UNIVERSITÉ DE LORRAINE

AVERTISSEMENT

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

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

D'autre part, toute contrefaçon, plagiat, reproduction illicite encourt une poursuite pénale.

Contact : ddoc-theses-contact@univ-lorraine.fr

LIENS

Code de la Propriété Intellectuelle. articles L 122. 4
Code de la Propriété Intellectuelle. articles L 335.2- L 335.10
http://www.cfcopies.com/V2/leg/leg_droi.php
http://www.culture.gouv.fr/culture/infos-pratiques/droits/protection.htm

UNIVERSITÉ NANCY 2
FACULTÉ DE DROIT, SCIENCES ÉCONOMIQUES ET GESTION

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI TORINO
FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA

APPROCHE COMPARATIVE DE LA COLLABORATION DU COUPLE DANS L'ENTREPRISE EN DROIT FRANÇAIS ET ITALIEN

THÈSE

En vue de l'obtention du grade de
DOCTEUR EN DROIT PRIVÉ
(Nouveau régime)

Présentée et soutenue publiquement le 18 février 2011

Carmela Géraldine NUCERA

Directeurs de recherche :
Madame Francine MANS UY, Maître de Conférences-HDR de droit privé de l'Université Nancy 2
Monsieur Roberto CALVO, Professeur associé de droit privé à l'Université de Turin

Membres du jury :
Madame Alice TISSE RAND-MARTIN, Professeur de droit privé de l'Université Robert-Schuman de Strasbourg (Rapporteur)
Monsieur Alessandro CIATTI , Professeur associé de droit privé de l'Université de Turin (Rapporteur)

A mon fils Elliot

A la mémoire de mon frère Jean

« L'Université Nancy 2 n'entend donner ni approbation ni improbation aux opinions émises dans cette thèse, celles-ci devant être considérées comme propres à leur auteur. »

APPROCHE COMPARATIVE DE LA COLLABORATION DU COUPLE DANS L'ENTREPRISE EN DROIT FRANÇAIS ET ITALIEN

ABREVIATIONS

Les abréviations sont présentées par ordre alphabétique

AJDA : Actualité juridique droit administratif
Al. : Alinéa
Arr. min. : Arrêté ministériel
Art. : Article
Bull. Joly : Bulletin Joly
BRDA: Bulletin rapide de droit des affaires, Francis Lefebvre
Cah. dr. entr. : Cahiers de droit de l'entreprise
Cass. : Cassazione (Cour de cassation italienne)
Ch. : Chambre
Chr. : Chronique
Circ. : Circulaire
Civ. : Civil
CJCE : Cour de Justice des Communautés Européennes
Com. : Commercial
Concl. : Conclusions
C. A. : Cour d'appel
C.cass. : Cour de cassation
C./c. : Contra
C.civ. : Code civil
Coll. : Collezione
C.com. : Code de commerce
CGI : Code général des impôts
C. pén. : Code pénal
C. rur. : Code rural
C. santé publ. : Code de la santé publique
C. séc. soc. : Code de la sécurité sociale
C. trav. : Code du travail
D. : Dalloz (Recueil)
DP : Dalloz périodique
DH : Dalloz hebdomadaire
DA : Dalloz analytique
DC : Dalloz critique
Déc. : Décision
D. : Décret
Defrénois : Répertoire du notariat Defrénois
Dir. Eccl : Diritto ecclesiastico
Dir. Fall.: diritto fallimentare
Dir. Fam. : Diritto di famiglia
Doctr. : Doctrine
Dr. fisc : Droit fiscal
Dr. soc. : Droit social
Dr. sociétés : Revue de droit des sociétés
Ed. : Édition
E.I.R.L. : Entrepreneur individuel à responsabilité limitée
Ex./ex. : Exemple

Foro it.: Foro italiano
Gaz. Pal. : Gazette du Palais
Giust. Civ. : Giustizia civile
Giur. Comm. : Giurisprudenza commerciale
Giur. it. : Giurisprudenza italiana
G.U. : Giornale ufficiale
Guida lav.: Guida lavoro
Lav. : Lavoro
In : dans
Infra : Ci-dessous
Journ. Not. : Journal des notaires et des avocats
JOCE : Journal officiel des Communautés européennes
JOAN : Journal officiel édition débat Assemblée nationale
JO : Journal officiel
Jurispr. : Jurisprudence
J.-Cl. : Juris-classeur
J.-Cl. Civil : Juris-classeur civil
J.-Cl. Com. : Juris-classeur commercial
JCP N. : Jurisclasseur édition notariale et immobilière
L. : Loi
LPA : Les Petites Affiches
Mass. Giur. it. : Massimo giurisprudenza italiana
Nuova giur. civ. comm : Nuovà giurisprudenza civile commentata
Not. : Notamment
Observ. : Observations
Op. cit. : Opere citato (dans l'ouvrage cité plus haut)
Ord. : Ordonnance
PACS : Pacte civil de solidarité
Pan. : Panorama
P./p. : Page
Préf. : Préface
Règl. : Règlement
RCS : Registre du commerce et des sociétés
RDS : Revue des sociétés
RDrur. : Revue de droit rural
Rev. dr. bancaire : Revue de droit bancaire
RJPF : Revue juridique personne et famille
Riv. Dir. Civ. : Rivista di diritto civile
Riv. Dir. Com. : Rivista di diritto commerciale
RTD civ. : Revue trimestrielle de droit civil
RTD com : Revue trimestrielle de droit commercial et de droit économique
S. : Sirey (Recueil)
SA : Société anonyme
SARL : Société à responsabilité limitée
SCA : Société en commandite par actions
SCS : Société en commandite simple
Sent. : Sentenza
Sez. : Sezione
S.r.l. : Società a responsabilità limitata (Société à responsabilité limitée)
SNC : Société en nom collectif

Soc. : Social
Somm. : Sommaire
Spéc. : Spécialement
Supra : Ci-dessus
T./t. : Tome
Trib. : Tribunal
V./v. : Voir
Vol. : Volume
§. : Paragraphe

SOMMAIRE

PARTIE 1 : LES MODES DE COLLABORATION *LATO SENSU* EN DROIT FRANÇAIS ET ITALIEN 29

TITRE 1 : LES STATUTS COMMUNS À TOUS LES MODES DE CONJUGALITÉ 31

Chapitre 1 : Le statut de salarié 32

Section 1 : L'entrée du salariat dans le couple 34

Section 2 : Les conditions de fond du salariat 48

Chapitre 2 : Le statut d'associé 72

Section 1 : La nécessaire conciliation des notions de mariage et de société 75

Section 2 : L'attribution *de jure* de la qualité d'associé 87

Section 3 : L'attribution *de facto* de la qualité d'associé 110

TITRE 2 : LES MODES DE COLLABORATION NON COMMUNS 119

Chapitre 1 : Le statut de conjoint collaborateur 121

Section 1 : Approche historique de la création du statut de conjoint collaborateur 123

Section 2 : Le statut de conjoint collaborateur en droit positif 134

Chapitre 2 : La collaboration professionnelle au sein dd l'union de fait 158

Section 1 : La place du concubinage en droit civil français et italien: une possible explication de la place du concubin dans l'entreprise 159

Section 2 : Les solutions à la collaboration professionnelle des concubins 177

PARTIE 2 : LES INCIDENCES DE LA COLLABORATION PROFESSIONNELLE AU SEIN DU COUPLE 198

TITRE 1 : L'ABSENCE DE DIFFICULTÉ LIÉE À L'ENTREPRISE OU AU COUPLE .. 200

Chapitre 1 : Les droits liés à la collaboration *lato sensu* de l'époux, du pacsé ou du concubin du chef d'entreprise 200

Section 1: Les droits extrapatrimoniaux 201

Section 2: Les droits patrimoniaux 211

Chapitre 2 : Les pouvoirs liées à la collaboration *lato sensu* de l'époux, du pacsé ou du concubin du chef d'entreprise 248

Section 1 : Les pouvoirs issus des dispositions spéciales 249

Section 2 : Les pouvoirs résultant de l'organisation patrimoniale 266

TITRE 2 : LA PRÉSENCE DE DIFFICULTÉS LIÉES À L'ENTREPRISE OU AU COUPLE 283

Chapitre 1 : Les difficultés liées à l'entreprise 286

Section 1: Les risques liés à l'exercice de l'activité 286

Section 2 : La protection du patrimoine du couple 295

Chapitre 2 : Les difficultés liées à la séparation du couple 317

Section 1 : La pérennité de la collaboration professionnelle en cas de séparation 317

Section 2 : Les remèdes à la fin de la collaboration professionnelle 327

INTRODUCTION

1. L'un des principes juridiques fondant le Monde occidental à la fin du vingtième siècle est l'affirmation de l'égalité homme-femme[1]. La femme, considérée comme un « être de raison »[2], a pu s'affranchir de la puissance maritale [3] et ainsi gagner son indépendance juridique[4]. La conquête de ses droits a été progressive. En France et en Italie, la femme peut désormais mener une carrière professionnelle en toute indépendance hors des portes de la maison. Longtemps, son activité a été annexée à celle de son époux, répondant ainsi de manière extensive à ses obligations d'épouse. Son rôle n'était défini que dans le cadre de la famille. La dépendance juridique de la femme a été proclamée dans le Code civil de 1804, qui fondait une société inégalitaire reposant sur la puissance maritale et le rapport hiérarchique [5]. La littérature[6] témoigne de la condition de la femme au cours du dix-huitième siècle et du dix-neuvième siècle, qui n'avait aucune position publique. Pour satisfaire ses aspirations personnelles, la femme n'avait d'autres moyens que d'agir « à travers » les hommes. Mais la

---

[1] En droit français, différentes règles constitutionnelles posent le principe d'égalité entre les hommes et les femmes dont l'application rigoureuse est contrôlée par le Conseil constitutionnel. Ce principe admet des dérogations au nom de l'intérêt général mais, contrairement au droit américain, aucune règle constitutionnelle n'admet le principe de discrimination positive permettant de fixer des quotas de sexe : v. F. CHALTIEL, *Le principe d'égalité entre les hommes et les femmes devant le Conseil constitutionnel : égalité ou équité ? (A propos de la décision du 16 mars 2006)*, *LPA* 2006, n° 72, p. 5.

[2] V. BALZAC (H.), « La physiologie du mariage », 1830, in *La Comédie humaine*, Bibliothèque de la Pléiade, nouvelle édition sous la direction de P.-G. Castex, t. XI : Etudes analytiques (début), Gallimard, 1980, spéc. p. 910.

[3] En Italie, la puissance maritale disparaît avec la grande réforme du droit de la famille résultant de la loi du 19 mai 1975 qui instaure une conception communautaire et égalitaire du mariage et de la famille conformément à l'article 29 de la Constitution qui dispose « le mariage se fonde sur l'égalité morale et juridique des époux » : sur ce point, v. le rapport réalisé à la Chambre des députés par Maria Eletta MARTINI, in *Riforma del diritto di famiglia*, Turin, Giappichelli, 1975, p. 13., cité à de nombreuses reprises in G. BRUILLARD, *La réforme du droit de la famille*, *RIDC* 1976, p. 645.

[4] En Asie, la femme commence peu à peu à s'émanciper, mais cette émancipation se trouve parfois entravée par les familles fortement attachées à la tradition : v. *De l'amour (et du mariage) en Asie*, *Courrier international* n° 1028 du 15 au 21 juillet, p. 26 et s.

[5] Selon Portalis, « la prééminence de l'homme est indiquée par la constitution même de son être, qui ne l'assujettit pas à autant de besoins, et qui lui garantit plus d'indépendance pour l'usage de son temps et pour l'exercice de ses facultés […]. L'obéissance de la femme est un hommage rendu au pouvoir qui l'a protège ; et elle est une suite nécessaire de la société conjugale, qui ne pourrait se substituer si l'un des époux n'était subordonné à l'autre », v. *Naissance du Code civil*, *Travaux préparatoires du Code civil*, Extraits choisis et présentés par François EWALD, *FLAMMARION* 2004, spéc. p. 370

[6] V. par exemple, Madame de Staël, *Corinne* (1807) ; du même auteur, *Delphine* (1802) : l'auteur considère que les femmes de son époque sont malheureuses et elles ne trouvent leur place dans la société qu'en se soumettant.

femme instruite et de bonne condition pouvait exercer son influence dans le cadre de *salons*[7], dont la tenue était très répandue aux XVIIe et XVIIIe siècles.

2. Le Code civil imposait initialement un modèle unique, la famille légitime, reposant sur le mariage[8]. Dans son discours préliminaire, Portalis indiquait que les pères fondateurs étaient animés par la volonté de « propager l'esprit de famille qui est si favorable, quoi qu'on en dise à l'esprit de cité »[9]. Les idées véhiculées par ce Code [10], considéré par le Doyen Jean Carbonnier comme « le Code ancêtre, le Code par excellence, le Code »[11], ont été diffusées dans la société italienne. La diffusion du Code civil a joué un rôle important en Italie, auquel les juristes italiens ont attribué une valeur symbolique. Même si l'idée d'une codification n'était pas étrangère aux expériences italiennes[12], le Code napoléon représentait « l'emblème de la nouvelle liberté et le sceau de l'unité politique, essentielle afin de consolider l'importance de la nation qui va être érigée face aux autres puissances européennes »[13]. La version italienne du Code, intitulé *Code civil du Royaume d'Italie*, a été publiée à Milan en 1806[14]. Le Code traduit en italien, est entré en vigueur le 17 juillet 1808. L'unification du Royaume d'Italie a conduit à la création du Code civil de 1865, qui conserve une influence directe du Code civil de 1804. Cependant, l'actuel Code civil est le fruit de l'unification des Codes civil et de commerce. Le Code civil de 1942 est entré en vigueur par décret royal du 16 mars 1942. Ce nouveau code adopté sous l'ère fasciste conserve les stigmates d'une femme

---

[7] Bonaparte, qui se méfiait de Madame De Staël, fit détruire un de ces ouvrages (*De l'Allemagne*) et l'assigna à résidence : v. Madame de Staël, *Corinne ou l'Italie*, Gallimard, 1985, Préface de Simone Balayé, spéc. p. 9.

[8] Selon Portalis, le mariage « c'est l'institution de toutes les institutions, celle qui est à la base de toutes les autres, qui devront être organisées pour la renforcer et la perpétuer » : Extrait du Discours préliminaire de Portalis, in *Naissance du Code civil Travaux préparatoires du Code civil*, *op. cit.*, p. 169.

[9] Extrait du Discours préliminaire de Portalis, in Naissance du Code civil Travaux préparatoires du Code civil, op. cit., p. 169. ; v. également J.- L. HALPERIN, *Histoire du droit privé français depuis 1804*, *PUF coll. Quadrige* 1er éd., 1996, p. 26, n° 11.

[10] Le Code civil n'est pas le seul code à avoir eu une influence en Italie puisque le Code de commerce de 1807 fut importé en Italie et succéda à la *lex mercatoria*, héritage médiévale : v. G. ALPA, *Le Code de commerce en Italie*, *R.I.D.C.* 2007, n° 2, p. 237.

[11] J. CARBONNIER, « Les lieux de mémoire », t. 2, « La Nation, l'Etat », in *Naissance du Code civil*, *Gallimard*, 1986, p. 293 et sv.,

[12] En effet, il existait en Italie un certain nombre de « codes », réunissant un ensemble de règles dans des domaines particuliers tels que, par exemple, les procédures civile et pénale. L'innovation tenait à l'idée de codifier les lois civiles. V. G. ALPA, *Le Code civil en Italie*, *RIDC* mars 2005, pp. 571 et s.

[13] V. P. CAPPELLINI, « Voyage en Italie. Code Napoléon et historiographie : une esquisse inachevée », in *Mélanges offerts à Jacques Vanderlinden, Le code napoléon, un ancêtre vénéré*, éd. *Bruylant* 2004, pp. 61-75, spéc. p. 71.

[14] Selon Monsieur le Professeur Guido Alpa, « Le Code civil fait parties de nos racines, historiques culturelles, institutionnelles et politiques » : v. G. ALPA, *Le Code civil en Italie*, *op. cit.*, spéc. p. 625.
Ce qui fut nouveau pour les Italiens, c'est la création « d'un code qui traite de toutes les matières du droit civil, l'utilisation d'un texte qui reconstruit toutes les sources en une seule trame est donc une nouveauté » : v. G. ALPA, *Le Code civil en Italie*, *op. cit.*, spéc. p. 572.

soumise, placée au rang de mère, d'épouse. Mais le rôle joué par les femmes au cours de la Seconde Guerre Mondiale, amenées à remplacer les hommes (maris, frères, pères) appelés au front, a nettement contribué à la conquête de leurs droits.

Traiter de la collaboration professionnelle dans le couple revient inévitablement à s'interroger « sur la place des femmes dans l'ensemble de l'organisation sociale »[15]. Au niveau externe, la société a vu une réorganisation du rôle des sexes dans le dernier tiers du XXe siècle. A l'issue de la Seconde Guerre Mondiale, les rôles masculins et féminins étaient clairement répartis : l'homme subvenait aux besoins du ménage et la femme tenait ce ménage. Ainsi, seul le travail de l'homme permettait l'ascension sociale « des couples »[16]. Cette inégalité homme-femme et cette injustice sociale, cantonnant les femmes à un rôle familial et privé, va être dénoncée par les « filles du baby boom »[17] arrivée à l'âge adulte, et ayant bénéficié d'une instruction. Le mouvement de libération des femmes (sans lien avec le groupuscule du même nom) est donc lié aux grands changements sociaux de l'après-guerre, et prend son véritable essor en France en 1970 [18]. Cette redistribution des rôles a également eu lieu dans l'ordre interne. La femme s'est repositionnée dans le couple et dans la famille.

3. **Le couple** . L'évolution actuelle des différentes formes de conjugalité tendant à redessiner le paysage familiale, nous amène à nous intéresser non seulement aux couples mariés mais également aux couples non mariés. La France et l'Italie se distinguent nettement sur ce point. La France privilégie la diversité [19] car le mariage n'est plus l'unique forme juridique d'union organisée par le droit en raison de la création du Pacte civil de solidarité [20] issue de la loi n°99-944 du 15 novembre 1999 portant le même nom. En 2009, deux PACS étaient conclus pour trois mariages célébrés[21]. Pour de nombreux auteurs, le PACS constitue

[15] S. DENÈFLE, « De la vie privée au monde du travail : changements de regard sur les femmes dans le dernier tiers du XXe siècle », in *Les parcours de vie des femmes, Travail, familles, et représentations politiques*, sous la direction de A. GUILLOU et S. PENNEC, *L'Harmattan*, 1999, p. 13.
[16] S. DENÈFLE, « De la vie privée au monde du travail : changements de regard sur les femmes dans le dernier tiers du XXe siècle », *op. cit*., spéc. p. 16.
[17] S. DENÈFLE, « De la vie privée au monde du travail : changements de regard sur les femmes dans le dernier tiers du XXe siècle », *op. cit*., spéc. p. 17
[18] S. DENÈFLE, « De la vie privée au monde du travail : changements de regard sur les femmes dans le dernier tiers du XXe siècle », *op. cit*. p. 14.
[19] V. C. PHILIPPE, *Un droit de la famille résolument tourné vers la diversité*, *JCP G* 2007, n°1, p. 21.
[20] Pour des raisons de commodités, nous nous autorisons l'utilisation de l'abréviation PACS pour désigner le Pacte civil de solidarité dans l'intégralité de notre étude.
[21] Selon les données de l'Institut national de la statistique et des études économiques, le nombre de PACS conclus en France en 2009 s'élèvent à 175000 PACS, tandis que le nombre de mariage célébré a été de 256000.

aujourd'hui « un mode de conjugalité à part entière »[22], même si avant son adoption, la question s'est posée en doctrine de déterminer si cette forme de conjugalité[23] (le partenariat enregistré) pouvait menacer le mariage[24]. Initialement conçu comme un contrat, le PACS a été amélioré par la loi n°2006-728 du 23 juin 2006 portant réforme des successions[25], qui crée ainsi un rapprochement avec l'institution du mariage[26]. Selon Madame le Professeur Virginie Larribau-Terneyre, la modification du régime patrimonial des pacsés [27] et l'adoption du régime supplétif de séparation de biens ont renforcé l'idée que « le Pacs est d'abord une union affective et morale plutôt que cette communauté économique et patrimoniale qui le caractérisait à l'origine, lorsqu'il fallait le distinguer absolument du mariage »[28]. Parallèlement à ces unions juridiques, l'attention doit être portée au concubinage, dont la définition a été intégrée dans le Code civil français par la loi relative au PACS. Fondé traditionnellement sur le mariage, le couple est en pleine mutation. Allant de la « cohabitation juvénile » à la « cohabitation post-matrimoniale », les diverses formes d'union libre ont contribué notamment à la chute du nombre de mariage célébré chaque année en

---

De plus, l'étude révèle que quatre-vingt-quinze pour cents des PACS contractés en 2009 l'ont été par des personnes de sexe différent. V. www. Insee.fr (mise à jour avril 2010).

[22] V. notamment, V. LARRIBAU-TERNEYRE, *L'amélioration du Pacs : un vrai contrat d'union civile. A propos de la loi du 23 juin 2006*, *Dr. Fam*. 2007, n° 1, p. 9, spéc. p. 13 ;

[23] Dans les pays scandinaves, seuls les couples homosexuels peuvent conclure un partenariat. Celui – ci est considéré comme un « quasi – mariage ». En Allemagne, le partenariat est réservé aux couples homosexuels depuis son adoption en 2001.

[24] A. MAILLARD DE LA MORANDAIS, « Le PIC menace-t-il le mariage des Catholiques ? », in *Famille, nouvelles unions, bonheur privé et cohésion sociale*, *Témoin /12*, Ed. Balland, Mai/Juin 1998, p. 57. L'auteur, Docteur en Théologie rappelle que « le mariage n'est pas une invention chrétienne » et prétend que « le mariage des chrétiens n'a jamais dérivé vers un mariage chrétien ». V., p. 59. A partir du 12e siècle et surtout après le Concile de Trente, le mariage a été exclusivement célébré dans les Eglises. Les quatre pôles du mariage chrétien sont **la responsabilité** (Sont responsables l'homme et la femme qui manifestent un consentement libre et volontaire au mariage ; la responsabilité relève de « la faculté pour chacun de se choisir indépendamment de tout contrainte extrinsèque », a contrario, n'est pas responsable l'homme ou la femme qui relève d'un cas de nullité pour défaut de consentement, p. 60) ; **la fidélité** (amour fidèle, *Fides*, loi : « pour aimer je dois me *fier*. La fidélité est signe postérieur que le consentement initial était bien responsable. Il s'agit d'une « communauté de toute la vie » (canon 1055) », p. 63) ; **la fécondité** (« l'amour fidèle s'ouvre sur une promesse d'avenir », p. 64), et **l'indissolubilité** (« le mariage dont « les propriétés essentielles sont l'unité et l'indissolubilité » (canon 1056), n'est ni donné, ni reprise par l'Eglise, il est constaté, il ne peut être constaté qu'une fois, une seule fois », p. 65).

[25] Il apparaît étonnant qu'une réforme concernant la famille et le mariage, modifie le statut juridique du PACS De nombreux auteurs ont souligné cette particularité. Certains s'étonnent que la loi de réforme des libéralités et successions, qui concerne la famille, modifie également le PACS. Monsieur le Professeur Raymond Le Guidec se demande s'il faut y « voir un rapprochement avec la famille, le mariage ». V. l'étude de Raymond Le Guidec, Professeur à l'Université de Nantes, « *La loi du 23 juin 2006 portant réforme des successions et des libéralités. Vue panoramique* », *JCP G* 2006, n°30 p. 1489.

[26] Selon Messieurs les Professeurs Philippe Simler et Patrice Hilt, la réforme a opéré une véritable mutation du statut juridique du PACS. Voir de ces mêmes auteurs, "*Le nouveau visage du pacte civil de solidarité: un quasi – mariage*", *JCP N* 2006, n° 35, p. 1497

[27] Nous utiliserons ce terme pour désigner les membres d'un PACS.

[28] V. LARRIBAU-TERNEYRE, *L'amélioration du Pacs : un vrai contrat d'union civile. A propos de la loi du 23 juin 2006*, *op. cit*., spéc. p. 14

France[29]. Le Législateur français a pris en compte ces nouvelles formes d'organisation de la vie à deux de sorte que la doctrine française tend de plus en plus à affirmer le dessin d'un droit commun pour le couple [30]. Le Législateur a pour la première fois fait référence à la notion de couple en matière de bioéthique par l'adoption en 1994 des lois permettant aux époux et aux concubins hétérosexuels de recourir à l'assistance médicale à la procréation [31]. En droit positif, le terme de « couple » désigne « l'union que forme un homme et une femme entre lesquels existent des relations charnelles et en général une communauté de vie »[32] caractérisée par le mariage, et les unions hors mariage comme le PACS ou le concubinage. Une telle définition juridique fait référence à la différence de sexe de ses membres. Or, la reconnaissance juridique des unions de personnes de même sexe par le PACS ou le concubinage amène nécessairement une évolution de la définition juridique du couple englobant l'association de deux personnes de même sexe. Différentes causes justifient cette métamorphose du paysage du couple : l'émancipation de la femme et l'acquisition d'une indépendance financière lui procurant une sécurité matérielle (trouvée auparavant dans le mariage), la révélation des couples homosexuels, la recherche du bonheur personnel, la volonté de s'affranchir des règles pour vivre « librement », et la désunion. Du point de vue juridique, le terme « couple » recouvre des unions aux divergences substantielles importantes sans toutefois créer de confusion parmi elles. Les époux, les pacsés et les concubins restent trois formes différentes de couple, qui correspondent à l'intention du législateur de « fournir à chaque comportement social, des règles qui lui convienne »[33].

Mais la linguistique juridique actuelle ne connaît aucun mot unique désignant spécifiquement les membres du couple. L'appariti on des différentes formes de conjugalité a conduit vers une évolution sémantique élargie du terme de « conjoint », désignant dans le langage commun à la fois les époux, les pacsés et les concubins, c'est-à-dire les membres d'un

---

[29] Selon l'INSEE, le taux de divortialité (pour mille habitants) en France métropolitaine en 2008 était de 2,1 (donnée provisoire) : www.insee.fr

[30] V. par ex. : H. LECUYER, *La notion juridique du couple*, *Dr. et patrimoine*, oct. 1997, p. 62 ; *La notion juridique de couple* sous la direction de Corinne Brunetti-Pons, *Economica* 1998 ; C. BRUNETTI-PONS, *L'émergence d'une notion juridique du couple*, *RTD civ.* 1999, pp. 27 et s. ; J.-J. LEMOULAND, *Le couple en droit civil*, *Dr. Fam.* 2003, Chron. n°22 ; X. LABBÉE, *Le droit du couple à l'heure de la déjudiciarisation*, *AJ fam.* n°3/2008, mars 2008, p. 112. La notion de « couple » a été au cœur du thème du 106e congrès des notaires de France : *Couples, patrimoine les défis de la vie à 2*, *106e Congrès des notaires de France*, Bordeaux du 30 mai au 2 juin 2010 ; A. TISSERAND-MARTIN, « La protection légale du logement familial : modèle pour un droit commun des couples ? », in *De Code en Code, Mélanges en l'honneur du Doyen Georges Wiederkehr*, *Dalloz* 2009, p. 829.

[31] V. S. MIRABAIL, « Les obligations personnelles au sein du couple », in *Les Etats généraux du mariage : l'évolution de la conjugalité*. Actes du colloque de Toulouse organisé par le Centre de Droit Privé- EA 1920, le 21 juin 2007 sous la direction de Claire Neirinck éd. *PUF d'Aix-Marseille* 2008, p. 117.

[32] A propos de la définition : v. G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, *PUF*, coll. Quadrige 2007, p. 248.

[33] Ch. ATIAS, *Philosophie du droit*, *PUF*, coll. Thémis droit privé, p. 275.

couple unis par des liens affectifs et ayant l'apparence d'un mariage. Cependant, le terme de « conjoint » est ici juridiquement entendu dans son acceptation stricte, car la Cour de cassation a rappelé que les conjoints sont, en l'état de la législation française, des personnes unies par les liens du mariage[34]. De plus, cette conception stricte du terme de « conjoint » correspond à l'utilisation faite en Italie du terme de « *coniuge* », qui désigne l'un des membres du couple unis par le mariage, il est synonyme « d'époux ». Réserver dans le cadre de cette étude le terme de « conjoint » aux époux, revient à respecter à la fois le sens juridique positivement reconnu en droit français et rappelé par la Cour de cassation, ainsi que la linguistique juridique italienne.

Contrairement à la France, qui semble privilégier la diversité des formes de conjugalité, en Italie, la question de l'émergence d'un droit commun du couple ne se pose pas encore, les préoccupations actuelles sont autres. L'augmentation du nombre de concubinage amène la reconnaissance progressive et ponctuelle de droits au couple de concubins sans constituer un corps de règles cohérent. Mais, le couple recouvre en droit italien l'union de deux personnes de sexe différent[35]. Le mariage garde toutes les faveurs du législateur même si le concubinage tend de plus en plus à s'imposer dans la société italienne. Loin d'élaborer un droit commun pour le couple, de nombreuses tentatives législatives tendent à faire reconnaître un statut au concubinage et la doctrine majoritaire travaille en ce sens[36]. Le concubinage entre personnes de même sexe ou de sexe différent est une réalité sociale, dont l'existence n'est plus contestable. Le législateur a donc le choix, soit de continuer à ignorer une telle réalité sociale en ne l'organisant pas, soit de prendre en considération cette réalité sociale en organisant la vie en couple des concubins. Pour le droit italien, légiférer en matière de concubinage afin de structurer cette forme d'union, reviendrait à répondre à des attentes sociales tout en offrant une nouvelle forme d'organisation de la vie à deux. A défaut, la question se pose d'ouvrir le mariage aux couples de même sexe[37] afin que leur situation soit alignée sur celle des époux[38]. Un tel élargissement supposerait de se détacher totalement de

[34] Civ. 2e, 5 mars 2008, n°08-60229, *Bull. civ*. 2008, II, n°55 ; *AJ fam*. 2008, n°06, p. 258.
[35] Par ailleurs, en droit Italien, l'usage du terme « couple » [Coppia] en doctrine est beaucoup moins récurrent qu'en France.
[36] V. *infra* : partie 1, titre 2, chapitre 2.
[37] D'autres Etats d'Europe ont décidé d'ouvrir le mariage aux couples de même sexe : les Pays-Bas (Loi du 1er avril 2001), la Belgique (Loi du 1er juin 2003), l'Espagne (loi du 30 juin 2005) et le Portugal (Janvier 2010)
[38] La France et l'Italie ont tous deux été confrontés à la question juridique de l'ouverture du mariage aux personnes de même sexe.
En France, l'affaire des époux de Bègles a défrayé la chronique. S'appuyant sur l'absence de référence au sexe des époux dans les dispositions du Code civil relative au mariage, le maire de Bègles avait procédé à la célébration du mariage de deux personnes de même sexe malgré l'opposition du Ministère public. Saisi par le

l'héritage religieux connotant la notion de mariage et reviendrait également à considérer que l'objectif principal du mariage ne serait pas de fonder une famille. Cette conception est d'autant plus difficile à être entendue en Italie en raison, d'une part de la Constitution italienne qui prévoit le mariage comme le fondement de la famille et d'autre part en raison de l'existence des accords de Latran, en vertu desquels le mariage religieux est juridiquement reconnu. D'un point de vue général, le concubin reste un tiers. Il ne devient plus qu'un tiers que dans la mise en œuvre de règles catégorielles touchant à des points spécifiques comme par exemple la protection du logement familial. La solidarité entre concubins ne résulte pas de sa conception juridique, mais de la nature affective de ses liens non considérés par le droit.

Bien qu'aujourd'hui le couple semble plus fragile, il demeure « l'élément fondateur de la famille », comme l'a rappelé Monsieur le Professeur Xavier Labbée, « d'où la nécessité d'en resserrer les liens à une époque où l'on reconnaît que « les caisses sont vides » et que l'individu ne pourra plus compter sur la collectivité en cas de besoin. La solidarité familiale et conjugale doit, dans un tel paysage, primer la solidarité collective »[39]. Face à cette évolution de la conjugalité, nous pouvons nous demander ce que désigne aujourd'hui la notion juridique de « famille ».

Ministère public, le Tribunal de grande instance de Bordeaux avait conclu à la nullité d'un tel mariage (TGI Bordeaux 27 juillet 2004). Cette décision a été confirmée par la Cour d'appel de Bordeaux le 19 avril 2005 et par la Cour de cassation le 13 mars 2007 (Civ. 1er, 13 mars 2007, n°05-16627 : « selon la loi française, le mariage est l'union d'un homme et d'une femme ; que ce principe n'est contredit par aucune des dispositions de la Convention européenne des droits de l'homme et de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne qui n'a pas en France de force obligatoire »).
En Italie, le Tribunal de Venise a été saisi suite au refus opposé le 3 juillet 2008 par l'officier de l'état civil de la Commune de Venise de procéder à la publication des bans pour le mariage de deux personnes de même sexe en raison de la contrariété avec l'ordre public. Le Tribunal de Venise retient que la demande de publication de tels bans correspond à une hypothèse inexistante juridiquement et ne peut être assimilable à l'institution du mariage prévu par l'état actuel du droit italien. Selon le tribunal, le mariage homosexuel n'est pas reconnu par le droit italien et la demande de transcription d'un tel acte conclu à l'étranger doit être refusée : Trib. Venezia, 3 avril 2009, *Foro it.*, 2009, t. 2, n° 2233.
La Cour constitutionnelle italienne, a été saisie par le Tribunal de Venise réunie en sa formation collégiale en raison d'une exception d'inconstitutionnalité soulevée devant elle, qui n'a pas été considérée comme « manifestement infondée ». La Cour constitutionnelle a déclaré qu'il ne lui appartenait pas de décider de l'ouverture du mariage aux couples de même sexe, une telle compétence appartenait au législateur. La Cour a décidé que les articles du Code civil relatif au mariage, lesquels faisaient référence à la différence de sexe des époux, n'étaient pas contraires à la Constitution. : v. C. Const., 15 aprile 2010 n°138/2010, *G.U.* 21 avr. 2010.
En droit français et en droit italien, la différence de sexe des époux restent une condition essentielle à la célébration du mariage et il appartient au législateur de modifier une telle exigence.
[39] X. LABBEE, « Le droit du couple à l'heure de la déjudiciarisation », in *Reconstruire la famille : un droit commun pour le couple ?* Colloque du 11 mai 2007, *LPA* 20 déc. 2007 ; *AJ Fam.*, mars 2008, p. 112.

4. **La notion de famille**. La famille est « une notion juridique à géométrie variable »[40] fondée soit sur le mariage, soit sur la filiation. La famille se définit en droit civil italien comme l'ensemble des personnes liées entre elles par les liens de mariage, de parenté, et d'adoption[41]. Le concubinage ne crée donc pas des liens de famille entre les intéressés entre eux et leur famille respective. Selon la Constitution italienne de 1946, « La République reconnaît les droits de la famille comme société naturelle fondée sur le mariage », elle proclame l'égalité morale et juridique des conjoints, l'égalité entre enfants légitimes et enfants adultérins (art. 29). Le but de la reconnaissance de tels principes constitutionnels était de constituer un nouveau modèle de société basé sur de nouvelles valeurs comprenant nécessairement la famille. L'idée, qui a guidé le dessin du nouveau droit de la famille, était directement inspirée du Code napoléon « une famille forte dans un état fort ». La famille est donc juridiquement fondée sur le mariage et comme en droit français, la filiation tend à créer ce lien familial en l'absence du mariage des parents. De nombreux sociologues ont constaté en Italie l'existence d'un phénomène qualifié de « familialisme », voir de « familialisme ambivalent »[42], marqué par une forte solidarité entre les membres d'une famille s'exprimant lors des ruptures conjugales, pour l'assistance des malades mentaux, des personnes âgées dépendantes ou des handicapés. Ce phénomène s'explique notamment en raison du coût élevé des services privés, d'une qualité incertaine et inégale selon les régions, d'où le recours à la famille[43] et en particulier aux femmes[44]. La famille constitue donc un socle social, mais elle est également le lieu d'exécution de l'activité d'entreprise, qui fut l'un des moteurs du formidable rebond qu'a connu la Troisième Italie [Terza Italia] à partir des années 1960[45]. Ce développement considérable du nombre d'entreprises à caractère familial a conduit le législateur italien à prendre en compte ce phénomène social et économique dans l'importante réforme du droit de la famille intervenue en 1975.

---

[40] I. CORPART, A la recherche des familles et de leur(s) droit(s), Les Affiches Moniteurs, 16 mars 2004, p. 2.
[41] M. FORTINO, *Diritto di Famiglia, I valori, i principi, le regole*, *Giuffre Editore* 1997, spéc. p. 3.
[42] Expression utilisée par Madame Chiara Saraceno pour mettre en évidence les différences de l'Etat amenant une sollicitation extrême de la famille : C. SARACENO, « The ambivalent familism of the italian Welfare State », Social politics, n°1, 1994, p. 60-82, in *L'Italie contemporaine de 1945 à nos jours*, *op. cit.*, p. 317.
[43] V. « La protection sociale entre la famille, le marché et l'Etat providence » in *L'Italie contemporaine de 1945 à nos jours*, *op. cit.*, p. 318
[44] V. « La protection sociale entre la famille, le marché et l'Etat providence » in *L'Italie contemporaine de 1945 à nos jours*, *op. cit.*, p. 319.
[45] Cette expression désigne la partie italienne située entre le Nord et le Sud allant des vallées alpines et dolomitiques jusqu'aux plaines du Pô et de l'Adige ayant connu un fort essor économique qualifié de « miracle italien », marqué par une forte présence de petites et moyennes entreprises familiales. Aujourd'hui, « ces éléments » qui ont permis cette « économie diffuse », pénalisent le « succès de ce microcapitalisme » : v. « Les petites entreprises et l'économie diffuse en Italie : la fin d'un modèle », in *L'Italie contemporaine de 1945 à nos jours*, *op. cit*., p. 274.

Juridiquement, la famille[46] se définit en droit français comme « un groupe de personnes que réunit un ou plusieurs éléments, tels que fait biologique (la parenté), acte juridique (mariage, adoption) ou comportement social (concubinage) »[47]. Considérée comme « le cœur de la vie privée »[48], la famille est au centre de la vie sociale, lieu d'épanouissement personnel mais où peuvent également se dérouler les pires crises et tragédies personnelles (lieu de déchirures et de drames). Toutefois la famille[49] n'est pas définie légalement. Le Code civil y fait ponctuellement référence dans différentes dispositions[50]. Comme en droit italien, la famille est composée juridiquement de deux éléments fondamentaux : le mariage et la filiation. Seul le mariage fonde la famille en dehors de toute filiation. Le mariage crée des liens juridiques d'ordre personnel entre les deux individus et il inscrit chacun des époux dans la famille de l'autre. Le mariage instaure des liens d'alliance constitutifs d'un lien de famille. Or, le concubinage et le Pacs sont dépourvus de dimension familiale en l'absence d'enfant commun : ils ne fondent pas d'emblée la famille. Selon Monsieur le Professeur Hugues Fulchiron, « le PACS ne crée pas de lien de famille en général, ni de lien d'alliance en particulier. Entre chaque partenaire et la famille de l'autre, il n'existe aucun lien de nature juridique. Entre les partenaires, le PACS crée, quoi qu'on en ait dit, un lien personnel, original, qui ne se confond pas avec le lien matrimonial, mais qui n'est pas un simple lien contractuel à finalité patrimonial »[51]. Le PACS engendre donc un lien juridique étroit entre ses membres. Cependant les nouvelles attributions confiées au juge aux affaires familiales en matière de contentieux entre les pacsés et les concubins a conduit Monsieur le Professeur Xavier Labbée a affirmé que « le PACS et le concubinage entre désormais dans le droit de la famille ». Ces trois modes de conjugalité se créent, fonctionnent et cessent[52].

---

[46] Une récente étude intitulée *La France à travers ses valeurs* met en évidence que les valeurs les plus importantes sont pour 87% des personnes interrogées la famille et pour 68 % d'entre eux le travail. Seulement 13% des français interrogés considèrent la religion comme très importante. « Le mariage demeure une valeur sûre » en dépit de la création du PACS et du nombre croissant de divorce. Enfin, 63% des français sont en désaccord avec l'opinion selon laquelle « le mariage est une institution dépassée » : v. *La famille et le travail en tête des valeurs*, *Républicain Lorrain*, Lundi 17 août 2008, p. 2.

[47] P. COURBE, *Droit de la famille*, *D. SIREY* 5e éd., 2008, p. 1.

[48] P. COURBE, *op. cit.*, p. 1.

[49] Pour une étude sur la notion de « famille » dans la « romanité méditerranéenne » formée bien avant l'apparition de l'Empire romain proprement dit, v. *La Famille*, sous la direction de Jacques BOUINEAU, éd. *L'Harmattan*, 2006.

[50] (art. 310, 311-1), « livret de famille » (art. 114), « l'entretien de la famille » (art. 114), « direction de la famille » (art. 213), « résidence » et « logement de la famille » (art. 215), « nom de famille » (art. 311-21 et s.), « famille d'origine » (art. 352), « famille par le sang » (art. 356), « conseil de famille » (art. 407 et s.), « droit de la famille et des successions » (art. 1108-2), « bon père de famille » (art. 1137) ou « intérêt de la famille » (art. 217 ou 1397).

[51] H. FULCHIRON, *Le nouveau PACS est arrivé !*, *Defrénois* n°21/06, p. 1621, spéc. p. 1631.

[52] X. LABBEE, *La judiciarisation du PACS et du concubinage*, *D.* 2009, p. 2053 : la loi n°2009-526 du 12 mai 2009 a étendu les attributions du juge aux affaires familiales. Désormais l'article L. 213-3 du Code de

5. En marge du mariage, la filiation permet de créer une famille. La filiation crée un « lien vertical » en rattachant l'enfant à ses deux parents [53] : le lien juridique établit à l'égard des deux parents fait naître les liens familiaux. L'enfant se rattache non seulement à ses deux parents mais également aux familles, dont sont issus chacun d'entre eux. Même si le droit de la famille est en pleine mutation, la famille conserve un « rôle social irremplaçable »[54]. Elle est « une structure capable du meilleur mais qui se révèle impuissante à éviter le pire »[55]. Dans un contexte économique difficile (chômage, emploi précaire, surendettement), la famille se recentre sur elle-même et ses membres, qui perdent ainsi de leur autonomie. Lors de son allocution réalisée devant la Commission des lois du Sénat, le 8 avril 1998, Elisabeth Guigou, alors Ministre de la Justice, Garde des Sceaux, a choisi de parler d'abord de la famille, avant d'aborder l'évolution du droit de la famille. Selon Madame le Garde des Sceaux, « la famille doit être pensée au plan national mais aussi européen et international », « en son sein se construisent les rapports entre générations, les rapports entre les sexes et les rapports de l'autorité et de la liberté »[56]. Sociologiquement, la famille est difficilement définissable tend ses transformations sont importantes depuis les années 1970 [57] : elle « ne cesse de s'inventer sous nos yeux et sa définition est toujours un enjeu social et politique »[58] et elle peut se définir comme, « l'ensemble des personnes apparentées par la consanguinité et/ou l'alliance », « la famille conjugale n'est qu'une forme parmi d'autres » et « la famille élémentaire n'est qu'une composant d'un réseau plus vaste formé de liens qui unissent des individus sur une base biologique et/ou sociale »[59]. Désormais, la sociologie intègre dans la cellule familiale les individus unis par un lien social tel que le concubinage ou le PACS. La famille et, de manière plus étroite, le couple ont toujours été le lieu de matérialisation de l'entraide.

---

l'organisation judiciaire confie au juge aux affaires familiales le soin de trancher le contentieux susceptible d'opposer les partenaires et les concubins. Selon Monsieur le Professeur Xavier Labbée, le juge aux affaires familiales devient « le juge de toutes les conjugalités » : il se dresse comme le « gardien » du droit commun du couple, qui se construit. Sur la judiciarisation du PACS et du concubinage voir aussi : M.-B. MAISY, *Loi n°2009-526 du 12 mai 2009 : extension des attributions du juge aux affaires familiales et nécessaire organisation en juridiction*, *AJ Fam*. 2010, p. 106.

[53] J. - M. COQUEMA, C. BARTHELET, *106e Congrès des notaires de France Couples, patrimoine : les défis de la vie à 2*, *JCP N* n°11, 19 mars 2010, 1127, p. 20 et s., v. spéc. pp. 21-22.

[54] J. - P. MIGNARD, « Familles, contrats d'union, pourquoi avoir peur ? » in *Famille, nouvelles unions, bonheur privé et cohésion sociale*, *Témoin / 12*, Ed. Balland, Mai/Juin 1998, p. 15, v. spéc. p. 18.

[55] J. - P. MIGNARD, « Familles, contrats d'union, pourquoi avoir peur ? », *op. cit*., p. 18.

[56] E. GUIGOU, « Le droit de la famille : réflexions et propositions », in *Famille, nouvelles unions, bonheur privé et cohésion sociale*, *op. cit.*, p. 23, v. spéc. p. 24 : dans son allocution, Madame Guigou, pose un certain nombre de question préalables au débat sur la politique familiale.

[57] V. J.-H. DECHAUX, *Sociologie de la famille*, Ed. *La Découverte*, coll. Repères, , Paris, 2007.

