusion d'un bail d'habitation ou encore la résiliation du contrat d'assurance habitation de la résidence principale des époux¹⁹. C'est pourquoi il est fort probable que les juridictions décident de soumettre la renonciation à la cogestion des époux sous peine de nullité.

18 - **Avis du comité juridique de la FNDP.** - En l'absence de solution claire, et face à la difficulté de trancher entre les arguments en présence, le créancier bénéficiaire de la renonciation à l'insaisissabilité légale doit se prémunir contre le risque d'une éventuelle nullité de la renonciation, qui pourrait être sollicitée par l'époux de l'entrepreneur s'estimant victime d'un dépassement de pouvoirs sur le fondement de l'article 215, alinéa 3 du Code civil.

Dans l'attente d'une solution jurisprudentielle, la prudence commande donc aux praticiens de solliciter par écrit l'accord des deux époux, pour cette renonciation à l'insaisissabilité légale de la résidence principale, quel que soit le régime matrimonial de l'entrepreneur individuel et quelle que soit la propriété du logement.

PROPOSITION D'UNE CLAUSE À INSÉRER DANS L'ACTE DE RENONCIATION POUR S'ASSURER DE L'INFORMATION ET DU CONSENTEMENT DU CONJOINT À LA RENONCIATION D'INSAISSABILITÉ

L'entrepreneur individuel entend renoncer purement et simplement au bénéfice de l'insaisissabilité. Il déclare ne plus vouloir bénéficier des dispositions de l'article L. 526-1 du Code de commerce sur le bien dont la désignation suit

Intervenant à l'acte, son conjoint déclare avoir connaissance de cette renonciation à l'insaisissabilité et avoir été averti des conséquences de cette renonciation sur le logement familial, conformément aux dispositions de l'article 215, alinéa 3 du Code civil.

Il déclare donner son consentement à la renonciation à l'insaisissabilité.

L'essentiel à retenir

- Les solutions rendues en matière d'indivision, qui certes pourraient sembler contradictoires, s'articulent de manière cohérente.
- La question est en revanche plus délicate pour la renonciation à l'insaisissabilité de la résidence principale. Le comité juridique entend alerter les praticiens sur ce point et, dans l'attente d'une solution jurisprudentielle claire, préconise une attitude prudente consistant à solliciter l'accord écrit des deux époux pour cette renonciation.

18 N. Borge, *La limitation du risque entrepreneurial : insaisissabilité de la résidence principale, EIRL et réforme de l'entreprenariat individuel* : BJE mars 2022, p. 56.

19 V. supra n° 2, art. 1184.

ENTREPRISE

1246

Le transfert du patrimoine de l'EIPP

La loi du 14 février 2022 en faveur de l'activité professionnelle indépendante prévoit la mise en place automatique d'un patrimoine professionnel pour l'entrepreneur individuel et organise sa transmission.

Les textes régissant le transfert de ce patrimoine comportent cependant des failles, juridiques et fiscales, invitant à la prudence.

Le présent avis du comité juridique de la FNDP explore les pistes d'amélioration envisageables.

Sabrina Le Normand-Caillère,
maître de conférences HDR en droit privé, université
d'Orléans

Renaud Mortier,
professeur agrégé de droit privé, président de la Fédération
Nationale Droit du Patrimoine (FNDP), directeur du
Centre de droit des affaires (CDA), membre du Comité du
contentieux fiscal, douanier et des changes

Nadège Jullian,
professeuse de droit privé, agrégée des facultés de droit,
université Toulouse 1 Capitole, Centre de droit des affaires

Ndlr : cette étude fait partie d'un dossier plus important consacré aux derniers avis du comité juridique de la FNDP : JCP N 2022, n° 43, 1243 à 1246.

1 - La loi du 14 février 2022 n° 2022-172 en faveur de l'activité professionnelle indépendante prévoit la mise en place automatique d'un patrimoine professionnel pour l'entrepreneur individuel et organise sa transmission. Contrairement au patrimoine de l'EIRL, pour lequel il était possible de conseiller aux professionnels de ne pas recourir à ce statut, le nouveau dispositif ne pourra pas être évité sauf à choisir la forme sociétaire.

2 - La mise en place d'un patrimoine entrepreneurial automatique devrait entraîner une modification des pratiques en matière de transmission des entreprises individuelles. En effet, plutôt que de transmettre le fonds entrepreneurial ou de l'apporter en société, les praticiens pourraient préférer les transmissions universelles de patrimoine en raison justement de leur caractère universel : l'ensemble des droits, des biens et des obligations serait transmis en un tout, en un seul acte et l'auteur de la transmission serait libéré des dettes. La transmission universelle possède, il est vrai, des vertus. Cependant, l'examen du dispositif révèle des failles qui n'inciteront guère à l'utilisation de ces voies dédiées. Aussi, le législateur pourrait corriger les textes afin d'offrir à l'entrepreneur individuel les techniques efficaces que le droit des sociétés connaît d'ores et déjà (1). Il

serait également souhaitable qu'un régime fiscal adapté à la nature universelle du transfert soit adopté car, en l'état, les questions sans réponses sont nombreuses (2).