[58] J.-H. DECHAUX, *Sociologie de la famille*, *op. cit*., p. 1

[59] J.-H. DECHAUX, *Sociologie de la famille*, *op. cit*., p. 4.

6. **La fin des dérives de l'entraide familiale**. La notion de gratuité a longtemps dominé les relations de travail dans la famille. Dans les rapports de couple, mariés ou non, et dans les rapports parentaux, le travail de la femme ou des enfants dans l'exploitation agricole, commerciale ou artisanale ne donnait pas lieu à une rémunération spécifique[60]. Le fondement du rapport de travail gratuit variait selon qu'il s'agissait d'un couple marié ou non. Au sein du couple marié, les devoirs du mariage justifiés la collaboration illimitée de la femme à l'activité du mari, tandis que dans le couple non marié, l'intention libérale pouvait justifier « le don de soi et de son activité »[61] en raison de la vie commune. Pour mettre fin aux dérives nées de l'entraide familiale, le législateur italien a élaboré le dispositif relative à l'entreprise familiale issu de la loi n° 151 du 19 mai 1975 portant réforme du droit de la famille[62] entrée en vigueur le 20 septembre 1975, qui remanie en profondeur les deux premiers Livres du Code civil[63]. Cette loi tendait à résoudre les difficultés nées de l'inéquation existante entre les structures en place et l'évolution de la société italienne[64]. Objet de nombreuses critiques de la part de la doctrine qui a jugé cette réforme imparfaite[65], la loi manifestait la volonté du législateur de l'époque guidé par un esprit libéral et réaliste [66]. Le dispositif relatif à l'entreprise familiale a été complété par l'article 14 de la loi n°903 du 9 décembre 1977 relative à la parité de traitement entre hommes et femmes en matière de travail, qui ajoute un alinéa deuxième à l'article 230bis du Code civil, selon lequel « le travail de la femme est considéré équivalent au travail de l'homme ».

Si le conjoint est le bénéficiaire des dispositions relatives à l'entreprise familiale, il n'en est pas pour autant le seul destinataire[67]. En effet, la loi s'applique à d'autres membres de

---

[60] V. R. LEGUIDEC et M. FORGIT, « Le recul de la gratuité dans la sphère familiale», in *Le Travail en perspectives*, sous la direction de Alain Supiot, *LGDJ* 1998, p. 237.
[61] R. V. R. LEGUIDEC et M. FORGIT, « Le recul de la gratuité dans la sphère familiale», *op. cit*, p. 237.
[62] *G.U.*, ser.gen., parte I, 116 (1975), n° 135 (23 mai), pp. 3242-3266.
[63] Le livre premier s'intitule « des personnes et de la famille », le livre deuxième traite « des successions ». Cependant, tout le droit de la famille n'est pas concerné par la loi du 19 mai 1975, puisque cette réforme résulte d'un courant initié par les lois du 5 janvier 1967 relative à l'adoption et du 1er décembre 1970 introduisant le divorce en Italie. Ce mouvement de réforme est né de l'impulsion donnée par la jurisprudence de la Cour constitutionnelle ayant déclaré un certain nombre de dispositions en matière civile comme contraire à la Constitution. V. sur ce point, G. BRUILLARD, *La réforme du droit de la famille*, *op. cit.*, p. 645.
[64] V. G. BRUILLARD, *La réforme du droit de la famille*, *op. cit.*, spéc. p. 649 : l'auteur fait référence au développement de la vie urbaine, à la société industrielle et de consommation.
La fonction économique de la famille se transforme : considérée comme un milieu de production, la famille devient un milieu de consommation.
[65] V. par ex., COLUSSI, *Impresa familiare*, in *Nov. Dig. It.*, *Appendice*, vol. IV, Torino, 1983, p. 63 ; PANUCCIO, *Impresa familiare*, Milano, 1981, pp. 3-4.
[66] G. BRUILLARD, La réforme du droit de la famille, op. cit., spéc. p. 660.
[67] L'alinéa 4 de l'article 230bis du Code civil vise également les ascendants et descendants jusqu'au troisième degré ainsi que les collatéraux jusqu'au second degré.

la famille : son champ d'application concerne le « groupe familial »[68]. L'entreprise familiale visée à l'article 230bis du Code civil est l'émanation de la solidarité familiale exprimée par un ensemble de sujets réunis en vue de collaborer à la réalisation d'un but commun. Elle écarte ainsi la présomption de gratuité fondée sur *l'affectionis vel benevolentiae causa*, qui justifiait la gratuité des rapports de travail résultant de la cohabitation et de l'affection existante entre les membres du groupe familial. Le législateur de l'époque a ainsi souhaité exprimer au cœur de cette institution une double égalité à la fois entre les conjoints (égalité horizontale) mais également entre les parents et les enfants (égalité verticale). Ce dispositif, toujours en vigueur, se fonde sur l'activité développée par les membres de la famille et non sur la propriété de celle-ci. Tout en reconnaissant implicitement la possibilité de conclure notamment un contrat de travail ou de créer une société entre les membres d'une même famille[69], la loi les insère dans l'entreprise selon les modalités que nous verrons ultérieurement[70], lorsque la prestation de travail ne relève pas de tels rapports juridiques. Mais l'objet de notre analyse nous amène à isoler le conjoint dans le cadre de l'étude sur l'entreprise familiale italienne.

Plus tardivement, le législateur français a pris en considération au moyen de dispositions spéciales la collaboration professionnelle apportée par le conjoint à l'activité de son époux afin de limiter les excès pouvant en découler. A l'instar du législateur italien, le but recherché est identique : offrir une protection au conjoint en cas de collaboration régulière, par l'élaboration du statut de conjoint collaborateur, tout en lui permettant de recourir s'il le souhaite aux statuts de salarié ou d'associé. Mais, à la différence du droit italien, les mesures adoptées initialement par le législateur français sont optionnelles et le recours au statut d'associé est légalement limité[71]. Initialement créé dans le secteur agricole par la loi n°80-502 du 4 juillet 1980 [72] renouvelée par la loi n°99-574 du 9 juillet 1999 [73], le statut de conjoint collaborateur était issu de la pratique du monde agricole dans lequel travaillait le conjoint sans reconnaissance juridique[74]. Ce statut a été adapté aux activités commerciale et artisanale par la loi n°82-596 du 10 juillet 1982 [75] et modifié par la loi n°2005-882 du 2 août 2005 en faveur

[68] V. M. DE MARCHIS, *L'impresa familiare nel l'ordinamento giuridico italiano*, Excerptum thesis ad Doctoratum in Iure Civili, Romae 2002, spéc. p. 11.
[69] V. *infra* : partie 1, titre 1.
[70] V. *infra* : partie 1, titre 2, chapitre 2.
[71] V. *infra* : partie 1, titre 1.
[72] *JO* 5 juill. 1980, p. 1670.
[73] *JO* 10 juill. 1999, p. 10231.
[74] Le législateur était guidé par la volonté de « favoriser l'amélioration du statut des conjoints travaillant dans les exploitations lorsque ceux-ci ne sont ni coexploitants, ni associés » : v. l'exposé des motifs de la loi du 9 juillet 1999 : Doc. AN n° 977, p. 9.
[75] *JO* 13 juill. 1982.

des petites et moyennes entreprises [76]. L'idée était de créer des mesures de protection en faveur du conjoint lorsque l'aide apportée à l'activité de l'autre excédait la simple entraide conjugale. Seul le conjoint a été privilégié par ces mesures protectrices, et ainsi isolé du groupe familial. Aujourd'hui en droit français, la problématique n'est plus de s'intéresser au statut de la femme mariée commerçante[77] mais à celui du conjoint du commerçant, de l'artisan, du professionnel libéral, ou de l'agriculteur.

7. **Définition du terme « collaboration »**. Dans le cadre de l'analyse de la collaboration du couple dans l'entreprise, il est nécessaire de délimiter la notion juridique de « collaboration ». La collaboration professionnelle du couple, synonyme de coopération professionnelle, s'entend comme la situation dans laquelle un membre du couple participe à l'activité professionnelle de l'autre. Elle est l'expression d'une relation de travail jadis ignorée, qui peut aujourd'hui s'exercer de différentes manières. En droit français et italien, la frontière est désormais posée entre la collaboration professionnelle *lato sensu* et la collaboration professionnelle *stricto sensu*. Dans le premier cas, la collaboration recouvre les différentes réalités juridiques, dans lesquelles s'exprime la participation du conjoint, du pacsé ou du concubin du chef d'entreprise à l'activité de ce dernier : elle correspond à la définition donnée par le Doyen Jean Carbonnier, pour qui le terme de collaboration « désigne la participation directe d'un époux à la profession de l'autre. Cette participation peut se réaliser d'une façon plus ou moins formelle »[78]. Dans le second cas, la collaboration *stricto sensu* est prévue par la loi : elle a par définition un champ d'application plus strict car elle correspond à la participation régulière du « conjoint » à l'activité du chef d'entreprise relèvant soit du statut de conjoint collaborateur pour le droit français, soit de l'entreprise familiale pour le droit italien, à défaut de tout autre statut.

8. **Le cadre juridique de la collaboration**. La collaboration professionnelle, qui fait l'objet de notre étude, a un cadre juridique précis, celui de l'entreprise, voire de l'entreprise familiale. Dans les systèmes juridiques français et italien, le terme « d'entreprise » ne fait pas

[76] *JO* 3 août 2005, p. 12639.
[77] Longtemps la doctrine française s'est intéressée à la situation de la femme mariée commerçante, v. par ex. TARSAC, *La femme commerçante*, *Banque* 1961, p. 139 ; J. RICHARD, *La femme mariée commerçante*, *JCP CI* 1966 II 79751 ; J. BOULANGER, *La femme mariée commerçante*, *RTD com*. 1967, p. 413.
[78] J. CARBONNIER, Droit civil, t. 2, La famille, l'enfant, le couple, 21e éd. refondue, PUF 2002, p. 504.

l'objet d'une définition codifiée. Considéré comme un terme polysémique[79], nous n'essaierons pas de le définir. Toutefois, plusieurs critères communs, auxquels fait également référence le droit communautaire[80], peuvent être mis en lumière. Ces différents critères propres à caractériser l'existence d'une entreprise sont la réunion de « moyens humains et matériels », dans un « ensemble organisé »[81] et hiérarchisé autour de la personne de son chef à la poursuite de son but. Ainsi la collaboration professionnelle entre les époux, les pacsés ou les concubins va s'articuler dans une forme « organisée » « de personnes et d'éléments » où sera exécuté leur rapport.

L'entreprise familiale est définie *stricto sensu* en droit italien à l'alinéa 3 de l'article 230bis comme « celle où collaborent le conjoints, les ascendants et descendants jusqu'au troisième degré et les collatéraux jusqu'au second degré ». L'entreprise familiale est donc l'entreprise, qui accueille la collaboration professionnelle de personnes légalement déterminées appartenant toutes au même groupe familial. Mais cette collaboration peut s'exécuter au sein de la famille dans des conditions précises, qui retiendront notre attention[82]. En droit français, la loi ne définit pas la notion d'entreprise familiale. L'entreprise familiale comprend seulement, ou avec des tiers, des membres d'une même famille, sans précision sur leur degré d'appartenance au groupe. L'entreprise familiale se caractérise comme une entreprise dans laquelle la gestion et la propriété repose sur une même tête, créant ainsi une identité entre le titulaire de la gestion et celui de la propriété, qui met ainsi en évidence le « binôme gestion-propriété »[83].

Le chef d'entreprise est la personne placée « à la tête » de l'entreprise. En France et en Italie, l'entreprise peut être exercée sous deux formes : être exercée sous forme individuelle ou être organisée sous forme de société. La liberté de choix est laissée à l'appréciation du chef d'entreprise[84]. La qualité de la personne placée à la tête de cette entité varie selon qu'il s'agisse d'une entreprise individuelle ou d'une société. Dans le cadre d'une entreprise

[79] V. P.-Y VERKINDT, « L'entreprise », in *Les notions fondamentales du droit du travail*, sous la direction de Bernard Teyssié, Editions Panthéon-Assas 2009, p. 43.
[80] Dans sa recommandation du 6 mai 2003 (JOUE, 20 mai 2003, L. 124/39) concernant la définition des Petites et Moyennes Entreprises, la Commission considéraient ainsi « les entités exerçant une activité artisanale ou d'autres activités à titre individuel ou familial, les sociétés de personnes ou les associations qui exercent régulièrement une activité économique » : v. P.-Y VERKINDT, « L'entreprise », *op. cit.*, p. 44, n°62.
[81] Ces différents éléments figurent dans la définition de l'entreprise donnée dans la décision *Süzen* par la Cour de justice des Communautés Européennes : CJCE, 11 mars 1997, aff. C-13/95, *Europe*, mai 1997, comm. n°156.
[82] V. *infra* : partie 1, titre 2, chapitre 1.
[83] V. J. COILLOT, *Les spécificités de l'entreprise familiale*, *LPA*, 27 juill. 1994, n°89.
[84] La démarche des législateurs français et italien est guidée par une volonté similaire de permettre au chef d'entreprise d'exercer son activité sous la forme qui lui semble la mieux adaptée, à condition de respecter certaines règles d'ordre public.

individuelle, le chef d'entreprise est une personne physique qui cumule les fonctions de direction, de gestion et d'administration. Il détermine la marche à suivre, recrute du personnel, et peut engager sa responsabilité. Il ne se distingue pas de l'entreprise, il est l'entreprise.

Si la détermination du chef d'entreprise individuelle est simple, la question est plus délicate lorsque l'entreprise est une société. Le chef d'entreprise devient alors le dirigeant social. Cependant ni la loi française ni la loi italienne ne définissent cette notion juridique. En principe, le dirigeant social est celui qui est investi des fonctions[85] de direction de manière régulière et officielle[86], il « assure la bonne marche des affaires » de la personne morale. La doctrine considère dans une acceptation stricte que les termes de « direction », « gestion » et « d'administration » sont l'expression de « réalités différentes, des fonctions ou de pouvoirs spécifiques reconnus à une personne ou à un organe pour mener les affaires d'une société »[87]. Le dirigeant social peut être une personne physique ou une personne morale. Dans cette dernière hypothèse, un représentant permanent est désigné pour représenter la personne morale dirigeante. Le dirigeant social est désigné suivant des règles propres à chaque type de société.

9. En Italie, l'entreprise familiale *lato sensu* est exercée en principe sous forme individuelle. Elle est de petite taille, exerce des activités classiques (telles l'habillement, le textile, le bois), concilie tradition et modernité et a un fort ancrage territorial. La solidarité existante au sein de ces structures permet, de résister à la concurrence[88]. Lorsque l'entreprise familiale est exercée sous forme de société, elle est rarement cotée en Bourse. Les formes privilégiées d'exploitation sont également la société à responsabilité limitée et la société par actions. Dans les sociétés, le dirigeant de droit peut être une personne physique ou une personne morale, la gestion peut-être individuelle ou collective. Comme en droit français, sa dénomination et ses pouvoirs relèvent de la loi et des statuts : il peut ainsi être administrateur associé ou non, commanditaire, président, membre du conseil de gestion (hypothèse du

[85] Les fonctions de droit sont celles exercées par les personnes régulièrement désignées pour gérer l'entreprise » : Lamy droit commercial 2010, n°4420.
[86] La Cour de cassation a déjà eu l'occasion de préciser qu'un défaut de publicité de la désignation du dirigeant de droit ne pouvait avoir pour effet de soustraire celui-ci à ses responsabilités attachées à ses fonctions qu'ils avaient acceptées et exercés : Com., 8 juill. 2003, n°00-18.250.
[87] V. J.-R. NZE NDONG DIT MBELE, *Le dirigeant de fait en droit privé français*, Th. Nancy 2, 2008, pp. 8 et 9.
[88] V. http://www.courrierscadres.com/content/pme-elles-ont-la-cote-en-allemagne-et-en-italie ; « Les petites entreprises et l'économie diffuse en Italie : la fin d'un modèle ? » in *L'Italie contemporaine de 1945 à nos jours*, ss. dir. Marc LAZAR, éd. Fayard, 2009, pp. 273 et s.

système dualiste de la société anonyme). A l'instar du droit français, le pouvoir de direction se distingue du pouvoir de contrôle qui n'appartient pas au dirigeant social, mais il est attribué à des organes distincts. Traditionnellement les formes sociales accueillant l'entreprise familiale sont la société à responsabilité limitée [Società a responsabilità limitata (S.r.L)] et la société par actions [Società per azioni (S.a.)].

10. Par opposition au dirigeant de droit, les systèmes français et italien connaissent désormais de la notion de dirigeant de fait, qui gèrent effectivement l'entreprise[89]. Non définie par la loi[90], cette notion juridique est souvent invoquée en justice dans le cadre de la mise en œuvre de responsabilités civile, pénale ou en cas de procédure collective (C.com., art. L. 651-1 à L. 651-4) afin de fonder une sanction à l'encontre de celui qui s'est comporté comme un véritable dirigeant de la société[91]. La notion de dirigeant de fait s'oppose à la notion de dirigeant de droit en ce que la personne qui exerce la direction de l'activité n'a pas été investie de tels pouvoirs, mais est le fruit de son « immixtion dans des fonctions déterminantes pour la direction générale de l'entreprise, impliquant une participation continue aux affaires »[92]. Le dirigeant de fait peut se définir comme « celui qui, en toute souveraineté et indépendance exerce une activité positive de gestion et de direction » d'une société[93]. Le dirigeant de fait exerce une direction de fait[94] pouvant « être retenue que s'il est démontré des actes positifs de gestion effectués en toute indépendance par une personne autre qu'un dirigeant de droit »[95]. La répétition d'actes ou la succession de faits constituent un faisceau d'indices faisant présumer l'existence d'actes de direction et de gestion. Ainsi, le dirigeant de droit et le dirigeant de fait conduisent tous les deux les affaires sociales. Cependant, seul le dirigeant de droit dispose de la légitimité pour exécuter une telle tâche (la conduite des affaires sociales). Dans les rapports familiaux en cas de collaboration professionnelle, il arrive que l'un des

[89] La Cour de cassation française a jugé que la gérance « de paille » invoquée pour se protéger en présence d'une gestion de fait, n'est pas une circonstance atténuante : CA Paris, 8 nov. 2007, n° 07/00263, *Aguettaz c/ Me Souchon ès qual*.
[90] Toutefois, le terme est employé par la loi n° 66-537 du 24 juillet 1966 et par la loi n°85-98 du 25 janvier 1985 codifiées dans le Code de commerce.
[91] Lamy sociétés commerciales 2010, n° 632.
[92] Lamy droit commerciale 2010, n° 4425.
[93] Cette définition a été élaborée par le Professeur Rives-Lange, v. J.-L. RIVES-LANGE, *La notion de dirigeant de fait*, *D.* 1975, Chron. p. 41 n°5. Sur le travail de la jurisprudence pour dégager les contours de la notion, v. C. DELATTRE, *L'inlassable travail de la Cour de cassation quant à la détermination de la notion de direction de fait*, JCP E 2007, 1872 ; D. TRICOT, *Les critères de la gestion de fait*, *Dr et patr.* 1996, n° 34, p. 24.
[94] La direction de fait peut être retenue en cas de gestion par personne interposée ou de prête-nom, qui est la manifestation d'une immixtion dans la direction sociale.
[95] V. D. TRICOT, *Direction de fait : un débat s'instaure*, *Les Echos* 3 mai 2006, in Lamy droit commercial, n° 4424.

membres de la famille soit reconnu dirigeant de fait en raison de son implication dans les affaires sociales. Les sanctions peuvent être graves puisque les créanciers sociaux vont rechercher sa responsabilité[96].

11. **La place du concubinage et du PACS dans l'entreprise familiale**. Au regard de la collaboration professionnelle, le droit français se démarque du droit italien en ce que le législateur français a assimilé le concubin et le pacsé au statut de conjoint travaillant dans l'entreprise agricole, avant de généraliser ce statut au pacsé dans tous les domaines d'activités suite à l'adoption de l'article 16 de la loi de modernisation de l'économie n°2008-776 du 4 août 2008 [97]. Ils intègrent ainsi la notion d'entreprise familiale grâce à leur collaboration professionnelle. Cependant ils subsistent de grandes différences par rapport à la situation des conjoints. En effet, les règles relatives à l'organisation patrimoniale des époux interfèrent dans les droits et les pouvoirs de chacun des époux. A certains égards, les époux trouvent satisfaction dans les règles issues de leur régime matrimonial quand le droit des affaires en est dépourvu. Il nous appartient de déterminer dans quelle mesure, les règles propres au statut personnel affectent les droits et pouvoirs issus de l'activité professionnelle. Si les pacsés bénéficient d'une organisation patrimoniale, celle-ci a une portée réduite par rapport au régime matrimonial des époux.

12. L'intérêt d'une étude comparative est de mettre en évidence les convergences et les divergences de ces deux systèmes et comprendre quels sont les moyens utilisés pour parvenir au même but : celui d'offrir une protection juridique au conjoint, au pacsé ou au concubin du chef d'entreprise qui collabore à son activité. Sans être exhaustive, notre étude souhaite approcher les solutions retenues dans les deux pays voisins ayant pour point commun la Code civil de 1804. Bien qu'il y ait de notables influences, en particulier doctrinales, de part et d'autre des Alpes, le comparatiste doit tenir compte des spécificités propres à chaque droit sans chercher à transposer systématiquement les problèmes d'un système juridique à l'autre et éviter les écueils probables liés à l'interprétation de la liguistique juridique du droit étranger[98].

---

[96] V. *infra* : partie 2, titre 2, chapitre 1.
[97] *JO* 5 août 2008, p. 12471.
[98] Sur le droit comparé, v. par ex. : *Comparer les droits, résolument*, sous la direction de Pierre Legrand, *PUF* 2009.

L'analyse est double dans le mesure où sous le prisme de la notion d'égalité, il nous appartient de comparer la collaboration *lato sensu* développée respectivement par les époux, les pacsés et les concubins au regard de leur situation personnelle.

13. La première partie de notre étude se concentrera sur les différentes modalités proposées au conjoint, au pacsé ou au concubin du chef d'entreprise, qui fondent la collaboration *lato sensu* et les moyens de leur mise en œuvre dans les deux droits (Partie 1). De ces statuts vont découler un certain nombre de droits et de pouvoirs érigés par le législateur. Cependant, la situation personnelle des membres du couple les conduit à déterminer une organisation patrimoniale elle-même génératrice de droits et de pouvoirs sur les biens pouvant servir à l'exercice de l'activité professionnelle. Ces droits et pouvoirs vont interférer à des degrés différents sur les moyens de mener leur collaboration professionnelle confrontée aux aléas de l'activité d'entreprise. La séparation du couple constitue l'élément révélateur des éventuelles insuffisances attachées aux modalités de leur coopération. La seconde partie de notre étude portera donc sur les incidences découlant de la collaboration professionnelle au sein du couple (Partie 2).

PARTIE 1 : LES MODES DE COLLABORATION *LATO SENSU* EN DROIT FRANÇAIS ET ITALIEN

14. En droit français et italien, les divers modes de collaboration juridiquement admis entre les membres d'un couple relèvent de la catégorie de la collaboration *lato sensu,* qui opère une importante distinction selon le mode de conjugalité. Les membres du couple sont-ils mariés, vivent-ils en concubinage ou sont-il au regard du droit français liés par un PACS ? Ce questionnement est nécessaire dans la mesure où en droit français et italien, la collaboration professionnelle entre époux, concubins et pacsés n'est pas envisagée de la même manière : il existe une inégalité de traitement entre les différentes formes d'union. Notre première partie ambitionne d'approcher les statuts envisageables par le conjoint, le pacsé ou le concubin du chef d'entreprise qui participe à l'entreprise familiale, et leurs conditions d'application en droit français et italien.

15. Partant du postulat qu'un seul membre du couple est le chef d'entreprise, seuls deux statuts « coulés dans le moule d'un contrat »[99] sont admis quelle que soit la forme de conjugalité : il s'agit du statut de salarié et du statut d'associé. Cette solution trouve sa justification dans le fait que ces deux statuts préexistants ont été soit simplement ouverts (droit italien) soit adaptés (droit français) par le droit à la situation « de couple ». Le mariage ayant longtemps été la seule forme d'union légalement reconnue, seul le conjoint pouvait devenir collaborateur du chef d'entreprise. Suite à la reconnaissance progressive de différentes formes de conjugalité en France, le législateur a choisi de les introduire dans le cadre de la coopération professionnelle. Si la situation du pacsé du chef d'entreprise a été considérablement améliorée, il n'en est pas de même pour le concubin, qui connaît une situation similaire en droit italien. Ainsi, il convient de s'intéresser à la collaboration professionnelle exécutée en dehors des statuts communs.

Titre 1 : Les statuts communs à tous les modes de conjugalité

Titre 2 : Les modes de collaboration non communs

[99] Selon le Doyen Jean Carbonnier, « la collaboration entre époux peut s'être coulée dans le moule d'un contrat : contrat de société ou contrat de travail » : J. CARBONNIER, *Droit civil La famille, l'enfant, le couple*, t. 2, 21e éd., *PUF*, 2002, p. 504.

Titre 1 : LES STATUTS COMMUNS À TOUS LES MODES DE CONJUGALITÉ

16. En droit français et italien, la pratique, encouragée par la doctrine, a donné à la collaboration professionnelle du couple une dimension conventionnelle par l'emploi de deux techniques juridiques distinctes: le contrat de travail et le contrat de société.

En ce qui concerne les époux, une telle approche a conduit nécessairement à soulever la question de la validité des contrats entre époux. La disparition des obstacles liés notamment à l'incapacité juridique de la femme et à certaines règles propres aux régimes matrimoniaux concernant l'établissement d'un contrat entre époux a conduit la doctrine à se pencher sur la conciliation des statuts personnels et patrimoniaux des époux avec leur statut professionnel découlant du contrat. En effet, la qualité de salarié ou d'associé confère à son titulaire un véritable statut juridique, qui exige préalablement de remplir des conditions précises en vue de son adoption. Or ces conditions ont pu parfois se « heurter » à la situation d'époux. Les législateurs français et italiens ne sont pas restés indifférents aux revendications qui lui ont été opposées sur ce point. Comme l'a soulignée Madame Anne Karm, la question qui se pose est « d'adapter à une finalité nouvelle - l'exercice d'une activité professionnelle entre époux - des techniques intégrées à des figures contractuelles de droit commun »[100].

Généraliser la possibilité de conclure un contrat de travail ou de société entre les époux a permis d'aligner leur situation sur celle des concubins sans privilégier cette dernière forme de conjugalité au détriment du mariage.

[100] A. KARM, *L'entreprise conjugale*, *op. cit.*, v. spéc. p. 18, §. 8.

Chapitre 1 : Le statut de salarié

17. Le droit positif admet que la personne qui partage la vie sentimentale du chef d'entreprise soit salariée par lui. Cette possibilité est bien établie dans les systèmes juridiques français et italien. Toutefois, il n'en a pas toujours été ainsi en matière de mariage. En effet, la hiérarchie professionnelle découlant de la subordination juridique inhérente au contrat de travail se heurtait à la hiérarchie conjugale. Mais l'évolution progressive de la répartition des pouvoirs entre les époux, placée aujourd'hui sous le « sceau » de l'égalité, a notamment permis l'introduction du contrat de travail dans leur rapport professionnel. Le droit français a tenu compte des difficultés pouvant naître de la juxtaposition du lien de subordination juridique avec le lien matrimonial, auquel a été assimilé ensuite celui découlant du PACS. Les aménagements retenus par le droit français n'ont pas été envisagés par le droit italien. L'analyse du contrat de travail conclu entre les membres d'un couple, suppose préalablement que l'un d'entre eux soit le chef d'entreprise.

18. L'entreprise[101] est le cadre juridique d'exécution du contrat de travail liant les époux, les pacsés ou les concubins. Cette entité est conçue comme une collectivité réunissant plusieurs personnes autour d'une même activité et sous la direction d'un même employeur[102]. Le chef d'entreprise est « à la tête » de cette organisation pyramidale réunissant des moyens matériels et humains. L'entreprise[103] recevant le rapport salarial entre les membres d'un

[101] D'un point de vue général, cette « notion autonome constitue une universalité de fait », c'est-à-dire « un ensemble de biens et de dettes formant un tout » : V. G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, *op. cit*.. En ce sens, la notion d'entreprise se rapproche de celle de patrimoine.

[102] Ce type d'organisation inspiré du fordisme est né de la période d'industrialisation, qui supposait une « grande entreprise industrielle produisant en masse, fondée sur une spécialisation étroite des tâches, et sur une organisation pyramidale du travail ». Ce schéma, né en Amérique, a largement inspiré l'Europe dans son mode d'organisation de l'emploi. V. sur ce point, notamment l'analyse de A. SUPIOT, « Travail et pouvoir privé », in *Au-delà de l'emploi : transformation du travail et devenir du droit du travail en Europe*, sous la direction de Alain Suppiot, Flammarion 2009, pp. 25-52.

[103] La France s'est récemment dotée du statut d'entrepreneur individuel à responsabilité limité (E.I.R.L.). La question se pose de la possibilité pour l'entrepreneur d'employer son conjoint, son pacsé ou son concubin dans son entreprise individuelle. En raison de l'analyse précédemment exposée, et suivant un raisonnement par analogie, nous pensons que le statut de conjoint salarié peut tout à fait être envisagé. De même, aucun obstacle juridique ne semble s'opposer à l'emploi de son concubin par l'entrepreneur. En effet, cette réforme a pour but de bouleverser le principe d'unité du patrimoine de la personne juridique sans modifier le cadre d'exploitation de l'activité poursuivie : Le projet de loi relatif à l'entrepreneur à responsabilité limitée a été présenté le 27 janvier 2010. Voté, dans un premier temps par le Sénat, le texte a été adopté en des termes identiques par l'Assemblée nationale le 12 mai 2010. Cette loi introduit le dispositif de l'E.I.R.L. dans le Code de commerce aux articles L. 526-6 à 21. V. E. DUBUISSON, *L'EIRL est adopté ! En attendant l'entrée en vigueur…*, *JCP E* 2010, n°22, act. 303, p. 3 et s. ; *JCP N* 2010, n°20, act. 423 ; R. LE GUIDEC, *EIRL en agriculture*, *Dr. rur*., avril 2010, Repère n°4.

couple doit être conçue comme une entité privée [104], gérée par une personne physique qui endosse le rôle de chef d'entreprise. En droit du travail, l'entreprise est comprise comme une « notion-cadre », une notion qui encadre la pensée [105]. Au-delà de la notion d'entreprise, c'est la personne à la tête de cette organisation, qui nous intéresse dans l'étude du rapport salarié au sein du couple. Le chef d'entreprise a une existence juridique propre [106]. A l'instar du droit français, la notion d'entreprise ne fait pas l'objet d'une définition codifiée en droit italien. Toutefois le législateur est intervenu pour préciser certaines notions propres à l'entreprise et utiles à son fonctionnement. Le résultat apparaît dans le Code civil, qui révèle ainsi une organisation cohérente des règles propres à l'entreprise[107]. Cette organisation cohérente tourne autour de la personne de l'entrepreneur[108], considéré comme le chef d'entreprise (C.civ., art. 2086). L'article 2082 du Code civil définit l'entrepreneur [109] comme « celui qui exerce professionnellement une activité économique, organisée aux fins de production et d'échange de biens ou de services ». Il décide de la politique économique et de lui dépendent hiérarchiquement « ses collaborateurs » (C.civ., art. 2086, in fine). Il est donc placé au sommet de l'entreprise réunissant les collaborateurs, ensemble organisé de personnes, dont il orchestre la vie au sein de la structure. L'entreprise est dépourvue de personnalité juridique. Il

[104] Par opposition à l'entreprise publique.

[105] V. *Les notions fondamentales du droit du travail*, ss. dir. Bernard Teyssié, Ed. Panthéon-Assas 2009, p. 41.

[106] Il incarne l'entreprise, elle-même dépourvue de personnalité juridique. Il détiendra alors « l'autorité suprême sur le personnel », notion fondamentale en droit social puisque l'entreprise n'existerait pas sans l'emploi d'hommes et de femmes. Le chef d'entreprise placé en haut de l'organisation pyramidale va « embaucher » la personne partageant sa vie : il existera un lien de droit direct entre eux s'exprimant via l'exécution du contrat de travail.

[107] Ces règles sont réunies dans le livre cinquième du Code civil contenant les dispositions relatives au droit du travail. L'explication de cette organisation formelle du Code civil tient en ce que le droit italien ne connaît pas de code autonome de droit du travail. Les dispositions relatives au droit du travail sont contenues dans le livre cinquième du Code civil intitulé « du travail » [Del Lavoro]. Le livre cinquième du code civil italien s'intitule « du travail ». Cette insertion résulte de la volonté du législateur italien de 1942 qui a décidé de réunir le droit civil et le droit commercial dans un même code. Parallèlement, ce législateur a incorporé le droit du travail dans le Code civil afin d'assurer une unité du droit privé, ce qui n'a pas eu pour objectif de réduire l'autonomie du droit du travail. Ce code a été publié le 21 avril 1942. Ce livre cinquième contient non seulement le droit du travail mais également le droit commercial. Pour autant, cet emplacement n'a pas fait perdre au droit du travail son autonomie. Le législateur a choisi de regrouper sous l'intitulé « du travail dans l'entreprise » (C.civ., art. 2082 à 2221), les dispositions propres « à l'entreprise en général », elles-mêmes rassemblant celles relatives à « l'entrepreneur » (Section 1), « aux collaborateurs de l'entrepreneur » (Section 2) dont relève les salariés, et les mesures relatives au « rapport de travail » (Section 3). L'entreprise est le lieu d'exécution du rapport salarié pouvant lier les époux dont l'un relève de la catégorie des « entrepreneurs » et l'autre de celle « des collaborateurs de l'entrepreneur ».

[108] Le Code civil italien définit successivement les notions d'entrepreneur, de petit entrepreneur, les conditions d'exercice de l'entreprise, l'adresse de production, la direction et la hiérarchie au sein de l'entreprise.

[109] Selon Monsieur le Professeur Francesco Galgano, « la conception d'entrepreneur est avant d'être un concept de droit, un concept de l'économie élaboré à une époque moderne pour identifier l'un des sujets du système économique, de l'organisation sociale de la production et de la distribution de la richesse » : F. GALGANO, *Diritto Privato*, Decima Edizione, *CEDAM* 1999, p. 453.

en est donc un élément d'identification indispensable. Comme en droit français, le chef d'entreprise est un élément essentiel de cette entité juridique, économique et sociale.

Le contrat de travail peut être conclu entre les membres du couple quelle que soit la nature de la principale activité[110] exercée au sein de l'entreprise dirigée par l'un d'entre eux. Cette activité peut être agricole, artisanale, commerciale ou libérale. Cette règle est la même dans les deux systèmes juridiques français et italien [111]. L'étude du statut de salarié nous amène à nous intéresser à l'approche de la définition du contrat de travail entré dans le couple avant d'apprécier les conditions de fond du salariat.

Section 1 : L'entrée du salariat dans le couple

Le salariat apparaît pour certains auteurs comme « la forme d'utilisation privilégiée des capacités de travail »[112], et ce, quelle que soit la nature de l'activité de l'entreprise. Par analogie, il est possible de considérer qu'au moyen du contrat de travail, le chef d'entreprise utilise au mieux les compétences de son époux. En échange, ce statut lui confère une protection sociale étendue[113]. Cependant, la conciliation des notions de couple et de contrat de travail a été progressive.

I.- L'entrée du salariat dans la « sphère » du couple

19. Parallèlement à l'évolution de la notion de couple et à la conquête des droits par les femmes, la façon de travailler ensemble évolue. Le travail au sein de l'entreprise familiale ne pouvait pas rester insensible à ces mutations. Le contrat de travail a donc progressivement intégré la sphère familiale, et plus précisément le couple, à mesure que « le travail gratuit[114] » reculait. Du point de vue juridique, ce résultat est l'objet d'une lente évolution législative, supprimant les obstacles liés au mariage.

---

[110] En droit français, les activités pouvant être exercées au sein de l'entreprise sont définies à l'article L. 410-1 du Code de commerce comme « des activités de production, de distribution ou de services ».

[111] Le contrat de travail est admis quelle que soit la nature de l'activité exercée, même en agriculture, où la conclusion d'un contrat de travail est admise en dépit de l'existence de dispositions spécifiques, comme par exemple la durée du travail : V. P. RESCIGNO, *Codice civile*, t. II (artt. 1754-2969), *Le Fonti del diritto privato, Giuffrè Editore*, VIIe éd., 2008, p. 3888, n° 6.3.

[112] V. F. MEYER et C. SACHS-DURAND, « L'évolution du rapport salarial », in Mélanges Hélène Sinay, *Le droit collectif du travail*, éd. PETER LANG, 1994, p. 369.

[113] V. infra : partie 1, titre 1, chapitre 1.

[114] V. R. LE GUIDEC, « Disparition et résurgence du travail à titre gratuit », in *Le Travail en perspectives*, ss. dir. Alain Supiot, *LGDJ* 1998, n°22, p. 229 ; dans le même ouvrage voir R. LE GUIDEC, M. FORGIT, « Le recul de la gratuité dans la sphère familiale », p. 237.

A.- Le déclin de la gratuité dans le couple

20. Le déclin de la gratuité dans la sphère familiale est étroitement lié à un tel déclin dans les rapports professionnels du couple. Longtemps, les rapports professionnels familiaux se développaient sous le « sceau » de la gratuité. L'absence de rémunération spécifique se retrouvait à la fois dans les rapports professionnels de la parenté [115] et dans ceux du couple marié. La famille était « comprise comme le cadre naturel d'une solidarité élémentaire »[116]. En France et en Italie, ce net recul du travail gratuit a sensiblement suivi la même évolution. La famille située au cœur de la société va être confrontée aux bouleversements économiques de la fin du XXe siècle entraînant de profondes mutations sociales [117]. La famille n'est plus le lieu privilégié de l'exécution du rapport de travail. Aujourd'hui, le travail peut être accompli hors de la sphère familiale. Ce travail sera alors reconnu juridiquement et socialement. Le « recul de la gratuité » et l'instauration d'un « rapport onéreux » a progressé à mesure que la famille connaissait un bouleversement tant au niveau interne qu'au niveau externe. Ces différentes mutations s'expliquent par la suppression des notions de chef de famille, de puissance maritale, l'instauration de l'égalité entre époux, et le recul du mariage concurrencé par d'autres formes d'union. La gratuité dans les rapports familiaux se justifiait par l'existence d'un devoir d'entraide [118] conçu comme un devoir illimité à la fois entre conjoints mais également entre parents et enfants. Ce devoir d'entraide se rencontrait également dans les rapports entre les concubins.

21. Dans les rapports entre époux, les devoirs issus du mariage, tels le devoir de secours et d'assistance, justifiaient la collaboration conjugale illimitée. Cette collaboration conjugale pouvait être domestique ou professionnelle. Il incombait à la femme d'assumer les tâches ménagères et d'aider son mari dans son activité professionnelle[119]. Longtemps, le travail de la femme ne pouvait être accompli qu'au sein de la famille « qu'elle accomplisse uniquement

[115] Sur ce point, v. R. LE GUIDEC, M. FORGIT, « Le recul de la gratuité dans la sphère familiale », *op. cit.*, p. 244.
[116] R. LE GUIDEC, M. FORGIT, « Le recul de la gratuité dans la sphère familiale », *op. cit.*, spéc. p. 237.
[117] V. F.-G. DREYFUS, « La Ve République et la Famille », in *Le droit de la famille en Europe. Son évolution de l'Antiquité à nos jours*, sous la direction de Roland Ganghofer, Presses Universitaires de Strasbourg, 1992, p. 203 et s. Au lendemain de la Première Guerre Mondiale (1914-1918), la France connaît une politique familiale « forte ». Face au boom démographique que connaissent l'Italie fasciste et l'Allemagne nazie, la politique familiale sera accentuée à partir du milieu des années Trente. Cette politique « forte » sera menée jusqu'en 1974 et s'achèvera avec l'avènement de l'idéologie dominante du « libéralisme avancée » prônant le droit de l'individu sur celui de la communauté.
[118] V. ZALEWSKI, *Familles, devoirs et gratuité*, *op. cit.*, spéc. p. 267 et s.
[119] En France, selon l'ancienne rédaction de l'article 214 du code civil issu de la loi du 13 juillet 1965, la femme s'acquittait de sa contribution aux charges du mariage notamment par « sa collaboration à la profession du mari ».

des tâches domestiques ou qu'elle travaille aux champs, qu'elle aide son mari artisan ou commerçant »[120]. Ainsi la subordination née des rapports professionnels coexistait avec la hiérarchie inhérente à la structure familiale induite par la suprématie maritale. L'épouse salariée de son mari s'inscrivait dans l'ordre naturel des choses. En soi, exiger une subordination de la femme dans le lien professionnel n'avait rien de choquant puisqu'elle existait déjà au niveau familial[121]. Une limite à l'étendue du devoir d'entraide a été évoquée pour la première fois par la Cour de cassation le 15 mars 1960[122], laquelle s'est prononcée sur l'instauration d'un seuil de gratuité en admettant qu'un époux pouvait dépasser ce qu'il devait au titre du mariage[123]. Toutefois, lorsque le mari était employé par son épouse, cette situation semblait bouleverser l'ordre naturel et juridique induit par la hiérarchie conjugale. Il a donc fallu considérer qu'hors du domaine familial, cette hiérarchie n'avait plus à s'appliquer, autorisant par là même l'instauration d'un lien professionnel subordonné à l'égard de l'un ou de l'autre des époux.

Dans l'hypothèse d'une union de fait, la gratuité dans le rapport de travail entre concubins était interprétée par la jurisprudence comme découlant d'une intention libérale. En l'absence d'obligation réciproque entre les concubins, la gratuité de principe trouvait son fondement dans « le don de soi et de son activité »[124].

22. Selon Monsieur Raymond Le Guidec et Madame Marianne Forgit, deux facteurs permettent d'expliquer ce net recul de la gratuité : la nouvelle structure familiale, qui «n'est plus verticale et autoritaire mais horizontale et égalitaire », et la reconnaissance du travail comme « le moyen d'une identification et de la personnification de chacun »[125]. En effet, tant la famille que le couple sont aujourd'hui fondés sur la notion d'égalité. La suppression de l'autorité patriarcale et de la puissance maritale, prônés par le Code Napoléon, ont permis l'établissement de rapports égalitaires dans ces deux groupements alignant ainsi la situation de chacun de ses membres. De plus, la place aujourd'hui occupée par l'individu dans la société ne se limite plus à son appartenance familiale mais à l'activité professionnelle exercée.

---

[120] V. ZALEWSKI, *Familles, devoirs et gratuité*, *op. cit*., p. 276, §. 422.
[121] Le mari était le chef de famille et l'épouse lui devait obéissance, selon l'ancienne rédaction de l'article 213 du code civil. En France, les lois du 18 février 1938 et du 22 septembre 1942 ont permis à la femme d'exercer une profession séparée de celle de son mari sans l'autorisation préalable de ce dernier. Toutefois, l'époux maintiendra un droit de veto a posteriori (C.civ., ancien art. 223).
[122] Civ. 1ère, 15 mars 1960, *Bull. civ*., n°154.
[123] Cette solution a été précédemment admise par la Cour d'appel de Rouen le 16 juillet 1936. CA. Rouen, 16 juillet 1936, *D.H.* 1936, p. 580, X ; *D.* 1938.2. p. 89, M. Nast ; *RTDCiv.*, 1937, p. 95, G. Lagarde, in. V. ZALEWSKI, *op. cit*. pp. 277-278.
[124] R. LE GUIDEC, M. FORGIT, « Le recul de la gratuité dans la sphère familiale », *op. cit*., spéc. p. 237.
[125] R. LE GUIDEC et M. FORGIT, « Le recul de la gratuité dans la sphère familiale », *op. cit*., spéc. p. 238.

23. La gratuité inhérente au cercle familial a donc cédé le pas à l'instauration de nouveaux rapports onéreux. L'assistance entre époux est désormais appréciée de manière limitative par la jurisprudence. Tandis que le don de soi dans la relation de concubinage est remis en cause a postériori par l'utilisation de techniques juridiques diverses [126], susceptibles d'être invoquées par les époux. Cependant, le travail gratuit n'a pas totalement disparu lorsqu'il se limite à une aide occasionnelle [127]. Ainsi la solidarité désintéressée, née du sentiment amoureux ou d'amour, n'est pas une solution à long terme face à certaines épreuves de la vie. La raison et le sentiment doivent pouvoir se concilier dans un rapport de travail. Si ponctuellement, l'entraide a le mérite d'exister, son existence ne doit pas se limiter à un esclavagisme moderne des forces travailleuses de l'autre. Aussi, l'émerveillement amoureux des premiers jours peut céder sa place à des zones d'ombre et de turbulence, pouvant laisser l'auteur de la « solidarité » démuni sans autre moyen que la sollicitation du juge pour plaider son sort. Il est donc important d'assurer à l'autre une protection à court terme (salaire mensuel, assurance maladie) et à long terme (chômage, retraite) [128] sans que ne soit mis en œuvre la lourde machine du système judiciaire. Enfin, un avantage non négligeable pour le chef d'entreprise est d'employer une personne qu'il connaît et sur laquelle il peut a priori compter. Le risque serait, toutefois, de lui octroyer des prérogatives qui ne seraient pas justifiées par le contrat de travail ou la prestation salariale.

B.- La consécration légale du salariat dans les rapports professionnels entre époux

Longtemps interdit en raison de l'atteinte causée à « la hiérarchie conjugale, à la répartition des pouvoirs et des richesses entre époux » et afin d'éviter « les fraudes familiales », le salariat entre époux [129] est désormais admis pour l'exercice d'une activité professionnelle[130].

1.- En France

[126] Nous étudieront ces diverses techniques par la suite.
[127] En droit italien, l'aide occasionnelle fournie dans le cercle famille repose sur une présomption de gratuité. Cette « prestation de travail » est supposée réalisée *affectionis vel benevolentiae causa* : Cass., 17 août 2000, n° 10923. Tel est le cas, en cas d'aide fragmentaire et épisodique, en l'absence d'obligation de présence ou d'horaire : Cass., 19 juin 2000, n°8330.
[128] Sur les avantages et inconvénients découlant du salariat, v. *infra* : partie 2, titre 1, chapitre 1.
[129] V. A. KARM, L'entreprise conjugale, op. cit. p. 29
[130] L'assistance conjugale a longtemps justifié l'aide constante à l'activité du mari. Selon la Cour de cassation, l'exécution des obligations conjugales ne peut relever du contrat de travail : Civ. 2e, 19 mars 1954, D., 1954.329 : « *les actes accomplis pas dame Maizeret sont présumés des actes d'entraide familiale, aucune preuve ou commencement de preuve n'a été apporté pour détruire une présomption qui dérive du statut juridique de communauté d'intérêts entre époux* » ; Ph. MALAURIE, L. AYNES, *Les régimes matrimoniaux*, *Defrénois* 2e éd., 2007, notes 16 et 19, p. 35.

24. L'adoption d'une législation catégorielle [131] a permis au droit français de prendre position concernant la place du salariat dans la relation professionnelle entre époux. La consécration du statut de conjoint salarié est née de l'adoption de la loi n° 82-586 du 10 juillet 1982 relative aux conjoints d'artisans et de commerçants travaillant dans l'entreprise familiale. Cette loi a offert au conjoint d'un chef d'entreprise commercial ou artisanale la faculté de choisir parmi trois statuts nominativement déterminés : le statut de conjoint collaborateur, le statut de conjoint associé et le statut de conjoint salarié. L'article 11 de la loi du 10 juillet 1982 a instauré un régime spécial propre au conjoint salarié par l'adoption de l'article L. 784-1 du Code du travail [132], dont l'application a été étendue au pacsé [133]. Aux termes de cet article, « les dispositions du présent code sont applicables au conjoint du chef d'entreprise salarié par lui et sous l'autorité duquel il est réputé exercer son activité dès lors qu'il participe effectivement à l'entreprise ou à l'activité de son époux à titre professionnel et habituel et qu'il perçoit une rémunération horaire minimale égale au salaire minimum de croissance ». Cet article était complété par l'article L. 311-6 alinéa 1er du Code de la Sécurité sociale, selon lesquels « est affilié au régime général de la sécurité sociale le conjoint d'un travailleur non salarié qui participe effectivement à l'entreprise ou à l'activité de son époux, à titre professionnel et habituel, et perçoit un salaire correspondant au salaire normal de sa catégorie professionnelle ». L'insertion d'une règle spécifique dans le Code du travail a eu pour conséquence d'aménager l'application du droit du travail à la relation professionnelle entre époux, interprétée par la doctrine comme la reconnaissance légale du contrat de travail entre époux[134], étendue ensuite aux pacsés. Le statut de conjoint salarié a été confirmé par la loi n°2005-882 du 2 août 2005 [135] venue modifier le Code du commerce en créant une section II consacrée au conjoint du chef d'entreprise[136] travaillant dans l'entreprise familiale. L'article 12-II de cette loi a introduit l'article L. 121-4 dans le Code de commerce, qui reprend les trois statuts de conjoint collaborateur, conjoint salarié et conjoint associé.

---

[131] V. A. KARM, *L'entreprise conjugale*, *op. cit.*, spéc. pp. 36 et s.

[132] Cet article a été inséré dans un nouveau chapitre V du titre VIII du livre VII du code du travail. Ce chapitre intitulé : « Dispositions relatives au conjoint salarié du chef d'entreprise » ne contenait qu'un article unique, l'article L. 784-1.

[133] A ce sujet, v. infra dans ce chapitre.

[134] V. notamment, A. COLOMER, *Le statut des conjoints d'artisans et de commerçants travaillant dans l'entreprise familiale*, *Defrénois* 1982, 1ère partie, art. 32954, p. 1393 s., spéc. n°37, p. 1407 ; J. PELISSIER, A. SUPIOT, A. JEAMMAUD, *Droit du travail*, *D.* 24e éd. 2008, n°296, pp. 396-397; D. MARTIN, *Le conjoint de l'artisan et du commerçant*, *Sirey*, 1984, n°11 et 12.

[135] *JO* 3 août 2005, p. 12639.

[136] Cette section 2 intitulée « Du conjoint du chef d'entreprise travaillant dans l'entreprise familiale » a été insérée au chapitre premier « De la définition du statut » du titre deuxième « Des commerçants », du Code de commerce.

25. Bien que la loi du 10 juillet 1982 n'ait pas employé les termes de « contrat de travail », la doctrine y a massivement vu l'existence d'une consécration légale[137]. Selon Monsieur Yves Reinhard, « ces textes ont définitivement consacré l'existence du contrat de travail entre époux »[138] tout en reconnaissant qu'une telle solution avait déjà été reconnue valablement par la jurisprudence[139]. Les législations spéciales, tant sociale[140] que fiscale[141], avaient également admis l'existence du salariat entre époux, plaçant ainsi le conjoint au même rang que tout salarié accomplissant la même activité aux mêmes conditions[142], sans qu'une référence soit faite à la notion de contrat de travail.

26. Du point de vue formel, la loi a imposé une condition au chef d'entreprise qui emploie son conjoint ou pacsé. Il appartient au chef d'entreprise de procéder à la déclaration du le statut de conjoint salarié auprès des organismes habilités à enregistrer l'immatriculation de l'entreprise (C.com., art. L. 121-4, IV) [143]. Il sera alors tenu de payer les cotisations sociales afférentes. Cette déclaration a pour but d'informer les tiers de l'existence du salariat du conjoint ou du pacsé au sein de l'entreprise familiale.

27. La recodification du Code du travail opérée en 2008 a supprimé l'article L. 784-1 propre au statut de conjoint salarié du chef d'une entreprise. La modification du Code du travail a été réalisée par le Gouvernement habilité par le Parlement suite à l'adoption de la loi n°2004-1343 du 9 décembre 2004 de simplification du droit. Ce nouveau code entré en vigueur au 1er mai 2008 ne reprend pas les dispositions de l'article L. 784-1. Quelle sera alors la conséquence d'une telle suppression ? Le conjoint conserve-t-il à son profit la faveur relative à la suppression de l'exigence du lien de subordination ? Il est difficile de concevoir que le législateur ait souhaité, par la suppression de cet article spécifique, supprimé toute

---

[137] V. par ex., A. COLOMER, *Le statut des conjoints d'artisans et de commerçants travaillant dans l'entreprise familiale*, *op. cit*. spéc. n°37, p. 1407 ; D. MARTIN, *Le conjoint de l'artisan et du commerçant*, Sirey 1984, n°11 et 12 ; D. RANDOUX, *Le conjoint du chef d'une entreprise artisanale ou commerciale : collaborateur, salarié ou associé*, *JCP* 1983, I, 3103 ;Y. REINHARD, *Lien de subordination et droit des affaires*, p. 455 , v. spéc. p. 461 ; R. LE GUIDEC et M. FORGIT, « Le recul de la gratuité dans la sphère familiale », op. cit., spéc. p. 239.

[138] Y. REINHARD, *Lien de subordination et droit des affaires*, *op. cit*., v. spéc. p. 461.

[139] V. par ex., Civ. 8 nov. 1937, Gaz. Pal., 1938, I, 43, in. Y. REINHARD, *Lien de subordination et droit des affaires*, *op. cit*., p. 461 ; note critique de R. SAVATIER sous Civ. 1re, 8 juin 1963, époux X c. Y., *op. cit*.

[140] Par ex., la loi de finances du 14 avril 1952 assimila en matière sociale le conjoint employé par son époux à un salarié.

[141] Par ex., la loi fiscale du 13 mai 1948 a modifié l'article 154 du code général des impôts, aux termes duquel « le salaire du conjoint participant effectivement à l'exercice de la profession du contribuable » peut être déduit à condition que l'exploitant s'est acquitté du prélèvement des versements sociaux y afférents.

[142] V. notamment, A. KARM, *L'entreprise conjugale*, *op. cit*, spéc. pp. 33 à 36.

[143] Le chef d'entreprise doit déclarer le statut choisi par son conjoint auprès des organismes habilités à enregistrer l'immatriculation de l'entreprise mais seul le conjoint collaborateur fait l'objet d'une mention dans les registres de publicité légale à caractère professionnel (C.com., art. L. 121-4, IV).

faveur accordée au conjoint ou au pacsé du chef d'entreprise salarié par lui. Le conjoint et le pacsé du chef d'entreprise salarié par lui sont assimilables à tout salarié et à ce titre doivent être soumis aux dispositions du Code du travail. Toutefois, l'aménagement des conditions d'existence du contrat de travail entre époux ou pacsés résulte d'une œuvre jurisprudentielle consciente des difficultés liées à la coexistence entre la subordination salariale et l'égalité conjugale. Ainsi l'époux ou le pacsé employé dans l'entreprise familiale doit continuer à se prévaloir de la suppression de l'exigence du lien de subordination, ainsi décidé par la Chambre sociale de la Cour de cassation en 2001 [144]. A priori, il semblerait que le législateur ait souhaité que seul l'article L. 121-4 du Code de commerce ne règle le sort du conjoint participant à l'activité d'une entreprise familiale. Or n'aurait-il pas fallu, pour briser toute incertitude, compléter l'article L. 121-4 du Code de commerce par la mention suivante « le lien de subordination n'est pas une condition exigée afin de caractériser l'existence du statut de conjoint salarié ».

2.- En droit italien

L'un des buts poursuivis par la loi italienne n°151 du 19 mai de 1975, qui a inséré l'article 230bis dans le Code civil italien de reconnaître la compatibilité des liens familiaux[145] avec le contrat de travail régi par le droit du travail Le contrat de travail subordonné est la forme dominante en droit du travail italien, même si d'autres formes sont envisageables par le couple comme le travail autonome [lavoro autonomo][146] ou le travail parasubordonné [Lavoro parasubordinato][147].

28. L'article 230bis du Code civil est applicable au parent qui travaille dans l'entreprise familiale « à moins qu'il n'existe un rapport différent ». Cette disposition fait référence, sans les définir, à d'autres rapports juridiques pouvant exister entre des parents ou conjoints. Ces rapports juridiques autres pouvant régir les rapports de collaboration professionnelle entre les membres d'une même famille constituent des obstacles à l'application de cette règle. Parmi ces rapports juridiques visés mais non cités, se trouvent les dispositions du droit du travail contenues dans ce même code et plus particulièrement l'article 2094 relatif au travail

[144] V. *infra* : section 2 du présent Chapitre.
[145] Il est opportun de parler de liens familiaux au lieu de liens conjugaux car l'article 230bis du Code civil italien s'applique à d'autres membres de la famille que le conjoint, comme nous le verrons au chapitre 1 du titre 2 de la présente partie de notre étude.
[146] Le travail autonome est défini en droit italien comme « un travail essentiellement propre et sans lien de subordination » accompli contre rémunération (C.civ., art. 2222).
[147] Il s'agit d'une forme de travail autonome qui se différencie du travail subordonné en raison de l'absence d'un lien de subordination.

subordonné. Ainsi le contrat de travail conclu entre les époux est valablement reconnu. Pour modifier le droit de la famille et atteindre un tel objectif, le législateur italien s'est référé à l'article 29 de la Constitution italienne énonçant le principe d'égalité juridique des époux. Cette loi a abrogé de nombreux articles du Code civil contraires à l'article 29 de la Constitution italienne et a instauré le principe d'égalité juridique des époux [148] au sein de la famille. Ce principe d'égalité a été renforcé et généralisé par la loi n°903 du 9 décembre 1977, puis complétée et enrichie ultérieurement par de nombreuses interventions du législateur. Le contrat de travail caractérisé par le lien de subordination a cohabité depuis cette date avec le principe d'égalité entre époux découlant du lien matrimonial. Aujourd'hui encore, le lien de subordination est exigé pour caractériser une relation de travail entre les deux époux [149], contrairement au droit français, qui présente une plus grande souplesse sur ce point. Comme tout salarié, l'époux qui se prétend titulaire d'un contrat de travail doit en rapporter la preuve[150].

A l'instar des époux, la reconnaissance du contrat de travail entre concubins n'a pas suscité une intervention législative. Ainsi, l'existence du contrat de travail au sein du couple de fait a suscité juridiquement beaucoup moins d'interrogations.

C.- Le contrat de travail au sein du couple de fait

29. Cette situation ne soulève pas juridiquement de problème. En France et en Italie, il n'existe pas de statut juridique du concubinage. Si le droit n'ignore pas cette notion, il ne lui reconnaît pas encore de statut. Il en résulte que le concubin est considéré comme un salarié ordinaire. Le législateur, et la jurisprudence, de ces deux pays refusent de prendre en considération cette situation de fait pour aménager le contrat de travail à l'égard des concubins. Lorsque deux concubins concluent ensemble un contrat de travail, pour que celui-ci ait une existence juridique, les trois conditions dégagées par la jurisprudence pour caractériser le contrat de travail doivent être remplies, c'est-à-dire l'existence d'un lien de subordination, la réalisation effective d'une prestation de travail et le versement d'une rémunération.

[148] Article 143 de la Loi n°151 du 19 mai 1975 portant réforme de la famille.
[149] Ce principe d'égalité entre époux a été complété par la loi n°53 du 8 mars 2000, prise en application de la Directive CE du 3 juin 1996, n°96/34.
[150] Cass., 17 août 2000, n° 10923, in P. RESCIGNO, *Codice civile*, t. I et II, VIIe éd., *Giufrè editore* 2008, coll. Le Fonti del diritto italiano.

30. Le concubin est traité par le droit comme un tiers dans la relation de travail qu'il développe avec le chef d'entreprise. L'intérêt pour le concubin de conclure un contrat de travail est de bénéficier des avantages dévolus à tout salarié. Mais d'un point de vue spécifique, l'un des avantages de conclure un tel contrat est tout d'abord de faire reconnaître le travail qu'il réalise dans l'entreprise de l'autre. Ensuite une telle situation permet de lui accorder une véritable protection juridique permettant de pallier à toute ingérence non justifiée de la vie privée dans la vie professionnelle en cas de survenue de difficultés propres au couple. Ainsi en cas de séparation, la relation de travail reste réglementée et protégée par le droit du travail, bien qu'il soit difficilement concevable, en cas de séparation parfois difficile, des concubins que la relation de travail se poursuive au-delà de la rupture. Peu importe les circonstances, le concubin reste soumis aux règles de droit du travail et peut saisir en cas de conflit la juridiction compétente pour trancher le litige.

31. Aucun statut juridique n'est reconnu au concubin du chef d'entreprise. Le droit, qu'il soit français ou italien, nie son existence dans la vie professionnelle du chef d'entreprise. Si le concubin de ce dernier intervient professionnellement, son attitude est considérée par la jurisprudence comme guidée par une intention libérale [cortesia gratuita], ce qui peut le plonger dans une grande précarité. Le contrat de travail apparaît donc comme l'une des réponses idéales à la protection du concubin qui travaille dans l'entreprise de l'autre. Il appartiendra alors au concubin qui se prévaut de la conclusion d'un contrat de travail à son profit d'en rapporter la preuve.

Le salariat naît de la conclusion d'un contrat de travail admis en droit français et italien, dont il faut appréhender la définition avant d'étudier ses conditions de fonds[151].

II.- Approche de la définition du contrat de travail

Aucune définition du contrat de travail ne figure dans le Code du travail français [152] ni même dans le Code civil italien. Dans les deux pays, l'analyse de la jurisprudence a permis de dégager les éléments d'identification de ce type de contrat. Leur étude comparative met en évidence d'étroites similitudes quant aux conditions caractérisant le contrat de travail.

[151] V. *infra* : section 2 du présent chapitre.

[152] La définition du contrat de travail n'est toujours pas intégrée dans le Code du travail, en dépit de l'entrée en vigueur le 1er mai 2008 du Code de travail « nouveau », qui est le fruit de la recodification réalisée par voie d'ordonnance par le Gouvernement habilité par le Parlement suite au vote de la loi n°2004-1343 du 9 décembre 2004, de simplification du droit.

32. **L'ébauche d'une définition prétorienne** . Comme le législateur français, la Cour de cassation n'a jamais proposé de « véritable et complète définition du contrat de travail »[153]. Cependant, l'étude de sa jurisprudence met en évidence plusieurs éléments essentiels à son existence, également dégagés par la jurisprudence italienne.

A.- Des conditions similaires en droit français et italien

En droit français et italien, le contrat de travail est par nature une convention. Celle-ci peut être conclue entre époux en dépit de la particularité de leur statut personnel. Les différentes conditions identifiées permettant de retenir l'existence d'un contrat de travail sont au nombre de trois.

33. La première condition suppose la réalisation d'une prestation de travail effective. Selon la deuxième condition, l'employeur doit verser au salarié une rémunération en contrepartie de la réalisation de sa prestation salariale. Le contrat de travail établit un rapport onéreux entre les parties. Enfin, le salarié doit exercer la prestation de travail selon les directives et les recommandations de son employeur. En d'autres termes, il exécute sa prestation salariée dans un lien de subordination vis à vis de son employeur. Longtemps ces trois conditions ont été requises pour tout salarié, quelle que soit sa qualité à l'égard du chef d'entreprise. Cependant, la jurisprudence française a adapté le critère de la subordination aux situations particulières nées de la coexistence du contrat de travail et du mariage avant de l'élargir au PACS.

34. Le législateur français a tenté d'insérer dans le Code civil une définition du contrat de travail avec la loi n°94-126 du 11 février 1994, dite Loi Madelin, relative à « l'initiative et à l'entreprise individuelle » en instituant une présomption de non-salariat aux alinéas premier et deuxième de l'ancien article L. 120-3 du Code du travail à l'égard des personnes qui étaient immatriculées auprès d'un registre spécial en tant que travailleur indépendant. Cette présomption était en principe simple, susceptible d'être renversée s'il était établi que l'activité des intéressés les plaçait « dans un lien de subordination juridique permanent » à l'égard d'un donneur d'ouvrage. Ainsi le législateur reprenait la condition du lien de subordination pour caractériser l'existence d'un contrat de travail. Mais ces alinéas ont été abrogés par la loi

[153] J. PELISSIER, A. SUPIOT, A. JEAMMAUD, *Droit du travail*, *op. cit.*, p. 382, n°. 284.

n°2000-37 du 19 janvier 2000 faisant disparaître cette « ébauche » de définition du contrat de travail[154].

35. Tout comme en droit français, la définition du contrat de travail en droit italien a été élaborée par la jurisprudence. Sans intégrer cette définition dans le Code civil, le législateur a repris les éléments de la définition du contrat de travail ainsi dégagés par la jurisprudence [155] pour définir la notion de « prestataire de travail subordonné » [prestatore di lavoro subordinato]. Le travailleur subordonné est défini comme « la personne qui s'oblige en contre - partie d'une rémunération à collaborer dans l'entreprise, exerçant son propre travail intellectuel ou manuel de manière dépendante et sous la direction du chef d'entreprise ». Cet article rappelle les trois conditions propres au contrat de travail : le lien de subordination, le versement d'une rémunération et la réalisation d'une prestation de travail. Ces trois conditions cumulatives s'appliquent à l'époux ou au concubin du chef d'entreprise s'il résulte en pratique l'accomplissement d'un tel travail. Ni la loi ni la jurisprudence ne prévoient de tempérament à ce principe.

En l'absence de définition législative du contrat de travail, ce sont les critères dégagés par la jurisprudence qui s'appliquent pour caractériser l'existence d'un contrat de travail entre les membres d'un même couple. Mais si les conditions sont les mêmes dans les deux droits, la terminologie utilisée varie.

B.- Une différence terminologique pour une conception similaire

36. En France, l'expression « contrat de travail » figure dans les termes même de la loi et notamment dans de multiples articles du Code du travail. Elle désigne une convention à titre onéreux liant deux personnes. En Italie, il est plus fréquent de rencontrer l'expression « rapport de travail [156]» dans le Code du travail. L'unique article du Code civil utilisant l'expression de « contrat de travail » était l'ancien article 2097 relatif à sa durée. Cependant, cet article a été abrogé par la loi n°230 du 18 avril 1962, entraînant avec lui la disparition de

[154] V. J. PELISSIER, A. SUPIOT, A. JEAMMAUD, *Droit du travail*, *D.* 24e éd., 2008, p. 174.
[155] La définition du « prestataire de travail subordonné » a été insérée dans le Code civil italien à l'article 2094 dans la section 2 relative « aux collaborateurs de l'entrepreneur ». Le Code civil désigne sous le terme de « collaborateurs » les « prestataires de travail subordonné » [Prestatore di lavoro subordinato] ou salariés, définis à l'article 2094 du code civil et répartis en différentes catégories (C.civ., art. 2095). Parmi ces personnes peut figurer le conjoint du chef d'entreprise, comme en dispose implicitement l'article 230bis du code civil relatif à l'entreprise familiale[155].
[156] Tel est l'intitulé de la Section 3 *Du rapport de travail,* du chapitre 1 *De l'entreprise en générale*, du Titre I *Du Travail dans l'entreprise*, du Livre V *Du Travail*, du Code civil italien.

cette expression dans la section 3 relative « au rapport de travail ». Pour autant la notion de contrat de travail est utilisée dans le langage juridique italien. Selon certains auteurs[157], « dans le Code civil [italien], la notion de rapport prévaut sur la notion de contrat », même s'il y puise presque toujours sa source. Cette conception se justifie par la définition du rapport de travail subordonné constituée essentiellement de deux obligations réciproques : une prestation de travail et une rémunération, l'ensemble étant soumis au lien de subordination. Le rapport de travail[158] est créé par un échange contractuel. Le mot « rapport » peut être défini comme « un lien ou une relation entre deux ou plusieurs personnes… »[159]. Synonyme de relation[160], l'accent est mis sur le lien qui domine la volonté, essence même du contrat. Le contrat de travail établit un rapport juridique individuel encadré, dominé par la relation « employeur-salarié », indispensable à son existence. La portée de la volonté est réduite dans le contrat de travail car des conditions peuvent être imposées unilatéralement au salarié par l'existence notamment d'une convention collective. Mais le rapport salarial engendre « un rapport d'obligations réciproques » et le respect à certains égards des articles 1134 du Code civil français et 1321 du Code civil italien[161]. D'ailleurs, l'article 2094 du Code civil italien définit la notion de salarié par « celui qui s'oblige ». En France, les expressions « rapport de travail » ou « rapport salarial » sont également utilisées[162] mais principalement par les économistes.

37. Cette différence terminologique ne réduit pas l'aspect contractuel existant dans cet engagement. Le contrat est et reste dans les deux systèmes juridiques le « support » de la relation de travail salariée. Il en est « la trame »[163]. Dans les deux systèmes juridiques, le contrat de travail trouve sa source dans le droit commun des contrats. Il est légitime de se

---

[157] V. notamment E. GHERA avec la collaboration de R. BORTONE, U. CARABELLI, *Diritto del Lavoro*, *Ed. CACUCI EDITORE BARI* 2006, p. 61.

[158] Selon Monsieur le Professeur Antoine JEAMMAUD, « le rapport de travail est bel et bien un rapport contractuel que configurent le contenu obligationnel du contrat et un ensemble de variables occupant son « champ contractuel » ». A. JEAMMAUD, *L'avenir sauvegardé de la qualification de contrat de travail. A propos de l'arrêt Labbane*, *Dr. social*, mars 2001, p. 227.

[159] Définition donnée par le *Petit Larousse.*

[160] V. la définition du terme « Rapport », G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, *PUF*, Coll. Quadrige, 2007, note 5, p. 760 : « syn. de relation, soit dans un sens factuel (rapports de voisinage), soit dans un sens juridique (rapport de droit, lien juridique) ».

[161] L'article 1321 du code civil italien dispose : « le contrat est l'accord de deux ou plusieurs personnes pour constituer, réguler, ou éteindre entre eux un rapport juridique patrimonial ».

[162] Au cours de la première partie du XXe siècle, certains auteurs se sont interrogés sur l'opportunité de retenir la notion de « relation de travail » à la place de contrat de travail, celle-ci étant entendue comme « un rapport juridique non contractuel naissant du seul fait de l'appartenance à l'entreprise et suffisant à rendre applicables le code du travail, les conventions collectives et les autres règles en vigueur dans l'entreprise », in J. PELISSIER, A. SUPIOT, A. JEAMMAUD, *Droit du travail*, *D.*, 22e éd., 2004, p. 204, n°. 134.

[163] V. les propos de H. SINAY, « le rapport contractuel [qui] reste, malgré l'autonomie relative du droit du travail, la trame d'analyse du rapport de travail. » rapportés par F. MEYER et C. SACHS-DURAND dans « L'évolution du rapport salarial », in *Mélanges Hélène Sinay*, *op. cit.*, p. 369.

demander quelles seront les conséquences découlant de l'utilisation de l'un ou l'autre de ces deux termes : contrat et rapport. En fait, dans les deux droits, les conséquences sont identiques puisque le salarié est placé, en principe, dans une situation subordonnée par rapport au chef d'entreprise. De cette situation naît des obligations réciproques entre les parties. L'engagement repose sur le consentement réciproque des parties à la convention qui les placent volontairement dans une situation hiérarchique et inégalitaire. Longtemps, cette conception purement contractuelle suffisait à justifier la relation salariale. De nombreux auteurs expliquaient les effets découlant du contrat de travail par le principe de l'autonomie de la volonté [164]. Aujourd'hui, la théorie contractuelle apparaît comme insuffisante pour expliquer l'ensemble des phénomènes découlant de la relation de travail, évoluant sous l'influence de facteurs extérieurs comme le chômage ou la concurrence internationale. La théorie contractuelle apparaît donc comme une explication insuffisante mais indispensable à la relation de travail, que celle-ci naisse entre époux ou non.

38. Les membres d'un couple, qui souhaitent établir un rapport professionnel entre eux, doivent avoir une démarche volontaire et conscience de l'engagement qu'ils prennent : ils optent pour cette relation qui ne s'applique pas automatiquement à eux. Dans les deux pays, c'est la volonté qui va inciter le couple à conclure un contrat de travail entre eux et les raisons motivant ce choix peuvent être variées : la recherche d'une certaine sécurité juridique, la reconnaissance effective du travail de l'autre, un enrichissement réel pour la prestation effectuée, le recrutement d'une personne connue du chef d'entreprise, l'attribution d'un emploi. La volonté reste l'élément principal bien que par la suite celle-ci se trouve encadrée par la loi et les accords collectifs.

Même s'il modifie la répartition des pouvoirs issus du régime matrimonial, le contrat de travail constitue aujourd'hui un contrat valablement admis quel que soit le mode de conjugalité liant les parties à l'acte. En cas de conflit, il appartiendra au juge d'apprécier l'existence des conditions de fond exigées pour caractériser le rapport salarial, sans égard à la qualification juridique attribuée par le couple à son rapport professionnel.

C.- L'indifférence de la qualification juridique donnée par le couple

[164] V. not. Monsieur Hugueney pour qui, « l'autonomie de la volonté légitimait les obligations contractuelles et même un attribut aussi exorbitant que le pouvoir disciplinaire était analysé par certains auteurs comme résultant du droit du contrat » : J. HUGUENEY, *Le pouvoir disciplinaire du Chef d'entreprise*, Th. Paris, 1948.

39. Les juges français et italiens apprécient strictement les conditions du contrat de travail[165]. La qualification juridique que les parties donnent à leur convention ne suffit pas à caractériser l'existence de ce contrat. Ce principe général a été posé par la jurisprudence [166]. La véritable qualification du contrat de travail ne peut dépendre de la seule volonté des parties et doit être rétablie par le juge, qui va interpréter leur comportement[167]. Ce « principe de réalité » est appliqué par les tribunaux à tout contrat de travail même lorsque le litige concerne les deux membres du couple. La relation professionnelle ne dépend ni de la volonté exprimée ni de la dénomination donnée à la convention[168]. L'existence d'un rapport de travail subordonné va résulter de l'exécution effective d'une prestation salariée soumise au pouvoir hiérarchique et disciplinaire de l'employeur. La qualification de contrat de travail va résulter du comportement adopté par l'employeur et le salarié tout au long de l'exécution de ce contrat[169]. La tentation est grande pour le couple de conclure un contrat de travail fictif sans que celui-ci ne soit suivi d'une exécution effective. Le membre salarié jouit ainsi de tous les avantages liés au salariat sans effectuer réellement sa prestation de travail. Ce phénomène peut avoir pour conséquence de rompre complètement l'égalité entre les salariés de l'entreprise. Pour pallier à ce risque qui peut se rencontrer dans toute relation employeur-

[165] Pour des raisons de commodité, nous utiliserons l'expression « contrat de travail », qui est tout à fait admise en droit italien.

[166] Cass. Ass. Plén. 4 mars 1983, *D.* 1983.381, concl. Cabannes : Dans cette affaire, la Cour de cassation a estimé qu'un enseignant d'un établissement privé engagé en qualité de salarié mais ultérieurement maintenu en qualité de conférencier extérieur, lié par une « Convention de collaboration » et rémunéré par des « honoraires-vacations », se trouvait toujours salarié car il travaillait au sein « d'une organisation fonctionnant sous la direction et la responsabilité » de l'école, même si ses horaires étaient aménagés selon ses convenances ; Dans le même sens voir notamment : Cass. Soc. 17 avr. 1991, *Bull. civ* V, n°200, Cass. Soc. 27 oct. 1993, *Dr. Soc.* 1993. 960.

[167] V. Soc. 23 janv. 1997, pourvoi n° 94-40099, *ASSEDIC de l'Ain et des Deux-Savoies et autre* c/ *Tanguay et autres* : la Cour de cassation a approuvé la Cour d'appel qui « a exactement énoncé que l'existence d'une relation de travail salarié ne dépendait ni de la volonté exprimée par les parties, ni de la dénomination donnée par celles-ci à leur convention, mais des conditions dans lesquelles devait s'exercer l'activité du travailleur ».

[168] En ce sens : Soc., 17 janv. 1996, pourvoi n° 92-44887, *M. Amar Y.* c/ *M. Sam* ; Soc. 28 janv. 1998, pourvoi n° 95-44451 : dans cette affaire, « M. Y... a effectué pour le compte du Cours secondaire privé de Chaville (CSP) des cours de français et de philosophie en exécution de plusieurs contrats à durée déterminée relatifs aux années 1988-89, 1989-90, 1990-91 et 1991-92 ; que, la liquidation judiciaire du CSP ayant été prononcée par jugement du tribunal de commerce de Nanterre du 10 septembre 1992, le mandataire liquidateur a notifié à M. Y... son licenciement par lettre du 18 septembre 1992 ». En l'espèce l'existence d'un contrat de travail entre M. Y et la CSP était contestée. Selon la Cour de cassation, « la qualité de fonctionnaire de M. Y... n'était pas incompatible avec l'existence d'un contrat de travail et que l'existence d'une relation de travail salarié ne dépend ni de la volonté exprimée par les parties ni de la dénomination qu'elles ont donnée à leur convention, mais des conditions de fait dans lesquelles est exercée l'activité du travailleur, le conseil de prud'hommes n'a pas donné de base légale à sa décision » ; Soc. 12 juill. 2005, n°1693, *Magelle* c/ *SA Groupe Envergure et a.*, JP social Dt trav., Dictio. 2007, *Groupe Revue Fiduciaires*, p. 392.

[169] Pour le droit italien, v. notamment E. GHERA, avec la collaboration R. BORTONE et U. CARABELLI, *Diritto del Lavoro*, *Cacucci Editore Bari* 2006, p. 65 ; P. RESCIGNO, *Codice civile*, t. II (Art. 1754-2969), *op. cit.*, p. 3882, n°1 : « L'élément essentiel du rapport de travail subordonné est la subordination… ».
Pour le droit français, il a été jugé que « l'existence d'une relation de travail dépend des conditions de fait dans lesquelles est exercée l'activité professionnelle » : Soc., 9 mai 2001, n°98-46.158, *Bull. Civ.* V, n°155.

salarié, la jurisprudence a une approche concrète de la manifestation du contrat de travail. De plus, le lien sentimental unissant le chef d'entreprise au salarié ne peut justifier le non respect de la loi par un traitement de faveur. En conclusion, le salarié doit donc remplir *in concreto* les conditions de la prestation de travail subordonnée fixées par la jurisprudence. L'époux, le pacsé ou le concubin du chef d'entreprise salarié par lui qui invoque l'existence d'un contrat de travail doit en établir la preuve[170].

Pour autant le droit français n'est pas resté indifférent à cette situation particulière lorsqu'un mariage ou un PACS est conclu. La jurisprudence française a aménagée le critère du lien de subordination en fonction du mode de conjugalité choisi par le couple.

Section 2 : Les conditions de fond du salariat

En droit français et en droit italien, des conditions similaires permettent de caractériser l'existence d'un contrat de travail. Ces conditions composant la définition du contrat de travail ont été déterminées par la jurisprudence de ces deux pays en réaction à l'absence de définition législative. En principe, ces trois conditions sont applicables à tous salariés, quel que soit le lien personnel l'unissant au chef d'entreprise. Toutefois, le droit français a créé un tempérament en ce qui concerne les conditions exigées pour la conclusion d'un contrat de travail entre époux, étendu par la suite au contrat de travail conclu entre pacsés. Il est important pour mieux appréhender l'existence d'un contrat de travail au sein du couple de s'intéresser aux différents critères le caractérisant pour rechercher comment ceux-ci cohabitent avec le mariage, le concubinage ou le PACS.

I.- Le problème lié à l'existence du lien de subordination

[170] Soc., 18 juin 1996, n°2841, *Joly* c/ *Sté Corse Air International*, *Bull. Civ.*, V, n°245 : celui qui invoque l'existence ou l'absence de contrat de travail doit en établir la preuve ; Soc., 13 juill. 2004, n°1559, *Vich* c/ *Leray et a.*, *Bull. Civ.*, V, n°217 : seul celui qui se prétend salarié peut agir en reconnaissance de l'existence d'un contrat de travail.

40. En droit positif français[171] et italien[172], le lien de subordination caractérise, en principe, le contrat de travail[173]. Il « est un facteur d'identification d'un rapport singulier »[174]. Le lien de subordination permet ainsi de différencier le contrat de travail de droit commun d'autres conventions prévoyant le versement d'une rétribution en contrepartie de l'accomplissement d'une prestation[175]. Les jurisprudences française[176] et italienne[177] ont dégagé plusieurs critères d'identification du lien de subordination, tels que : le pouvoir de direction et de contrôle de l'employeur, la détermination des conditions de travail, du lieu et des horaires [178] ayant force contraignante. Pour apprécier l'existence du lien de subordination, les juges du fond se fondent sur des conditions matérielles d'exécution du contrat de travail fournies et décidées

[171] La notion de « lien de subordination » n'est pas définie dans le code du travail. Seul l'article L.2313-3 du code du travail y fait référence. Cet article dispose « les salariés d'entreprise extérieures qui, dans l'exercice de leur activité, ne se trouvent pas placés sous la subordination directe de l'entreprise utilisatrice peuvent faire présenter leurs réclamations individuelles et collectives, intéressant celles des conditions d'exécution du travail qui relèvent du chef d'établissement par les délégués du personnel de cet établissement dans les conditions fixées au présent titre ».

[172] V. notamment E. GHERA, *Diritto del Lavoro*, *op. cit.*, p. 41.

[173] V. notamment F. GAUDU, « Travail et activité », *Dr. social* 1997, n°2, p. 119 ; Ph. Waquet, *Le renouveau du contrat de travail*, RJS 5/99, p. 383 ; Civ., 6 juill. 1931, Arrêt *Bardou*, *DP* 1931, 1, p. 121, note PIC ; Civ., 25 juillet 1938, *DH* 1938.530 ; J. MESTRE, « Entre droit des contrats et droit du travail : l'activité contractuelle du salarié », *Etudes offertes à J. Ghestin*, *D.* 2000, p. 673. Cependant, pour Monsieur Francis MEYER et Madame Corinne SACHS-DURAND, ce concept apparaît aujourd'hui comme insuffisant « pour expliquer les rapports existants entre l'employeur et le salarié » : F. MEYER et C. SACHS-DURAND, « L'évolution du rapport salarial », in *Mélanges Hélène Sinay, op. cit.,* p. 369. Toutefois, pour ces auteurs, le « concept de subordination » est insuffisant « pour expliquer les rapports existants entre l'employeur et le salarié ». En effet, aujourd'hui, ce critère perd de son efficacité en raison de l'apparition de nouvelles formes de travail.

[174] *Les notions fondamentales du droit du travail*, sous la direction de Bernard Teyssié, *op. cit*., spéc. p. 127. A la différence de la notion « d'entreprise », la notion de « subordination » est vue dans cet ouvrage comme une notion-phare. Elle « éclaire » le rapport de travail.

[175] Comme par exemple, le consulting, la sous-traitance, le contrat de travail indépendant…

[176] V. l'important arrêt *Société générale* : Soc. 13 nov. 1996, *Dr. Social* 1996, 1067 note J.-J. Dupeyroux ; *D.* 1996 IR. 268 ; *RJS* 1996, n°1320 ; *JCP* E 1997, II, 911, note J. Barthélémy : « le lien de subordination est caractérisé par l'exécution d'un travail sous l'autorité d'un employeur qui a **le pouvoir de donner des ordres et des directives, d'en contrôler l'exécution et de sanctionner les manquements** de son subordonné ». Selon la Cour de cassation, « le travail au sein d'un service organisé peut constituer un indice de lien de subordination lorsque l'employeur détermine unilatéralement les conditions d'exécution du travail ».
La même formulation a été reprise par la suite dans de nombreux arrêts : Soc. 23 avr. 1997, n°1688, *Fédération des églises adventistes du 7e jour du sud de la France* c/ *Garcia* : « Le lien de subordination est caractérisé par l'exécution d'un travail sous l'autorité d'un employeur qui a le pouvoir de donner des ordres et des directives, d'en contrôler l'exécution et de sanctionner les manquements de son subordonné ; le travail au sein d'un service organisé peut constituer un indice du lien de subordination lorsque l'employeur détermine unilatéralement les conditions d'exécution du travail. » ; Soc. 2 juillet 2003, *CSBP* 2003, A 50 : selon la Cour de cassation « l'existence d'un lien de subordination caractérisé par l'exécution d'un travail sous l'autorité d'un employeur qui a le pouvoir de **donner des ordres et des directives, d'en contrôler l'exécution** et de **sanctionner les manquements** » ; Soc. 27 juin 2007 04-45.769 ; Soc. 16 juin 2008, 07-40.055 ; Soc. 8 juill. 2003, n° 01-43.865

[177] Cass., 15 juin 1999, n°5960; Cass. 18 fév. 1995, n°1756, *GI* 1995, I, 1, 2046; Cass., 20 janv. 2004, n°849 ; Cass., 13 fév. 2004, n°2842 ; Cass., 9 avril 2004, n°6983; Cass., 6 fév. 1995, n°1350.

[178] L'horaire de travail constitue un indice important du lien de subordination car il est l'expression « la plus symbolique » du pouvoir de direction de l'employeur, qui en fixe la répartition, exige son respect et en sanctionne les manquements. V. Lamy social 2010, n° 330.

par l'em ployeur[179], m ais égalem ent sur le respect d'obl igations accesso ires pesant sur le salarié[180]. De plus, le travail doit être exécuté pour le compte d'autrui et non pour son compte personnel. Cependant, certains auteurs français estiment que « cette c onception juridique ne correspond plus à ce que l'on peut percevoir de la réalité des ra pports de travail désignés sous le terme de contra t de tr avail » ; en ef fet, il existe selon eux un « déca lage entre le concept juridique devenu partiellem ent fictif et la réalité qu'il recouv re »[181]. L'exercice du pouvoir au sein des entreprises a subi d'importantes transformations. En dépit de ces mouvements, le lien de subordination reste le critèr e essentiel caractérisan t la relation de travail subordonné. La Jurisprudence a réaffirm é la « primauté du critère de la subordi nation aux ordres de l'employeur » pour caractériser le contrat de travail. Cependant , si en Italie le lien de subordination est toujours exigé pour caractériser le contrat de travail entre époux, tel n'est plus le cas en France. Parallèl ement, il convient de nous inté resser à la place du lien de subordination dans la relation de travail entre les pacsés, d'une part, et les c oncubins, d'autre part.

A.- Le lien de subordination dans le contrat de travail entre époux

41. La hiérarchie conventionnelle découlant du lien de subordination ne heurte plus la hiérarchie naturelle et légale qui existait en tre époux. En effet, successivem ent, l'autorité légale du mari a disp aru et a fait place au pr incipe d'égalité entre les époux. Si dans le ménage, cette autorité n'existe plus, professionn ellement elle peut pour autant exister. Dans une telle hypothèse, les époux doivent faire preuve d'une certaine habileté à s'abstraire du lien sentimental qui le s unit af in qu'il n' interfère pa s dans leur relation de travail. Mais ce n'es t pas chose aisée. Une difficile conciliation en tre le rapport de subordination et le rapport d'égalité entre époux [182] est donc inévitable. La reconnaissa nce législative de la validité du

[179] En d roit fra nçais, i l appart ient au juge de véri fier q ue l'employeur di spose ef fectivement d' un pouvoir d e direction, de c ontrôle et de sanction : Civ. 2 e, 6 m ars 2008 : la Cour de cassation a cassé l'arrêt de la Cou r d'appel de Par is (Pa ris, 19 oct. 2006) ay ant f ondé l a qualification de co ntrat de t ravail d'une i nfirmière anesthésiste sur l'ex istence d'un serv ice organisé sans s' assurer qu e l'employeur di sposait effectivement du pouvoir « **de donner des ordres et des directives, de contrôler l'exécution du travail et de sanctionner les manquements** de l'intéressée ».

[180] De même, le travail au sein d'un service organisé peut constituer un indice d u lien de subordination lorsque l'employeur détermine un ilatéralement les con ditions d'exécution du t ravail : Civ. 2e, 16 n ov. 20 04, n° 03-30.262, *Union des mutuelles de travailleurs-Mutuelles de Provence* c/ *CPAM des Bouches-du-Rhône*, *D*., 2005, n°28, Pan. n°3, p. 1902 : dans cette affaire, il a été décidé que l'assujettissement au régime général de la sécurité social est subordonné à l'existence d'un lien de su bordination. V. é galement, Soc., 13 nov. 1996, n°94-13.187, Bull. civ., V, n°386 ; Soc., 1er déc. 2005, n°05-43.031 à n°05-43.035, *Bull. civ*. V, n°349.

[181] V. F. MEYER et C. SACHS-DURAND, *op. cit*., p. 372 ; M. DESPAX, préf. T. AUBERT-MONPEYSSER , *Subordination juridique et Relation du travail*, 1987, p. 2.

[182] Sur la reconnaissance de l'égalité entre époux : v. *supra* :introduction.

contrat de travail entre époux cohabite avec le principe d'égalité entre époux. Les droits français et italien n'accordant pas la même place au lien de subordination dans la relation salariée entre les époux, il est nécessaire de distinguer le droit français du droit italien quant à l'exigence du lien de subordination dans la relation de travail salarié liant deux époux entre eux.

1.- En droit français

42. L'exigence du lien de subordination, comme condition du contrat de travail, perd son efficacité lorsque les parties au contrat sont mariées entre elles. Lorsqu'un contrat de travail est conclu entre les époux, ceux-ci doivent concevoir leur relation de travail indépendamment du lien particulier qui les unit. Une frontière devrait s'établir entre les deux relations : conjugale et professionnelle. Si la distinction est nette en théorie, son contour est beaucoup plus flou en pratique. La difficulté est de faire coexister le contrat de travail avec les devoirs du mariage. En principe, l'un des membres du ménage salarié par l'autre doit, durant les heures destinées à l'accomplissement de son travail, être soumis au pouvoir hiérarchique et décisionnel, du chef d'entreprise. La subordination juridique crée un déséquilibre significatif dans les relations entre employeur et employé. Le salarié se trouve placé dans une situation d'infériorité alors que l'employeur est mis dans une position de supériorité : il en résulte un rapport inégalitaire. Le couple lié par un tel contrat est nécessairement placé dans ce type de relation. Toutefois, par faveur pour les époux, la loi puis la jurisprudence ont aménagé l'exigence légale du lien de subordination dans les relations professionnelles entre époux.

a.- L'exigence initiale du lien de subordination simplement présumé

43. L'ancien article L. 784-1 du Code du travail introduit par la loi du 10 juillet 1982 a permis l'application de l'ensemble du droit du travail au conjoint du chef d'entreprise, « salarié par lui et sous l'autorité duquel il est réputé exercer son activité ». Suite à l'utilisation du terme « réputé », le législateur a offert au juge la possibilité d'interpréter ce texte comme créant une présomption simple de subordination. Le lien de subordination était présumé en faveur du conjoint dans la mesure où les deux conditions relatives à la rémunération et à l'accomplissement d'une prestation étaient remplies[183]. Ce texte était applicable, quel que soit le régime matrimonial des époux, que l'entreprise soit un bien propre au chef d'entreprise ou un bien de communauté. Telle fut la position adoptée par la Cour de

[183] Par exemple, l'existence d'un compte commun ne suffit pas à prouver l'existence du lien de subordination. V. Rép. Min. CLEMENT, *JOAN* 2 sept.1985, p. 4185.

cassation lorsqu'elle fut saisie pour la première fois d'un litige relatif à l'incidence du régime matrimonial au regard du statut de conjoint salarié.