1. Le perfectionnement nécessaire du dispositif

3 - Il semble tout d'abord urgent que le législateur améliore la lettre de l'article L. 526-27 du Code de commerce afin de dissiper les doutes actuels (A). Il conviendrait ensuite que certains textes soient retouchés afin de préciser le dispositif (B).

A. - Les doutes entourant l'article L. 526-27 du Code de commerce

4 - Si le caractère universel du transfert est affirmé à plusieurs reprises par les nouveaux textes, l'article L. 526-27 du Code de commerce jette le trouble en raison de son alinéa 3. Celui-ci dispose que : « *Sous réserve de la présente section, les dispositions légales relatives à la vente, à la donation ou à l'apport en société de biens de toute nature sont applicables, selon le cas. Il en est de même des dispositions légales relatives à la cession de créances, de dettes et de contrats.* »

Une partie des auteurs analyse cet alinéa comme s'appliquant au transfert à titre particulier, *ut singuli*, des éléments contenus. En effet, l'alinéa 1^{er} poserait deux types de transferts : le transfert intégral et non intégral ; autrement dit, un transfert universel et un transfert à titre particulier.

Il nous semble cependant qu'il existe des incertitudes quant à la portée de cet alinéa et qu'il pourrait malheureusement s'appliquer au transfert du patrimoine à titre universel. La désactivation des règles du contenu serait alors en partie anéantie par cet alinéa et l'opération serait alors lourde et incertaine.

Plusieurs indices le laissent présager, en premier lieu, dans les textes et, en second lieu, dans les travaux parlementaires.

5 - En premier lieu, la lettre du texte semble particulièrement embrouillée. L'enchaînement des alinéas ne permet pas, à lui seul, de comprendre que l'alinéa 3 renvoie uniquement à une partie du 1^{er} alinéa. Si tel est le cas, il aurait donc fallu le préciser. Également, l'expression « *sous réserve de la présente section* » renvoie davantage à l'idée d'une articulation, d'une combinaison, des textes, qu'à celle d'une exclusion.

En outre, l'article L. 526-29 conduit à douter de la désactivation des règles du contenu et, donc, du caractère véritablement universel du transfert. En effet, en matière de transmission universelle, la jurisprudence applique certains textes en présence de transferts universels. Tel est le cas de l'article 1699¹ du Code civil ou de l'article 815-14 du même code². La désactivation de ces textes à l'article L. 526-29 est appréciable, une réponse claire est donnée. En revanche, l'article désactive les articles L. 141-12 à L. 141-22 du Code de commerce. Ce point est, quant à lui, dérangeant. Ne sont désactivés que les articles relatifs à la publicité et au droit d'opposition.

Mais ne le sont pas la totalité des dispositions relatives à la cession du fonds de commerce. Faut-il en déduire que l'ensemble est désactivé, car le transfert universel n'emporte pas « *cession* » du fonds ou, au contraire, qu'il faut appliquer les règles non expressément désactivées ? Le doute semble permis, d'autant plus si l'on s'attarde sur les travaux parlementaires.

6 - En effet, en second lieu, les travaux parlementaires indiquent notamment que « *Seraient écartées les dispositions relatives à la vente du fonds de commerce qui concernent l'information et le droit d'opposition des créanciers, mais non les autres, qui conservent leur utilité* »³. Également, dans le rapport législatif, on trouve le passage suivant : « *Le régime de la transmission universelle du patrimoine professionnel, tel que prévu par le projet de loi et largement inspiré des règles applicables en cas de fusion de sociétés ou de réunion des parts sociales en une seule main, est insatisfaisant [...]. En troisième lieu, alors que la TUP d'une société est une modalité sui generis de transmission des biens, l'on ne peut écarter totalement, ici, les règles applicables à la vente, à la donation ou à l'apport en société, selon le cas. [...] Ces considérations ont conduit la commission à refondre entièrement le régime de la transmission universelle du patrimoine professionnel, qu'elle a dénommé "transfert universel" pour mieux le différencier de la TUP d'une société. Le transfert universel du patrimoine professionnel serait défini comme la cession, à titre*

1 Seule l'exigence de prix, absente en présence d'une fusion ou d'un APA, a conduit à écarter le retrait litigieux : Cass. 3^e civ., 31 mai 1978 : Bull. civ. III, n° 231. – Cass. com., 5 oct. 2004, n° 00-21.955 : JurisData n° 2004-025233 ; Dr. sociétés 2005, comm. 10, obs. H. Hovasse ; RJDA 3/2005, n° 267.