44. **Les règles du régime matrimonial sont sans incidence sur le lien de subordination**. Dans sa décision du 16 février 1999 [184], la Chambre sociale de la Cour de cassation apporte une importante contribution à l'étendue du champ d'application de l'ancien article L. 784-1 du Code du travail. En effet, dans cette affaire, la Cour était saisie d'un litige opposant deux époux sur la validité d'un contrat de travail conclu entre eux alors que l'entreprise était un bien de la communauté entre lui-même et son épouse. L'époux, *Monsieur Faye*, était le chef de l'entreprise artisanale, et son épouse, *Madame Faye*, y était employée en tant que comptable. Suite à son licenciement économique le 14 octobre 1993, *Madame Faye* a saisi le Conseil des Prud'hommes, en se prévalant de sa qualité de salariée de son mari, pour obtenir notamment le paiement de rappel de salaires, d'indemnités de congés payés, et une indemnité de licenciement sans cause réelle et sérieuse et pour non-respect de la procédure de licenciement. La Cour d'appel de Paris a statué en faveur de *Madame Faye* dans son arrêt du 19 janvier 1996. *Monsieur Faye* s'est donc pourvu en cassation. Pour obtenir la cassation de l'arrêt, *Monsieur Faye* a notamment invoqué l'application de l'article 1421 du Code civil, qui régit le pouvoir d'administration des époux sur les biens communs. La Cour a écarté ces règles en affirmant que « *le fait que l'entreprise artisanale était un bien commun n'était pas de nature à faire obstacle à l'application de l'article L. 784-1 du Code du travail qui prévoit que les dispositions dudit Code sont applicables au conjoint du chef d'entreprise salarié par lui et sous l'autorité duquel il est réputé exercer une activité dès lors qu'il participe effectivement à l'entreprise ou à l'activité de son époux à titre professionnel et habituel et qu'il perçoit une rémunération minimale égale au salaire minimum de croissance* ». Le lien de subordination est présumé si la participation effective de l'épouse l'est à titre professionnel et habituel et si elle perçoit une rémunération au moins équivalente au S.M.I.C. En l'espèce, l'activité de comptable exercée par l'épouse depuis trente ans ne faisait pas d'obstacle à présumer l'existence d'un lien de subordination [185]. De plus, le fait que son époux l'ait licenciée, constituait un indice supplémentaire attestant de la réalité du contrat de travail.

[184] Soc., 16 fév. 1999, *JSL* n°32, 18 mars 1999, pp. 14-16 note M.-C. HALLER.

[185] Dans le même sens : CA Toulouse, 18 déc. 1986, *Taurines c. Mazens Cazalens* : les conseillers toulousains avaient estimé que l'article L. 784-1 du Code de travail devait trouver application dès l'instant où l'épouse participait de manière habituelle à l'activité de commerce de chaussures, exploitées par son mari, à la fois au magasin et dans les marchés et foires. Seul le mari assurait les achats. L'épouse se contentait de donner son avis à titre commercial.

Cette présomption étant une présomption simple [186], elle pouvait tomber devant la preuve contraire[187]. Or, la preuve contraire n'a pas été rapportée par le mari. L'argument selon lequel l'épouse ne se trouvait pas dans un lien de subordination « *en raison des pouvoirs d'administration concurrente que lui confère la loi sur les biens commun* » n'a pas été retenu.

Il résulte de cette décision que les pouvoirs d'administration concurrents que la femme détient sur le bien commun, l'entreprise, découlant du régime matrimonial, ne font pas obstacle à la conclusion d'un contrat de travail. Cette décision assure une juste conciliation entre les règles issues du régime matrimonial et celles relatives au statut de conjoint salarié. En effet, si la prestation fournie par l'épouse correspond aux exigences de l'article L. 784-1 du Code du travail, alors cette prestation se détache des droits et obligations du mariage, en les dépassant par la forme et le contenu, pour en devenir une prestation salariée. A ce titre, l'épouse est considérée comme un simple salarié. La nature commune ou propre de l'entreprise est sans incidence. Dans cet arrêt, le Cour de cassation a approuvé les juges du fond qui ont constaté sans méconnaître les règles de preuve que les conditions requises par ce texte étaient réunies.

45. Certains auteurs[188] ont estimé que l'existence d'un lien de subordination peut paraître contraire à l'égalité entre époux, notamment lorsque l'entreprise est un bien commun. Mais le bien, qui est l'entreprise, doit être distingué de sa gestion, qui appartient au chef d'entreprise. Les époux peuvent décider de ne pas gérer ensemble l'entreprise, l'un des époux choisissant de se placer dans une situation d'infériorité induite par la conclusion du contrat de travail. Une personne peut décider de se défaire ou de ne pas se charger de la gestion de son bien pour la confier à une autre personne à laquelle elle accorde sa confiance. L'époux ou l'épouse paraît alors être la personne la plus à même de présenter cette garantie. La rupture d'égalité serait alors volontaire et ne concernerait que la gestion du bien et non sa propriété. Parallèlement, pour d'autres auteurs, cette situation présente des avantages pratiques non

[186] Les personnes pouvant faire tomber cette présomption sont les tiers (organismes de chômage ou la Sécurité sociale), l'époux lui-même, en cas de séparation, divorce

[187] Exemples pour lesquels la présomption est renversée : CA Dijon, 16 fév. 1988, *Thévenot* c/ *Laclergerie* ; décision confirmée devant la Cour de cassation : Cass. Soc. 14 nov. 1985, n°83-42.231. En l'espèce, une épouse avait travaillé vingt ans dans la société où son mari était P.D.G., puis elle avait cessé son activité tout en continuant pendant cinq ans à percevoir un salaire et à se voir remettre des bulletins de paie.

[188] V. notamment, B. BOUBLI, *Statut social du conjoint collaborateur d'un artisan ou d'un commerçant*, *Sem. Soc. Lamy* 1984, suppl. au n°195.

négligeables, que ce soit au cours du mariage ou lors du divorce [189]. En effet, l'époux salarié bénéficie indéniablement des mesures protectrices du droit du travail.

Deux ans après cette décision, la Cour de cassation a modifié sa position en n'exigeant plus le lien de subordination pour caractériser la relation de salarié entre époux.

b.- La disparition de l'exigence du lien de subordination

46. Durant de nombreuses années, l'époux devait être considéré comme un « salarié ordinaire ». L'article L. 784-1 du Code du travail était interprété comme posant une présomption simple du lien de subordination. Par conséquent, lorsque l'existence d'un contrat de travail était recherchée dans la relation professionnelle entre époux, les trois « conditions élémentaires » d'un contrat de travail étaient évoquées. Le lien de subordination était supposé exister en raison de la réunion des deux autres éléments propres au contrat de travail. Cependant, la Chambre sociale de la Cour de cassation a changé sa position depuis sa décision de principe rendue le 6 novembre 2001 [190]. Rompant avec la jurisprudence précédente, la Cour de cassation n'a plus exigé le lien de subordination comme une condition nécessaire à l'application de l'article L. 784-1 du Code du travail. Dès lors, un sort particulier est réservé au conjoint, puisque « la qualité de conjoint salarié n'est plus soumise à la reconnaissance d'un lien de subordination juridique ». Il aura fallu attendre près de vingt ans pour qu'une telle faveur soit accordée au conjoint. Or, le lien de subordination est l'élément caractéristique du contrat de travail, il est l'élément qui permet de distinguer le contrat de travail d'autres contrats. Selon Monsieur Pascal Lokiec, l'opposition existante entre le lien de subordination et *l'affectio societatis* constituait un élément de distinction entre la société créée de fait et le contrat de travail[191]. Cette solution nouvelle se comprend aisément dans la mesure où en pratique, il est difficile de caractériser l'existence d'un lien de subordination entre un salarié et son employeur alors que ceux-ci sont déjà liés entre eux par le lien matrimonial.

47. L'arrêt, qui mit fin à cette lecture de l'article L. 784-1 du Code du travail, est l'arrêt dénommé *Zanaria*. Dans cette affaire, *Madame Bouvard* avait licencié son mari pour faute

[189] F. FAVENNEC-HERY, *Les relations professionnelles entre époux ou le travail sans la subordination*, sous Soc. 6 nov. 2001, *Bouvard c/ Zanaria*, *Dr. soc.*, avril 2002, p. 403.
[190] Soc., 6 nov. 2001, *Mme BOUVARD et a. c/ Zanaria et a.*, n° 99-40.756, JurisData n°011594, *RTDCom* 2002, p. 36, note B. Saintourens ; *D.* 2002, n°12, p. 987, note P. ROSSI ; *JCP G* n°7, 13 fév. 2002, II 10030, comm. D. CORRIGNAN-CARSIN ; F. FAVENNEC-HERY, *Les relations professionnelles entre époux ou le travail sans la subordination*, *op. cit.*
[191] P. LOKIEC, *La relation de travail entre époux : un contrat de travail sans lien de subordination ?*, *D.* 2002, p. 767. Suite à la disparition de l'exigence du lien de subordination, l'auteur propose de déplacer l'élément de distinction entre la société créée de fait et le contrat de travail vers la participation aux pertes, v. *infra*.

lourde le 13 juin 1995 après leur séparation. Ce dernier avait saisi la juridiction prud'homale d'une demande tendant au paiement de diverses sommes en application du Code du travail. Il avait été salarié du fonds de commerce d'affinerie de fromage des parents de son épouse en 1973, était devenu locataire-gérant du fonds de commerce en 1974, puis avait occupé des fonctions de directeur commercial de l'entreprise lorsque *Madame Bouvard* en était devenue l'exploitante à la suite de la donation faite par ses parents en 1978. *Madame Bouvard* contestait l'existence du contrat de travail entre elle et *Monsieur Zanaria*. Le 1er décembre 1998, la Cour d'appel de Chambéry a fait droit, à la demande de *Monsieur Zanaria* en fixant à titre de créances à son profit, sur la liquidation judiciaire de *Madame Bouvard*, diverses sommes à titre d'indemnités de licenciement, de non-respect de la procédure de licenciement et de rappel de rémunération. De plus, la cour d'appel a ordonné la remise d'un certificat de travail avec comme date d'entrée dans l'entreprise le 1er mars 1973 et comme date de sortie le 15 juin 1995.

Pour retenir la qualification de contrat de travail liant le mari à son épouse, titulaire du fonds de commerce, les juges du fond ont recherché une participation effective de l'époux à l'activité de son épouse à titre professionnel et habituel en contrepartie du versement d'une rémunération horaire minimale égale au salaire minimum de croissance. Pour éviter le contrat de complaisance, les juges ont donc recherché si deux des conditions essentielles du contrat de travail étaient remplies : l'accomplissement d'un travail effectif et le versement d'une rémunération. Dans leur analyse, les juges du fond n'ont pas pris en considération les motifs liés à l'existence du lien de subordination. La Cour de cassation a approuvé les juges du fond en affirmant que « *l'existence du lien de subordination… n'est pas une condition d'application des dispositions de l'article L. 784-1 du Code du travail* »[192]. Cette décision a le mérite de mettre d'accord les auteurs estimant que l'exigence du lien de subordination a pour conséquence de rompre l'égalité entre époux. Si l'autorité émanant de la personne dirigeant une entreprise va de soi, celle-ci n'a plus à être évoquée lorsque les rapports professionnels litigieux concernent l'exécution d'un contrat de travail entre époux. La Cour de cassation met donc un terme à l'interprétation doctrinale et jurisprudentielle de l'article L. 784-1 du Code du travail selon laquelle le lien de subordination était une condition simplement présumée du

[192] « Mais attendu que, dès lors que Monsieur *Zanaria* participait effectivement à l'activité ou à l'entreprise de son épouse à titre professionnel et habituel et qu'il percevait une rémunération horaire minimale égale au salaire minimum de croissance, c'est à bon droit que la cour d'appel en a déduit que les dispositions du code du travail étaient applicables à leurs relations professionnelles ; qu'ainsi abstraction faite des motifs tirés de l'existence d'un lien de subordination, qui n'est pas une condition d'application des dispositions de l'article L. 784-1 du Code du travail, l'arrêt est légalement justifié ».

contrat de travail entre époux. Le lien de subordination est désormais exclu de la relation salariale entre époux.

48. **La jurisprudence *Zanaria* confirmée**. La Cour de cassation a rarement l'occasion de trancher un litige opposant des époux relativement à l'existence d'un contrat de travail passé entre eux. Aussi, il semble important de relever les arrêts rendus en la matière qui confirment la jurisprudence *Zanaria*. L'arrêt *Hervé* constitue l'une des illustrations de ce contentieux. Cet arrêt rendu le 13 décembre 2007 par la Chambre sociale de la Cour de cassation [193], opposant Mme X...à son époux M. Y, vétérinaire, au cabinet duquel elle prétend avoir travaillé de 1992 à octobre 1997, sans percevoir de rémunération, en qualité de secrétaire assistante chargée de l'accueil de la clientèle et de la comptabilité. Devant la Cour d'appel de Rennes, la demande de Madame X tendant à se voir reconnaître la qualité de salariée a été rejetée le 15 décembre 2005, ce qui a eu pour conséquence le rejet du bénéfice d'une indemnité pour licenciement sans cause réelle et sérieuse, aux motifs « *qu'elle ne fait état d'aucune rémunération convenue, d'aucune qualification ni rémunération conventionnelle obligatoire ; qu'à l'époque de la collaboration, il n'a jamais été question de salaires entre les époux ; qu'il apparaît qu'elle ne recevait aucune instruction de nature hiérarchique et qu'elle était libre de s'absenter sans autre contrainte que sa conscience professionnelle ; que les attestations produites aux débats confirment la réalité et l'importance de son travail mais n'établissent pas l'état de subordination juridique* ». Pour se défendre, Monsieur Y prétendait que son épouse ne percevait pas de rémunération pour le travail accompli à son service. Mais la Cour de cassation se positionne dans la droite lignée de la jurisprudence *Zanaria* en décidant que « *l'existence d'un lien de subordination n'est pas une condition nécessaire à l'application du statut de conjoint salarié … dès lors qu'il est établi que l'un des époux participe ou a participé effectivement à titre professionnel et habituel à l'activité de son conjoint dans des conditions ne relevant pas de l'assistance entre époux, ce dernier ne peut pour faire échec au dispositions de l'article L. 784-1 du Code du travail opposer à son conjoint l'absence de rémunération du travail accompli à son service* ». Pour statuer ainsi, les Conseillers se sont fondés sur le fait que l'activité continue exercé à titre professionnel par l'épouse au service de son mari n'était en rien occasionnelle et avait permis à ce dernier d'économiser la charge d'une salariée. La Cour de cassation confirme ainsi la jurisprudence *Zanaria*, en ce que le lien de subordination n'est plus une condition nécessaire à l'application du statut de conjoint salarié

[193] Soc. 13 décembre 2007, n° 06-45.243, *Hervé*, divorcé *Brunelat* c/ *Brunelat*, JurisData n °2007-041915, *Dr. Trav.* 2008, n°2, p. 100, chron. B. Lardy-Pélissier ; *JCP S,* 15 avril 2008, note T. Lahalle.

mais va plus loin en considérant que même en l'absence de rémunération, le contrat de travail peut être caractérisé dans la mesure où la preuve est rapportée de l'existence d'un travail effectif du conjoint ayant permis à l'autre d'économiser un salarié. La Cour de cassation fait donc preuve d'une extrême sévérité à l'égard de l'époux qui s'est enrichi au détriment de l'autre.

49. Des faits similaires ont conduit à l'arrêt *Kechacha* par lequel la Chambre sociale de la Cour de cassation rappelle, au visa des articles L. 121-1 du code de commerce, L. 784-1 du Code du travail, ensemble l'article 1134 du Code civil, sa position désormais bien établie selon laquelle « l'existence d'un lien de subordination n'est pas une condition nécessaire à l'application de l'article L. 784-1 du Code du travail »[194]. En l'espèce, un avocat, *Monsieur Maachi,* a engagé son épouse en qualité de secrétaire selon un contrat à durée indéterminée à temps partiel du 1er juin 1996. Il a cessé de la rémunérer et de la déclarer aux organismes sociaux à compter de décembre 1996. Une procédure de divorce a été engagée le 27 mars 2002. *Madame Kechacha* saisit le Conseil des Prud'hommes de diverses demandes liées à l'exécution et à la rupture du contrat de travail qu'elle prétend avoir poursuivi jusqu'au 27 mars 2002. Pour se défendre, l'époux prétendait que l'aide apportée par son épouse l'était au titre de la contribution aux charges du mariage et de l'entraide familiale. Pour rejeter l'ensemble des prétentions de *Madame Kechacha*, la Cour d'appel a considéré « qu'il ne résulte d'aucun élément qu'elle recevait des directives, instructions ou injonctions et rendait compte de son activité ; qu'elle n'était pas soumise au pouvoir de direction et de sanction de son mari ; qu'à défaut du lien de subordination l'existence d'un contrat de travail doit être écartée ». Les juges du fond ont bien recherché l'existence du lien de subordination dans la relation salariale entre les époux pour fonder l'existence du contrat de travail. La preuve de l'autorité n'étant pas rapportée, la cour rejette la qualification de contrat de travail. Mais l'arrêt est censuré par la Chambre sociale de la Cour de cassation qui rappelle sa position désormais bien établie.

Ces arrêts illustrent que la communauté professionnelle cesse avec la communauté de vie. C'est à l'occasion de séparation des époux, que la Chambre sociale a été amenée à se prononcer et à façonner sa solution protectrice à l'égard du conjoint, étendue comme nous le verrons, du pacsé. Désormais, les conditions propres à la reconnaissance du contrat de travail entre époux sont en cohérence avec les dispositions de l'article L. 311-6 alinéa 1er du Code de

[194] Soc., 24 juin 2007, n°05-44.346, *Kechacha*, ép. *Maachi* c/ *Maachi*, JurisData n°2007-037056, *JCP S* 2007, n°13, 1200, p. 16, note T. Lahalle.

la sécurité sociale qui dispose « est affilié au régime général de la sécurité sociale le conjoint d'un travailleur non salarié qui participe effectivement à l'entreprise ou à l'activité de son époux, à titre professionnel et habituel, et perçoit un salaire correspondant au salaire normal de sa catégorie professionnelle ».

c.- Le lien de subordination dans l'entreprise exploitée sous forme de société

50. En droit français, la question s'est posée de déterminer si le statut de conjoint salarié visé à l'ancien article L. 784-1 du Code du travail [195] s'applique à l'entreprise exploitée en société, lorsque l'un des époux en est le dirigeant, en raison des aménagements législatif et jurisprudentiel du lien de subordination

51. La loi n°82-596 du 10 juillet 1982 relative aux conjoints d'artisans et de commerçants travaillant dans l'entreprise familiale[196] a offert au conjoint la faculté de choisir entre trois statuts parmi lesquels figure celui de conjoint salarié [197]. La loi fait expressément référence à l'entreprise familiale sans opérer de distinction selon que l'activité soit exercée sous forme individuelle ou collective. Ainsi le législateur n'a pas expressément envisagé l'hypothèse du conjoint salarié lorsque l'entreprise est exploitée sous forme de société, dont l'un des époux en est le dirigeant. La formulation choisie par le législateur de 1982 a été maintenue par la loi n°2005-882 du 2 août 2005 en faveur des PME[198], venue modifiée la loi du 10 juillet 1982. Le statut de salarié est maintenu comme l'un des trois statuts offerts au conjoint du chef d'entreprise. La Cour de cassation s'est, à deux occasions, clairement prononcée sur cette question en excluant l'application de ce texte au conjoint du dirigeant d'une société.

52. Dans un arrêt rendu le 5 juillet 1995, la Chambre sociale de la Cour de cassation, a jugé que l'article L. 784-1 du Code du travail « n'est pas applicable au conjoint qui se prétend salarié d'une société dont son époux ou son épouse est le dirigeant »[199]. En l'espèce, l'époux,

---

[195] Le Code du travail a fait l'objet d'une recodification suite à l'adoption de la loi n°2008-67 du 21 janvier 2008. Le Code du travail « nouveau » est entré en vigueur au 1er mai 2008. L'article L. 784-1 n'a pas été maintenu dans la nouvelle version. V. par ex., C. RADE, *Le code du travail nouveau est arrivé*, *D.* 2008, n°18, p. 1214.
[196] *JO* 13 juillet 1982.
[197] Les deux autres statuts prévus par la loi et maintenue par la loi du 2 août 2005 sont le statut de conjoint collaborateur et celui de conjoint associé. Le premier est étudié au Chapitre premier, du Titre 1I de la présente partie. Le second est étudié au Chapitre second du présent titre.
[198] *JO* 3 août 2005, p. 12639. Cette loi a introduit dans le Code de commerce au Chapitre premier « De la définition et du statut », du Titre deuxième « Des commerçants », du Livre premier « Du commerce en général », une section seconde intitulée « Du conjoint du chef d'entreprise travaillant dans l'entreprise familiale ».
[199] Soc., 5 juill. 1995, 93-16129, *Despinoy* c/ *A.S.S.E.D.I.C. de la Réunion*, *Bull. Joly*, 1er nov. 1995, n°11, p. 990, note B. SAINTOURENS ; *LPA*, 3 janv. 1996 n°2, p. 9, note P. Le Cannu.

Monsieur Despinoy, a travaillé du 1er juillet 1987 au 31 juillet 1989 au sein de la société Gaillard dont la gérante est son épouse. Suite à son licenciement pour motif économique, il a sollicité, en revendiquant la qualité de salarié, le versement d'allocations de chômage. Mais l'Assedic de la Réunion lui a refusé le bénéfice de ces allocations en contestant l'existence d'un contrat de travail. La Cour d'appel de Saint-Denis-de-la-Réunion a statué en sa défaveur dans son arrêt du 5 mars 1993 en décidant qu' « il n'avait pas la qualité de salarié et qu'il ne pouvait pas bénéficier des allocations de chômage ». *Monsieur Despinoy* s'est pourvu en cassation en reprochant notamment à la Cour d'appel d'avoir décidé qu' « il appartient à M. Despinoy, qui se prétend salarié, d'établir cette qualité ». La Cour de cassation rejette le pourvoi après avoir rappelé que les dispositions de l'article L. 784-1 du Code du travail sont applicables à l'époux ou à l'épouse qui participe effectivement à l'entreprise ou à l'activité de son conjoint à titre professionnel et habituel et perçoit une rémunération horaire minimale égale au salaire minimum de croissance ». Elle décide que « ce texte n'est pas applicable au conjoint qui se prétend salarié d'une société dont son époux ou son épouse est le dirigeant ». Il en résulte l'exclusion de la présomption légale de subordination au profit du conjoint du dirigeant d'entreprise qui ne peut bénéficier du statut de conjoint salarié visé à l'article L. 784-1 du Code du travail alors en vigueur. En conclusion, il appartient au conjoint, qui se prétend salarié, de prouver son lien de subordination à la société.

53. Le contrat de travail est considéré conclu entre la société et l'époux du dirigeant puisque la société jouît de la personnalité morale à compter de son immatriculation (C.civ., art. 1842 al. 1 et C.com., art. L. 210-6). En raison du principe de l'autonomie de la personnalité morale, la société et son dirigeant constituent deux personnes juridiques distinctes. Les parties au contrat de travail sont alors le salarié et la société représentée. Le contrat de travail est donc passé entre la société et le conjoint, ce qui exclut qu'il soit conclu entre les époux. Un élément « d'extranéité » au couple (ou un tiers) est ainsi intégré dans leur rapport professionnel même si la personne du dirigeant incarne cette société, laissant apparaître une relation triangulaire.

54. Cependant, Monsieur le Professeur Bernard Saintourens, conteste la légitimité de cette exigence nouvelle, à savoir la forme individuelle de l'entreprise pour l'application du statut de conjoint salarié. Dans sa note critique, l'auteur souligne que « la qualité de commerçant ou d'artisan personne physique n'est nullement exigée de l'époux chef d'entreprise pour que son conjoint puisse bénéficier d'un des statuts préconisés par la loi de 1982 » ce qui a pour effet de ne pas exclure explicitement « l'hypothèse où la situation de chef d'entreprise résulte de la

position d'un gérant ou d'un président-directeur général associé majoritaire d'une société constituée pour fournir un cadre juridique, fiscal et comptable à l'exploitation concernée ». Il considère que la portée n'est pas la même selon la situation du dirigeant. Dans l'hypothèse où l'époux est simplement le dirigeant d'une société constituée par d'autres ou le dirigeant associé minoritaire la solution adoptée par la Chambre sociale apparaît « sans doute logique ». Cependant, il émet une réserve en ce qui concerne le cas d'un dirigeant associé majoritaire, qu'il considère être le « véritable » chef de l'entreprise[200].

55. La Chambre sociale a récemment eu l'occasion de maintenir sa position. Dans sa décision rendue le 28 octobre 2009 [201], la Chambre sociale de la Cour de cassation a une nouvelle fois refusé l'application de l'ancien article L. 784-1 du Code du travail au conjoint d'un dirigeant de société. Dans cette affaire, l'épouse a exercé pendant neuf mois la fonction de responsable de salle et de chef de cuisine au sein de l'établissement dénommé la société Le Baroque III, tenu par son mari, gérant statutaire. Suite au divorce, ses fonctions ont pris fin. L'épouse a donc saisi la juridiction prud'homale de diverses demandes à titre de rappel de salaires et de dommages et intérêts pour rupture abusive du contrat de travail. La Cour d'appel d'Aix en Provence l'a débouté de ses demandes, le 3 septembre 2007. La Cour de cassation a rejeté son pourvoi, aux motifs que « ce texte (l'article L. 784-1 du Code du travail) n'est pas applicable au conjoint qui se prétend salarié d'une société dont son époux ou son épouse est le dirigeant ; que le moyen est donc inopérant. ». Les termes du litige divergent de ceux précédemment exposés ; toutefois le problème juridique est identique : le statut de conjoint salarié peut-il être reconnu à l'épouse du dirigeant de société ? Le pourvoi de celle-ci a été rejeté par la Cour de cassation dans les mêmes termes. Il appartient donc au conjoint du dirigeant d'une société qui se prétend salarié de celle-ci de rapporter la preuve du lien de subordination.

56. Cette position de la Cour de cassation nous amène à nous interroger, comme Monsieur le Professeur Bernard Saintourens[202], sur le sort du conjoint salarié d'un époux dirigeant d'une entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée[203]. Dans cette hypothèse, l'entreprise est exploitée sous la forme d'une société où l'époux est à la fois l'associé unique et le

[200] V. B. Saintourens, note critique sous Soc., 1er nov. 1995, *op. cit*.
[201] Soc., 28 oct. 2009, n°08-43718, non publié au bulletin.
[202] B. SAINTOURENS, note critique sous Soc., 1er nov. 1995, *op. cit.*
[203] Au regard de la législation spécial, le conjoint ou le pacsé de l'associé unique qui est le gérant de l'EURL ne peut relever du régime général des salariés, car les parts appartenant en toute propriété ou en usufruit au conjoint ou au partenaire pacsé du gérant (l'associé unique) sont considérées comme possédées par ce dernier (C.S.S., L. 311-3,11°). Il sera donc affilié au régime social des indépendants V. sur ce point, *Lamy social* 2010, n°4862.

dirigeant de droit. Or, le dirigeant et la société disposent d'une personnalité juridique distincte. La portée de cette jurisprudence nous amène à exclure l'application du statut de conjoint salarié visé à l'article L. 121-4 du Code de commerce.

57. Le lien de subordination est donc exigé toutes les fois que le conjoint est titulaire d'un contrat de travail dans une entreprise exploitée sous forme de société, dont son conjoint est le dirigeant. Ces affaires mettent en évidence un point qui n'a pas été abordé par les lois du 10 juillet 1982 et du 2 août 2005 concernant l'application du statut de conjoint salarié à l'époux d'un dirigeant d'une entreprise exploitée sous forme de société. Une fois de plus, la jurisprudence comble les lacunes de la loi.

En droit italien, l'existence du lien de subordination dans le contrat de travail entre époux a suscité bien moins de controverses.

2.- En droit italien

58. La théorie générale du lien de subordination a été élaborée par la jurisprudence en se référant au « contrat d'ouvrier ». Le lien de subordination se caractérise par le comportement dû par le salarié dans la réalisation de sa propre obligation salariée. Un tel comportement doit reposer sur un certain nombre de critères empiriques, ou encore appelés faisceaux d'indices, à partir desquels la jurisprudence se fonde pour retenir l'existence du lien de subordination. Ainsi la qualification du travail subordonné dépend des « modalités concrètes de développement du rapport »[204]. La subordination juridique inhérente au rapport salarié existe lorsqu'il est prouvé la soumission au pouvoir directif, de contrôle et de discipline de l'employeur[205]. Sont traditionnellement considérés comme révélateurs de la soumission au pouvoir directif, de contrôle et de discipline de l'employeur les éléments tels que : l'absence de risque, la réalisation d'une prestation continue, l'observation d'horaires fixes, l'insertion dans une structure, le versement d'une rémunération fixe, etc.

59. Les critères principaux du lien de subordination dégagés par la jurisprudence italienne ont été repris par le législateur italien à l'article 2094 du Code civil, relatif à la définition du salarié [prestatore di lavoro subordinato]. Selon le législateur, le lien de subordination existe lorsque « le travail intellectuel ou manuel est réalisé de manière dépendante et sous la

[204] G. PELLACANI, « Il contratto di lavoro a progetto nella giurisprudenza », in *Subordinazione e lavoro a progetto, a cura di Giuseppe Santoro-Passarelli, Giuseppe Pellacani*, *UTET* 2009, p. 193, spéc. pp. 208-209.
[205] Trib. Milano, 2.2.2007, n°320, *Guida lav.* 2007, F. 20, 30 ; Trib. Rieti, 15.5.2008, *Guida lav.* 2008, F. 1, 48 ; Cass. 17.4.2008, n° 9812 ; Cass., 7.12.2007, n° 25666, *Guida lav.*, 2008, F. 3, 63 ; Cass°, 28.9.2006, n. 21028.

direction de l'entrepreneur ». Cet article a assuré l'uniformisation de deux catégories de travail : le travail intellectuel et le travail manuel[206]. Il est l'un des éléments essentiels à tout contrat de travail, en vertu duquel, le salarié peut être dirigeant, cadre, employé ou ouvrier[207]. La subordination peut être entendue comme « la soumission du salarié au pouvoir directif du chef d'entreprise, qui l'exerce soit sous lui directement, soit par l'intermédiaire d'autres personnes de l'entreprise ayant une place hiérarchique supérieur »[208]. Le salarié met ainsi à la disposition du chef d'entreprise sa capacité de travail durant les heures de travail. Le chef d'entreprise, et lui seul, décide de l'emploi qui en est fait et de la direction à donner à cette capacité de travail.

60. A la différence du droit français, ce lien de subordination est exigé[209] pour caractériser l'existence d'un contrat de travail entre époux. Ainsi, il n'existe pas de faveur à l'égard du conjoint dans l'exigence des éléments constitutifs du contrat de travail qui le lie à l'autre, dans la mesure où, le lien de subordination n'est pas présumé. Sa preuve doit être rapportée au même titre que les deux autres conditions propres au contrat de travail[210] : la réalisation d'une prestation effective et le versement d'une rémunération. L'existence du lien de subordination se manifeste par la soumission à l'autorité du chef d'entreprise, à son pouvoir de contrôle et de décision, comme par exemple le respect des heures de travail fixées unilatéralement par le chef d'entreprise. Il appartient à l'époux qui se prévaut de l'existence du contrat de travail, d'apporter la preuve de l'existence d'un lien de subordination. Cette preuve peut être rapportée librement et par tout moyen, ce qui n'a pas pour effet en pratique de faciliter la tâche de l'époux dont l'existence du contrat de travail est discutée. Le lien de subordination place l'époux salarié dans la même situation que tout salarié ordinaire sans tenir compte du lien matrimonial existant entre l'époux salarié et le chef d'entreprise qui l'emploie.

Le lien de subordination est toujours exigé pour l'époux. Comme en France, le contrat de travail est valable que l'entreprise soit ou non un bien commun.

B.- Le lien de subordination dans le contrat de travail entre pacsés.

---

[206] E. GHERA, *Il Nuovo Diritto del Lavoro, Subordinazione e Lavoro*, *op. cit.*, p. 126.
[207] L'article 2095 al. 1 du Code civil italien dispose « les salariés se distinguent en dirigeants, cadres, employés et ouvriers ».
[208] F. GALGANO, *Dirito Privato*, *op. cit.*
[209] Cass., Lav., 4 mars 1989, n°1211.
[210] Cass., Lav., 21 janv. 1993, n° 729, *Informazione prev.* 1993, 394.

61. Le travail doctrinal et législatif réalisé quant à la relation de travail salariée entre époux[211] a eu pour conséquence de faciliter la reconnaissance du contrat de travail au sein du couple de pacsés, dont la réglementation relative au rapport salarié est aujourd'hui assimilable à celui des époux. Dès la création du Pacte civil de solidarité (PACS), le législateur a souhaité que la présomption de subordination résultant de l'ancien article L. 784-1 du Code du travail soit applicable au pacsé. L'article 8 de la loi n°99-944 du 15 novembre 1999 a étendu le champ d'application de l'ancien article L. 784-1 du Code du travail aux partenaires d'un PACS, les assimilant aux époux au regard de la présomption de subordination dans la relation salariale au sein du couple. Bien que la question sociale n'ait pas été au cœur des débats sur le PACS, la loi votée en 1999 a réglé le problème du salariat dans cette nouvelle forme d'union juridique.

62. Les conditions exigées pour la conclusion d'un contrat de travail entre pacsés sont similaires à celles exigées lorsque les parties sont mariées. La conclusion d'un contrat de travail suppose l'accomplissement d'un travail effectif et le versement d'une rémunération au moins égale au salaire minimum de croissance. Le partenaire d'un PACS étant également soumis aux dispositions de l'ancien article L. 784-1 du Code du travail, les différentes lectures de cet article devaient donc lui être appliquées par analogie. Par conséquent, la solution issue de l'arrêt de principe rendu par la Cour de cassation le 6 novembre 2001 devait être étendue aux partenaires d'un PACS. En pratique, l'autorité d'un pacsé sur l'autre, en matière professionnelle est tout aussi difficile à prouver. Le législateur a tenu compte du lien juridique établi entre les parties pour admettre l'aménagement du salariat dans les rapports entre partenaires d'un PACS.

63. Afin de mettre fin à toutes hésitations, une réponse ministérielle[212] en date du 31 août 2004 a rappelé que les pacsés sont assimilés aux époux au regard de la présomption de subordination résultant de l'article L. 784-1 du Code du travail, et par voie de conséquence à la lecture qui en est faire. Certes, les liens unissant un partenaire avec le chef d'entreprise seront dictés par le droit du travail. Cependant, il ne peut être nié qu'il aurait été difficile de caractériser l'existence d'un lien de subordination entre eux dans la mesure où un autre contrat[213], le PACS, régit leurs rapports. De plus, au-delà du contrat régissant dans un premier

[211] V. *supra*.
[212] Rép. Min. n°4166, *RJPF* janv. 2005, p. 17.
[213] Il nous faut rappeler que le pacte civil de solidarité est un contrat *sui generis*, propre aux personnes physiques, ayant pour but d'organiser « la vie commune hors mariage entre deux personnes » : v. G CORNU, *Droit civil La famille*, *Montchrestien* 9e éd. 2006, pp. 105-106.

temps les rapports patrimoniaux des titulaires d'un PACS, une communauté de sentiments existe et se juxtapose au rapport salarial. De fait, les pacsés sont placés dans la même situation que les époux. Assimiler le pacsé au conjoint au regard du droit du travail est une faveur accordée aux pacsés. Une telle position du législateur peut être comprise comme s'inscrivant dans une démarche de rapprochement du mariage et du PACS.

Tout comme l'époux, le pacsé qui souhaite se prévaloir de l'existence d'un contrat de travail à l'égard de son partenaire n'aura pas à rapporter la preuve du lien de subordination. Il sera déchargé de cette difficile charge mais devra prouver la réalisation d'un travail effectif et la perception d'une rémunération. Une telle faveur n'a pas été étendue au concubin, qui reste tenu de rapporter la preuve de l'existence du lien de subordination.

C.- Le lien de subordination dans le contrat de travail entre concubins.

64. Les droits français et italiens n'accordent de l'intérêt aux concubins qu'au moyen de mesures éparses et ponctuelles. Il n'existe pas de statut personnel de « concubin ». Le droit commun du travail trouve à s'appliquer au concubin même s'il est lié à l'autre par un contrat de travail. Aucun aménagement particulier des conditions de fond du contrat de travail n'est admis par la jurisprudence. Le droit ne reconnaissant pas de statut juridique au concubin, il n'y a pas lieu d'aménager sa situation quant à l'existence du lien de subordination, condition qui est la plus difficile à prouver lorsque les deux personnes sont unies par une même relation amoureuse. Dans les rapports entre concubins, le lien de subordination n'est pas concurrencé par d'autres liens juridiques comme le lien matrimonial ou le lien personnel découlant du PACS, avec lesquels il est en contradiction notoire. Contrairement aux époux, le « concept de subordination » ne se heurte pas à « l'égalité dans le rapport conjugal, égalité dans la famille, égalité dans le régime matrimonial »[214]. Cependant, en pratique, les difficultés sont les mêmes que celles rencontrées pour le couple marié ou pacsé. Les concubins vivant ensemble constituent une communauté de vie et d'intérêts similaire à celle du couple marié. Quelle que soit la forme du couple, le contexte sentimental n'est pas des plus favorables pour entretenir l'objectivité devant nécessairement découler du rapport hiérarchique.

65. En droit français, le lien de subordination a été supprimé pour le conjoint du chef d'entreprise salarié par lui et par analogie pour le pacsé. Le concubin subit donc une

[214] F. FAVENNEC-HERY, *Les relations professionnelles entre époux ou le travail sans la subordination*, *op. cit.*, p. 405.

différence de traitement, qui ne le place pas sur un pied d'égalité par rapport aux deux autres modes de conjugalité. Tel n'est pas le cas en droit italien, puisque le lien de subordination est encore exigé, que le chef d'entreprise soit lié à son salarié par le mariage ou le concubinage. Les difficultés suscitées par les deux autres conditions du contrat de travail sont nettement moins importantes que celles découlant du lien de subordination.

II.- Les autres critères du contrat de travail communs aux droits français et italien

Le contrat de travail résultant d'un accord de volontés du salarié et de l'employeur suppose que les parties se soient entendues préalablement sur les modalités des tâches à accomplir et sur la rémunération[215] versée en contrepartie. La réalisation d'un travail effectif et le versement d'une rémunération sont deux conditions d'origine prétorienne exigées cumulativement dans les deux droits.

A.- La réalisation d'un travail effectif

66. La prestation de travail prend tout son sens lorsqu'il s'agit d'analyser le travail accompli concrètement par l'époux, le pacsé ou le concubin. La tâche réalisée doit être réelle et sa nature peut être diverse : matérielle, manuelle, intellectuelle. Elle est l'objet principal du contrat et son exécution est successive [216]. Son appréciation faite par les tribunaux est objective. Les juges se fondent sur des éléments matériels joints au dossier. Ils peuvent la quantifier. L'analyse, qui en est faite, est la même en droit français et en droit italien. Les jurisprudences française et italienne exigent que l'activité déployée par le conjoint se distingue d'une simple collaboration conjugale ou d'une aide occasionnelle [217]. L'activité exercée par le conjoint doit dépasser la contribution aux charges du mariage pour équivaloir à celle prestée par tout salarié exerçant le même emploi dans des conditions similaires.

67. L'époux, le pacsé ou le concubin peut avoir un esprit d'initiative mais celui-ci doit être limité et ne pas faire preuve d'une trop grande autonomie, pour ne pas encourir le risque de se voir attribué la qualification de dirigeant de fait. Dans son exécution, ce salarié doit faire passer l'intérêt de l'entreprise avant son intérêt personnel. Cet exercice sera matérialisé à des heures fixes, dans un lieu précis, qui est généralement celui de l'entreprise. Par conséquent, la prestation salariée doit être effectuée de manière habituelle et répétée. La notion de durée est

[215] Soc., 7 janv. 1981, *Bull. Civ.* V, n°2.
[216] J. PELISSIER, A. SUPIOT, A. JEAMMAUD, *Droit du travail*, *op. cit.*, p. 387, n°. 288.
[217] Pour la France, v. Civ. 2ème, 23 juin 1953, *Bull. Civ.*, II, n°358.

très importante dans la réalisation de la relation de travail. Ce salarié particulier, en raison du lien sentimental qui l'unit au chef d'entreprise, doit présenter une véritable assiduité, peu importe que le contrat de travail soit conclu à temps partiel ou à temps complet.

68. Lorsque l'entreprise emploie plusieurs salariés, l'époux, le pacsé ou le concubin du chef d'entreprise relève alors d'une collectivité de salariés à laquelle il devra s'intégrer. Ses rapports professionnels ne sont pas uniquement dictés par le contenu du contrat de travail mais peuvent relever de mesures plus vastes dans lesquelles s'inscrit le contrat de travail. La loi se préoccupe d'imposer directement ou indirectement à travers les normes et les conventions collectives, toute une série de limites précises venant encadrer le contenu du contrat de travail et le comportement des parties. C'est à cet ensemble que doit se soumettre l'époux, le pacsé ou le concubin dans le deux droits. L'accord professionnel des membres d'un couple se trouve ainsi compris dans une série de limites qu'elles soient légales ou conventionnelles. En France, la jurisprudence a décidé d'écarter la participation effective à l'activité de l'autre lorsqu'il résulte que l'affiliation au régime général de la sécurité sociale poursuit l'unique dessein d'assurer une couverture sociale à l'époux, au pacsé ou au concubin[218].

La dernière condition indispensable à l'existence d'un contrat de travail est relative à la rémunération. Si cet élément est essentiel au contrat de travail, il représente un avantage non négligeable pour le membre du couple qui participe à l'activité de l'autre.

B.- Le versement d'une rémunération

69. Le contrat de travail paraît être un juste moyen pour recevoir une rétribution, qui permet de le distinguer du bénévolat ou de l'entraide familiale[219]. La rémunération apparaît comme une condition nécessaire mais insuffisante[220] du contrat de travail, dont les modalités de son versement peuvent constituer un indice sérieux. Elle est un élément du contrat de travail[221], qui est un contrat à titre onéreux. Il doit s'agir d'une juste et réelle rémunération donnant lieu à la remise de fiche de paie.

[218] V. le cas d'une épouse en état de grossesse : Soc., 6 oct. 1994, pourvoi n°92-15.152.
[219] V. Lamy social 2010, n° 325.
[220] Soc., 4 déc. 1986, n°84-42.612 et Soc., 26 nov. 1987, n°84-41.074
[221] V. sur ce point : Soc. 28 janv. 1998, pourvoi n° 95-40275 **:** « Mais attendu que le mode de rémunération d'un salarié constitue un élément du contrat de travail qui ne peut être modifié sans son accord, peu important que l'employeur prétende que le nouveau mode serait plus avantageux. »

70. Cette rémunération est exigée dans le contrat de travail entre époux. Toutefois, en France, dans l'arrêt rendu le 13 décembre 2007, la Cour de cassation retient l'existence d'un contrat de travail, ouvrant droit au bénéficie d'une indemnité de licenciement au profit de l'épouse alors que la preuve de l'absence de rémunération avait été rapportée. La Cour de cassation fait ainsi preuve de clémence à l'égard de l'époux ayant participé à l'activité de l'autre dans le cadre d'un contrat de travail. Après avoir abandonné le critère du lien de subordination, la Cour de cassation fait preuve de souplesse à l'égard de la condition relative à la rémunération. Est-ce pour autant que le contrat de travail conclu entre époux se vide de sa substance et se rapproche de la collaboration ? Il est encore prématuré pour l'affirmer dans la mesure où il s'agit de la première décision en ce sens.

71. La preuve de la rémunération doit être rapportée par celui qui se prévaut de l'existence d'un contrat de travail. Une telle preuve peut être matériellement rapportée au moyen de bulletins de salaire. En France, la Cour de cassation a affirmé en combinant les articles L. 315 et L. 143-4 du Code de travail, que nonobstant la délivrance des fiches de paie, l'employeur doit prouver le paiement du salaire correspondant à une rémunération horaire minimale égale au salaire de croissance. L'employeur doit remettre au salarié des bulletins de salaire[222]. En Italie, la rémunération est directement liée au temps de travail ou indirectement aux résultats du salarié. Il n'existe pas comme en France de salaire minimum indexé et imposé par la loi. L'article 2099 al. 1 du Code civil italien prévoit qu'un salaire minimum peut être déterminé dans les conventions collectives, chargées de délimiter des règles communes, afin de fixer la rémunération pour une catégorie socio-professionnelle déterminée. La fixation du salaire doit respecter l'article 36 de la Constitution italienne, qui dispose que la rémunération de tout salarié doit être proportionnelle et suffisante.

72. Le versement de la rémunération en contrepartie de l'activité salariée doit être effectif. Si les époux décident d'un salaire tout en convenant de ne pas le payer, le contrat de travail perd de son effectivité et de sa sincérité. Il serait entaché de nullité. Lorsque la fonction exercée est décrite précisément dans le contrat de travail, le salaire alloué à l'époux, le pacsé ou le concubin du chef d'entreprise salarié par lui, doit correspondre à celui versé normalement à une personne ayant la même qualification professionnelle (CSS, art. L. 311-6

[222] Soc., 15 déc. 2004 : JurisData n°2004-026209 ; *Bull. Civ*. 2004, V, n° 341: sur la remise de bulletins de paie fictifs. La Chambre Sociale a décidé que « *s'il résulte de l'article L. 784-1 du Code du travail que le conjoint qui participe effectivement à l'entreprise de son époux, à titre professionnel et habituel, et qui perçoit une rémunération horaire minimum égale au salaire minimum de croissance a la qualité de salarié, ces dispositions ne sont pas applicables en cas de fraude* ».

al. 1) : la rémunération doit être au moins égale au salaire minimum de croissance en France (CSS, art. L. 311-6 al. 2). La rémunération ne doit pas être excessive au regard du service rendu mais conforme à celle habituellement pratiquée pour des fournitures ou des services comparables. En principe, la contrepartie salariale revêt la forme d'un salaire. La rémunération peut être au temps ou à la tâche, en argent ou uniquement en nature, fixe ou sous forme exclusive de commissions ou de pourcentage. La rémunération au temps, qui est la plus fréquemment rencontrée, laisse supposer l'existence d'un lien de subordination. Mais la jurisprudence française reconnaît la validité de l'attribution d'un avantage en nature[223], ce qui a pour conséquence de ne pas imposer une forme particulière à la rémunération. Selon, l'article 2099 du Code civil, « la rémunération du salarié peut être établie à temps ou à pièces et doit être versé [dans la mesure déterminée], selon les modalités et les usages du milieu dans lequel le travail est poursuivi. En l'absence d'accord collectif ou d'accord des parties, la rémunération est fixée par le juge, en prenant en considération les avis des associations professionnelles. Le salarié peut également être rémunéré en tout ou partie par une participation aux bénéfices ou aux produits, sous forme de commissions ou sous forme de prestations en nature ». Comme en droit français, le salaire peut revêtir diverses formes juridiques en Italie.

Aujourd'hui, l'un des problèmes que pose le versement du salaire en droit français et en droit italien est lié à son individualité propre en cas de régime de communauté de biens des époux. L'existence d'un compte bancaire commun n'est pas un obstacle à cette individualité dans la mesure où l'époux bénéficiaire peut en disposer librement conformément à l'article 223 du Code civil français et l'article 177c) du Code civil italien, à la condition que chacun des époux se soit préalablement acquitté des charges du mariage.

C.- Sanction du défaut de ces conditions en France

73. La jurisprudence française a été amenée à se prononcer sur un cas de dissimulation d'emploi entre époux. L'assimilation du conjoint à tout salarié a pour sanction la reconnaissance d'emploi dissimulé si le chef d'entreprise emploie son épouse, de façon durable et permanente dans une activité excédant la mesure d'une contribution aux charges du mariage et dans un rapport de subordination. Telle a été la position adoptée par la chambre criminelle de la Cour de cassation dans un arrêt du 22 octobre 2002 qui a estimé que le délit

[223] Soc., 7 av. 1994, *Dr. Social*, 1994.

de recours au travail dissimulé par dissimulation d'emploi salarié est commis par un restaurateur employant son épouse comme cuisinière, de façon durable et permanente, dans une activité excédant la mesure d'une contribution aux charges du mariage et dans un rapport de subordination, sans l'avoir déclarée aux organismes de protection sociale, et sans avoir délivré de bulletin de paie[224]. Aucune des lois relatives au statut du conjoint travaillant dans l'entreprise familiale ne prévoit pas de sanction spécifique en cas de non respect des conditions légales relatives au salariat. Le recours au droit commun s'impose.

[224] Crim., 22 oct. 2002, *Bull. crim.*, n°192.

Conclusion du Chapitre 1

74. En France et en Italie, l'époux, le pacsé ou le concubin du chef d'entreprise peut conclure un contrat de travail avec ce dernier. Dans ce cadre professionnel, les membres du couple travaillent ensemble mais leur rapport s'inscrit dans une situation de déséquilibre choisie. En France, les époux peuvent être liés par un contrat de travail, que le législateur, puis la jurisprudence ont aménagé en fonction du lien privé existant entre eux. Le pacsé a été assimilé à l'époux en ce qui concerne la conclusion d'un contrat de travail avec le chef d'entreprise qui partage sa vie. Cette assimilation, unanimement admise, a été l'un des premiers signes du rapprochement entre le mariage et le PACS. Une telle faveur n'a pas été accordée au concubin. En Italie, les critères du contrat de travail doivent être pleinement remplis pour qualifier de tel la relation juridique unissant le chef d'entreprise à la personne qui partage sa vie. Il n'existe donc pas de différence de traitement entre l'époux et le concubin sur ce point précis. Le salariat est donc l'un des statuts que peut choisir la personne qui partage la vie du chef d'entreprise travaillant dans son entreprise. Dans un contexte économique difficile, face à la précarité de l'emploi, l'entreprise familiale apparaît comme une alternative à l'embauche de l'époux, du pacsé ou du concubin, encore faut-il que la santé économique et financière de celle-ci le permette.

75. En conclusion, la nature même du contrat de travail implique une collaboration inégalitaire entre les membres du couple. Cependant, cette inégalité est inhérente au rapport salarial en raison de la hiérarchie juridique, qui conditionne son existence. Le conjoint va intégrer la catégorie des travailleurs salariés, considérés de plus en plus comme un élément juridique de l'entreprise. Chacun des membres du couple appartiendra à deux catégories différentes et hiérarchisées : l'un relèvera de la catégorie de l'employeur, tandis que l'autre de celle des salariés, manifestant ainsi par essence l'inégalité du rapport professionnel.

76. Le droit français crée une inégalité substantielle entre les unions juridiques et les unions de fait en admettant que le lien de subordination n'est plus un critère d'application du contrat de travail entre époux ou entre pacsés. Cette solution prétorienne est maintenue en dépit de l'absence de toute codification dans le Code du travail entré en vigueur 2008. Cependant, les concubins sont assimilés à de simples tiers quant à l'exigence des critères propres au contrat de travail. Une solution similaire est retenue en droit italien créant ainsi une

égalité juridique entre les époux et les concubins, sans tenir compte de la particularité du lien affectif existant dans le couple employeur-salarié.

Parallèlement à cette situation, les droits français et italien ont supprimé l'interdiction des sociétés créées entre époux afin d'offrir aux époux la possibilité d'être associés ensemble. Il n'en a pas été ainsi pour les sociétés créées entre concubins et entre pacsés, qui ont toujours été admises. Il convient de nous intéresser à l'hypothèse de la collaboration professionnelle du couple développée dans le cadre d'une société.

Chapitre 2 : Le statut d'associé

77. En droit positif français et italien, l'époux, le pacsé et le concubin du dirigeant d'une société[225] peut devenir associé au sein de cette organisation. Aujourd'hui la société peut être utilisée comme « une technique juridique », elle n'est plus simplement la matérialisation d'une action collective mais elle est également un instrument[226]. Dans le cadre de notre étude, la société est considérée comme le « vêtement juridique » de l'entreprise[227], qui accueille les membres du couple souhaitant participer à la poursuite d'une activité commune. Notre analyse suppose que le dirigeant ait lui-même la qualité d'associé dans la structure juridique qu'il dirige. Dans le cadre d'une structure collective, le chef d'entreprise est celui qui en est le dirigeant, c'est-à-dire celui qui en assure la direction. Toutefois la notion est difficile à cerner. Selon la société constituée, la qualité de chef d'entreprise va varier : sa dénomination, les modalités de sa désignation ou de sa révocation, ses pouvoirs ne seront pas les mêmes. Toutefois, quelle que soit la société constituée, les membres du couple animés par *l'affectio societatis* seront liés entre eux par un pacte social créant un lien sociétaire et égalitaire dépourvu de subordination juridique[228]. Le conjoint, le pacsé et le concubin associé ne peuvent recevoir d'ordres du dirigeant social[229].

78. La juxtaposition des liens matrimonial et sociétaire est par essence non naturelle. La coexistence de ces liens a été progressive. Aujourd'hui, le statut d'associé permet au couple d'exploiter sur un pied d'égalité une activité commune dans le cadre d'une structure autonome ayant une personnalité juridique propre. Cependant, l'analyse du statut d'associé

---

[225] Dans cette perspective, la société apparaît comme le « vêtement juridique de l'entreprise » : v. GOFFAUX-CALLABAUT, *La définition de l'intérêt social, Retour sur la notion après les évolutions législatives récentes*, *RTD com*. 2004, p. 36 ; F. BLONDIL, *Permanence et évolution du concept de société : du contrat à l'institution ?, in L'entreprise face au bicentenaire du Code civil*, sous la direction de Georges VIRASSAMY, Travaux du C.E.R.J.D.A., Vol. 5, *L'Harmattan*, 2005, pp. 87 s., spéc. p. 88. Le concept de société vu comme mode d'organisation de l'entreprise a été développé par Monsieur le Professeur J. Paillusseau.

[226] V. P. LE CANNU, B. DONDERO, *Droit des sociétés*, *Montchrestien* 2009, 3e éd., p. 26, n°42.

[227] En tant que personne juridique autonome dès son immatriculation, la société se distingue à la fois de ses associés et de ses dirigeants. Pour le droit français, v. par ex., J. MESTRE, M.-E., PANCRAZI, *Droit commercial, Droit interne et aspectes de droit international*, L.G.D.J., 28e éd. 2009, p. 270, §. 321.

[228] Dans une réponse ministérielle du 30 décembre 1980, le Ministre du Commerce et de l'Artisanat a précisé que le fait pour une épouse d'être « salariée à l'extérieur ne s'oppose en rien à son association au sein de la société dans laquelle son mari est lui-même associé ». La question avait été posée au Ministre de la possibilité pour une épouse salariée d'une autre entreprise, d'acquérir les parts sociales cédées par un associé étranger, de manière à permettre à la SARL d'acquérir le caractère familial, et ainsi d'opter pour la fiscalité des sociétés de personnes : v. Rép. Min. du 15 mai 1982, *JOAN*, 15 mai 1982, p. 2049 ; *RDS* 1982, p. 613

[229] Le statut de salarié est marqué par sa subordination juridique envers l'employeur tandis que le statut d'associé est dominé par la notion égalitaire et l'absence de subordination à l'égard de la direction de la société. V. notamment, P. LE CANNU, B. DONDERO, *Droit des sociétés*, *op. cit.*, p. 66, n°108.

révèle une différence de considération par le droit français entre les couples mariés et les couples non mariés. Cette différence de traitement existe en France en raison de l'absence de dispositions spécifiques applicables au pacsé ou au concubin associé du dirigeant social. En France et en Italie, le droit des sociétés n'accorde que peu d'importance aux couples non mariés, dont les membres sont considérés comme des tiers l'un par rapport à l'autre. Contrairement au statut de salarié, le statut d'associé permet aux membres d'un même couple d'exploiter une entreprise conjointement sous la forme sociétaire. Ainsi, ils sont placés sur un pied d'égalité de par leur volonté commune. Tout comme le statut de salarié, le statut d'associé est ouvert à tous les membres d'un couple qu'ils soient unis par le mariage, liés par un PACS ou vivant en concubinage. Mais, contrairement au mariage, le droit des sociétés accorde une faible considération au PACS, celle-ci est peut-être liée à la conception civiliste de cette notion. La loi n°2006-728 du 26 juin 2006, entrée en vigueur au 1er janvier 2007, venue réformer le PACS a eu pour objectif la réécriture d'un texte considéré comme « mal rédigé » par une majorité de la doctrine. A l'origine, le PACS se présentait comme un contrat, qui ne produisait que des effets patrimoniaux entre ses cocontractants. Aucun effet d'ordre extrapatrimonial ne lui était reconnu. Le législateur de l'époque ne souhaitait pas que des effets personnels puissent découler de la conclusion d'un PACS. Mais, cette conception a évolué puisque désormais celui-ci produit des effets personnels à l'égard des pacsés en raison de sa mention sur l'état civil, de la consécration de devoirs réciproques, et de l'établissement d'un statut patrimonial composé d'un régime primaire et d'un régime secondaire. Le caractère contractuel du PACS se trouve affaibli pour faire place à un aspect institutionnel, qui le rapproche du mariage. Pour autant, cette reconnaissance d'un régime patrimonial embryonnaire du Pacs n'a pas d'incidence directe et propre en droit des sociétés. Le droit des sociétés accorde actuellement peu de place au PACS. Seul le mariage bénéficie de dispositions spécifiques. Face à l'augmentation annuelle du nombre de conclusion de PACS et à sa nature particulière, le législateur a intégré le PACS dans la notion de SARL de famille suite à l'adoption de l'article 8 de la loi n°2004-1484 du 30 décembre 2004. Désormais, les SARL de famille peuvent comprendre soit des parents en ligne directe, soit des frères et sœurs, soit des conjoints, soit des partenaires liés par un PACS ou simultanément des membres de l'un et l'autre de ces groupes. Ces sociétés présentent donc la particularité d'être composées par des associés liés entre eux non seulement par le contrat de société mais également par les liens de sang, d'alliance ou par un PACS. Par l'intermédiaire du droit des sociétés, le PACS intègre la notion de famille, alors que ce fait est encore discuté d'un point de vue civiliste. L'une des particularités non négligeable de ce type de société est de pouvoir

opter pour le régime de l'impôt sur le revenu (C.G.I., art. 239 bis AA) fiscalement plus avantageux[230]. Il s'agit d'une dérogation au principe selon lequel, la SARL est soumise à l'impôt sur les sociétés (C.G.I., art. 206-1). Toutefois, une telle faveur n'est pas ouverte à l'hypothèse d'une société réunissant les concubins et leurs enfants communs [231]. Le concubin reste donc un tiers au regard du droit des sociétés. Avant de s'intéresser à l'attribution *de jure* et *de facto* de la qualité d'associé à l'époux, au pacsé ou au concubin du chef d'entreprise, il est intéressant de rappeler les grandes lignes de la conciliation réalisée entre le mariage et la société.

[230] M. COZIAN, *Et pourquoi ne pas penser à la SARL de famille ?*, *JCP E* 2006, 2423.
[231] Rép. min. Leclerc, *JO* 23 sept. 1999, Sén. quest, p. 3156.

Section 1 : La nécessaire conciliation des notions de mariage et de société

79. En France et en Italie, le mariage et la société apparaissent comme deux notions juridiques très organisées par le législateur. Le droit français a longtemps été réticent à permettre aux époux d'être ensemble associés dans la même société. Aujourd'hui, toute interdiction est levée : les époux peuvent désormais être seuls ou avec d'autres personnes associés dans la même entreprise exploitée collectivement[232]. Le droit français a apporté des solutions précises à cette conciliation entre le mariage et la société. Mais, il semblerait que la question de la juxtaposition du mariage et de la société n'ait pas été considérée par le législateur italien. A cet égard, l'analyse comparative apporte de précieuses informations. Parallèlement, aucune restriction n'a été appliquée aux concubins, désireux d'être ensemble associés dans une même société. Préalablement au rappel historique de la législation des sociétés entre époux, il convient de rappeler brièvement la conception juridique de la société dans les deux systèmes.

I.- Approche de la qualification juridique de la notion de société

La société est le cadre juridique de développement du statut d'associé. Il convient d'analyser la définition légale de la notion de « société » en droit français et italien avant de nous intéresser à la conception juridique qui en est faite.

A.- Définition

[232] La société est analysée ici comme un mode d'organisation de l'entreprise. Ce point de vue rejoint la conception développée par Monsieur le Professeur Jean Paillusseau selon laquelle la société est « un moyen de satisfaire les besoins de l'entreprise en organisation juridique » : v. P. LE CANNU, B. DONDERO, *Le droit des sociétés*, *op. cit.*, p. 181s.
En droit italien, la société est également appréciée comme un mode d'organisation de l'entreprise individuelle, mais la doctrine préfère utiliser le terme de « rapport ». V. notamment, F. FERRARA Jr., F. CORSI, *Gli imprenditori e le società*, *Giuffrè Editore*, 10e éd., p. 235, §. 8.2. Toutefois, le Code civil restreint l'usage de la société à l'exercice en commun d'une activité en vue d'en partager les bénéfices. La société est réservée exclusivement à des activités de production. Ainsi, les règles relatives à la société ne sont pas applicables à l'hypothèse d'une communauté [Comunione] constituée ou maintenue aux seules fins de jouir d'une ou plusieurs choses. Dans une telle configuration, le Code civil prévoit l'application des règles du titre VII du livre III, soit les règles relevant des articles 1100 et s. (C.civ., art. 2248). Le régime de la « communauté » peut s'apparenter au régime de l'indivision prévu en droit français.

80. En droit français et italien, la « société » est définie dans le Code civil. En effet, l'article 1832 al. 1 du Code civil[233] français dispose que, « *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* ». Dans le Code civil italien, la première norme présente dans les dispositions générales relatives aux sociétés[234] est l'article 2247[235], selon lequel « *par le contrat de société, deux ou plusieurs personnes confèrent des biens ou des services pour l'exercice en commun d'une activité économique dans le but d'en diviser les bénéfices* ». La comparaison de ces deux définitions révèle des similitudes quant aux conditions de fond exigées pour la constitution d'une société. Les conditions de fond sont cumulatives et d'ordre impératif : l'association de deux ou plusieurs personnes [236], la réalisation d'apports, le partage des bénéfices, et l'exercice d'une entreprise commune (pour le droit français) ou d'une activité économique en commun[237] (pour le droit italien). Sur ce dernier point, la conception italienne de la société apparaît plus étroite que le droit français, dans la mesure où la société peut être envisagée comme une technique de gestion du patrimoine[238].

81. Le critère de l' *affection societatis* n'est pas expressément visé par les définitions française et italienne mais il peut être rattaché à la notion d'« entreprise commune » de l'article 1832 du Code civil français et d'« exercice en commun » de l'article 2247 du Code civil italien. L'*affectio societatis* est analysé comme un critère constitutif[239] de la société et

---

[233] Cet article est le premier article des « dispositions générales » (Chapitre 1er) de la société (Titre neuvième du livre troisième : des différentes manières dont on acquiert la propriété).
[234] Titre V « Des sociétés » [Delle società], du livre V « du Travail » [del lavoro] du Code civil.
[235] L'article 2247 du Code civil a été modifié par l'article 1 de la loi n°88 du 3 mars 1993 qui a maintenu les termes de « contrat de société ».
[236] Il est désormais possible d'instituer une société par l'acte de volonté d'une seule personne dans les cas prévus par la loi, en créant une société unipersonnelle. Cette forme de société admet la présence d'un unique associé.
En droit français, v. l'article 1832 al.2 du Code civil ; la loi du 11 juillet 1985 a institué l'E.U.R.L. (l'entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée), tandis que la loi n°99-587 du 12 juillet 1999 a créée la S.A.S.U. (société par actions simplifiée unipersonnelle) (C.com., art. L. 227-1, al. 1er).
En droit italien, le droit des sociétés réformé par les décrets n°5 et n°6 du 17 janvier 2003 (entrés en vigueur le 1er janvier 2004) autorise la constitution par « acte unilatéral » de la société à responsabilité limitée (C.civ., art. 2463) et de la société par action (C.civ., art. 2328). Comme en droit français, la loi autorise expressément l'exercice de ces deux types de sociétés de manière unipersonnelle.
[237] L'avantage patrimonial doit être destiné aux associés. En raison de cet élément, la société est qualifiée d'« institut égoïste » : F. FERRARA Jr., F. CORSI, *Gli imprenditori e le Società*, *op. cit.*, p. 254.
[238] Sur ce point, v. M. COZIAN, A. VIANDIER, F. DEBOISSY, *Droit des sociétés*, *op. cit.*, p. 11.
[239] En droit français, l'*affectio societatis* n'est pas admis comme un critère essentiel pour une importante partie de la doctrine. Adhérant à la conception objective de la notion d'associé, certains auteurs critiquent l'aspect psychologique de la notion d'affectio societatis. V. notamment A. VIANDIER, *La notion d'associé*, *LGDJ*, 1978, p. 77 ; N. REBOUL, *Remarques sur une notion conceptuelle et fonctionnelle,* l'*affectio societatis*, *RDS* 2000, p. 425. De plus, le critère de l'*affectio societatis* n'existe pas dans les sociétés unipersonnelles aujourd'hui légalement autorisées. V. not., P. LE CANNU, B. DONDERO, *Droit des sociétés*, *op. cit.,* pp 67-68, §. 111. Toutefois, la jurisprudence considère ce critère comme déterminant pour caractériser le contrat de société.

son existence doit être vérifiée tout au long de la vie sociale. Il est l'élément psychologique propre au contrat de société. Selon Monsieur Vincent Cuisinier, « l'affectio societatis apparaît le plus souvent comme l'expression d'une collaboration égalitaire entre les associés. Les notions d'égalité et de collaboration constituent en quelque sorte les deux piliers des définitions doctrinales et jurisprudentielles de *l'affectio societatis* »[240]. Ces différents éléments caractéristiques sont obligatoires, cumulatifs et essentiels à la constitution d'une société. La société sera, en principe, exploitée collectivement par un groupe de personnes physiques ou morales qui auront suivi une procédure composée de trois phases successives : la réalisation d'un acte d'apport pour l'exploitation de l'entreprise commune afin de partager ce qui en résulte[241].

82. **L'*affectio societatis***. Au sein de ce groupe animé par *l'affectio societatis*, deux personnes peuvent être liées par un lien affectif qu'il soit filial, conjugal ou d'une autre nature. Se pose alors le problème de la conciliation de ces liens. Lorsque mariage et société se rencontrent, inévitablement, l'*affectio coniugalis* rencontre l'*affectio societatis*. Par des voies différentes, les droits français et italien admettent la validité d'une société constituée entre deux époux. Le droit des sociétés français intègre l'état des personnes lorsque celles-ci sont mariées sans considérer l'hypothèse des unions hors mariage. Dans les deux droits, l'*affectio societatis* peut se superposer à l'*affectio coniugalis*, qui est l'élément psychologique propre au mariage. Cette superposition, fondée sur la volonté de « partager des sentiments » est valablement admise. Or la nature des liens fondant *l'affectio societatis* et *l'affectio coniugalis* est fondamentalement différente. L'*affectio coniugalis* domine la phase antérieure à l'immatriculation de la société[242], mais il ne suffit pas à constituer l'*affectio societatis*.

83. **L'acte d'apport**. La réalisation d'un apport est une autre condition essentielle à la constitution d'une société. Selon la définition française du contrat de société, l'apport est réalisé en biens ou en industrie[243] tandis qu'en droit italien, l'apport est réalisé en biens ou en services. L'apport peut revêtir diverses natures selon la forme[244] de la société choisie, mais le

---

[240] V. CUISINIER, *L'affectio societatis*, Th. Montpellier, Préface de Arlette Martin-Serf, *Litec* 2008, coll. Bibliothèque de droit de l'entreprise n°78, p. 235, §. 269.
[241] V. Th. FAVARIO, *Regards civilistes sur le contrat de société*, *RDS*, n°1/2008, Doctrine, p. 53, spéc. p. 67, §. 30.
[242] F. FERRARA jr., F. CORSI, *Gli imprenditori e le Società*, *op. cit.*, p. 246, §. 8.5.
[243] L'apport en industrie a longtemps été interdit dans certaines formes de société, tel est toujours le cas pour les sociétés par actions. Mais la loi n°2008-776 du 4 août 2008 a autorisé les apports en industrie dans les sociétés par actions simplifiée.
[244] Les droits français et italien connaissent différentes formes de sociétés, toutes prévues et organisées par la loi. Elles se répartissent en deux catégories, les sociétés de personnes et les sociétés de capitaux.

régime est sensiblement le même dans les deux droits. La doctrine française fait une distinction tripartite (nature, numéraire ou industrie [245]), qui se retrouve dans la doctrine italienne, tandis que le droit italien fait une distinction binaire (en bien ou en service) [246]. L'apport a une double définition. Il peut représenter « le bien dont les associés transfèrent la jouissance ou la propriété à la société, en contrepartie du quel ils reçoivent des parts ou des actions ». Cependant, l'apport peut également se définir comme « l'acte translatif à titre onéreux par lequel l'associé promet d'apporter un bien dans le but de constituer la société ». Cet apport est obligatoire pour tous les associés selon les dispositions des articles 1832 du Code civil français et 2247 du Code civil italien. Il s'agit d'une condition fondamentale à la constitution d'une société, quelle qu'elle soit. D'une part, il s'agit de la manifestation de l'*affectio societatis* de l'associé, qui est apporteur, d'autre part, il permet la composition du capital social, élément nécessaire à la vie de la société[247], excepté lorsqu'il s'agit d'un apport en industrie[248] puisque ce dernier n'est pas intégré à la formation du capital social. L'apport en industrie présente la particularité d'être insaisissable, se réalisant jour après jour, il correspond à une tâche précise. Lors d'une collaboration professionnelle entre les membres d'un couple dans le cadre d'une société, il arrive que l'un des deux apporte son savoir-faire à l'exercice de la société. En contrepartie, cet apporteur en industrie sera considéré comme un véritable associé[249]. Une telle hypothèse est fréquente dans les sociétés entre époux. Il s'agit de l'hypothèse la plus simple, laquelle n'appelle pas le respect des règles issues du régime matrimonial. L'époux apporteur en industrie devra respecter uniquement les règles prescrites par la forme sociale choisie. De nos jours, la qualification juridique de la société oscille classiquement entre contrat[250] et institution[251] dans les deux systèmes juridiques. Le statut

---

[245] A noter toutefois que l'apport en industrie n'existe pas dans la société coopérative. Il est interdit dans les sociétés par actions de capitaux et la commandite simple, excepté pour les commandités de la société en commandite par actions et la société par actions simplifiée depuis la loi du 4 août 2008. L'apport en industrie permet à l'associé de choisir librement les moyens utiles à la réalisation de sa mission correspondant à l'accomplissement d'une tâche précise pouvant être définie de manière générale dans les statuts. Sur ce point, v. P. LE CANNU, B. DONDERO, *Droit des sociétés*, *op. cit.*, p. 67, §110 et pp. 228 et s.

[246] En droit italien, la doctrine utilise également l'expression d'apport en nature [Conferimenti in natura]. L'apport en bien recouvre à la fois l'apport en nature et en numéraire, tandis que l'apport en service correspond à l'apport en industrie.

[247] Bien qu'en droit français, le capital social d'une société à responsabilité limitée (S.A.R.L.) puisse être composé d'un euro lors de sa création.

[248] En droit français, l'apport en industrie n'est pas autorisé dans toutes les sociétés. En principe interdit dans les sociétés de capitaux (C.com., art. L. 225-3), il a été autorisé dans les sociétés à responsabilité limitée (S.A.R.L.) suite à la loi NRE (C.com., art. L. 223-7). Comme en droit italien, l'apport en industrie est très utilisé dans le cadre des sociétés professionnelles mais aussi dans les sociétés coopératives.

[249] Civ. 1re, 30 mars 2004, *JCP éd. E.* 2004, 806, p. 891.

[250] J. MESTRE, *La société est bien encore un contrat*, in Mélanges J. Mouly, *Litec* 1998, t. 2, p. 131.

[251] Selon Ph. MERLE, il est insatisfaisant de définir la société comme une « institution » car celle-ci « n'est pas assez précise et néglige trop l'acte constitutif, de nature contractuelle (ou exceptionnellement acte unilatéral) qui est à l'origine de la société. ». Ph. MERLE, *Droit commercial Sociétés Commerciales*, *D.* 10e éd., p. 43.

d'associé a donc une nature contractuelle par certains aspects. Même si certains auteurs[252] semblent se positionner en faveur de l'une ou l'autre de ces deux notions. Aucune d'elles ne permet à elle seule d'expliquer la nature juridique de la société[253].

B.- La nature juridique de la société

Groupement juridique réunissant, en principe, deux ou plusieurs personnes, la société a été initialement vue comme un contrat par les législateurs français et italiens. L'évolution du droit des sociétés a progressivement fragilisé la théorie « contractuelle » concurrencée par la théorie institutionnelle.

1.- Le concept de société-contrat

84. Longtemps, la société a été considérée restrictivement comme un contrat[254], reposant sur la volonté de deux ou plusieurs personnes, sans que des formalités particulières ne soient exigées. A la lumière des définitions légales de la société, les législateurs français et italien ont maintenu la référence au « contrat »[255].

85. **En France**. Les rédacteurs du Code civil de 1804 se sont inspirés de Pothier, qui concevait la société comme un contrat[256] sans en définir clairement les contours. L'emploi du terme « contrat » dans l'actuelle rédaction de l'article 1832 alinéa premier du Code civil souligne la nature contractuelle[257] de la société voulue par le législateur. La jurisprudence a pris, à certaines occasions, position en faveur de cette théorie, sans consacrer celle-ci au détriment de la théorie institutionnelle. La Chambre commerciale de la Cour de cassation a décidé dans un attendu clair et précis que « *les statuts (...) constituent le contrat accepté par les parties et fixant leurs droits et obligations* »[258] et la Première chambre civile de cette

[252] Certains auteurs ont adopté une position très nette pour l'une ou l'autre de ces théories. En faveur de la nature contractuelle, v. LAPEYRE, *La nature de la société depuis la loi sur les nouvelles régulations économiques*, *BJS* 2004, §. 2 ; en faveur de la nature institutionnelle.
[253] V. notamment, J.P. BERTREL, Le débat sur la nature de la société, in Mélanges Alain Sayag, *Litec* 1997, p. 131.
[254] P. LE CANNU, B. DONDERO, *Droit des sociétés*, 3e éd., Montchrestien, coll. Domat droit privé, p. 171, §. 265.
[255] La société est bien un contrat et non un acte unilatéral collectif en ce qu'il se caractérise par « une opposition d'intérêts ». V. M. COZIAN, A. VIANDIER, F. DEBOISSY, *Droit des sociétés*, *Litec*, 22e éd. 2009, p. 5.
[256] Selon Pothier, la société est « un contrat par lequel deux ou plusieurs personnes s'obligent à mettre en commun quelque chose pour faire en commun un profit honnête dont elles s'obligent réciproquement de se rendre compte ». POTHIER, Traité du contrat de société, Ed. HUTTEAU 1806.
[257] V. Th. FAVARIO, *Regards civilistes sur le contrat de société*, *op. cit.*, p. 53 : selon l'auteur, « le contrat de société constitue toujours un contrat spécial étroitement lié aux règles du droit commun des contrats ».
[258] Com., 8 mars 2005, *Bull. civ.* IV, n°47.

même Cour a décidé que « *... les statuts d'une coopérative, ..., ont valeur contractuelle dans les rapports entre la coopérative et chacun de ses adhérents* »[259]. Les statuts chargés d'organiser la vie de la société fondent la nature contractuelle de celle-ci en concrétisant l'échange de consentements des associés, principe cher au droit des contrats (C.civ., art.1134). Au cours de la vie sociale, cette nature contractuelle de la société se manifeste notamment via le principe de l'intangibilité des engagements des associés [260]. La Cour de Justice des Communautés Européennes a également retenu dans un arrêt du 10 mars 1992 que « *…pour l'application de la Convention de Bruxelles, les statuts de la société doivent être considérés comme un contrat* »[261].

Cependant, la conception contractuelle de la société véhiculée par la définition donnée par le Code civil n'est plus exclusive, car le législateur a, par la suite, décidé que le contrat « institue » la société. La loi n° 85-697 du 11 juillet 1985 a modifié la rédaction de l'article 1832 du Code civil en introduisant le verbe « instituer » consacrant ainsi l'aspect institutionnel de la société. Ainsi, ces deux théories contractuelle et institutionnelle sont consacrées simultanément dans la définition française de la société énoncée à l'article 1832 alinéa 1er du Code civil[262]. Les termes mêmes de la définition ne permettent donc plus d'isoler la nature contractuelle de la société. Cette théorie contractuelle apparaît aujourd'hui insuffisante. Mais, cette conception restrictive a évolué en raison de la complexité croissante du monde des affaires et la nécessité d'organiser précisément la vie en société. L'aspect contractuel de la société a ainsi été concurrencé par un aspect institutionnel de celle-ci.

86. **En droit italien**. A l'instar du droit français, la société a également une nature contractuelle. Elle est créée par un contrat. Les termes employés dans la définition législative révèlent la nature contractuelle de la société, voulue par le législateur. Toutefois, le concept de « contrat » est insuffisant aujourd'hui pour qualifier « la société ». En effet, le contrat[263] n'est

---

[259] Dans cette affaire, la Cour de cassation a considéré les statuts en question comme un contrat : Civ. 1er, 15 juillet 1999, *BJS* 1999, §. 261, note A. Couret.

[260] V. l'étude qui a été réalisée sur ce principe, F. BLONDIL, « Permanence et évolution du concept de société : du contrat à l'institution ? », *in L'entreprise face au bicentenaire du Code civil*, *op. cit.*, p. 101, §27s.

[261] La Cour de justice des communautés européennes a également retenu dans un arrêt du 10 mars 1992 que « …pour l'application de la Convention de Bruxelles, les statuts de la société doivent être considérés comme un contrat ». CJCE, 10 mars 1992, R.T.D.Civ, 1992, p. 757, obs J. Mestre.

[262] L'article 1832 al. 1 du Code civil dispose : « 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 des partager le bénéfice ou de profiter de l'économie qui pourra en résulter ».

[263] Le contrat de société est a une nature consensuelle [Consensuale], v. F. FERRARA jr., F. CORSI, *Gli imprenditori e le Società*, *op. cit.*, p. 255, §. 8.10. L'écrit est exigé par la loi en raison de sa publication au registre des entreprises [Registro delle imprese]. Les statuts de la société en nom collectif et en commandite

plus l'unique acte portant création d'une société : le droit positif admet que la société puisse naître par acte unilatéral, par la loi ou par la transformation d'entités publiques économiques [enti pubblici economici]. La doctrine majoritaire interprète les termes de l'article 2247 du Code civil de manière large : ceux-ci n'excluent pas l'origine non contractuelle [264] de la société. Par conséquent, la notion de contrat est insuffisante pour qualifier la société, que ce soit dès son origine ou au cours de la vie sociale [265]. Pour certains auteurs, « la fonction de contrat s'épuise au moment de la création de la société »[266]. A l'instar du droit français, son caractère contractuel coexiste avec une nature institutionnelle.

2.- L'atteinte à la conception contractuelle de la société

87. La modification du paysage juridique des sociétés en droit français et italien a conduit à faire évoluer sa nature juridique. La société ne se réduit plus à un simple contrat dans sa création et dans son organisation. Parallèlement à sa nature contractuelle, la société revêt un aspect institutionnel[267] qui transparaît de manière plus ou moins importante selon la forme choisie[268]. La nature institutionnelle[269] est révélée en raison des formalités à accomplir quant à l'existence juridique[270] de la société, des règles impératives édictées par le législateur pour organiser la vie sociale [271], qui ne trouvent pas d'explications dans le droit des contrats [272], et

---

simple doivent être des actes publics, tandis que ceux des sociétés par actions, en commandite par actions, à responsabilité limitée, coopératives, d'assurance mutuelle doivent revêtir la forme authentique [Atto publico].

[264] V. en ce sens, G. OPPO, Società, contratto, responsabilità (a proposito della nuova società a responsabilità limitata), in Studi in onore di Gastone Cottino, vol. I, CEDAM, 1997, p. 69.

[265] F. FERRARA Jr., F. CORSI, *Gli imprenditori e le società*, *op. cit.*, § 8.1, p. 234.

[266] F. FERRARA Jr., F. CORSI, *Gli imprenditori e le società*, *op. cit.*, p. 237.

[267] Sur la théorie institutionnelle en droit français, v. P. LE CANNU, B. DONDERO, *Droit des sociétés*, *op. cit.* pp. 173-175.

[268] En droit italien, le caractère contractuel de la société est davantage affirmé dans les sociétés de personnes : cf. F. FERRARA Jr., F. CORSI, *Gli imprenditori e le società*, *op. cit.*, § 8.1, p. 234.

[269] La théorie institutionnelle développée par la doctrine essentiellement commercialiste est aujourd'hui remise en cause par certains auteurs. V. : M. COZIAN, A. VIANDIER et F. DEBOISSY, *Droit des sociétés*, *op. cit.* p. 5

[270] En France, l'immatriculation a lieu au registre du commerce et des sociétés, qui permet ainsi l'attribution de la personnalité morale (C.com., art. L.210-6 ; C.civ., art. 1842 al. 1). En Italie, l'immatriculation des sociétés [C.civ., art. 2200) produit les mêmes effets et a lieu au registre des entreprises [Registro delle imprese] défini à l'article 2188 du Code civil.

[271] Pour le droit italien, v. F. FERRARA Jr., F. CORSI, *Gli imprenditori e le società*, *op. cit.*, p. 237, § 8.2. Toutefois, pour le droit français, Monsieur le Professeur Bruno Petit estime que « c'est la loi qui, après avoir imposé une conception institutionnelle de la société marquée par la multiplication des règles impératives et des incriminations pénales, est plus récemment revenue à une vision contractuelle et libérale privilégiant la volonté individuelle ». B. PETIT, « Les sociétés : des sociétés de commerçants aux groupes de société », in *Bicentenaire du Code de commerce : la Transformation du droit commercial sous l'impulsion de la jurisprudence 1807/2007*, *D.* 2007, p. 123, v. spéc. p. 126.

[272] Structuration de la société, loi de la majorité et modalité de décisions collectives des associés, etc. ; selon certains auteurs, « le recours à la notion d'institution est devenu inutile dans la mesure où l'ordre public est une donnée intégrée par la législation contemporaine. Il s'en suit que l'alternative contrat-institution est fausse. Il suffit de parler de contrat et d'ordre public, notions qui peuvent évidemment coexister » : M. COZIAN, A. VIANDIER et F. DEBOISSY, *Droit des sociétés*, *op. cit.* p. 5.

enfin, la reconnaissance de la validité d'une société constituée d'un unique associé[273]. Dans cette configuration, la société s'inscrit dans un ensemble plus vaste qu'est celui de l'acte juridique individuel. L'introduction en droit français et italien de la société constituée par un seul associé a ébranlé la conception contractuelle puisque, les statuts ne se fondent pas sur un contrat mais sur un acte unilatéral de volonté. Une telle possibilité est permise en France depuis la loi n°85-597 du 11 juillet 1985, relative à la société unipersonnelle à responsabilité limitée prévue à l'article 1832 al. 2 du Code civil. En Italie, selon les dispositions des articles 2328[274] et 2463[275] du Code civil, « une société peut être constituée par contrat ou par un acte unilatéral ». Selon une partie de la doctrine italienne, « le Code civil italien continue de qualifier la société de contrat [*contratto*], il s'agit de tout autre chose. Il s'agit d'un contrat d'organisation faisant naître une institution », le pacte social est le résultat d'un contrat qui fonde l'institution. A la différence du droit français, la notion « d'institution » n'est pas véhiculée par la définition de la société donnée par le Code civil. Toutefois, les règles impératives édictées dans le but d'organiser la vie en société excluent, pour certains, tout doute quant à sa nature institutionnelle[276]. Pour d'autres, les récentes évolutions législatives en matière de sociétés de capitaux ont été réalisées dans un but de protectionnisme et non institutionnel[277]. Aujourd'hui, la place prise par ces deux théories en droit français permet de rejoindre la conception doctrinale italienne.

A l'instar de la société, la nature juridique du mariage a été discutée en doctrine, oscillant[278] entre le contrat, en raison notamment de l'échange de consentements

[273] Monsieur Bruno Petit, qualifie la société unipersonnelle de « monstre juridique » : B. PETIT, « Les sociétés : des sociétés de commerçants aux groupes de société », *op. cit.*, v. spéc. p. 124.
[274] L'article 2328 du Code civil concerne les sociétés par actions, qui peuvent désormais être constituées d'un unique associé suite à l'adoption de l'article 4, lett. e, Legge delega 366/2001. Il dispose en son alinéa premier que : « *la société peut être constituée par contrat ou par acte unilatéral* ».
V. Mario Stella Richter Jr sous art. 2326-2328, note 1, p. 76, « Costituzione, Conferimenti » sous la direction de Mario Notari, artt. 2325-2345 Cc., *Commentario alla riforma delle società* diretto da Piergaetano Marchetti, Luigi A. Bianchi, Federico Ghezzi, Mario Notari, Giuffrè Editore, 2008. La société par actions (S.a.) et la société à responsabilité limitée (S.r.l.) peuvent toutes deux être constituées par un unique associé. Le droit italien a réalisé une uniformisation sur ce point. Ces deux formes de sociétés relèvent des sociétés de capitaux.
[275] L'article 2463 du Code civil vise la société à responsabilité limitée (S.r.l.), il dispose en son alinéa premier que « *la société peut être constituée par contrat ou par acte unilatéral* ».
[276] La société est vue comme une institution à caractère social, v. notamment, ASQUINI, *I battelli del Reno*, in Riv. Soc., 1959, p. 617 et s., P.G. JAEGER, *L'interesse sociale*, *Milano* 1963, p. 143 et s.
[277] F. FERRARA Jr., F. CORSI, *Gli imprenditori e le società*, *op. cit.*, p. 238, note 3.
[278] Pour certains auteurs, cette « opposition contrat-institution » concernant le mariage « est dépassée » : v. G. CORNU, *Droit civil La famille*, Montchrestien, 9e éd., 2006, p. 280.

indispensable à sa formation, et l'institution, du fait de l'intervention de l'autorité publique[279]. Il n'existe plus d'obstacle à la cohabitation de ces deux notions juridiques.

II.- Le cas particulier des sociétés entre époux

88. La société, tout comme le mariage[280], est à la fois une institution et un contrat. Mais l'organisation, les modes de fonctionnement et le but poursuivi diffèrent selon qu'il s'agisse d'une société ou d'un mariage[281]. Ces deux notions confèrent à leurs membres un statut : celui d'associé pour l'un, celui d'époux pour l'autre. Chaque statut impose des droits et des devoirs à ses membres[282]. La difficulté naît de leur juxtaposition. Comment concilier ces deux notions ? En pratique, ces deux notions ont été amenées à cohabiter notamment dans le cadre des sociétés entre époux. Le législateur italien n'a pas réglementé les sociétés entre époux mais il ne les a pas interdites. Contrairement au droit français, aucun article du Code civil ne vise de telles sociétés. La doctrine en a déduit que celles-ci étaient valables. De même, aucun article du Code civil ne règle précisément le sort des parts sociales acquises par un seul époux ou les deux conjointement. Le législateur n'a pas tenté de concilier les règles relevant du régime matrimonial, et plus précisément, celles relative au régime de la communauté de biens (C.civ., art. 177 à 179) avec les règles propres au droit des sociétés. La doctrine apporte des solutions dogmatiques face aux lacunes de la loi[283]. Le sort réservé aux sociétés entre époux fut différent en droit français.

A.- Une prohibition sans texte

89. En France, la prohibition des sociétés entre époux est née sans texte. La jurisprudence et la doctrine ont longtemps été hostiles à la reconnaissance de telles sociétés. Or aucun texte n'interdisait expressément une telle société. La jurisprudence traditionnelle se fondait sur l'incompatibilité existante avec le régime matrimonial considéré comme « une espèce de société » et le défaut de capacité de la femme mariée. En effet, les principes tels que « la

[279] V. P. COURBE, *Droit de la famille*, 5e éd., *D*. 2008, coll. SIREY, pp. 20-21, §. 32.
[280] En droit français et italien, le mariage est un acte solennel pour lequel l'échange de consentements est fondamental. (C.civ., art. 107)
[281] La nature juridique du mariage a longtemps été discutée en doctrine, oscillant entre institution et contrat. Le mariage est une institution bénéficiant d'une dimension contractuelle : v. J.-M. COQUEMA et C. BARTHELET, *106e Congrès des notaires de France Couples, patrimoine : les défis de la vie à 2. Analyse comparée de la nature juridique du mariage, du PACS et du concubinage*, *JCP N*, n°11, 19 mars 2010. 1127, p. 20
[282] Le mariage confère à ses membres un statut légal impératif et protecteur leurs conférant des devoirs et des obligations parfaitement réciproques : v. J. ROCHE-DAHAN, *Les devoirs nés du mariage. Obligations réciproques ou obligations mutuelles ?*, *RTD civ.* 2000, p. 735.
[283] V. *infra* : section 2 du présent chapitre.

puissance maritale » (C.civ., anc. art. 1388), l'immutabilité des conventions matrimoniales (C.civ., anc. art. 1395) et les restrictions applicables au statut de « marchande publique » de la femme mariée (C.com., anc. art. 4)[284], énoncés dans le Code civil de 1804, représentaient des barrières à l'établissement d'une société entre époux en raison de l'égalité des droits pouvant naître de cette situation, qui modifiait les rapports d'intérêts entre les époux. La sanction était donc la nullité absolue. Toutefois, la jurisprudence a fait preuve de tempéraments à l'égard des sociétés par actions [285] et lorsque les droits sociaux souscrits par les époux étaient en réalité exercés par le seul mari[286]. De même, la Chambre civile de la Cour de cassation a décidé que jusqu'au prononcé de la nullité, chacun des époux bénéficiait du « droit réciproque de provoquer le partage de l'actif et du passif résultant des opérations qui auraient été faites en commun » si la société avait été constituée dans un but licite en lui-même et afin d'éviter que l'un ne s'enrichisse aux dépens de l'autre[287].