2 Pour une étude détaillée : R. Raffray, *La transmission universelle de patrimoine des personnes morales*, thèse : Dalloz, 2011, vol. 108, n° 425 et s., p. 330 et s.

3 Cette analyse est confortée par les travaux parlementaires. V. not. en ce sens, l'Amendement de la commission du Sénat COM 9. Rec. présenté par M. Frassa, rapporteur de la commission des lois, le 12 octobre 2021 (extrait : « *Sauf disposition contraire, les règles relatives à la vente, à la donation ou à l'apport en société de biens de toute nature seraient applicables, selon le cas, de même que les règles relatives à la cession de créances, de dettes et de contrats. Dès lors, les dispositions relatives aux droits de préemption des entités publiques et au recours au commissaire aux apports, prévues par le projet de loi, peuvent être supprimées comme surabondantes [...]. Seraient écartées les dispositions relatives à la vente du fonds de commerce qui concernent l'information et le droit d'opposition des créanciers, mais non les autres, qui conservent leur utilité* »).

universel et indivisible, de l'ensemble des biens, droits et obligations compris dans ce patrimoine. Elle pourrait être consentie à titre onéreux ou gratuit. La cession des biens et droits à une société pourrait revêtir la forme d'un apport en société. Sauf disposition contraire, les règles relatives à la vente, à la donation ou à l'apport en société de biens de toute nature seraient applicables, selon le cas, de même que les règles relatives à la cession de créances, de dettes et de contrats. Dès lors, les dispositions relatives aux droits de préemption des entités publiques et au recours au commissaire aux apports ont été supprimées, comme surabondantes. »⁴

C'est pourquoi il nous semble qu'un éclaircissement serait souhaitable ; une question vient d'ailleurs d'être posée au Gouvernement en ce sens⁵.

B. - Les retouches pouvant être proposées

7 - D'autres retouches pourraient être réalisées à l'occasion de la réécriture de l'article précédent, d'abord en matière de droit d'opposition, ensuite en ce qui concerne le commissariat aux apports.

8 - D'abord, le droit d'opposition organisé à l'article L. 526-28 pourrait être amélioré. Le texte offre un droit d'opposition aux « *créanciers de l'entrepreneur individuel* » sans distinguer selon qu'ils exercent leur droit de gage général sur le patrimoine personnel ou le patrimoine professionnel. Or, si l'on comprend pleinement la nécessité de protéger les créanciers dont l'assiette est le patrimoine entrepreneurial, objet du transfert, parce qu'ils vont subir une modification de la personne de leur débiteur, il est plus difficile de comprendre la justification de la protection des créanciers personnels de l'entrepreneur. Ces derniers conservent le même débiteur et la même assiette de droit de gage général, le patrimoine personnel de l'entrepreneur. La mise en place d'un droit d'opposition en leur faveur est ainsi plus discutable.

Il aurait été préférable de distinguer entre les créanciers qui vont suivre le patrimoine cédé à titre onéreux ou à titre gratuit, ou le patrimoine apporté et ceux qui conservent l'auteur de la transmission comme débiteur. Parmi les créanciers de la seconde catégorie, une protection serait offerte uniquement à ceux dont la créance portait sur l'ensemble des deux patrimoines, en raison soit de l'antériorité de leur créance, soit de la renonciation en leur faveur par l'entrepreneur au dispositif (C. com., art. L. 526-25).

En outre, la formule « *L'opposition formée par un créancier n'a pas pour effet d'interdire le transfert du patrimoine professionnel* » pourrait être supprimée.

REMARQUE

➔ Inspirée du texte applicable à une autre transmission universelle, la fusion, cette formule n'a guère de sens ici puisque l'opposition doit avoir lieu dans le mois qui suit la publication de l'avis au Bodacc prévu à l'article D. 526-30, lequel a lieu après la réalisation du transfert.

4 www.senat.fr/rap/l21-054/l21-0542.html.

5 Question écrite n° 02944 : JO Sénat 29 sept. 2022, p. 4566, C. Malhuret.

9 - Ensuite, les règles prévues en matière de commissariat aux apports apparaissent imparfaites. L'article L. 526-31 dispose à ce jour que « *Sous réserve des articles L. 223-9, L. 225-8-1 et L. 227-1, lorsque le patrimoine professionnel apporté en société contient des biens constitutifs d'un apport en nature, il est fait recours à un commissaire aux apports* ». La formule laisse entendre qu'un apport d'un patrimoine pourrait ne pas systématiquement contenir des biens constitutifs d'un apport en nature, or un patrimoine contiendra toujours de tels biens. La lettre de cet article pourrait en outre être améliorée en précisant que le recours au commissaire aux apports ne s'impose que dans les sociétés où celui-ci est prévu, ce que semble vouloir dire la formule « *sous réserve* ».