90. Par des mesures ponctuelles, le législateur tentait de supprimer les obstacles en limitant leur champ d'application. La loi du 18 février 1938 [288] restituait à la femme mariée sa pleine capacité civile tout en maintenant l'autorisation du mari pour acquérir la qualité de commerçante. Cependant, la femme mariée restait dépourvue de pouvoirs sur les biens communs. La loi du 22 septembre 1942 [289] mis fin à l'un des obstacles de la société entre époux en remplaçant l'autorisation maritale par le système de l'opposition. Dès lors la femme mariée pouvait exercer une profession séparée de celle de son époux et devenir associé en nom collectif ou commanditée ou faire un apport en industrie à moins que son mari fît opposition. Certaines juridictions commençaient alors à fléchir en ne prononçant la nullité qu'en cas de fraude commise par l'atteinte au statut matrimonial des époux[290].

B.- La légalisation des sociétés entre époux

91. Face à la résistance des juges, le législateur français a choisi de légaliser les sociétés entre époux par l'ordonnance du 19 décembre 1958[291]. Le principe de la légalité des sociétés

[284] La femme était réputée marchande publique si elle exerçait un commerce distinct et séparé de celui de son mari.
[285] V. par ex., Civ., 24 févr. 1913, *S*, 1916, I, 81, note Wahl ; Crim., 25 janv. 1950, *D*. 1950, 212.
[286] V. par ex., Req., 13 nov. 1860, *S,* 1861, I, 883 ; 12 mai 1874, S, 1874, I, 427.
[287] Civ., 7 mars 1888, *DP*, 1888, I, 401.
[288] *DP* 1939. 4. 1.
[289] *DA* 1942. 167 ; P. VOIRIN, *Commentaire de la loi du 22 septembre 1942*, *DC* 1943, 50, n° 4.
[290] V. par ex., T. civ. Strasbourg, 25 mai 1951, *JCP* 1951, II, 6494, note A. WEIL ; Lyon, 3 mai 1948, *JCP* 1948, II, 4508, note D. Bastian.
[291] Ord. n°58-1258, *JO* 20 déc. 1958 ; *JCP* 1958, III, 23785.

entre époux fut posé à l'article 1841 du Code civil : deux époux pouvaient être simultanément au nombre des associés et participer ensemble ou séparément à la gestion. Cependant, la loi encadrait son champ d'application en instaurant un garde-fou : les époux ne pouvaient être indéfiniment et solidairement responsables dans une société commerciale (C.civ., anc. art. 1841). Cette mesure était dictée par un souci de protéger le patrimoine familial. Le texte, vivement critiqué par la doctrine [292], présenta rapidement ses limites dans la mesure où il ne précisait pas si des époux pouvaient être seuls associés dans la même société. La loi du 13 juillet 1965 poursuivit l'affinement du système en assouplissant la règle de l'immutabilité des conventions matrimoniales et en supprimant le droit d'opposition du mari à l'exercice d'une profession séparée de son épouse. Mais ces améliorations étaient insuffisantes pour permettre l'existence d'une société entre les seuls époux. La chose fut rectifiée par la loi n°65-538 du 24 juillet 1966[293]. La loi du 29 novembre 1966 permit aux époux de constituer une société civile professionnelle[294].

92. La loi n° 82-596 du 10 juillet 1982 [295] relative aux conjoints d'artisans et de commerçants travaillant dans l'entreprise familiale[296] a modifié la législation des sociétés et a permis à deux époux d'être associés d'une même société en apportant des biens communs, dans la mesure où ils n'étaient pas tous les deux indéfiniment et solidairement responsables des dettes sociales[297]. Le statut de conjoint associé a été consacré aux articles 12 et suivants de la loi [298]. La loi du 23 décembre 1985 relative à l'égalité des époux dans les régimes matrimoniaux[299] a généralisé la possibilité de constituer une société entre époux en supprimant l'obstacle relatif à la limitation de responsabilité. Suite à l'adoption de la loi du 10

---

[292] M. VASSEUR, *Le problème des sociétés entre époux après l'ordonnance du 19 décembre 1958*, *RTD com.* 1959. 835 ; J. HEMARD, *Le nouveau régime des sociétés entre époux*, D. 1959, Chron. 27 ; J.R., A propos des sociétés entre époux, JCP 1959. I. 1481 ; A. MOREAU, *La validité des sociétés dans lesquelles se trouvent ou se rencontrent deux époux parmi leurs membres*, *Journ. Not.* 1959, 117 ; R. CHAUVEAU, *Les sociétés entre époux*, *Gaz. Pal.* 1959. 1. Doctr. 17 ; R. VANARD, *Les sociétés entre époux*, *Defrénois* 1959, 41 ; P. JULIEN, *Les contrats entre époux*, *LGDJ*, 1962.

[293] Loi n°66-538 du 24 juillet 1966, *D.* 1966, 293.

[294] Loi n° 66-879 du 29 novembre 1966, *D.* 1966, 422.

[295] Préalablement à l'adoption de la loi du 10 juillet 1982, plusieurs réponses ministérielles ont affirmé la possibilité pour les époux d'apporter des biens communs en société afin de devenir associés de la même structure : *JO* Débats A.N. 1969, p. 1508, et 17 mars 1980, p. 1105.

[296] D. 1982. 323 ; *Rev. Soc.*, 1982. 911.

[297] Dans sa rédaction issue de la loi du 10 juillet 1982, l'article 1832-1 du Code civil disposait : « même s'ils n'emploient que des biens de communauté pour les apports à une société ou pour l'acquisition de parts sociales, deux époux seuls ou avec d'autres personnes peuvent être associés dans une même société et participer ensemble ou non à la gestion sociale ».

[298] Pour une étude spéciale du statut d'associé, v. J. BARDOUL, *Les conjoints associés : commentaire des articles 12 et suivants de la loi n°82-596 du 10 juillet 1982 relative aux conjoints d'artisans et de commerçants travaillant dans l'entreprise familiale*, *RDS* 1983, p. 5.

[299] *D.* 1986. 72, rect. 215.

juillet 1982, Madame le Professeur Françoise Dekeuwer-Defossez écrivait que « mariage et société sont deux institutions étrangères, voire hostiles », «les règles qui gouvernent chacune d'entre elles tendent à intervenir dans le fonctionnement de l'autre »[300] mettant ainsi en évidence l'antagonisme de ces deux notions juridiques. Contrairement aux personnes mariées, les concubins eurent une plus grande liberté dans le choix des formes sociales en l'absence de toute interdiction de principe de constituer une société entre eux. Cependant, l'existence de restrictions propres aux époux, ne fut pas sans incidence pour les concubins. En effet, selon une réponse ministérielle[301], le Comité national d'agrément des groupements agricoles d'exploitations en commun[302] a refusé aux concubins notoires de constituer seuls un tel groupement[303], au motif qu'il n'y aurait pas lieu de leur reconnaître une possibilité d'association accompagnée d'avantages financiers qui est refusée aux couples légalement mariés[304]. Cette interdiction ponctuelle semblait protéger le mariage au détriment du concubinage auquel était refusé tout avantage supplémentaire. Cette assimilation a été vivement critiquée[305] lors de son adoption. Aujourd'hui, toute interdiction est supprimée puisque, l'article 323-2 du Code rural et de la pêche maritime dispose en son alinéa quatre qu' « un groupement d'exploitation agricole en commun peut être constitué de deux époux, de deux concubins ou de deux partenaires d'un pacte civil de solidarité, y compris lorsqu'ils en sont les seuls associés ». L'assimilation entre ces trois formes de conjugalité est donc réalisée sur ce point.

93. Désormais, deux époux peuvent être seuls ou avec des tiers, associés dans une même société, peu importe la forme adoptée. Avant l'entrée en vigueur de la loi n°2004-439 du 26 mai 2004 relative au divorce, il était conseillé aux époux de constituer la société par acte authentique, afin de se prémunir d'une annulation pour cause de donation déguisée[306] (C.civ., art. 1832-1, al. 2)[307]. Ils sont autorisés à participer ensemble ou non à la gestion sociale[308]. Le

[300] F. DEKEUWER-DEFOSSEZ, « Mariage et Sociétés », in *Etudes dédiées à René ROBLOT, Aspects actuels du droit commercial français*, *LGDJ* 1984, p. 271.
[301] *J.O.* Déb. Ass. Nat., 2 avril 1984, p. 2520.
[302] Les Groupements agricoles d'Exploitation en Commun (GAEC) constituent des sociétés civiles de personnes, conformément aux dispositions de l'article L. 323-1 du Code rural et de la pêche maritime.
[303] Loi n°95-95 du 1er février 1995.
[304] Suite à l'adoption de l'article 41 I. de la loi n°80-502 d'orientation agricole du 4 juillet 1980 (JO 5 juill. 1980, p. 1670 et s. ; *D.* 1980. 250, rect. 331), un Groupement agricole d'Exploitation en Commun (GAEC) ne pouvait être constitué de deux époux, qui en seraient les seuls associés.
[305] *RTD com.* 1984, p. 481, obs. E. Alfandari et M. Jeantin
[306] La loi a supprimé la prohibition des donations déguisées entre époux : v. *infra* : partie 2, titre 2, chapitre 2.
[307] En droit français, aux termes de l'article 1835 du Code civil, « les statuts doivent être établis par écrit ». Cet écrit peut être établi soit sous la forme authentique, soit sous seing privé, destiné à être enregistré et déposé au greffe.
[308] Pour le droit français, v. l'article 1832-1 du Code civil.

Conseil de l'Europe a également œuvré à la reconnaissance de la validité des sociétés entre époux en encourageant les Etats membres à supprimer les obstacles rendant inconciliable le mariage et la société [309]. L'entrée de l'époux dans la société doit se faire, en principe, dans le respect du patrimoine familial et permettre un développement harmonieux de l'exploitation. L'étude du statut de conjoint, de pacsé ou de concubin associé du dirigeant exige que soit analysée la manière dont chacun acquiert la qualité d'associé, en raison de la diversité des situations et de leur régime juridique. Dans tous les cas, la qualité d'associé reconnue à chacun d'entre eux permet une réelle reconnaissance de leur implication au sein de la société, et ce de manière égalitaire. L'attribution du statut d'associé peut être réalisée *de jure*, lorsque celle-ci découle d'une situation juridique, ou *de facto*, en raison d'une situation de fait.

Section 2 : L'attribution *de jure* de la qualité d'associé

94. En tant que personne juridique [310], elles ont un patrimoine unique et indivisible, qui doit être, en principe, distingué de celui des associés [311]. Pour composer le patrimoine social, les associés vont se dessaisir d'une partie de leur patrimoine personnel afin de le transférer à la société. L'état des personnes n'est pas sans incidence dans cette opération. Une différence de traitement existe selon la situation personnelle de l'associé. L'époux, le pacsé et le concubin ne sont pas placés sur un pied d'égalité en droit des sociétés français dans la mesure où des aménagements ont été prévus pour l'entrée en société d'un époux en fonction du

[309] Pour la société constituée entre époux, l'article 5 de la Directive n°86/613/CEE du Conseil du 11 décembre 1986 sur l'application du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes exerçant une activité indépendante, y compris une activité agricole, ainsi que sur la protection de la maternité (JOCE, 19 décembre 1986, p. 56) dispose : « sans préjudice des conditions spécifiques d'accès à certaines activités s'appliquant de manière égale aux deux sexes, les États membres prennent les mesures nécessaires afin que les conditions de la constitution d'une société entre époux ne soient pas plus restrictives que les conditions de constitution d'une société entre personnes non mariées. ».

[310] Les sociétés immatriculées constituent des personnes morales en droit français et italien. En droit français, selon les dispositions de l'article 1842 alinéa premier du Code civil, « Les sociétés autres que les sociétés en participation visées au chapitre III jouissent de la personnalité morale à compter de leur immatriculation ».
En droit italien, selon les dispositions de l'article 2200 du Code civil, « Sont sujettes à l'obligation d'inscription au registre des entreprises, les sociétés constituées selon l'une des formes réglementées au chapitre III et suivants du titre V (Société en nom collectif, société en commandite simple, société par actions, société à responsabilité limitée) et les sociétés coopératives, même si elles n'exercent pas une activité commerciale.
L'inscription des sociétés au registre des entreprises est réglementée par les dispositions des titres V et VI. ».
Toutefois, la loi n'impose pas l'immatriculation de la société simple. Celle-ci ne jouit pas de la personnalité morale, elle est représentée par ses associés (C.civ., art. 2266, al. 1).
Les dispositions relatives à la société simple s'appliquent à toutes les sociétés, qui n'exercent pas une activité économique, à moins que les associés aient décidé de constituer la société selon l'une des autres formes prévues au chapitre III et suivants du titre relatif aux sociétés (C.civ., art. 2249 al. 2).

[311] Pour une analyse précise de la qualité d'actionnaire : *Qu'est-ce qu'un actionnaire ?* Colloque Centre de recherches de droit des affaires, Paris I, *Rev. Sociétés* 1999, p. 511 et 715.

régime matrimonial choisi. En dehors de l'union matrimoniale, le fait de conclure un PACS ou de vivre en concubinage peut avoir une incidence dans les rapports professionnels, lorsque la propriété des biens utilisés à cette fin est commune. L'attribution du titre d'associé peut être réalisée à deux moments distincts : lors de la formation de la société ou au cours de la vie sociale.

Sous-section 1 : L'hypothèse de l'associé marié

Dans notre étude, l'époux devient l'associé de son conjoint. Une telle situation peut impliquer une concurrence initiale des pouvoirs, lors de l'entrée dans la société et une concurrence finale. Ces concurrences dépendront à la fois du droit des sociétés mais également du régime matrimonial des époux, sans que puisse être affirmée la suprématie de l'un sur l'autre. Avant d'identifier quels seront les pouvoirs attribués à chacun des époux dans la deuxième partie de notre thèse, il est indispensable d'analyser avec plus d'attention les modes d'attribution de la qualité d'associé à l'époux du dirigeant de la société. Les conditions d'entrée en société de l'époux divergent en droit français et italien. Afin de mieux comprendre les spécificités propres à chaque droit, il convient de les étudier séparément.

I.- L'acquisition de la qualité d'associé par l'époux en droit français

95. Le droit positif admet que deux époux soient ensemble associés d'une même société en utilisant un bien commun ou un bien propre. Notre étude s'intéresse à la situation dans laquelle un époux devient l'associé de son conjoint simultanément ou ultérieurement. L'entrée en société de l'époux peut avoir lieu à deux moments distincts : soit lors de la constitution de la société soit au cours de la vie sociale. L'entrée en société peut avoir lieu par l'emploi d'un bien commun ou d'un bien propre pour réaliser l'apport ou l'acquisition. Ce qui importe, c'est la personne qui réalise l'acte d'apport ou d'achat : la qualité d'associé est attribuée à « l'auteur de l'acte » Il est indispensable de distinguer les situations dans lesquelles l'époux acquiert la qualité d'associé suite à une démarche personnelle, le titre d'associé sera alors attribué *ab initio* (A), et les situations dans lesquelles, le jeu des règles du droit matrimonial permet à l'époux non associé de revendiquer ce titre[312]. (B). L'époux pourra ainsi s'introduire

[312] Dans le cadre de l'action en revendication, la qualité d'associé est attribuée à l'époux qui est « l'auteur de l'action en revendication », cf. *infra*. L'apporteur ou le cessionnaire de droits sociaux doit également réunir les autres conditions : il doit participer aux résultats de l'exploitation et témoigner d'une réelle volonté de s'associer.

dans la société par « ricochet » grâce à la présence de son conjoint, qui a utilisé un bien commun.

A.- L'attribution *ab initio* de la qualité d'associé

96. L'attribution *ab initio* de la qualité d'associé doit s'entendre comme l'entrée en société d'un époux de sa propre initiative au moyen d'une démarche volontaire et actuelle, par l'emploi d'un bien propre, personnel ou d'un bien commun. L'apport ou l'acquisition de droits sociaux est l'une des clés pour constituer ou intégrer une société et bénéficier du statut d'associé, encore faut-il parfois que le conjoint soit agréé par les autres associés, comme la loi ou les statuts peuvent l'exiger dans certains cas [313]. L'apport peut être réalisé en nature, en numéraire et en industrie (C.civ., art. 1843-3). Inévitablement, en cas d'apport en nature ou en numéraire, le patrimoine personnel de l'époux apporteur se trouve modifié par l'acte d'apport, qui change la consistance du patrimoine familial. Lorsque l'acquéreur est marié, la question de ses pouvoirs sur les biens engagés va être inévitablement soulevée. L'acquéreur peut-il engager seul les biens relevant de la masse commune, sur laquelle les époux ont des pouvoirs concurrents ? Chacun peut acquérir séparément ou avec l'autre le titre d'associé, tout dépendra de la propriété du bien utilisé à cette fin. Pour connaître quels sont les pouvoirs reconnus à l'époux sur le ou les biens lui permettant d'entrer dans la société, il est nécessaire de distinguer s'il s'agit d'un bien propre au d'un bien commun en fonction du régime matrimonial qui gouverne les rapports pécuniaires entre eux.

1.- L'autonomie des époux

97. Le régime primaire reconnaît « la pleine capacité de droit » à chacun des époux, qu'il organise avec le régime matrimonial[314]. Au cours du mariage, chacun des époux bénéficie d'une autonomie de principe, encadrée juridiquement afin de protéger le patrimoine familial. Cette autonomie des époux est égalitaire depuis la 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. Elle se retrouve au sein du ménage comme à l'extérieur de celui-ci.

[313] Le mécanisme de l'agrément permet de choisir les nouveaux associés. Le conjoint n'est pas traité comme un tiers, dans la mesure où le droit des sociétés a aménagé l'exigence des clauses d'agrément prévues en matière de cession des droits sociaux : interdit dans les sociétés anonymes (C. civ., art. L. 228-23 alinéa 1er), l'agrément du conjoint est facultatif dans les SARL (C. civ., art. L. 223-13 al. 1er) mais il est exigé dans les sociétés en nom collectif (C. civ., art. L. 221-13) et dans les sociétés civiles.

[314] L'article 216 du Code civil dispose : « Chaque époux a la pleine capacité de droit, mais ses droits et pouvoirs peuvent être limités par l'effet du régime matrimonial et des dispositions du présent chapitre ».

Mais, cette autonomie n'est pas parfaite dans la mesure où le consentement de l'autre est nécessaire pour disposer de certains biens indispensables à la vie de famille tels que le logement et les meubles le garnissant. A l'extérieur du ménage, chacun des époux bénéficie d'une indépendance dans la vie des affaires et dans la vie professionnelle[315]. Cette autonomie professionnelle est parfaite en régime séparatiste mais elle peut être limitée en régime de communauté en raison de la cogestion des époux. Quel que soit le régime matrimonial choisi, chaque époux a la liberté d'exercer la profession qu'il désire : il peut être commerçant[316], ou plus généralement devenir associé. Les présomptions de pouvoirs édictées par les articles 221 et 222 du Code civil en matière bancaire, boursière et mobilière facilitent grandement l'autonomie de l'époux commerçant. Si « chacun des époux administre, oblige et aliène seul ses biens personnels », selon les termes de l'article 225 du Code civil, il n'en est pas ainsi en cas de masse commune, ce qui interfère inévitablement dans la vie des affaires. Il sera donc opportun d'analyser successivement l'acquisition de droits sociaux au moyen de biens propres ou personnels et de biens communs[317].

2.- L'emploi de biens propres ou personnels

98. A l'intérieur du ménage, l'autonomie de principe des époux correspond à une autonomie patrimoniale rappelée par la règle impérative édictée à l'article 225 du Code civil, qui dispose « *Chacun des époux administre, oblige et aliène seul ses biens personnels* ». Cette règle s'applique quel que soit le régime matrimonial choisi[318]. L'époux bénéficie de la qualité d'associé lorsque l'apport (à la constitution de la société ou en cas d'augmentation du capital social) ou l'acquisition des droits sociaux (au cours de la vie sociale) a été financé grâce à des biens propres ou personnels. Cette situation se rencontre dans trois hypothèse : sous le régime de la communauté légale (C. civ., art. 1400 et s.) par l'emploi de biens propres, sous le régime de la séparation de biens (C. civ., art. 1536 et s.) et en cas de participation aux acquêts (C.

[315] Pour une étude sur l'autonomie professionnelle des époux, v. F. VIALLA, *Autonomie professionnelle des époux et droit des sociétés*, *RTD Civ*., 1996. 841.
[316] La femme peut librement exercer le commerce depuis la loi n°65-570 du 13 juillet 1965 portant réforme des régimes matrimoniaux, *D*. 1965, 233, *Rect.* 334.
[317] Nous n'envisageons pas l'hypothèse où les époux emploient un bien indivis pour acquérir des droits sociaux. En pareille hypothèse, s'appliqueront les règles propres à l'indivision. En cas d'apport de biens indivis, les droits sociaux peuvent rester indivis ou être répartis entre chaque indivisaire. Mais lorsque les droits sociaux restent indivis, chaque indivisaire a la qualité d'associé, conformément à la décision rendue par la Première Chambre civile de la Cour de cassation : Cass. Civ. 1er, 6 fév. 1980, n°78-12.513, *Rev. sociétés* 1980, p. 521, note A. Viandier. Cette solution vient d'être réaffirmée par la Première chambre civile de la Cour de cassation, qui a décidé que le copropriétaire indivis de parts sociales a la qualité d'associé : Civ. 1er, 4 nov. 2009, n°09-80.818, *Millemann*, *RDS* 2010, n°9, p. 381, note L. Godon.
[318] Le pouvoir d'administrer, de jouir de ses propres et d'en disposer librement a été reconnu à chacun des époux, quel que soit leur sexe par la loi du 13 juillet 1965.

civ., art. 1569 et s.) par l'emploi de biens personnels. Dans ces hypothèses, le mariage n'affecte d'aucune manière la qualité d'associé car chacun des époux conserve l'administration, la jouissance et la libre disposition de ses biens personnels [319], après s'être acquitté des charges du mariage[320]. Les conjoints peuvent donc constituer une société ou entrer en société au moyen de biens propres ou personnels. Une présomption de pouvoirs repose sur l'époux apporteur ou cessionnaire, qui dispose seul du bien, à l'égard des tiers de bonne foi (C.civ., art. 225) [321]. Il sera réputé avoir le pouvoir de faire seul cet acte. Le titre d'associé sera conféré à l'époux apporteur ou cessionnaire par le jeu des dispositions du droit des sociétés.

99. **Preuve**. Toutefois, il est indispensable qu'en cas de litige ou de contestation, l'époux puisse rapporter la preuve de la propriété de ce bien pour conserver sa qualité d'associé. Cette preuve peut être rapportée par tout moyen. Mais en régime de séparation, l'article 1538 du Code civil, concernant la charge de la preuve de la propriété, exclut l'application de l'article 2279 du Code civil, en vertu duquel la possession vaut titre[322]. La Cour de cassation a rappelé, que « sous le régime de la séparation de biens, le bien appartient à celui dont le titre établit la propriété sans égard à son financement »[323]. Les présomptions de propriété énoncées au

---

[319] Dans l'hypothèse du régime de séparation de biens, v. l'article 1536 alinéa premier du Code civil, qui dispose : « Lorsque les époux ont stipulé dans leur contrat de mariage qu'ils seraient séparés de biens, chacun d'eux conserve l'administration, la jouissance et la libre disposition de ses biens personnels. » ; du régime de participation aux acquêts, v. l'article 1569 du Code civil, aux termes duquel : « Quand les époux ont déclaré se marier sous le régime de la participation aux acquêts, chacun d'eux conserve l'administration, la jouissance et la libre disposition de ses biens personnels, sans distinguer entre ceux qui lui appartenaient au jour du mariage ou lui sont advenus depuis par succession ou libéralité et ceux qu'il a acquis pendant le mariage. » ; du régime de la communauté légale, v. l'article 225 du Code civil, qui dispose : « Chaque époux administre, oblige et aliène seul ses biens personnels. ».

[320] Dans l'hypothèse de séparation de biens, v. l'article 1537 du Code civil, qui dispose « Les époux contribuent aux charges du mariage suivant les conventions en leur contrat ; et, s'il n'en existe point à cet égard, dans la proportion déterminée à l'article 214. », du régime de participation aux acquêts, v. l'article 1569 du Code civil, qui dispose : « Pendant la durée du mariage, ce régime fonctionne comme si les époux étaient mariés sous le régime de la séparation de biens. » ; du régime de communauté légale, v. l'article 223 du Code civil, qui dispose : « Chaque époux peut librement exercer une profession, percevoir ses gains et salaires et en disposer après s'être acquitté des charges du mariage. ».

[321] Texte impératif du régime primaire, l'article 225 du Code civil dispose « Chacun des époux administre, oblige et aliène seul ses biens personnels ». Une telle indépendance est préservée dans le régime de communauté légale à l'article 1428 du Code civil relatif l'autonomie de gestion de l'époux commun en biens sur ses biens propres.

[322] Civ. 1er, 7 nov. 1995, *Bull. Civ*. I, n°395; *D*. 1996. 451 : en l'espèce, deux époux séparés de corps et de biens se disputent la propriété d'un coffre. Pour trancher le litige, la Cour de cassation affirme que « les règles de preuve de la propriété entre époux séparés de biens, édictées par l'article 1538 du Code civil, excluent l'application de l'article 2279 du même Code ».

[323] Civ. 1re, 31 mai 2005, n°02-20.553, *Bull*. Civ. I, n°236 ; *AJ Fam*. 2005. 325, obs. P. Hilt ; *Dr. Fam*. 2005, n°168, note B. Beignier ; *RJPF* 2005, n°11, nov. 2005, p. 19 : Dans cette affaire, deux époux étaient mariés sous le régime de la séparation de biens. Au cours de leur mariage, ils ont souscrit ensemble et séparément des titres de capitalisation. La Cour d'appel a déclaré le mari propriétaire de l'ensemble des titres après avoir énoncé que la présomption simple de propriété édictée dans le contrat de mariage est susceptible d'être renversée par la

contrat de mariage sont simples. La preuve contraire peut être rapportée par tous moyens par l'époux qui souhaite revendiquer sa propriété sur le bien apporté en société ou utilisé afin d'y entrer. Cette règle vaut à l'égard des tiers et donc de la société. De manière constante, les juges du fond ont estimé dans leur pouvoir souverain d'appréciation que pareille hypothèse faisait tomber « des présomptions de propriété inscrites au contrat de mariage »[324]. En pratique, l'absence de confusion des pouvoirs des époux faciliterait la preuve de la propriété du bien.

100. **Intervention judiciaire**. Ce principe d'indépendance dans la libre disposition de ses biens supporte une exception. En effet, si l'époux estime que par son entrée en société, son conjoint ne respecte pas ses devoirs issus du mariage et met en péril l'intérêt de la famille, il peut saisir le juge aux affaires familiales, qui pourra prescrire « toute les mesures urgentes que requièrent ces intérêts », conformément aux dispositions de l'article 220-1 du Code civil. Le juge, ainsi saisi par l'époux, peut interdire au conjoint de faire un apport de certains biens en société. Toutefois, cette interdiction est limitée dans le temps car elle ne peut excéder trois ans[325]. Les mesures ordonnées par le juge n'ont qu'un caractère provisoire. Le régime primaire établit ainsi des garde-fous afin de préserver l'intérêt de la famille[326]. Cette mesure reste exceptionnellement mise en œuvre, et s'applique notamment lorsque les relations au sein du couple se sont gravement altérées. Elle revêt une double finalité puisqu'elle est destinée à protéger à la fois les intérêts patrimoniaux et extrapatrimoniaux[327]. Il existe ainsi une solution judiciaire qui apparaît comme une alternative à l'existence d'une situation de crise au sein du couple.

L'entrée en société réalisée par des biens propres ou personnels assure la sécurité du conjoint réalisant un acte individuel. Le propriétaire dispose librement de son bien et exerce pleinement son indépendance au sein du mariage, sous réserve de la protection de la famille. Chacun des époux acquiert séparément et de manière indépendante le titre d'associé. Mais l'entrée en société peut également être accomplie grâce à l'emploi de biens communs. Ainsi

---

preuve contraire. Selon la Cour, aucun élément du dossier ne permet de retenir que l'épouse ait participé à l'activité de son mari ou ait été en mesure de disposer de fonds propres. Les titres ont été acquis avec les seuls revenus issus de l'activité d'artisan du mari. La cour conclut que les biens acquis ainsi, doivent être considérés comme appartenant exclusivement au mari. La Cour de cassation a cassé l'arrêt au visa de l'article 1538 du Code civil.

[324] Civ. 1er, 30 nov. 1976, *Bull. Civ.*, I, n°377 ; 21 juin 1983, *ibid.* I, n°180 ; 5 oct. 1994, *JCP* 1995, I, 3821, n°23, obs. STORCK.

[325] C.civ., art. 220-1 al. 4.

[326] Cette mesure est également possible en cas de communauté comme le prévoit l'article 1429 du Code civil.

[327] V. Nancy, 12 décembre 1968, *D.* 1969, 300, note C.-I. Foulon-Piganiol.

l'époux peut utiliser à cette fin un bien sur le quel il n'a pas de pouvoirs exclusifs, et dont l'exercice se révèle encadré par les dispositions du régime matrimonial.

3.- L'emploi de biens communs

L'apport initial ou l'acq uisition des droits sociaux peut être financé grâce à des biens communs. Cette situation se rencontre lorsque le régime matrimonial des époux est un régime de communauté. Dans cette hypothè se, il est judicieux de suivre la distinction opérée par l'article 1832-2 du Code civil, qui vise expressément et exclusivement la situation de l'époux, qui fait un apport à une société ou acquiert des pa rts sociales non négociables en utilisant des biens communs. Deux situations sont donc envisageables selon que l'époux emploie des biens communs pour devenir associé d'un e société dont les parts sociales sont négociables ou ne le sont pas.

a.- L'acquisition de la qualité d'associé dans les sociétés aux titres non négociables

La loi du 10 juillet 1982 a inséré l'article 1832 -2 dans le Code civil, q ui réglemente l'acquisition de la qualité d'associé par un ép oux. Les dis positions de cet article ne son t applicables qu'à l'hypothèse où l'un des conjoi nts em ploie des biens comm uns pour entrer dans une société dont les titres ne sont pas négociables[328].

101. Dans cette situation, la loi im pose à l' époux apporteur ou acquéreur, une obligation d'information de son conjoint. En effet, il do it en inform er expressém ent son conjoint, et mention doit être faite d ans l'acte d'apport ou d'acquis ition. A défaut, la sanction en courue est la nullité de l'acte selon les dispositions de l'article 1427 du Code civil[329]. Cette action en nullité est encadrée dans un double délai car elle est ouverte à l'époux victim e dans un délai de deux ans à partir du jour de la découverte de l'acte, mais ne peut être intentée plus de deux ans après la dissolution de la communauté. Une telle oblig ation légale pe ut trouver une explication dans le fait que sous les régim es de communauté, chacun des époux a le pouvoir d'administrer la communauté. Les époux cogère nt la m asse commune. Ils bénéficient de pouvoirs concurrents qui leur perm ettent de réaliser seuls les actes nécessaires à l'administration de ces biens et ils peuvent se uls en disposer. L'époux, qui agit sur la m asse

[328] Sur ce point, v. par exemple : F. MANSUY, *Les relations familiales et le d roit des sociétés*, Thèse Nancy, 1985, p. 219.
[329] V. par ex., la nullité d'une acquisition et d'une souscription à une augmentation de capital d'une SARL, en raison d u défa ut d'a vertissement préal able du co njoint p ar l 'époux so uscripteur m arié sous l e régi me de l a communauté réduite aux acquêts : Versailles, 14 oct. 1999, *BJS* Fév. 2000, p. 164, n°30, note B. Saintourens.

commune, va engager la cellule conjugale. Le législateur a limité cette autonomie, en édictant à l'article 1424 du Code civil un certain nombre d'actes soumis à la cogestion des époux. Cette limitation se justifie par les conséquences que ces actes peuvent avoir sur la consistance du patrimoine familial. Ainsi, chacun ne peut disposer sans le consentement de son conjoint des immeubles, fonds de commerce, exploitation, parts sociales de personnes dépendants de la communauté, ni à titre principal (aliénation), ni à titre accessoire (hypothèque, gage ou nantissement). Par conséquent, si une personne mariée souhaite apporter un fonds de commerce en société, elle doit nécessairement et préalablement obtenir le consentement de son époux pour que l'acte soit valable. En dehors des actes visés par l'article 1424 du Code civil, une personne mariée qui veut engager un bien de la communauté doit seulement en avertir expressément son époux. Les dettes nées de la participation d'un époux commun en biens à une société à risque illimité font partie du passif commun. L'époux non associé est pleinement responsable du passif social [330], en ce qui concerne les biens communs engagés. Toutefois, cet époux n'a pas à répondre des dettes sociales sur ses biens personnels.

102. L'emploi de biens communs pour intégrer ou constituer une société ne confère pas automatiquement la qualité d'associé aux deux époux. En principe, la qualité d'associé est attribuée au seul époux apporteur ou cessionnaire, tel que le prévoit le deuxième alinéa de l'article 1832 du Code civil. Toutefois, l'autre époux a la possibilité de notifier à la société sa volonté de devenir lui aussi associé de la société. Dans cette situation, le conjoint « peut s'introduire dans le rapport de droit créé par son conjoint », grâce aux règles du régime matrimonial communautaire[331]. Il peut s'y introduire au moment de l'apport ou postérieurement au moyen de l'action en revendication [332]. Cependant, les époux peuvent utiliser un bien commun pour entrer ensemble et simultanément dans la société[333].

Après s'être intéressé à l'acquisition de la qualité d'associé dans les sociétés dont les titres ne sont pas négociables, il est opportun d'analyser l'acquisition de la qualité d'associé au moyen de biens communs dans les sociétés dont les titres sont négociables.

b.- L'acquisition de la qualité d'associé dans les sociétés aux titres négociables

[330] Civ. 3e, 20 fév. 2002, *Bull. Joly*, 2002, p. 718, §162, note F.-X. Lucas; *JCP E*, 2002, 814, note T. Bonneau.
[331] V. P. LE CANNU, *op. cit*. p. 95.
[332] Le mécanisme de la revendication fera l'objet d'une analyse ultérieure : v. *infra*.
[333] P. LE CANNU, B. DONDERO, *Droit des sociétés*, *op. cit*., p. 73, n°119.

103. La loi du 10 juillet 1982 ne vise pas les sociétés dont les titres sociaux sont négociables. Aucune disposition spéciale ne concerne l'entrée d'un époux dans une telle société. Mais des règles ont pu tout de même être dégagées à partir du droit commun. Selon Madame Francine Mansuy, « les caractères de ces sociétés et l'article 1832-1 du Code civil suffisent cependant à dégager des solutions fiables »[334]. Longtemps les sociétés dans lesquelles, les époux étaient ensemble solidairement et indéfiniment responsables des dettes sociales étaient prohibées. Aujourd'hui une telle restriction quant à la participation des époux dans une société est supprimée. Ainsi les époux peuvent être ensemble associés dans ce type de société sans aucune restriction légale.

104. Les titres sociaux négociables sont les actions des Sociétés par actions (SA), des Sociétés par actions simplifiées (SAS) et des Sociétés en commandite par actions (SCA). Dans ces sociétés, chacun des époux communs en biens peut souscrire ou acquérir des actions avec des biens communs, il bénéficiera alors du statut d'actionnaire. L'époux apporteur pourra employer des biens communs pour acquérir des titres négociables sans avoir à obtenir préalablement le consentement exprès de l'autre époux pour la réalisation d'un tel acte[335]. Parallèlement, le conjoint, qui n'aura pas réalisé l'apport ne pourra pas intégrer la société par le jeu des dispositions du régime matrimonial en exerçant l'action en revendication. Cette action lui est expressément fermée (C.civ., art. 1832-2). L'entrée en société doit donc faire l'objet d'une volonté certaine et initiale, concrétisée par une démarche commune des époux qui utilisent ensemble et de manière concomitante le bien commun pour devenir tous les deux associés au sein de la même société par l'acquisition de titres négociables. Par cet acte, ils ont conscience de participer ensemble à l'exploitation commune d'une même activité.

c.- Conséquences de l'utilisation de biens communs

105. L'utilisation de biens communs ne confère pas automatiquement la qualité d'associé aux deux époux. La qualité d'associé est attribuée à l'époux qui réalise l'acte et dont l'attitude révèle sa volonté d'appartenir à la société avec les conséquences en découlant, ou qui exerce l'action en revendication. Il existe une différence classique dans les régimes matrimoniaux entre le « titre », qui est personnel et la « finance », qui est commune. Lorsqu'un époux

[334] F. MANSUY, *Les relations familiales et le droit des sociétés*, *op. cit*. p. 218.
[335] Excepté l'hypothèse où l'époux réalise un apport en nature portant sur la pleine propriété des biens mentionnés à l'article 1424 du Code civil : ces biens sont 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.

finance l'acquisition de droits sociaux avec des fonds communs, il a seul la qualité d'associé ou d'action naire. Le titre n'est p as lié à la na ture du bien. Seuls le s droits pécuniaires, qualifiés par la doctrine de « finance », attachés aux parts soci ales ou au x actions en trent en communauté[336]. La règle joue à la fois pour les titres sociaux non négociables [337] et les titres sociaux négociables.

106. La distinction est im portante en raison des conséquences pouvant être induites. En adhérant au pacte social, seuls les associés s'engagent à contri buer aux pertes (C.civ., art. 1832 al. 3). Une Cour d'appel a été sanctionnée par la Cour de cassation pour avoir condamné des époux au paiem ent solidaire de la dette so ciale alors que seul l' époux avait la qualité d'associé[338]. La Cour de cassation a reproché à la C our d'appel de ne pas avoir recherché si l'épouse avait également la qualité d'associé de la société civile immobilière. Elle sanctionne la cour d'appel pour défaut de base légale de sa d écision. En l'es pèce, les époux étaient mariés sous le régim e de la communauté et les droits sociaux souscrits par l'un des conjoints en cours d e m ariage étaient des biens com muns. Sauf clause con traire, ch aque associé contribue aux pertes à proportion de sa part dans le capital so cial (C.civ., art. 1844-1). Quand l'associé n'a apporté que son indus trie, la part de sa contributi on aux pertes est égale à celle de l'associé qui a le moins apporté (C.civ., art. 1844-1 in fine).

Dans des hypothèses très lim itées et par fave ur pour le conjoint de l'apporteur ou du cessionnaire, celui-ci peut exceptionnellem ent re vendiquer la qualité d'associé, dans les conditions dégagées par la loi. Jusqu'à ce qu'il exerce l'action en revendication, le conjoint de l'associé n'est pas lui-m ême associé de soci été, il n'est donc véritablem ent considéré ni comme un tiers, ni com me un associé [339]. C'est l'aboutissem ent de l'action en revend ication qui perm et au conjoint de béné ficier de la qualité d 'associé en raison de la finance qu'il détient en fonction des règles issues du régime matrimonial choisi.

B.- La revendication de la qualité d'associé

107. Il se peut que l'un des époux revendique la qualité d' associé, sim ultanément ou postérieurement à l'entrée d e so n conjoint dans la société. La qualité d'as socié lui sera attribuée, à la suite de l' exercice de l'action en revendication. Cette faculté lui est légalement

[336] Civ. 1re, 16 mai 2000, *Dr. Fam*. 2000, Comm. 115, obs. B. Beignier.
[337] Civ. 1re, 9 juillet 1991, *Bull. Civ*. 1991, I, n°232 ; *Defrénois* 1991, p. 1333, note P. Le Cannu.
[338] Civ. 3e, 20 fév. 2002, *JCP E* 2002, 766, note Th. Bonneau.
[339] M. TCHENDJOU, *Le conjoint de l'associé*, *RTDCom*. n°49 (3), juill.-sept. 1996, p. 409.

reconnue en raison du lien juridique qui existe entre eux, le mariage, et grâce à l'emploi d'un bien commun aux deux époux. La revendication n'est ouverte que dans les sociétés dont les parts ne sont pas négociables[340]. Dans les autres cas, le conjoint de l'associé qui a employé un bien commun, ne pourra profiter que des « retombées » en communauté de l'acte, soit des droits pécuniaires liés aux droits sociaux[341]. Par ce moyen, un époux « s'introduit » dans une société, à laquelle appartient l'autre époux ou devient associé simultanément au moment de son apport ou de son acquisition. Les époux participent alors ensemble à l'exploitation d'une même activité dans le cadre d'une société. Une limite existe en ce qui concerne les sociétés civiles professionnelles et se justifie par la particularité de celles-ci. En effet, le conjoint ne peut revendiquer la qualité d'associé s'il n'a pas les qualités requises conformément aux lois et règlements en vigueur pour exercer la profession dans le cadre d'une société civile professionnelle[342] dont son époux est associé ou sur le point de le devenir.

Toutefois, cette introduction n'est pas automatique. Le législateur l'a soumise à certaines conditions : l'obligation de notification et le respect des clauses d'agrément existantes.

a.- Les conditions de l'action en revendication

108. L'action en revendication de la qualité d'associé pour la moitié des parts souscrites ou acquises est possible lorsque plusieurs conditions sont remplies. Tout d'abord le bien initialement apporté ou ayant servi à l'acquisition des parts sociales non négociables par l'un des époux, doit appartenir à la communauté. Lorsque tel est le cas, l'époux apporteur ou acquéreur doit en avertir son conjoint et l'acte doit être justifié, conformément aux dispositions de l'article 1832-2 alinéas 1 du Code civil. Il se trouve ainsi officiellement informé d'une telle démarche. Dès lors, le conjoint averti peut adopter trois attitudes possibles : il revendique immédiatement la qualité d'associé ; il renonce à cette revendication ; il conserve cette faculté de revendiquer qu'il mettra en œuvre ultérieurement.

109. **Revendication lors de l'apport ou de l'acquisition**. Dans le premier cas, l'époux décide de notifier à la société son intention de l'intégrer ou aux associés de participer à la constitution de celle-ci. Alors, l'article 1832-2 alinéas 3 du Code civil dispose que

[340] Conformément au dernier alinéa de l'article 1832-2 du Code civil.
[341] V. *infra* : partie 2, titre 1, chapitre 1.
[342] Seules des personnes physiques répondant aux exigences légales et réglementaires de qualifications professionnelles peuvent être membres des sociétés civiles professionnelles en application de l'article 3 de la loi n°66-879 du 29 novembre 1966.

« l'acceptation ou l'agrément des associés vaut pour les deux ». Les associés acceptent ou refusent le couple. Les époux sont alors considérés ensemble comme une « unité », un tout. Dans cette hypothèse bien précise, le droit des sociétés reconnaît les époux en tant que « couple ». Soit le couple est accepté, soit il est refusé. Mais si l'époux, déjà associé, réalise un nouvel apport ou une nouvelle acquisition de parts sociales en employant un bien commun, ce dernier ne sera pas soumis à agrément. L'agrément pourra être sollicité et obtenu pour le conjoint revendiquant. L'époux associé ne participera pas au vote et ses parts ne seront pas prises en compte pour le calcul du quorum et de la majorité[343].

110. **Revendication postérieure à l' apport ou à l'acquisition** . La loi offre au conjoint la faculté d'exercer l'action en revendication postérieurement à l'apport du bien commun ou l'acquisition de parts sociales non négociables par une finance commune. Le conjoint bénéficie ainsi d'un « délai de réflexion ». Il ne perd pas ses droits sur ce bien employé par l'autre : il peut encore en tirer avantage. En pareille hypothèse, l'entrée différée de l'époux peut être limitée par l'existence de clauses d'agrément prévues à cet effet par les statuts ou par la loi. Ces clauses sont opposables au conjoint conformément aux dispositions de l'article 1832-2 du Code civil alinéa 2. Afin que cette décision soit réservée aux associés, la loi exige que « 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 (C.civ., art. 1832-2 al. 2 *in fine*).

111. **Délai d'action**. La jurisprudence a précisé que le droit de revendiquer la qualité d'associé n'existe que jusqu'à la dissolution de la communauté conjugale, c'est-à-dire jusqu'à ce qu'un jugement de divorce passé en force de chose jugée soit intervenu[344]. Il a été jugé que la revendication des parts sociales non négociables, lorsqu'elle est possible, peut avoir lieu au cours de l'instance en divorce [345]. Mais cette faculté est fermée une fois que le divorce est passé en force de chose jugée car le jugement de divorce produit un effet rétroactif en ce qui concerne les biens des époux. En effet, le divorce entraînant la disparition des effets du mariage, la faculté de revendiquer la qualité d'associé pour la moitié des parts acquises ou souscrites par l'autre époux existe jusqu'à la date à laquelle le jugement de divorce est passé

[343] V. J. BARBOUL, *Les conjoints associés : commentaire des articles 12 et suivants de la loi n°82-596 du 10 juillet 1982 relative aux conjoints d'artisans et de commerçants travaillant dans l'entreprise familiale*, *op. cit*., p. 12.
[344] Com., 18 nov. 1997, *Bull. Joly*, 1er mars 1998, n°3, p. 221, §8 5, note J. DERUPPE ; *Petites Aff*. 1998, n°78, note D. Ponsot ; *Dr. Sociétés* 1998, n°22, obs Th. Bonneau ; *JCP N*, 1998, 789, note S. Rouxel ; *JCP E*, 1998, 517, note D. Vidal ; *D.* 1998, somm. 394, obs. J.-Cl. Hallouin ; *D*. 1999, somm. 238, obs. V. Bremond.
[345] V. not.: Com., 18 nov. 1997, *Bull. Civ*., n°298.

en force de chose jugée[346]. Dans une SARL, tant que la décision de divorce n'est pas définitive, le gérant verra les parts de son conjoint, compter dans le calcul de sa situation majoritaire ou minoritaire. Pourtant, son pouvoir de fait sur la gestion des parts du conjoint, dont il est séparé, a complètement disparu.

112. La réforme du divorce résultant de la n°2004-439 du 26 mai 2004 relative au divorce a modifié la date d'effet du divorce à l'égard des époux en opérant une distinction selon le type de divorce choisi. La date retenue n'est plus celle de l'assignation (C.civ., ancien art. 262-1). Selon l'article 262-1 alinéa 1er du Code civil, lorsqu'il est prononcé par consentement mutuel, le jugement de divorce produit effet, en principe, à la date de l'homologation de la convention réglant l'ensemble des conséquences du divorce, sauf disposition contraire. Dans les trois autres cas de divorce, l'effet aura lieu à la date de l'ordonnance de non-conciliation. Mais, les époux peuvent demander au juge de fixer la date des effets du jugement au moment de la cessation de la cohabitation ou de leur collaboration conformément à l'article 262-1 al. 2 du Code civil. Comme l'a précisé Monsieur le Professeur Jean Derruppé, « la revendication par le conjoint de la qualité d'associé ne modifie pas la qualification patrimoniale des droits sociaux ; ils étaient communs, ils restent des biens communs »[347].

b.- La faculté de renoncer à l'action en revendication

113. Le conjoint peut également décider de renoncer à revendiquer la qualité d'associé. Cette renonciation doit être faite par écrit et communiquée à la société car le silence ne vaut pas renonciation. Quand elle a lieu, la renonciation est définitive. Il n'existe ni droit de repentir, ni droit de rétractation ultérieure[348]. Cette décision étant déterminante, l'époux doit avoir conscience de l'effet d'un tel refus, avant d'opter pour une telle solution. En effet, il ne pourra plus acquérir la qualité d'associé par l'intermédiaire de ce bien utilisé par son époux pour la vie sociale. Il est vrai que l'absence de revendication n'a aucune incidence sur les droits sociaux puisqu'ils restent des biens communs. Le conjoint de l'associé continue à bénéficier de la moitié de la valeur des parts. Cependant, il n'exploitera pas l'activité sociale avec son époux et ne pourra plus prétendre acquérir le titre d'associé. Il s'agit d'une parfaite illustration de la distinction entre le titre et la finance. S'il souhaite de nouveau intégrer la

[346] Com., 18 nov. 1997, 95-16371, *Flaugnatti* c/ *Sté Technibat*, *BJS*, mars 1998, p. 221, note J. Déruppé.
[347] J. DERRUPPÉ, note précitée.
[348] Com., 12 janv. 1992, Bull. Civ. IV, n°9, p. 5 ; *Rev. Sociétés* 1994, p. 55, note J. Honorat ; *JCP N*, 1993. II. 301, note *D. Randoux* ; *Dr. Sociétés* 1993, n°45, note T. Bonneau ; *Bull. Joly* 1993, p. 364, note J. Derruppé ; *D.* 1993, IR 34 ; *JCP E*, 1993, pan., n°288.

société, l'époux renonçant devra effectuer un nouvel apport ou acquérir des parts dans le respect des règles propres à la société ; son entrée sera éventuellement soumise à une clause d'agrément si les statuts en disposent ainsi. En pratique, il est d'usage de faire renoncer les conjoints à exercer ce droit[349] dans un souci de protection du conjoint associé afin de prévenir une éventuelle séparation du couple et sa répercussion sur le bon fonctionnement de la société.

114. En conclusion, le droit à la revendication de la qualité d'associé permet à l'époux d'intégrer une société en raison de l'existence du lien matrimonial, qui peut être limité par l'existence d'une clause d'agrément ou de conditions propres à l'exercice de certaines professions. Mais la seule existence du lien matrimonial ne suffit pas en principe à lui garantir cette attribution. L'époux devient l'associé de son conjoint et bénéficie ainsi du statut de conjoint associé. Cette faculté offerte à l'époux par l'emploi de biens communs avantage ce dernier par rapport au pacsé et au concubin. Il convient de nous intéresser à la question de l'entrée en société de l'époux en droit italien.

II.- La conception italienne de l'entrée en société de l'époux

115. A l'instar du droit français, lorsque les époux sont ensemble associés, leurs rapports sont régis à la fois par le droit des régimes matrimoniaux et par le droit des sociétés. Mais, l'étude comparative révèle que seul le législateur français a tenté d'organiser juridiquement la société entre époux. Ces normes vivement critiquées résultant de la loi n°82-596 du 10 juillet 1982 sont le résultat d'une tentative de conciliation des règles civilistes et sociétaires. Cette harmonisation s'est avérée délicate, pour autant, le législateur français a le mérite de s'y être aventuré. A l'heure actuelle, le législateur italien n'est toujours pas intervenu pour réglementer la société entre époux : aucune norme du droit des sociétés [350] ne réglemente

[349] Com., 12 janv. 1993, *Bull. civ.*, n°9.

[350] Le droit italien des sociétés a subi récemment une « importante réforme depuis l'élaboration du Code civil de 1942 » (V. notamment A.-M. GAILLET, *Le nouveau droit des sociétés de capitaux en Italie,* JCP E., 5 fév. 2004, n°6, p. 214.) par l'adoption des décrets n°5 et n°6 du 17 janvier 2003, entrés en vigueur au 1er janvier 2004. Cette réforme est née de la volonté de « rendre plus flexible l'organisation des entreprises en fonction de leur dimension, de favoriser leur financement (par la multiplication des « instruments financiers » à offrir aux épargnants), de faire face à la concurrence des législations étrangères dans un « marché globalisé », enfin de compte en ayant recours à la copie, pour les sociétés anonymes, de solutions expérimentées à l'étranger ». Cette tâche a été confiée au gouvernement par le pouvoir législatif suite à la loi de délégation n°366 du 3 octobre 2001 qui a fixé différents objectifs dont la nécessité « d'adapter le droit des sociétés à la réalité économique, améliorer la compétitivité des entreprises et assouplir un cadre législatif trop contraignant » (V. A.-M. GAILLET, *op. cit.*, p. 214 : selon l'auteur, la réforme anticipe et « s'inscrit parfaitement dans le cadre et dans l'esprit du plan d'action de modernisation du droit des sociétés présenté par la Commission européenne qui vise à promouvoir

spécialement la société entre époux. Le législateur n'a pas réalisé cet exercice dont le délicat rôle revient aux tribunaux à l'aide de nombreux travaux doctrinaux. Selon une partie de la doctrine, cette intervention législative n'a pas lieu pour ne pas affirmer la primauté d'une branche du droit sur l'autre. Toutefois, si aucune loi n'autorise expressément la constitution d'une société entre époux, aucune loi ne l'interdit. La recherche de solutions s'inscrit dans le respect du patrimoine familial.

116. En Italie, la constitution d'une société entre époux est un phénomène assez répandu[351]. Généralement, l'entreprise concernée est de petite taille, voire de taille moyenne. Elle est exploitée très fréquemment sous forme de Société à responsabilité limitée [SRL]. La jurisprudence et la doctrine admettent la constitution d'une société entre époux dans des cas limités. Pour certains auteurs, il n'est pas envisageable d'appliquer le droit commercial pour la gestion de l'entreprise et le droit des régimes matrimoniaux pour l'administration des biens servant à l'exercice de l'activité entreprise. La conciliation de ces deux droits est indispensable. En raison des modifications de pouvoirs apportées par la célébration du mariage, il est utile d'opérer une distinction selon le type de régime matrimonial choisi par les époux. Dans l'hypothèse de la célébration du mariage, les pouvoirs des époux sur leur bien vont être modifiés en fonction du régime matrimonial choisi. Les parts sociales acquises avant le mariage par l'un des époux restent propres et seul l'époux titulaire de ses parts sociales a la qualité d'associé.

A.- Le régime de séparation de biens

117. La participation de deux conjoints à la même société est possible lorsque ceux-ci sont soumis au régime de séparation des biens : l'époux utilise un bien personnel pour devenir associé. Selon les dispositions de l'article 215 du Code civil, les conjoints peuvent convenir de rester titulaire exclusif des biens acquis par chacun d'eux durant le mariage. Chaque époux peut prouver la propriété exclusive sur ces biens par tous moyens (C.civ., art. 219 al. 1). L'article 217 du même Code reconnaît à chacun des époux la libre jouissance et administration de ses biens propres. Chaque époux peut donc utiliser ses biens propres pour entrer en société. En conséquence, la qualité d'associé est acquise de manière autonome et indépendante par l'époux apporteur conformément aux exigences du droit des sociétés. Il

l'efficacité et la compétitivité des entreprises ».). Cette réforme concerne le droit des sociétés de capitaux en général et n'a pas véritablement d'incidence sur la situation de la société constituée entre époux.

[351] Sur ce point, S. POLI et A. VANCINI, *La scelta del tipo di società tra coniugi (e familiari) tra fisiologia e patologia della società e della famiglia*, *Famiglia* 2005.

n'existe pas de conflit entre les règles du régime matrimonial et celles du droit des sociétés. Le titre et la finance se confondent.

B.- L'hypothèse de la communauté de biens

La question s'avère délicate lorsque le régime matrimonial des époux est un régime de communauté de biens [*Communione*] (C.civ., art. 159). Comme en droit français, ce régime est composé de trois masses distinctes : les propres appartenant à chacun des époux et la masse commune.

118. Lorsqu'un seul époux réalise l'apport à l'aide de ses biens personnels, la situation n'implique pas de problème quant au titre et à l'attribution des droits sociaux. Il bénéficie seul de la qualité d'associé et les droits sociaux lui sont propres. L'époux peut-il utiliser des biens communs pour entrer en société ? Dans l'affirmative, qu'en est-il lorsque le bien utilisé est un bien commun ? La loi italienne n'apporte pas de réponse précise. A la différence de son homologue français, le législateur n'a pas prévu le cas où un époux apporte un bien issu de la communauté pour la constitution d'un capital social ou l'utilise pour en acquérir une partie.

Selon Monsieur le Professeur Carlo Rimini, « les normes qui délimitent l'objet de la communauté des biens (C.civ., art. 177 à 179), ne concernent pas expressément le problème de l'acquisition par l'un ou les deux conjoints d'une participation sociale »[352]. Il existe à ce sujet une lacune de la loi.

119. Pour élaborer une solution, la doctrine s'est intéressée à la conception du couple d'époux au regard du droit des sociétés. Le couple d'époux doit-il être accepté comme « un tout » sous le prisme du droit des sociétés ou chaque membre doit-il être perçu individuellement? La majorité de la doctrine italienne considère que le couple ne constitue pas une entité autonome au regard du droit des sociétés. Chaque époux doit être considéré séparément.

120. Une distinction doit être opérée entre les sociétés de capitaux et les sociétés de personnes. La loi italienne n'envisage pas expressément la situation relative à l'acquisition de parts sociales par les conjoints soumis au régime de communauté de biens. Les règles ayant pour objet la communauté de biens sont contenues aux articles 177 à 179 du Code civil italien. Or l'acquisition de parts sociales peut constituer un élément important du patrimoine

[352] C. RIMINI, *Comunione legale fra coniugi e participazioni sociali*, *Famiglia 2005*, I, p. 673.

familial. Monsieur le Professeur Carlo Rimini[353] propose plusieurs solutions. Dans une société de capitaux, si un conjoint acquiert une participation sociale en vertu de laquelle il n'a pas le contrôle de la société, cette participation tombe dans la communauté « immédiate ». Si l'acquisition de cette participation sociale lui fait acquérir le contrôle de la société, l'acquisition reste personnelle mais la valeur de la participation tombe dans la communauté différée au cas où l'acquisition a eu lieu au moyen de l'emploi de fruits ou des revenus du conjoint acquéreur [proventi del coniuge acquirente]. Comme en droit français, le droit italien distingue également le titre et la finance. Dans l'hypothèse d'une société de personnes à laquelle seul l'un des conjoints appartient, la valeur (si la participation sociale est acquise après le mariage) ou les accroissements (si elle est acquise avant le mariage) tombe dans la communauté différée. Si les deux conjoints appartiennent ensemble à la même société dont l'un des deux acquiert des parts sociales, sa participation tombe en communauté immédiate si l'acquisition a lieu après le mariage. Cependant, si l'acquisition a lieu avant le mariage, la communauté bénéficie seulement des bénéfices et des plus-values qui naissent pendant le mariage. En d'autres termes, le droit italien distingue le titre et la finance mais également les parts sociales et les fruits produits par leur possession.

121. Aujourd'hui, le mariage ne constitue plus l'unique moyen d'organiser la vie privée du couple. Tout comme l'époux, le pacsé ou le concubin du dirigeant d'une société peut bénéficier du statut d'associé. A la différence du mariage, l'absence de régime matrimonial dans ces formes de conjugalité, que ce soit en droit français ou en droit italien, facilite l'application des règles propres au droit des sociétés. Cependant, la concurrence de différentes formes de couples ne peut ignorer la question de la conjonction de la vie privée du chef d'entreprise et de sa vie de couple. Quelle sera alors la place accordée par le droit commercial et plus précisément le droit des sociétés aux unions hors mariage en cas de collaboration professionnelle dans le cadre d'une société ? Selon Madame le Professeur Françoise Dekeuwer-Defossez, « plus que de chercher une grille de transposition générale », des solutions aux problèmes posés par l'entrée en société des époux, « il faut probablement dégager des critères partiels permettant de traiter les diverses unions en fonction de la nature des problèmes posés »[354].

[353] C. RIMINI, *Comunione legale fra coniugi e partecipazioni sociali*, *op. cit.*, p. 673.
[354] V. F. DEKEUWER-DEFOSSEZ, « Le droit commercial face à la concurrence entre les formes de couples », in *Mélanges Sérrat*, 2006 p. 130.

Sous-section 2 : L'hypothèse du pacsé et du concubin

Les droits français et italien ne prévoient pas d'aménagement particulier de la situation du pacsé ou du concubin dans la société. Chacun peut bénéficier du statut d'associé en remplissant les conditions prévues par le droit commun. Madame le Professeur Françoise Dekeuwer-Defossez souligne le fait que le « droit du Code de commerce », « adopte une attitude en retrait par rapport à d'autres disciplines juridiques » relativement à la considération des couples de concubins ou de pacsés [355]. Selon l'auteur, « il n'y a donc aucune tendance à l'application du droit des époux aux autres sortes de couples. En revanche, il se pourrait que le non-droit des couples non-mariés tende à se voir appliqué aux époux. ». La concurrence de différentes formes de couples ne peut laisser indifférente la question de la conjonction de la vie privée du chef d'entreprise et de sa vie professionnelle. Après avoir étudié la situation de l'époux du chef d'entreprise au regard du droit des sociétés, il est intéressant de se consacrer désormais à la place accordée par ce même droit au pacsé et au concubin dans les systèmes juridiques français et italien afin de déterminer les conditions nécessaires à l'attribution de la qualité d'associé au pacsé ou au concubin.

I.- La situation du Pacsé

122. L'Italie ne connaissant pas de forme de partenariat enregistré, le droit italien doit être écarté dans cette étude qui intéresse exclusivement le droit français. En France, la réforme du PACS opérée par la loi n°2006-728 du 26 juin 2006 [356] a rapproché le statut de partenaire de celui d'époux. Toutefois, aucune disposition législative ne confère au partenaire de l'associé de droits spécifiques semblables à ceux du conjoint[357].

A.- L'absence de dispositions particulières en droit des sociétés

123. Les pacsés, qui décident d'exploiter ensemble et sur un pied d'égalité une même activité dans le cadre d'une société, peuvent être ensemble associés. Rien ne s'oppose à ce

[355] V. F. DEKEUWER-DEFOSSEZ, « Le droit commercial face à la concurrence entre les formes de couples », *op. cit*, p. 127.
[356] Les décrets n°2006-1806 et n°2006-1807 du 23 décembre 2006, publiés au JO du 31 décembre 2006, complètent la réforme du PACS. Le premier est relatif à la déclaration, la modification, la dissolution et la publicité du pacte civil de solidarité alors que le second concerne l'enregistrement, la conservation et le traitement des données à caractère personnel relatives à la formation, la modification et la dissolution de ce pacte.
[357] V. C. MALECKI, *Conjoints, pacsés : que reste-t-il de leurs différences en droit des sociétés après la loi n°2006-728 du 23 juin 2006 ?*, *JCP E* 2006, 2409.

que le pacsé d'un dirigeant de société devienne son associé. La société peut être exploitée par les seuls pacsés ou avec des tiers et l'objet social peut être civil ou commercial. Toutefois, au regard du droit des sociétés, il n'existe pas d'aménagement en fonction de leur partenariat civil[358]. Le PACS ne crée pas entre eux un « état conjugal »[359]. Les pacsés n'ont pas de statut propre en droit des sociétés : ils seront traités l'un par rapport à l'autre comme des tiers.

124. N'étant pas assimilés aux époux au regard du droit des sociétés, le pacsé ne peut pas exercer l'action en revendication visée à l'article 1832-2 du Code civil, dont l'application est réservée aux seuls époux employant des biens communs. Ainsi, un pacsé ne peut pas s'introduire dans une société dont les titres ne sont pas négociables par « ricochet » comme le ferait un époux grâce à l'action en revendication en raison de l'absence de régime matrimonial. D'un point de vue général, le droit des sociétés ignore le PACS, ce qui a de nombreuses conséquences en pratique, puisque par exemple, les conventions interdites propres aux dirigeants et applicables à leur conjoint ne concernent pas les pacsés en l'absence de précision légales en ce sens.

Comme pour toute personne manifestant sa volonté de devenir associé, le pacsé doit donc respecter les conditions de droit commun pour entrer en société.

B.- Les conditions de droit commun applicables aux pacsés

125. Pour être associés au sein d'une même société, les pacsés doivent donc remplir les conditions prévues par le droit commun édictées à l'article 1832-1 du Code civil. Ces conditions sont la réalisation d'un apport, la manifestation de l'*affectio societatis*, ainsi que le partage des bénéfices et la contribution aux pertes éventuelles pouvant en résulter. L'attribution de la qualité d'associé dépend de l'apport réalisé ou des modalités d'acquisition des droits sociaux. Il y a lieu de distinguer les périodes antérieures et postérieures à l'entrée en vigueur de la réforme du PACS intervenue suite à l'adoption de la loi n°2006-728 du 23

[358] A la différence du mariage, le PACS n'est pas une institution, il est un « contrat d'union civile » contenant des éléments d'ordre personnel : J.-M. COQUEMA, C. BARTHELET, *106e Congrès des notaires de France Couples, patrimoine : les défis de la vie à 2. Analyse comparée de la nature juridique du mariage, du PACS et du concubinage*, *op. cit.*, p. 22.

[359] J.-M. COQUEMA, C. BARTHELET, *106e Congrès des notaires de France Couples, patrimoine : les défis de la vie à 2. Analyse comparée de la nature juridique du mariage, du PACS et du concubinage*, *op. cit.*, p. 22, §. 21.

juin 2006 [360] portant réforme des successions et des libéralités, quant à l'attribution de la qualité d'associé.

1.- L'attribution de la qualité d'associé avant la loi du 23 juin 2006

126. Sous l'effet de l'ancienne loi relative au PACS [361], dès lors que le bien apporté à une société par un pacsé entrait dans la présomption d'indivision de l'article 515-5 du Code civil, les parts sociales ou actions reçues en contrepartie de cet apport étaient présumées indivises par moitié conférant ainsi la qualité d'associé ou d'actionnaire à l'autre pacsé. Lorsque l'entrée en société n'était pas soumise à l'agrément, chaque indivisaire se voyait attribuer la qualité d'associé, le titre et la finance n'étant alors pas dissociés. Dans cette hypothèse, l'exercice du droit de vote était réalisé selon les dispositions de l'ancien article 1844, al 2 du Code civil. Les indivisaires étaient représentés par un mandataire unique désigné parmi eux ou hors d'eux. Celui-ci était désigné conjointement par les intéressés ou en justice en cas de désaccord. Les parts sociales ou actions étant des biens, ils peuvent être l'objet d'une copropriété comme tous les autres biens. L'indivision n'ayant pas la personnalité morale, tous les deux indivisaires se voyaient attribuer la qualité d'associé.

Pour faire tomber cette présomption d'indivision, le pacsé souhaitant intégrer une société devait prendre une précaution particulière en faisant mentionner dans l'acte de disposition, que l'apport était réalisé au moyen de biens personnels en rémunération duquel les parts sociales ou actions lui appartenaient personnellement et intégraient ainsi son patrimoine propre. Selon Madame le Professeur Rubellin-Devichi « en l'absence de disposition contraire dans l'acte […], il y aurait une indivision universelle à l'instar de la communauté universelle ». Cependant, la voie de l'action en revendication offerte à l'époux pour intégrer une société à laquelle appartient son conjoint, n'est pas ouverte aux couples de pacsés. L'indivision ne distingue pas le titre et la finance comme en matière de communauté.

2.- L'attribution de la qualité d'associé après la loi du 23 juin 2006

127. Le nouveau régime des biens instauré depuis la réforme offre aux pacsés le choix d'opter pour le régime légal de séparation des biens assorti d'une présomption d'indivision à défaut de preuve contraire (C.civ., art. 515-5) ou pour un régime conventionnel d'indivision

[360] *JO* 24 juin 2006 ; cette loi est entrée en vigueur au Premier janvier 2007.
[361] V. L. BURTIN, *Le pacte de solidarité et l'entreprise*, *Dr. et patrimoine* 2000, n°81, p. 81 ; H. HOVASSE, PACS et sociétés, Acte pratiques janv. Fév. 2001, p.6 ; D. VELARDOCCHIO, *Le PACS et le droit des sociétés : une liaison dangereuse…*, *RLDA*., avr. 2000 p. 5.

des acquêts (C.civ., art. 515-5-1 et -2). Dans ce régime, sont exclus les biens personnels par nature et s'appliquent les règles de gestion de l'indivision. La présomption de pouvoir reconnu à chacun des pacsés sur ses biens personnels est « empruntée » au régime primaire des époux. La rédaction de la disposition légale est différente mais sa portée est similaire[362].

128. **Le régime légal de séparation des biens assorti d'une présomption d'indivision.** Chacun des pacsés, qui souhaite entrer en société, peut apporter un bien personnel, lui permettant de bénéficier en contrepartie de la qualité d'associé : il exercera seul les prérogatives qui s'y rattachent. Par conséquent, il pourra librement en disposer, sans que l'autre pacsé puisse s'y opposer. Il lui suffit de prouver par tout moyen sa propriété exclusive. La présomption d'indivision est écartée devant la preuve de la propriété exclusive du bien de l'un des pacsés (C.civ., art. 515-5 al. 2). Selon Monsieur Michel STORCK, « l'attribution de la qualité d'associé au pacsé n'est plus dictée par le régime des biens indivis »[363], comme cela pouvait être le cas avant la réforme de 2006 modifiant le régime patrimonial des pacsés.

129. **Le régime conventionnel d'indivision**. Les pacsés peuvent choisir dans la convention initiale ou dans une convention modificative de soumettre au régime de l'indivision les biens qu'ils acquièrent ensemble ou séparément, à compter de l'enregistrement de ces conventions. Ces biens sont alors réputés indivis par moitié, sans recours de l'un des partenaires contre l'autre au titre d'une contribution inégale (C.civ., art. 515-5-1). En pareille hypothèse, les titres sociaux acquis au cours du PACS par l'un des pacsés constituent des acquêts et tombent dans l'indivision, même s'ils sont acquis au moyen de biens personnels. La loi prévoit un tempérament lorsque ces biens sont acquis au moyen de deniers appartenant à un partenaire antérieurement à l'enregistrement de la convention initiale ou modificative aux termes de laquelle ce régime a été choisi (C.civ., art. 515-5-2). Chacun des pacsés bénéficiera de la qualité d'associé en raison de sa qualité d'indivisaire[364]. Parallèlement, rien n'empêche deux pacsés d'apporter ensemble un bien, dont ils sont copropriétaires. En pareille hypothèse, les règles de l'indivision conventionnelle (C.civ., art. 1873-1 et s.) viendront cohabiter avec les règles du droit des sociétés et les pacsés se trouveront placés dans la situation antérieure à la réforme de 2006. Chacun des pacsés aura la qualité d'associé en sa qualité de cotitulaire du titre social.

[362] V. P. SIMMLER et P. HILT, *Le PACS, un mariage bis ?*, *JCP G* 2006, n°30, p. 1495.
[363] M. STORCK, « Droits sur l'entreprise du partenaire », in *PACS : derniers textes*, *AJ Famille*, n°1/2007, p. 19.
[364] V. M. COZIAN, A. VIANDIER, F. DEBOISSY, *Droit des sociétés*, *op. cit.*, p. 172, §. 352.

130. Des difficultés peuvent naître dans l'hypothèse où l'acquisition de la qualité d'associé est liée à la personne de l'acquéreur. Lorsque les statuts stipulent un agrément pour l'entrée d'un nouvel associé, le PACS doit-il être pris en compte pour apprécier l'entrée du pacsé ? Aucune disposition spéciale du droit des sociétés n'impose au pacsé de révéler à la société l'existence du Pacs. La mesure de publicité exigée par la loi se fait en marge de l'acte de naissance, sur lequel est mentionnée l'existence d'un PACS avec indication de l'identité de l'autre pacsé (C.civ., art. 515-3-1). Le Pacs est opposable à l'égard des tiers à compter du jour où les formalités de publicité sont accomplies (C.civ., art. 515-3-1 al. 1). Lorsque le pacsé apporte un bien personnel, la seule obligation qui le « pousse » à révéler l'existence d'un PACS entre associés est l'obligation de loyauté qui existe dans les relations d'affaire. Le Pacsé est assimilé à un tiers en ce qui concerne les clauses d'agrément à moins que les statuts y dérogent dans les limites de la loi. Lorsque les titres sociaux acquis tombent en communauté, deux solutions sont envisageables. La première consiste à faire application de l'article 515-5-2 du Code civil qui dispose que les biens à caractère personnel restent la propriété de chaque partenaire. La seconde solution est similaire à celle existante entre les époux dans le cadre d'un régime de communauté qui prévoit la distinction entre le titre et le finance lorsque le bien apporté est un bien commun. Les auteurs préconisent l'application de la distinction classique entre le titre et la finance, par laquelle, seul l'acquéreur se voit reconnaître le titre d'associé tandis que la finance serait considérée indivise[365].

C.- Les dérogations conventionnelles

131. Si la loi ne permet pas d'aligner le statut du partenaire de l'associé sur celui du conjoint de l'associé, les parties peuvent y parvenir conventionnellement de manière ponctuelle. Un tel résultat peut être obtenu par l'aménagement des statuts qui sont le fruit d'un accord de volontés devant respecter certaines règles d'ordre public. Des aménagements sont possibles dans différentes hypothèses. Ainsi, la situation de pacsés peut être alignée sur celle des époux en ce qui concerne la transmission d'actions par voie successorale ou par cession en soumettant cette opération à l'agrément. Les statuts d'une société à responsabilité limitée (S.A.R.L.), d'une société par actions simplifiée (S.A.S.) ou d'une société civile pourraient aligner la situation d'un partenaire sur celle d'un conjoint dans l'application de clauses d'agrément. Cependant, cet aménagement conventionnel reste limité en raison de certaines dispositions impératives du droit des sociétés.

[365] V. M. COZIAN, A. VIANDIER, F. DEBOISSY, *Droit des sociétés*, *op. cit.*, p. 172, §. 352.

II.- Le concubin en droit français et italien

132. Le concubin est considéré comme un tiers. Il n'existe aucun régime matrimonial venant « entraver » l'application des dispositions propres au droit des sociétés. Les concubins peuvent ensemble ou avec d'autres constituer une société. Il leur sera alors appliqué les dispositions du droit des sociétés en fonction de la forme sociale choisie. Seules les règles de l'indivision peuvent venir coexister avec les dispositions commerciales. En l'absence de régime matrimonial propre au concubinage, les biens acquis avant et durant le concubinage sont présumés être des biens propres, à moins qu'il n'en soit disposé autrement dans le cadre d'une convention.

133. **Apport d'un bien propre**. Si un concubin décide d'apporter un bien propre en société ou d'acquérir des droits sociaux à l'aide de deniers personnels, la situation de l'autre concubin ne s'en trouve pas affectée. Celui-ci ne bénéficie d'aucun droit sur les titres ainsi acquis. La qualité d'associé ou d'actionnaire est attribuée à l'apporteur ou au cessionnaire, qui détiendra à la fois le titre et la finance.

134. **Apport d'un bien indivis** . Lorsque deux concubins décident d'apporter ensemble un bien dont ils sont tous les deux propriétaires, alors s'appliqueront les règles relatives à l'indivision. La situation est donc similaire à celle rencontrée en matière de PACS lorsque les pacsés décident d'apporter un bien dont ils sont copropriétaires . Les concubins seront traités comme deux indivisaires [366], dans les deux systèmes juridiques, conformément aux articles 815 et suivants du Code civil français et aux articles 1100 et suivants du Code civil italien. Il existera alors une concurrence de pouvoirs sur le même bien apporté à la société. Chacun des concubins bénéficiera de la qualité d'associé[367] en raison de l'absence de personnalité morale de l'indivision, mais, les prérogatives afférentes seront, en principe, indivisibles [368]. A défaut de stipulations statutaires contraires, les concubins indivisaires devront désigner un mandataire unique chargé de les représenter et de prendre part au vote en assemblée. Soit l'un

[366] Entre époux, les règles relatives à l'indivision s'appliquent, en cas de dissolution de la communauté de biens lorsque les époux ont apporté un bien commun.
[367] Civ., 6 fév. 1980, n° 78-12.513, *Rev. Soc.* 1980, p. 521, note A. VIANDIER ; il se produira alors un « dédoublement » de la qualité d'associé, v. M. COZIAN, A. VIANDIER, F. DEBOISSY, *Droit des sociétés*, *op. cit.*, p. 325.
[368] Toutefois, chacun conservera un droit individuel à l'information à l'encontre de la société et les mesures conservatoires peuvent être exercées individuellement : M. COZIAN, A. VIANDIER, F. DEBOISSY, *Droit des sociétés*, *op. cit.*, v. p. 167, §. 340 et p. 325.

des concubins, désigné par l'autre, investit ce rôle, soit ils désignent un tiers [369]. A défaut d'accord, le représentant sera désigné en justice à la demande du plus diligent (C.civ., art. 1844 al. 2 in fine). En droit italien, des indivisaires peuvent souhaiter désigner un administrateur [Amministratore] chargé d'assurer l'administration ordinaire pour le bon fonctionnement de l'indivision [370]. Ce mandataire peut être désigné parmi eux ou hors d'eux. Il pourra les représenter au cours d'une assemblée générale (C.civ., art. 1844 al. 2).

135. Ni le droit français, ni le droit italien ne réserve un sort particulier au concubin. Le droit des sociétés ne lui accorde aucune considération particulière. En droit français, un concubin ne peut profiter de la qualité d'associé de son concubin pour s'introduire dans la société comme le ferait l'époux. En droit italien, la situation des concubins ne pose pas de problème relativement à la conciliation de dispositions civilistes avec celles du droit commun des sociétés. L'absence de statut juridique des concubins facilite le traitement de leur sort. Cependant, une telle indifférence implique nécessairement que la vie familiale n'est pas prise en considération et qu'aucune disposition légale ne soit prévue pour protéger leur patrimoine. Il leur appartient de s'organiser selon les différentes techniques offertes par la loi et notamment par des aménagements conventionnels de leur situation.

Si l'époux, le pacsé et le concubin peuvent bénéficier de la qualité d'associé *de jure*, ce titre peut leur être attribué *de facto*.

Section 3 : L'attribution *de facto* de la qualité d'associé

136. La qualité d'associé *de facto* est attribuée à tout associé d'une société non immatriculée[371] fonctionnant comme si elle était une personne morale [372]. Indépendamment de

---

[369] Com., 16 novembre 2004, 01-10666, *Rev. Soc.* 2005, p. 650, note B. Dondero : hypothèse du mandat de représentation confié tacitement à l'un des co-indivisaires, la Cour de cassation a précisé que : « si un co-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 ». La Cour de cassation a reconnu la validité du mandat tacite de représentation de l'un des indivisaires au cours d'une assemblée générale extraordinaire.

[370] C.civ., art. 1106.

[371] Il a été jugé qu'une société en formation peut dégénérer en une société créée de fait entre les fondateurs, lorsque les actes réalisés au cours de la formation apparaissent excessifs et dépassent les simples actes nécessaires à sa constitution alors que les trois éléments constitutifs du contrat de société sont réunis. D. VIDAL, Droit des sociétés, 6e éd., LGDJ, 2008, p. 424, §. 836 ; Com., 7 déc. 1981, juris-data n°1981-799382, D. 1982, IR, 134, *Rev. Sociétés* 1982, p. 856 note F. Dekeuwer-Défossez. Com., 26 oct. 1981, *Rev. Sociétés* 1982, p. 852 ; Paris, 2 déc. 1982, *Rev. Sociétés* 83.325, note Sortais ; Com. 14 juin 1983, *Rev. Sociétés* 1984.337, note Gallet, *D.* 1985. 125, note Chartier, *RTD Com*. 1985. 319.

la société en formation[373], il existe deux types de société dépourvue de personnalité juridique : il s'agit de la société en participation[374] et de la société créée de fait[375], avec un cas particulier pour l'Italie, celui de la société simple [Società simplice]. Par conséquent, ces sociétés n'ont pas de patrimoine propre et ne bénéficient d'aucun actif social. Ces sociétés ne peuvent souscrire aucun engagement personnel. Ainsi la société ne peut ester en justice, ni être défenderesse à une action et ne peut bénéficier d'une procédure collective en cas de difficultés financières. En résumé, ces sociétés ne bénéficient pas d'élément d'identification et d'attribut. Non soumises à publicité, elles ne sont pas immatriculées (C.civ., art. 1871 alinéa 1). Ces sociétés ne peuvent participer en tant que telle à la vie juridique et n'existent que dans les rapports entre associés.

137. La société en participation, dans laquelle s'inscrit la collaboration du couple, est régie par les articles 1871 et suivants du Code civil français. Cette société peut être civile[376] ou commerciale, et ses associés peuvent être des personnes physiques ou morales. Elle n'existe, en principe, que dans les rapports entre ses membres. Selon la métaphore utilisée par Messieurs les Professeurs Cozian et Viandier, « la société en participation est à la société immatriculée ce que le concubinage est au mariage »[377]. Son exercice peut être occulte ou ostensible[378]. Dans le premier cas, les associés ne révèlent pas son existence aux tiers, qui n'ont connaissance que du gérant. Le caractère occulte[379] est voulu et décidé par les associés. Le gérant agira à l'égard des tiers en son nom personnel et engagera ainsi sa responsabilité personnelle, mais les associés conserveront un droit de contrôle sur son activité. Il sera seul tenu des actes passés. La révélation n'a lieu, en France, qu'à l'égard du fisc pour expliquer

---

Pour un exemple plus récent, v. Com. 26 mais 2009, n°08-13.891, FD, L. c/ Caisse régionale de crédit maritime du Morbihan et de Loire Atlantique, Juris-data n°2009-048376, *JCP E*, n° 9-10, 4 mars 2010, p. 28 : en l'espèce, la société concernée était une société en nom collectif.

[372] Nous écartons volontairement ici l'hypothèse d'une société annulée.

[373] En droit français, selon les dispositions de l'article 1842 al. 2 du Code civil, « jusqu'à immatriculation, les rapports entre les associés sont régis par le contrat de société et par les principes généraux du droit applicable aux contrats et aux obligations ».

[374] Selon les dispositions de l'article 1842 al. 2, « les sociétés autres que les sociétés en participation visées au chapitre III jouissent de la personnalité morale à compter de leur immatriculation ».

[375] La société créée sera ultérieurement étudiée : v. *infra* : partie 1, titre 1, chapitre 2 et partie 2, titre 2, chapitre 2.

[376] Tel est le cas lorsqu'elle est constituée entre agriculteurs ou entre professionnels libéraux, V. M. COZIAN, A. VIANDIER, F. DEBOISSY, *Droit des sociétés*, *op. cit*., p. 550, §. 1232.

[377] M. COZIAN, A. VIANDIER, F. DEBOISSY, *Droit des sociétés*, *op. cit., p. 550, §. 1233.*

[378] *Selon une réponse ministérielle en date du 5 novembre 1981, JO* déb. Sénat, p. 2441, la société en participation « demeure fondamentalement un contrat qui n'a pas à être révélé aux tiers », « sa révélation ne paraît pas emporter de sanction spécifique ».

[379] Cependant, les professions libérales réglementées ne peuvent pas s'organiser dans le cadre d'une société en participation occulte en raison de l'obligation de publicité qui leur incombe selon les conditions fixées par décret pour chaque profession. Art. 22, L. 31 déc. 1990.

certains mouvements de fonds et bénéficier de l'imposition des sociétés. Cette révélation aux services fiscaux n'a pas pour effet de faire perdre le caractère occulte de l'organisation. Dans le second cas, les associés peuvent choisir de révéler l'existence de la société soit lors de sa création, soit au cours de la vie sociale. Sa révélation peut être totale ou partielle. Quand elle a lieu, chaque participant connu des tiers pourra voir sa responsabilité engagée pour les actes accomplis en cette qualité, de manière solidaire, s'il s'agit d'une société commerciale, sans solidarité dans les autres cas (C.civ. art. 1872-1 al. 2). Les époux, les pacsés et les concubins peuvent en être membres dans tous les cas. Lorsqu'elle est constituée, elle confère la qualité d'associé *de facto* à ses membres.

La constitution d'une société en participation est guidée par la liberté contractuelle qu'elle offre[380]. Les associés sont ainsi libres de déterminer son objet, son fonctionnement et les conditions qu'ils souhaitent lui appliquer.

I.- Le régime juridique de la société en participation

En raison des différences substantielles existantes en droit français et italien, il convient d'analyser séparément le régime juridique de la société en participation [società di fatto].

A.- En France

138. La société en participation peut avoir un caractère civil ou un caractère commercial. En principe, lorsque la société a un caractère civil, les rapports entre les associés sont organisés conformément aux règles applicables aux sociétés civiles et inversement, lorsque la société a un caractère commercial, ces rapports doivent être conformes aux dispositions applicables aux sociétés en nom collectif. Au regard des conditions de fond, elle doit être constituée sur la base d'un contrat réunissant tous les éléments du contrat de société : les apports, *l'affectio societatis*, la volonté de partager les bénéfices et de contribuer aux pertes. Sa réalisation n'a pas à être matérialisée dans un écrit. L'*affectio societatis* doit être caractérisé au moment de la constitution de la société et au cours de la vie sociale : les associés, auxquels appartiennent les membres d'un couple ont conscience de participer sur un pied d'égalité à une activité commune. Pour fonctionner, chaque associé doit réaliser un apport en nature, en numéraire ou en industrie. L'époux, le pacsé ou le concubin peut

[380] D. VIDAL, *Droit des sociétés*, *LGDJ* 6e éd., 2008, p. 418, §. 822.

librement apporter son industrie, tel que son savoir faire ou son activité professionnelle afin de recevoir en contrepartie une participation sociale. La société n'ayant pas de patrimoine juridique, chaque associé reste en principe propriétaire des biens qu'il place à la disposition de la société, à moins qu'il n'en soit disposé autrement et qu'il en soit décidé, soit dans les statuts, soit par convention séparée, de mettre en indivision[381] l'ensemble des apports ou une partie d'entre eux. Les règles de l'indivision s'appliqueront alors pour les biens réputés indivis soit parce qu'ils l'étaient avant d'être apportés, soit qu'ils le sont devenus au cours de la vie sociale.

139. Dans une décision rendue le 29 janvier 2008, la Chambre commerciale de la Cour de cassation rappelle les conditions de preuve d'une société en participation. En l'espèce, la Cour d'appel a été censurée par la Cour de cassation au visa des articles 1832 et 1871 du Code civil pour ne pas avoir considéré qu'en l'absence de signature du projet de contrat de société en participation adressé par une société d'exploitation théâtrale à une société d'exploitation d'art cinématographique, il résultait du comportement de cette dernière, une volonté certaine de collaborer de façon active et intéressée à l'entreprise commune de coproduction du spectacle de manière à constituer avec elle une société en participation, pour laquelle elle se serait engagée à contribuer aux pertes pour moitié. En l'absence de documents prouvant la constitution de la société, comme dans le cas d'espèce, les juges du fond déduisent l'existence de la société en participation à partir de l'attitude des intéressés, révélant la réunion des éléments essentiels au contrat de société. C'est cette démarche, qui sera respectée lorsque les juges du fond dans leur pouvoir souverain d'appréciation auront à rechercher l'existence d'une société en participation entre époux ou entre concubins, voir entre pacsé pour le cas de la France.

B.- En Italie

140. La société en participation est désignée sous la dénomination de *Societa di fatto*. Ainsi la société de fait [Società di fatto] italienne recouvre à la fois notre société créée de fait et la société en participation. La loi italienne ne distingue pas là où la loi française accorde encore une distinction. Toutefois, son régime est le même qu'en droit français. En effet, la société en participation doit pour être valable respecter les conditions de droit commun propres à la constitution de toute société. Son caractère peut être occulte ou apparent. Si son activité est

[381] F. DEKEUWER-DEFOSSEY, *L'indivision dans la société en participation*, *JCP G* 1980, I, n° 2970.

civile, elle fonctionnera sous la forme d'une société simple [C.civ., art. 2251 à 2290], dans le cas contraire, elle sera soumise aux dispositions de la société en nom collectif.

141. La société en participation doit être distinguée de l'« association en participation », reconnue par le droit italien comme pouvant régir les rapports professionnels entre époux. L'association en participation constitue un mode alternatif d'organisation de la collaboration professionnelle. Son régime juridique est organisé par les dispositions des articles 2549 à 2554 du Code civil italien. Désigné expressément comme un contrat à l'article 2549 du Code civil, l'association en participation est un contrat synallagmatique par lequel « l'associant attribue à l'associé une participation aux bénéfices de l'entreprise ou à une ou plusieurs affaires en échanges d'un apport déterminé ». Qu elle que soit la nature de l'apport qu'il s'agisse d'un bien, de service ou de toute prestation susceptible d'une évaluation économique[382], sa réalisation n'a pas pour effet « la formation d'un sujet nouveau, ou la constitution d'un patrimoine autonome ni rendre commune l'exploitation de l'affaire ou de l'entreprise ». L'association en participation se distingue donc du contrat de société en ce qu'elle n'a pas pour but de créer un patrimoine autonome commun car dépourvue *d'affectio societatis*, élément essentiel à la constitution d'une société. Son but est simplement d'aider ou de permettre le développement de l'activité d'entreprise. Ainsi l'entreprise reste la propriété de l'associant chargé de sa gestion (C.civ., art. 2552 al. 1). Celui-ci doit rendre des comptes à l'égard de l'associé (C.civ., art. 2552 al. 3), qui peut bénéficier d'un droit de contrôle sur l'activité exercée selon les modalités conventionnellement déterminées (C.civ., art. 2552 al. 2). Seul l'associant engage sa responsabilité à l'égard des tiers [383]. Cependant l'associé participe, en principe, aux pertes en proportion de l'apport effectué (C.civ., art. 2553), en ce sens, il participe au risque lié à l'activité de l'entreprise. Les membres d'un même couple peuvent en Italie opter pour cette solution visée implicitement à l'article 230bis du Code civil. Toutefois cette organisation est également envisageable dans le cadre du concubinage.

L'association en participation est principalement appréciée pour sa souplesse et sa discrétion mais également pour sa transparence fiscale. Elle peut être utilisée par les membres d'un couple pour ne pas révéler leur association à des tiers ou pour bénéficier d'une large liberté contractuelle découlant d'une structure peu coûteuse.

II.- L'utilisation de la société en participation par le couple en droit français

[382] App. Messina, 14.11.88, *GC*, 1989, I, 1212.
[383] Cass. 21.10.81, n. 5518, *Giur. Com*, 1982, II, 433.

Il se peut que les membres d'un même couple choisissent d'inscrire leur collaboration dans le cadre d'une société en participation dans un but précis.

A.-L'intérêt de l'utilisation de la société en participation par le couple

142. En France, Madame Anne Karma envisagé la société en participation comme un mode de collaboration professionnelle entre époux avant que n'intervienne la réforme du statut du conjoint du chef d'entreprise. Grâce à ce mode d'organisation, les époux peuvent prétendre user de la souplesse offerte par la société en participation, tout en conservant la propriété de leurs biens pour constituer un moyen de production. Cette analyse est le résultat d'un raisonnement analogique développé par Madame Anne Karm après avoir constaté que « l'affectation réelle en jouissance de certains biens à usage professionnel, combinée à l'affectation personnelle de ces mêmes biens aux conjoints coopérants, reproduit le modèle de la société en participation, tel qu'il figure dans les articles 1871 à 1873 du Code civil »[384]. Elle propose ainsi à l'époux un « statut supplétif unitaire » applicable à toute coopération professionnelle quels que soient le régime matrimonial et l'activité exercée [385]. Toutefois, ce modèle inspiré de la société en participation n'a pas retenu l'attention de l'Assemblée nationale en dépit de son originalité et d'une élaboration très aboutie. Directement inspiré des règles propres au régime patrimonial des époux, ce schéma présentait une faiblesse, celle de n'être centrée que sur les époux et de ne pas envisager les unions hors mariage à l'heure où une meilleure considération de la collaboration professionnelle du pacsé ou du concubin du chef d'entreprise est de plus en plus exigée. Rien ne s'oppose à ce que les concubins organisent leur vie privée, voir même leur collaboration professionnelle dans le cadre d'une société en participation afin de bénéficier des avantages qu'offre cette structure. Cependant, cette solution doit être présentée comme une alternative et ne pas être présentée comme unique solution au risque d'asphyxier les rapports professionnels entre les membres d'un même couple qui doivent pouvoir garder le choix du mode de collaboration professionnelle.