2. Les incertitudes en matière fiscale

10 - Le régime fiscal peut, à la lecture des nouveaux textes, susciter de nombreuses inquiétudes, dues notamment à l'absence de principe directeur prévu en matière de transfert universel du patrimoine professionnel.

La loi du 14 février 2022 ne précise pas le régime fiscal attaché au transfert universel du patrimoine professionnel. La loi de finances pour 2022 a développé les conséquences de l'option à l'impôt sur les sociétés, désormais ouverte à l'entrepreneur individuel, mais elle est restée silencieuse quant aux conséquences fiscales liées au transfert.

11 - Ce flou est entretenu tout d'abord par le recours à un nouveau critère pour circonscrire le périmètre professionnel, celui des « *biens utiles à l'entreprise* ». Cette notion, inconnue du droit fiscal, ne coïncide pas avec celle de l'inscription au bilan et des biens nécessaires à l'activité professionnelle. Il conviendra alors d'être attentif à l'interprétation donnée par l'administration fiscale au BOFIP, notamment quant au régime applicable en matière de plus-values. Des questions pourraient alors apparaître dans les zones grises : *quid* du bien utile à l'entreprise mais non inscrit au bilan, lequel devrait, au regard de l'article R. 526-26 du Code de commerce, être compris dans l'universalité transférée ? *Quid*, encore, des biens non inscrits au bilan, qui cessent d'être utiles à l'entreprise juste avant l'opération de transfert universel ? *Quid*, enfin, des biens inscrits au bilan mais non utiles à l'activité, la présomption de bien professionnel n'étant pas irréfragable ?

REMARQUE

→ Ces différentes situations pourraient amener l'entrepreneur contribuable à influencer sur la qualification juridique et fiscale des biens en cause, afin de bénéficier du

régime le plus favorable tant à l'égard du gage des créanciers que du régime des plus-values.

12 - L'absence de régime fiscal dédié pose également des questions quant aux droits d'enregistrement applicables. Le législateur n'a pas précisé les règles en matière de droits de mutation.

Des questions subsistent : faut-il appliquer les droits de mutation à titre onéreux en fonction de l'universalité (en matière de fonds de commerce (CGI, art. 719), de titres sociaux par assimilation à une EURL/EARL (CGI, art. 726)) ou établir une application distributive en fonction des biens composant l'universalité ? Une autre solution, celle liée au droit fixe de 125 €, semble devoir être écartée.

Quid du maintien des régimes fiscaux d'exonération prévus en matière de pacte Dutreil (CGI, art. 787 C) ?

Le transfert réalisé à titre universel met-il fin aux engagements de conservation conclus ?

13 - Enfin, il conviendrait que le législateur réintervienne afin de préciser les conséquences du transfert en matière de TVA. Si le transfert est assimilé à un transfert d'universalité, il semble que l'opération puisse être éligible à l'article 257 bis exonérant l'opération de TVA et dispensant le contribuable de toute régularisation.

14 - **Conclusion.** – Si, en l'état des textes, il nous semble préférable de déconseiller aux praticiens de recourir aux opérations de transmissions universelles de ce patrimoine professionnel, pour ceux qui s'y aventureraient :

- il conviendra, par sécurité, d'appliquer les règles propres à la transmission des éléments contenus dans le patrimoine ;
- s'agissant du droit d'opposition, il convient de conseiller aux praticiens d'interpréter le texte comme offrant un droit d'opposition à l'ensemble des créanciers de l'entrepreneur. Les créanciers dont le droit de gage général s'exerce sur le patrimoine personnel pourront ainsi former opposition au transfert ;
- dans l'hypothèse d'un apport en société du patrimoine, il convient de conseiller aux praticiens d'appliquer bien par bien les règles du commissariat aux apports, uniquement pour les SARL et sociétés par actions en se conformant aux procédures déjà prévues par la loi applicable pour ces dernières ;
- enfin, sur le terrain de la fiscalité, le praticien se doit, plus que jamais, d'être prudent dans l'application de ces textes dans l'attente de l'interprétation de l'administration fiscale. Celle-ci ne manquera pas d'être attendue. ■

L'essentiel à retenir

- À ce jour, il nous semble qu'une très grande prudence est de mise pour les professionnels envisageant de recourir à ces nouvelles opérations.
- Néanmoins, une modification de l'article L. 526-27 du Code de commerce permettrait de rendre ces opérations plus sûres.