B.- L'intérêt de la distinction entre la société en participation et la société créée de fait pour le couple

[384] V. la Préface de Pierre Catala, in « L'entreprise conjugale », Th. A. Karm, *op. cit.*, p. VI.
[385] A. KARM, *L'entreprise conjugale*, Th. préc.,. p. 488, §. 800.

143. La société en participation et la société créée de fait ont le même régime juridique[386] et fiscal[387], mais elles diffèrent en droit français quant à leur définition. Du point de vue juridique, la distinction entre société créée de fait et société en participation n'a plus grand intérêt en raison de leur régime juridique similaire. Toutefois ces deux formes sociales peuvent être envisagées comme une technique juridique permettant d'inscrire la collaboration professionnelle entre les membres du couple. Notre attention va porter sur cette utilisation des sociétés en participation[388]. Selon Monsieur François - Xavier Lucas, la distinction entre société créée de fait et société en participation n'est plus pertinente, allant jusqu'à qualifier les premières de « sociétés en participation refoulées »[389]. Selon Monsieur Kessler, les sociétés dites créées de fait seraient des sociétés en participation tacites[390]. Parallèlement, le droit italien recouvre sous une même et unique notion de *Società di fatto*, traduction littérale de la « société de fait », la société créée de fait et la société en participation. Si ce statut est choisi dans le cadre de la société en participation et de la société simple italienne, ce statut est subi dans le cadre de la société créée de fait[391]. La société en participation relève d'une situation où les associés ont consciemment choisi de créer une société non immatriculée. La société est créée *ad hoc*. Les associés ont à la fois conscience des conséquences résultant du contrat de société existant entre eux, et de bénéficier de la qualité d'associé *de facto*, contrairement à l'hypothèse d'une société créée de fait, caractérisée par l'absence d'accord intervenu entre ses membres[392]. L'apport, quel que soit sa nature, est donc réalisé consciemment par les membres du couple.

D'un point de vue général, la reconnaissance de l'existence d'une société en participation entre les membres d'un couple présente l'avantage pour les tiers qui s'en prévalent, d'engager la responsabilité de l'associé de fait qu'il ait volontairement ou non révélé son appartenance à la société.

---

[386] Conformément à l'article 1873 du Code civil.
[387] V. l'article 238bis du Code général des impôts.
[388] La société créée de fait ne sera pas étudiée ici car les membres de cette société n'ont pas choisi la qualité d'associé, qui leur est conférée postérieurement à son fonctionnement : v. *infra* : partie 1, titre 2, chapitre 2 et partie 2, titre 2, chapitre 2.
[389] V. F.-X. LUCAS, « La société dite « créée de fait », Aspects actuels du droit des affaires », in *Mélanges en l'honneur de Yves Guyon*, Dalloz, 2003, spéc. p. 740.
[390] G. KESSLER, *Société créée de fait : les leçons du droit comparé*, *D*. 2005, n°1, p. 86.
[391] Le statut d'associé de fait dans le cadre d'une société créée de fait est attribué *a posteriori*, il s'agit d'un statut choisi, qui sera étudié ultérieurement : v. partie 1, titre 2, chapitre 2 et partie 2, titre 2, chapitre 2.
[392] I. TCHOTOURIAN, *L'affectio societatis, critère de validité et de qualification du contrat de société*, th. Nancy 2, 2007, t. 2, spéc. p. 329.

Conclusion du Chapitre 2

144. En France, depuis la réforme des PME, le conjoint du chef d'entreprise qui décide de travailler avec son époux doit opter pour un des statuts parmi lesquels figure le statut de conjoint associé. Ainsi les membres du couple exploitent ensemble et sur un pied d'égalité une même activité, contrairement au statut de salarié. Cela suppose que l'entreprise soit exploitée sous forme collective, contenant au minimum deux personnes, désireuses de partager les bénéfices et les pertes mais également conscientes de participer ensemble aux risques qu'entraîne la gestion d'une entreprise. Cette possibilité est offerte quel que soit le mode de conjugalité choisi, les concubins ou les partenaires peuvent également être ensemble associés. Dans le système juridique français, le mariage est le seul mode de conjugalité pris en compte par le législateur pour aménager les dispositions du droit des sociétés en fonction du régime matrimonial choisi. Ainsi il semblerait que le législateur français continue de privilégier le mariage au détriment du concubinage et du PACS. Une telle démarche n'a pas été suivie par son homologue italien. Le juge se voit donc confier la difficile tâche de remédier aux problèmes pouvant naître de l'exploitation d'une société par des concubins ou des partenaires au cas par cas, et la doctrine y puise une grande source d'inspiration.

Conclusion du Titre 1

145. A ce stade de notre étude, il apparaît que la collaboration du couple dans l'entreprise s'inscrit dans des modes communs à toutes les formes de conjugalité, que ce soit en droit français ou en droit italien. Notre étude a permis de mettre en parallèle des similitudes en droit français et italien quant à la possibilité d'inscrire la coopération du couple dans le contrat de travail ou le contrat de société. Ainsi le conjoint, le pacsé ou le concubin du chef d'entreprise peut décider de renforcer son lien affectif par un lien professionnel matérialisé dans une figure de droit commun dont la nature contractuelle est aujourd'hui partiellement remise en cause.

146. Ces différents modes de collaboration sont ouverts indifféremment à toutes les formes de conjugalité, les plaçant juridiquement sur un pied d'égalité. En droit français et italien, l'époux, le pacsé ou le concubin du chef d'entreprise a accès au statut de salarié ou d'associé. Ces deux statuts sont donc communs à tous les modes de conjugalité.

Cet alignement entre les différentes formes de conjugalité n'est que relatif dans la mesure où il apparaît qu'en droit français la situation des personnes mariées est considérée différemment de celles des gens non mariés. En effet, le législateur a entendu aménager les conditions d'application de ces deux statuts (salarié et associé) pour les époux en tenant compte des règles issues du mariage. Or, un tel aménagement n'a pas été réalisé par le droit italien, dont l'analyse révèle que l'époux est traité comme un tiers au regard des conditions d'application du contrat de travail, tandis que la situation d'associé soulève de nombreuses interrogations auxquelles la doctrine tente de pallier.

TITRE 2 : LES MODES DE COLLABORATION NON COMMUNS

147. Parallèlement aux statuts de salarié ou d'associé ouverts quel que soit le mode de conjugalité choisi, il existe une différence de traitement entre les unions quant à l'application du statut de conjoint collaborateur. Initialement les législateurs français et italien ont imaginé le statut de conjoint collaborateur pour les époux [393]. Toutefois, le législateur français s'est démarqué de son homologue italien par l'ouverture en matière agricole du statut de conjoint collaborateur au pacsé et au concubin avant de le généraliser aux pacsés quelle que soit la nature de l'activité exercée. L'alignement du statut du pacsé sur celui du conjoint en matière de collaboration professionnelle accroît l'intérêt du PACS. Cependant, le concubinage est isolé des autres modes de conjugalité en ce qui concerne la législation relative à la collaboration professionnelle en l'absence de contrat de travail ou de statut d'associé dans une entreprise commerciale, artisanale ou libérale. Le droit italien maintient une différence de traitement entre les époux et les concubins quant à l'application des règles propres à l'entreprise familiale. Il est donc opportun de distinguer la situation du statut de conjoint collaborateur réservé en principe aux époux en droit français et italien, puis généralisé au pacsé en droit français, avant d'appréhender les solutions offertes aux concubins.

Chapitre 1 : Le statut de conjoint collaborateur

Chapitre 2 : La collaboration professionnelle dans le concubinage

[393] En droit italien, le seul bénéficiaire du statut de collaborateur dans la mesure où il s'applique à d'autres membres de la famille du chef d'entreprise. Le législateur italien a souhaité remédier aux dérives découlant de l'entraide familiale, qui inclut l'entraide conjugale.

Chapitre 1 : Le statut de conjoint collaborateur

148. Les lois française et italienne accordent une place particulière au conjoint participant de manière régulière à l'entreprise familiale sans être salarié ou associé. Par faveur pour le conjoint du chef d'entreprise, la loi a imaginé un tel statut afin de lui accorder des prérogatives en contrepartie de son implication au sein de l'entreprise[394], en l'absence de conclusion d'un contrat de travail ou d'acquisition de la qualité d'associé lorsque l'entreprise est collective. En France, ce statut a été améliorée par des lois successives afin d'accorder une meilleure considération de la situation du conjoint participant à l'activité de son époux, auquel a été assimilé le pacsé, quelle que soit la nature de l'activité poursuivie, et le concubin en matière agricole. L'Italie se démarque de la France par la stabilité que connaît son régime depuis 1975 alors qu'en France la situation du conjoint collaborateur n'a eu de cesse de progresser par le passage d'un système facultatif à un système impératif. Quel que soit le régime matrimonial des époux, un conjoint qui travaille dans l'entreprise de l'autre peut opter pour le statut de conjoint collaborateur. Le législateur français a récemment décidé d'étendre le champ d'application du statut de conjoint[395] collaborateur en l'ouvrant aux unions hors mariage. Ce statut est ainsi généralisé en matière agricole à toutes les formes de conjugalité, alors qu'il n'englobe que le Pacsé, dans les autres domaines d'activité. Le mariage perd ainsi de sa primauté en la matière, en devenant une condition nécessaire mais plus indispensable à l'existence du statut de conjoint collaborateur.

149. De nombreux écrits, qu'ils soient littéraires, sociologiques, économiques ou juridiques, témoignent de l'existence à toute époque de la collaboration au sein de la famille, notamment dans le travail des champs. L'entraide et la solidarité, moralement considérées, pouvaient en partie s'expliquer par l'absence de solidarité sociale mise en œuvre par l'Etat[396]. Chacun des membres de la famille apportait donc sa contribution en proportion de ses moyens et de ses capacités. Une répartition des tâches était opérée et chaque membre exécutait celle qui lui était attribuée sans percevoir de rémunération si le chef de l'exploitation, en général le chef de famille, ne l'avait pas décidé autrement. La contrepartie au travail apporté se limitait

[394] Sur les prérogatives reconnues au conjoint collaborateur : v. *infra*, partie 2, titre 1, chapitre 1.
[395] Du point de vue de la linguistique juridique, la Cour de cassation rappelle que les conjoints s'entendent uniquement, en l'état de la législation française, des personnes unies par les liens du mariage : Civ. 2e, 5 mars 2008, *AJ fam*. 2008, n°6, p. 258.
[396] Quasi-inexistence de politique sociale : absence d'allocations chômage, de revenu minimum d'insertion, de prime pour l'emploi, ou de toute autre allocation, dont l'apparition fut tardive.

généralement à bénéficier d'un gîte et d' un couvert. Cette activité n'étant pas encadrée juridiquement, les dérives pouvaient être nombreuses car les seuls garde-fous reposaient sur la moralité du chef de famille. Il existait ainsi « une présomption de gratuité » qui reposait sur le caractère de l'activité fournie par le conjoint ou un membre de la famille du chef d'entreprise, ce qui pouvait engendrer des déri ves telles que tirer un profit abusif de l'i nvestissement apporté par le conjoint ou les membres de la famille.

150. Les législateurs français et italien sont donc intervenus pour remédier à cette situation de f ait, af in d'en réduire les in justices et d'offrir dans un prem ier temps une protection minima au conjoint apportant une collaboration nécessaire à l'activité agricole, commerciale ou artisan ale de l'en treprise f amiliale. La Fra nce e t l'I talie on t le mérite d 'avoir pr is e n considération la situation de l'époux travaillant dans l'entreprise familiale bien avant qu'un tel objectif soit adopté par le droit communautaire déterminé à assurer l'égalité des chances entre les c itoyens[397]. Le lég islateur fran çais n'a eu de cesse d'am éliorer le statut de conjoint

[397] L'égalité de traitement entre les sex es et l a non discrimination des femmes a été la préoccupation du droit international, comme en témoigne l'adoption de la Conv ention du 1er mars 1980, sur « L'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des f emmes », ratifiée par la France à l'issu e de la lo i n°83-561 du 1er juillet 1983 et entrée en vigueur le 13 janvier 1984.
Au cours de l a d euxième moitié du siècle d ernier, le droit co mmunautaire a pris con science d e l'in égalité pouvant exister au sein du couple quant au travail de la femme mariée qui contribuait à l'activité de l'entreprise de son conjoint. Partant de l'égalité des rémunérations entre homme et femme proclamée à l'article 119 du Traité de Rome de 1957, la Commission européenne a tissé un cadre juridique à la notion plus générale de l'égalité des chances entre homme et femme. D'un point de vue t erminologique, il était question dans un premier temps de l'égalité entre « homme et femme » mais il est au jourd'hui courant de parler plutôt d'égalité entre « femme et homme ». C ette dém arche a ét é ent amée à part ir des a nnées 1 980 par l 'adoption de pl usieurs d irectives relativement à la mise en œuvre ou l'application du principe de l'égalité de traitement entre homme et femme en matière de rémunération (Dir ective n° 75 /117/CEE du 10 février 19 75, JOCE, n° L 4 5/19, d u 1 9 fév. 19 75), l'accès à l'emploi, à la forma tion et à la prom otion professionnelles, et les conditions de travail (Directive n° 76/207/CEE du 9 février 1976, *JOCE*, n° L 39/41 du 14 fév. 1976), en matière de sécurité sociale (Directive n° 79/7/CEE du 19 décembre 1978, *JOCE*, n° L 6/24 du 10 janv. 1979), dans les régimes professionnels de sécurité sociale (Directive n°86/378/CEE, du 24 juillet 1986, *JOCE*, n° L 225/40 du 12 août 1986), en matière d'activité indépendante, y compris agricole, ainsi que pour le protection de la m aternité (Directiv e n°86 /613/CEE du 1 1 décembre 1986, JOCE , n° L 359/29 du 19 déc. 1986), conce rnant la mise en œuvre de m esures visant à promouvoir l'amélio ration de la sécu rité et de la santé des travailleuses enceintes, accouchées ou allaitantes au travail (Directi ve n °92/86/CEE d u 19 o ctobre 1 992, *JOCE*, n° L 3 48/1 du 2 8 n ov. 1 992). C ette vo lonté de promouvoir l'é galité des cha nces pour les fe mmes s'est a ccentuée par l'adoption de la résolution du 12 juillet 1982, par l aquelle l e C onseil des C ommunautés Eu ropéennes a a pprouvé l e p rogramme d'act ion s ur l a promotion de l'égalité des chances pour les femmes (JO n° C 186 du 21 juill. 1982, p. 3) allant de 1982 à 1985. Par la suite, d'autres textes plus récents is sus du C onseil de l'Europe sont venus c ompléter cette liste déjà importante tendant à poursuivre l'égalité de traitement entre homme et femme : deux recommandations adoptées par l e C omité des M inistres d u C onseil de l'Europe. La rec ommandation ad optée l e 12 oct obre 2007 vi se à promouvoir l'égalité entre les femmes et les hommes à tous les niveaux du système éducatif. La recommandation adoptée le 23 novembre 2007 est destinée à définir des normes minimales, y compris des mécanismes nationaux, pour renforcer l'égalité entre les femmes et les hommes. Le point de départ fut donc la poursuite de l'égalité des rémunérations entre les trav ailleurs masculins et les trav ailleurs féminins, pour un même travail, prônée par la Directive du Conseil du 10 février 1975 visant au rapprochement des législations des Etats membres. C'est ainsi que « l'égalité des rémunérations sans discrimination fondée sur le sexe » est proclamée dans un but économique et so cial. Les objectifs à attein dre son t d e lu tter co ntre « la d iscrimination salariale au d étriment d e la main d'œuvre fém inine » m ais égal ement d'assure r « par un e act ion com mune, l e prog rès soci al et poursuivre

collaborateur pour répondre aux contingences internes mais également afin de mettre en œuvre la politique européenne visant à promouvoir l'égalité de traitement entre les sexes et à améliorer le sort des femmes [398]. Désormais, l'époux travaillant dans l'entreprise familiale peut y exercer en France et en Italie un emploi propre, sans dépendre uniquement des règles découlant du régime matrimonial mais en bénéficiant d'une situation professionnelle pour laquelle il peut jouir de droits sociaux.

Dans les deux pays, le statut de conjoint collaborateur est exclusif du statut de salarié et d'associé du chef d'entreprise. Pour mieux comprendre les droits positifs français et italien, il est intéressant de se tourner vers l'histoire avant d'étudier les conditions à remplir pour prétendre bénéficier d'un tel statut.

Section 1 : Approche historique de la création du statut de conjoint collaborateur

151. La France et l'Italie se sont dotées du statut juridique de conjoint collaborateur bien avant l'adoption de la Directive du 11 décembre 1986 [399], qui poursuivait expressément l'objectif de remédier à « l'absence de statut professionnel des conjoints dans l'entreprise familiale »[400]. Pour avoir un éclairage significatif de la situation actuelle existant au sein de

---

l'amélioration constante des conditions de vie et d'emploi des peuples européens », comme l'a affirmé la Cour de Justice des Communautés Européennes dans l'affaire Defrenne II (CJCE 8.4.1976, Defrenne c. Sabena, 43/75, Rec. p. 455, attendus 9 et 10.)

[398] Lors du Colloque organisée à Toulouse en 1993 sur « l'Entreprise familiale en Europe », Madame Nathalie WUIAME a affirmé qu'en matière d'égalité, la notion de discrimination directe ou indirecte représente l'un des acquis « les plus importants du droit communautaire ». Cependant Madame Nathalie WUIAME conclut parallèlement à « un constat globalement négatif » en ce qui concerne l'amélioration du statut du conjoint dans l'entreprise familiale prôné par la Commission. Ce constat se fonde sur les réponses des Etats membres recueillies par la Commission afin d'évaluer la correcte application[398] de la Directive : si majoritairement les Etats membres ont particulièrement souligné les efforts réalisés relativement à l'égalité entre les hommes et les femmes[398], une telle attitude n'a pas été suivie en ce qui concerne plus spécifiquement l'amélioration de la collaboration professionnelle entre conjoints : v. N. WUIAME, « Présentation de la Directive du Conseil du 11 décembre 1986 », in *L'Entreprise familiale en Europe*, Colloque organisé par l'Institut de Droit Comparé des Pays Latins de l'Université de Toulouse (25-26 mars 1993), *Annales de l'Université des Sciences sociales de Toulouse*, *P.U.Sc.Soc.*, t. XLI, 1993. p. 29 et s.

[399] La directive 86/612/CEE a été abrogée par la Directive 2010/41/UE du Parlement européen et du Conseil du 7 juillet 2010 concernant l'application du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes exerçant une activité indépendante, *JOUE* 15 juillet 2010.

[400] La Directive 86/613/CEE du 11 décembre 1986 s'adressait au conjoint non salarié non associé de travailleurs indépendants, exerçant une activité lucrative à son propre compte, y compris les exploitants agricoles et les membres des professions libérales. La préoccupation communautaire se concentrait là où les inégalités étaient encore nombreuses : l'égalité entre homme et femme est d'abord reconnue en tant que principe, puis la démarche communautaire va se préciser en entrant dans les foyers, c'est à dire au sein d'une structure plus étroite, celle de la famille. Ce texte est le résultat de profondes modifications apportées à la proposition faite par la Commission européenne et selon Messieurs Albert Arseguel et Philippe Isoux, les buts poursuivis pouvaient être regroupés en trois axes : l'égalité entre les sexes pour l'exercice d'une activité indépendante (Directive 86/613/CEE du 11 décembre 1986, art. 3 et 4), l'égalité dans les règles de constitution des sociétés entre époux et des sociétés entre

ces deux pays, il est intéressant de réaliser un bref rappel historique sur la naissance du statut de conjoint collaborateur avant d'en analyser les conditions d'attribution.

I.- Le passage d'un système facultatif à un système impératif en droit français

Dans le système juridique français, le statut de conjoint collaborateur est d'abord apparu en matière agricole avant d'être créé en matière commerciale et artisanale pour être ensuite étendu à l'entreprise libérale.

A.- La situation du conjoint du chef d'entreprise agricole, commerciale et artisanale

152. **Une ébauche de statut**. Le statut de conjoint du chef d'entreprise est né progressivement afin de répondre aux revendications des professionnels et s'est accentuée avec l'émancipation de la femme mariée. Les premiers textes témoignant de la prise en considération de manière autonome du travail apporté par un époux à l'activité professionnelle de l'autre sont deux décrets, l'un adopté le 1er juin 1979, l'autre adopté le 4 juin 1980. Mais ces deux textes ne sont que l'ébauche de ce que sera le statut de conjoint collaborateur. Le Décret n° 79-434 du 1er juin 1979 [401] disposait que le conjoint du commerçant, qui collaborait effectivement à l'activité commerciale de l'assujetti et le déclarait avec lui, devait être mentionné au registre du commerce et des sociétés, à la double condition qu'il n'était pas rémunéré et qu'il n'exerçait aucune autre activité professionnelle. Le décret n° 80-397 du 4 juin 1980 [402] concernait les personnes inscrites au répertoire des métiers et permettait au conjoint d'artisan d'être électeur et éligible aux chambres des métiers

---

les tiers (art. 5) et enfin la protection sociale du conjoint du chef d'entreprise familiale : v. A. ARSEGUEL et P. ISOUX, « *Le statut du conjoint dans l'entreprise familiale en droit français et la directive du 11 décembre 1986* », colloque précité, t. X LI, 1993, p. 55 et s. Selon la Directive, les Etats membres étaient libres « pour examiner dans quelles conditions la reconnaissance du travail fourni par les conjoints (…) peut être favorisée et, à la lumière de cet examen, à examiner toutes initiatives appropriées en vue de favoriser cette reconnaissance » (Directive n°86/613/CEE du 11 décembre 1986, Section 2, art. 7). Cependant le Conseil de l'Europe a émis un tempérament en précisant que cette reconnaissance devait être effectuée en « l'absence de toute discrimination fondée sur le sexe, soit directement, soit indirectement, par référence notamment à l'état matrimonial ou familial »[400]. Ces notions de discriminations directe et indirecte apparaissent comme fondamentales dans la mise en œuvre des objectifs fixés par la directive. En employant le terme de discrimination directe, la directive interdit au nom de l'égalité formelle de traiter différemment les travailleurs en fonction de leur sexe, sous réserve cependant d'une faculté d'y déroger reconnue aux Etats membres. Cette interdiction permet d'éviter toute référence au sexe d'un individu comme élément d'appréciation de sa situation dans toute décision concernant sa vie professionnelle. L'employeur ne doit fonder sa décision de recruter ou de promouvoir une personne que par référence à des critères de compétence et de qualification donc à des critères objectifs et neutres. Toutefois, l'Etat membre peut déroger à ce principe lorsque la considération du sexe de l'individu est un critère déterminant à l'exercice de certaines activités en raison de leur nature ou de leurs conditions.

[401] *JO* 3 juin 1979 ; *JCP G* 1979, III, 48620.

[402] *JO* 6 juin 1980 ; *JCP G* 1980, III, 49982.

dans les mêmes conditions que le chef d'entreprise à condition que le conjoint du chef d'entreprise individuelle immatriculée au répertoire des métiers collabora effectivement, habituellement et sans rémunération au fonctionnement de l'entreprise, d'où la reconnaissance de la collaboration professionnelle entre l'artisan et son conjoint. Le conjoint était mentionné au répertoire des métiers à la demande des deux époux. Cependant en pratique, l'insuffisance de ces textes a entraîné un faible engouement. Monsieur le Professeur Dominique RANDOUX dénonçait les carences du système en concluant que la situation du conjoint « était celle d'une personne n'ayant eu aucune activité professionnelle »[403].

153. **La consécration du statut de conjoint collaborateur**. Une solution plus satisfaisante est apparue en matière agricole pour les conjoints d'agriculteurs avec la loi d'orientation agricole n°80-502 du 4 juillet 1980 [404] complétée quelques années plus tard par la loi n° 99-574 du 9 juillet 1999 d'orientation agricole [405]. Le travail apporté par la femme au sein de l'exploitation agricole ou de l'entreprise agricole est ainsi pris en considération alors que l'épouse a longtemps été réputée s'occuper de la maison et aider de son mieux son époux exploitant. En matière commerciale, le législateur s'est très fortement inspiré de cette règle pour édicter l'article 1er de la loi du 10 juillet 1982[406] applicable aux conjoints de commerçant et d'artisan[407]. Cette démarche peut s'expliquer par la similitude existant entre les revendications des épouses d'agriculteurs et des femmes de commerçants et d'artisans bien que les domaines d'activité concernés soient différents et soumis à une réglementation distincte. Le statut de conjoint collaborateur était conçu de manière à reposer sur une présomption légale de représentation mais cela nécessitait qu'une condition de forme soit remplie. Le conjoint collaborateur devait être inscrit comme tel au registre du commerce et des sociétés ou au répertoire des métiers. Sur le fond, le conjoint devait collaborer effectivement à l'entreprise, fournir régulièrement ses services en faisant preuve d'une initiative limitée par la finalité donnée par l'exploitant à ses fonctions. Selon Monsieur Didier Martin, l'adoption de la loi du 10 juillet 1982 permet « de s'ouvrir au commerce des

---

[403] D. RANDOUX, *Le conjoint du chef d'une entreprise artisanale ou commerciale : collaborateur, salarié ou associé ? (Loi n°82-596 du 10 juillet 1982)*, *op. cit.*, p. 14.
[404] *JO* 5 juill. 1980, p. 1670
[405] *JO* 10 juill. 1999, p. 10231. Par cette loi, le législateur a voulu « favoriser l'amélioration du statut des conjoints travaillant dans les exploitations lorsque ceux-ci ne sont ni coexploitants, ni associés » en créant l'article L321-5 du Code rural : v. à ce sujet l'exposé des motifs de la loi du 9 juillet 1999, Doc. AN n°977, p. 9.
[406] L'article 1er de la loi n°82-596 du 10 juillet 1982 (D. 1982, Lég. p. 323 s.) a été codifié suite à l'ordonnance n°2000-912 du 18 septembre 2000 (D. 2000, Lég., p. 393 s) devenant ainsi l'article L.121-4 du Code de commerce.
[407] Pour une étude spécifique sur le statut du conjoint collaborateur du chef d'entreprise artisanale, v. H. AZARIAN, *L'artisanat*, *Litec* 2006, coll. Pratique professionnelle, p. 101.

femmes »[408]. Il est vrai que l'esprit du texte visait en priorité les femmes qui, bien souvent sans profession, participaient à l'activité de leur mari. Cette collaboration professionnelle entre époux est ainsi légalement reconnue alors que le principe de l'égalité des époux dans l'exercice des professions, quelles que soient leur nature, n'est affirmé qu'ultérieurement par la loi du 23 décembre 1985[409].

154. **L'insécurité juridique**. Le libre choix a longtemps été laissé à l'époux d'opter ou non pour l'un des statuts proposés par la loi n° 82-596 du 10 juillet 1982 relative aux conjoints d'artisans et de commerçants travaillant dans l'entreprise familiale[410], complétée par la loi du 31 décembre 1989[411] et par la loi n°2002-73 du 17 janvier 2002 de modernisation sociale, à savoir le statut de conjoint collaborateur, de salarié ou de conjoint associé. De ce choix découlaient les droits sociaux et les obligations professionnelles du conjoint. Si la volonté du législateur de ne pas intervenir de manière autoritaire est louable et se conçoit aisément, il s'est avéré qu'en pratique la collaboration informelle se rencontrait fréquemment et posait de nombreux problèmes lors de la cessation de l'activité de l'entreprise, en cas de divorce, de décès ou de maladie. Il résultait de cette situation une grande insécurité juridique et économique pour le conjoint du chef d'entreprise dans la mesure où le choix d'un tel statut n'était que facultatif. Or, de nombreux conjoints ne procédaient pas à la levée de l'option et aucun droit propre n'était reconnu au titre de cette collaboration informelle. De plus, certaines professions étaient exclues du dispositif, tel était le cas pour les professions libérales.

Le caractère impératif. Guidé par la volonté de protéger le conjoint qui collabore à l'activité de l'autre, le législateur est venu réformer la situation « du conjoint du chef d'entreprise travaillant dans l'entreprise familiale »[412] par la loi n°2005-882 du 2 août 2005 en faveur des petites et moyennes entreprises[413]. Le titre III de cette loi vient préciser et renforcer le statut du conjoint du chef d'entreprise travaillant au sein de l'entreprise familiale. Un terme est ainsi mis à l'insécurité juridique dénoncée précédemment par la modification de l'article

---

[408] D. MARTIN, *La coopération conjugale dans l'entreprise familiale (Commentaire de la loi n°82-596 du 10 juillet 1982 D. 1982.323)*, *op. cit.*, p. 48.
[409] E. BLARY-CLEMENT, *De quelques mesures protectrices du conjoint du chef d'entreprise*, *RJPF*. 2006, n°1, p. 6.
[410] *JO* 13 juill. 1982, abrogée et codifiée, à l'exception des articles 5. II et 20, Ord. n°2000-911, 18 sept. 2000, art. 1er et 4, I. 30°
[411] Loi n° 89-1008 du 31 décembre 1989 relative au développement des entreprises commerciales et artisanales et à l'amélioration de leur environnement économique, juridique et social, J.O. n°1 du 2 janvier 1990, p. 9.
[412] Tel est l'intitulé de la section 2 du chapitre 1 du titre deuxième « Des commerçants » du Code de commerce introduit par l'article 12-I de la loi n°2005-882 du 2 août 2005.
[413] *JO* n°179, 3 août 2005, *BJS* 2005, p. 1050, §. 239.

L.121-4 du Code de commerce [414]. Désormais, l'époux, qui exerce une activité régulière au sein de l'entreprise de l'autre, doit choisir parmi l'un des trois statuts légales proposés : le statut de conjoint collaborateur, le statut de salarié et le statut d'associé du chef d'entreprise. Cependant, le défaut d'option n'est assorti d'aucune sanction, « la nouvelle rédaction de l'article L. 121-4 I du Code de commerce maintient implicitement le statut de conjoint collaborateur comme statut par défaut »[415].

155. La loi n°2005-882 du 2 août 2005 [416] en faveur des petites et moyennes entreprises impose ainsi le choix d'un statut de manière à mettre un terme à toute collaboration informelle[417]. Ce choix est rendu obligatoire depuis le 4 août 2006. Les conjoints non déclarés devaient régulariser leur situation et procéder à sa déclaration au centre de formalités des entreprises jusqu'au 1er juillet 2007. Cette solution a pour mérite d'accroître la protection du conjoint du chef d'entreprise, de lui assurer une reconnaissance juridique et de créer un système résiduel et impératif. Bien que cette solution ne soit pas parfaite, elle a le mérite d'exister. Cette loi a également le mérite d'ouvrir aux professions libérales le statut de conjoint collaborateur, car jusque là ses membres s'en trouvaient exclus.

B.- L'ouverture aux professions libérales

156. **Harmonisation des professions** . Suite à l'adoption de la loi n°2005-882 du 2 août 2005 en faveur des petites et moyennes entreprises, les conjoints de professionnels libéraux ne se trouvent plus en marge du système. La loi les traite désormais avec autant d'égard que les conjoints du chef d'une entreprise ou exploitation agricole, d'une entreprise commerciale ou artisanale. Il en résulte un rapprochement entre les régimes des conjoints d'agriculteurs, de commerçants, d'artisans, et de professionnels libéraux créant une identité de traitement. Les

[414] La loi n°2005-882 du 2 août 2005 maintient la disposition propre au statut de conjoint collaborateur dans le Code de commerce. La mesure est insérée dans le Titre Deuxième du Livre Premier du Code de commerce, consacré aux « Commerçants ». Or, le champs d'application de l'article L. 121-4 du Code de commerce est étendu puisqu'il ne se limite pas aux professions commerciales mais vise les autres professions non commerciales : v. H. LECUYER, *Le conjoint collaborateur après le décret du 1er août 2006*, *Dr. sociétés* 2006, n°12, étude 20, §. 1.

[415] V. AN, Rapport Poignant et Chastel n°2429, 29 juin 2005, p. 85.

[416] Différents décrets d'application ont été publiés au *JO* : D. n°2006-966 du 1er août 2006, *JO* 3 août, p. 11580. Décret rectificatif, *JO* 26 août 2006, p. 12683, *JCP N*, act. 527. Décret n°2006-1313 du 25 octobre 2006, *JO* 27 octobre 2006, p. 15925, concernant les conjoints pacsés et concubins d'exploitations ou d'entreprise agricole.

[417] Avant l'adoption de cette loi, la collaboration informelle a été sanctionnée pour la première fois par la Chambre criminelle de la Cour de cassation, qui a qualifié cette forme de collaboration de travail dissimulé, dans sa décision rendue le 22 octobre 2002 : v. *infra*.

règles propres au conjoint collaborateur du chef d'une entreprise libérale[418] sont donc abrogées. Celui-ci ne fait plus l'objet d'une réglementation spécifique. A compter du 1er janvier 2007, date d'entrée en vigueur de la loi, le conjoint du chef d'une entreprise libérale peut se prévaloir de l'un des trois statuts proposés à l'article L.121-4 du Code de commerce. Le conjoint, qui se charge du secrétariat ou de la comptabilité, peut se prévaloir d'une véritable situation professionnelle en l'absence de contrat de travail ou de contrat de société. La collaboration conjugale est reconnue quelle que soit la nature de l'activité exercée.

157. **Disparition de la marginalisation**. Aujourd'hui, ce que dénonçait Madame Anne Karm dans sa thèse « comme l'adoption (par le législateur) de statuts catégoriels, provoquant une atomisation inopportune des règles conjugales, en même temps qu'une marginalisation inadaptée de la coopération conjugale en cas d'activité libérale »[419], n'est plus d'actualité avec l'ouverture à toutes les activités du statut de conjoint collaborateur du chef d'entreprise. Pour reprendre l'expression de Madame Anne KARM, « la coopération conjugale en cas d'activité libérale » n'est plus marginalisée dès lors que si coopération il y a, l'époux doit nécessairement choisir parmi l'un des trois statuts.

« A d'autres temps, d'autres solutions », c'est ainsi que d'un système facultatif, la loi française a évolué vers un système impératif afin de gagner en sécurité tout en continuant à encourager le travail entre les gens mariés. Par cet aspect, la loi française se rapproche de la loi italienne, qui connaît une incroyable stabilité depuis 1975 quant à la situation du travail en famille, lequel concerne bien évidemment le conjoint du chef d'entreprise.

II.- La stabilité du système depuis 1975 en droit italien

En Italie, la situation du conjoint du chef d'entreprise a été prise en considération lors de l'adoption de la grande réforme du droit de la famille introduite par la loi n° 151 du 19 mai 1975, en venant définir et réglementer l'entreprise familiale à l'article 230bis[420] du Code civil. Il s'agit de l'une des mesures modifiant les rapports patrimoniaux entre conjoints. Cette norme répond aux exigences pragmatiques de l'époque, liées à l'existence d'un nombre important d'entreprises ayant un caractère familial. Afin d'encadrer juridiquement ce phénomène social et économique largement diffus, le législateur a introduit la norme

[418] L'article 46 I de la loi n°2002-73 du 17 janvier 2002 de modernisation sociale, *JO* 18 janv. 2002, rectifié le 13 fév. 2002), qui définissait le statut de conjoints libéraux, est abrogé.
[419] A. KARM, *L'entreprise conjugale*, *op. cit.*, p. 10.
[420] Cette règle n'est pas rétroactive.

concernant l'entreprise familiale dans le Code civil [421], de manière à mettre la législation italienne en adéquation avec l'évolution des mœurs de la société.

158. La reconnaissance de la participation professionnelle de l'époux au sein de l'entreprise de l'autre va prendre toutes ses dimensions juridique, économique et sociale avec l'adoption d'une telle mesure. Toutefois, le conjoint n'est pas considéré isolément puisque son sort au sein de l'entreprise familiale peut être assimilé à celui d'autres membres de la famille. A la différence du droit français, le droit italien permet à d'autres personnes que le conjoint de bénéficier du statut de collaborateur [422]. Le but poursuivi par le législateur est double : réformer « l'ancienne institution de la communauté familiale tacite, régie par les usages et très répandue dans le monde paysan », mais également fournir « une protection juridique au travail réalisé par les membres de la famille que la jurisprudence considérait comme presté de façon bénévole (*affectionis vel benevolentiae causa*)[423], ou comme étant en rapport avec le droit à l'entretien ». A cette fin, le législateur a écarté la présomption de gratuité, qui régissait les rapports de travail entre les membres de la même famille[424] et reconnu la compatibilité des liens familiaux avec le contrat de travail réglementé par le droit du travail[425]. Cette disposition a sorti de l'ombre de nombreuses collaborations informelles existantes entre époux mais également entre les membres d'une même famille, dont l'un d'entre eux seulement était le chef d'entreprise.

159. Parallèlement, le législateur a entendu consacrer l'égalité entre homme et femme sur le plan professionnel[426] en admettant expressément que le travail de la femme est équivalent à celui de l'homme. Cette disposition, qui marque une avancée importante pour l'époque, ne

[421] L'unification au sein d'un unique Code, le Code civil, des Codes civil et commercial, a simplifié la tâche du législateur italien qui n'a pas eu à se demander, contrairement à son homologue français, dans quel Code insérer cette disposition relative à l'entreprise familiale. L'article 230bis du Code civil italien se situe à la section sixième du chapitre sixième intitulé « du régime patrimonial de la famille » dans le livre premier intitulé « des personnes et de la famille ».

[422] En effet, selon l'alinéa 3 de l'article 230bis du Code civil, les descendants et ascendants jusqu'au troisième degré du chef d'entreprise peuvent être considérés comme collaborateurs et se voir attribuer les droits et obligations y découlant. Cette notion de membres de la famille est conçue largement dans la mesure où celle-ci englobe également la famille par alliance du chef d'entreprise allant jusqu'au deuxième degré.

[423] Cass. 18 mai 1971, n° 1475, *Giur. Ital.*, 1972, I, 1.

[424] L'abandon de la présomption de gratuité fut saluée par la jurisprudence italienne, tel qu'en témoigne notamment les décisions suivantes : Cass. n° 4221/79, n° 2012/81, n° 3948/83, n° 1009/89, n° 2828/90.

[425] V. à ce sujet, *supra* : partie 1, titre 1, chapitre 1.

[426] Le principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en matière de travail a été réaffirmé par la loi n°903 du 9 décembre 1997 en son article 14, qui reconnaît aux femmes travaillant de manière habituelle au sein de l'entreprise familiale conformément à l'article 230bis du Code civil italien, « le droit de représenter l'entreprise dans les organes statutaires des coopératives, des consortiums et de toute autre forme d'association ».

fait en réalité que rappeler un principe à valeur constitutionnelle[427] préexistant. Pour autant son adoption a constitué une source d'inspiration non négligeable pour la doctrine[428]. Certains auteurs ont dénoncé cette règle comme étant imparfaite, se limitant à énoncer une règle primaire. Pour autant, cette mesure a été innovante et a anticipé l'attitude adoptée par la suite par le droit communautaire. Cette norme réalise une conciliation entre « les principes de solidarité du groupe et les règles propres à toute organisation économique »[429], tout en valorisant comme nous le verrons ultérieurement, le travail de la femme au sein de la famille. C'est ainsi que naît la reconnaissance pleine et entière de la collaboration professionnelle de l'épouse mettant fin à une vision hiérarchique de la famille avec toutes les conséquences pouvant en découlées. Une protection minimale résiduelle est ainsi instaurée au profit notamment du conjoint qui collabore à l'activité de l'autre. La norme met fin à toute discrimination fondée sur le sexe. La collaboration du conjoint au sein de l'entreprise familiale est possible quel que soit le régime matrimonial des époux. Il s'agit d'une règle autonome dont l'application tient compte la qualité et la quantité du travail exécuté.

Ainsi, la reconnaissance de la collaboration professionnelle au sein de la famille est née avec l' institution de l'entreprise familiale reposant sur la notion *d'affectio familiae* à la différence de la société qui elle repose sur *l'affectio societatis*[430].

A l'heure actuelle, la règle est restée inchangée depuis sa création, offrant ainsi au système italien une stabilité, qui nous semble-t-il, n'est pas prête d'évoluer tant la notion d'entreprise familiale telle qu'ordonnée par le droit italien semble s'accoutumer aux évolutions du temps.

---

[427] L'article 37 de la Constitution de la République italienne dispose que « Le travailleur féminin a les mêmes droits et, pour un travail égal, les mêmes rémunérations dues au travailleur (masculin) ». Cette Constitution a été promulguée le 27 décembre 1947 et le texte est entré en vigueur le 1er janvier 1948.

[428] V. notamment: M. BIAGI, *Impresa familiare e rito del lavoro*, Giur. Comm., 1981, II, 84 ss.; V. COLUSSI, *Impresa familiare*, in Appendice Novissimo Digesto, 1983 ; R. COSTI, *Lavoro e impresa nel nuovo diritto di familia*, Milano, 1976; G. COTTRAU, *Il lavoro familiare*, Milano, 1984; C. GABRIELLI, La *collaborazione familiare nell'esercizio di attività professionali*, in Riv. Dir. Civ., 1979, I, 585; G. GHEZZI, *Ordinamento della famiglia, impresa familiare e prestazione di lavoro*, Riv. Trim. Dir. Proc. Civ., 1976 ; M. GHIDINI, *L'impresa familiare*, Padova, 1977 ; GRAZIANI, *L'impresa familiare*, in Trattato di diritto privato (sous la direction de RESCIGNO), UTET, 1982, vol. III, t. II, p. 551; M. TANZI, *Impresa familiare*, in Enciclopedia Giuridica, Treccani, 1989.

[429] B. PRIOETTO, « L'égalité de traitement entre hommes et femmes au sein de l'entreprise familiale : le 2e alinéa de l'article 230 bis C.civ. en droit Italien », in *L'entreprise familiale en Europe*, Colloque international, *op. cit.*

[430] M. NUZZO, « L'impresa familiare », in *Il diritto di Famiglia, Famiglia e matrimonio, I grandi temi*, 2007, Capitolo 7, n° 5, p. 482.

III.- La distinction entre collaboration et coexploitation

160. Les droits français et italien ont créée le statut catégoriel de conjoint collaborateur, qui doit être distingué du statut de cœxploitant, lequel implique l'exploitation en commun d'une même activité créant ainsi une « égalité des prérogatives et des responsabilités »[431]. La cœxploitation implique une gestion concurrente de l'activité exploitée sur un pied d'égalité[432] dans le cadre d'une entreprise individuelle.

A.- En droit français

161. En droit français, il n'existe pas de régime juridique propre à la coexploitation applicable quelle que soit l'activité poursuivie. Le concept de « coexploitation » est flou en droit français car le législateur n'en a pas délimité les contours. La doctrine et la jurisprudence ont donc dégagé les grandes lignes de ce mode d'exploitation, qui implique des relations égalitaires entre les intéressés en l'absence de toute subordination juridique à l'autre[433]. Cette absence de subordination juridique caractérise également le statut de conjoint collaborateur. La coexploitation traduit l'idée de l'exploitation commune d'une même activité par le couple, où chacun des membres exerce la direction de l'entreprise. Chaque intéressé en dosse la qualité de chef d'entreprise, ce qui implique de graves conséquences en cas de difficultés financières de l'exploitation exercée en commun. Les coexploitants assurent la gestion de l'entreprise, et parallèlement, ils répondent des dettes de celle-ci sur l'ensemble de leur patrimoine. Le contentieux propre à la coexploitation naît généralement lors de la constatation de la cessation des paiements[434]où à la demande des créanciers, le juge recherche la qualité de coexploitant des intéressés afin d'ouvrir à leur encontre une procédure collective[435].

162. Le législateur n'est pas intervenu de manière uniforme pour organiser la coexploitation entre époux. Une distinction doit être réalisée selon que l'activité exercée est agricole ou non. En matière agricole, le statut de coexploitant est ouvert aux époux qui exploitent « ensemble et pour leur compte un même fonds agricole » (C.rur., art. L. 321-1 al. 1er). Sont donc exclus les hypothèses où les époux exerceraient leur activité sur des exploitations séparées ou

[431] F. DE KEUWER-DEFOSSEZ, E. BLARY-CLEMENT, *Droit commercial*, Mon tchrestien coll. Domat 9e édition, 2007, p. 48, §. 49.
[432] J.-P. DELVILLE, G. GUIHEUX et a., *Droit des affaires, Questions actuelles et perspectives historiques*, sous la direction E. RICHARD, *Presses universitaires de Rennes*, 2005, p. 173, §291.
[433] Ph. PETEL, *Procedures collectives*, *D.* 3e éd., 2001, n°55.
[434] La question de l'ouverture de la procédure collective sera abordée dans la partie 1 de la présente thèse.
[435] Com., 30 mars 1993, *Bull. civ.* n°126; v. *infra* : partie 2, titre 2, chapitre 1.

seraient salariés agricoles. En matière commerciale et artisanale, la loi n°82-596 du 10 juillet 1982 relative aux conjoints de commerçant et d'artisan travaillant dans l'entreprise familiale n'a pas réglementé la coexploitation conjugale. Tout comme les pacsés ou les concubins, les conjoints doivent être tous les deux immatriculés en tant que commerçants ou artisans au registre du commerce et des sociétés ou au répertoire des métiers ou au registre des entreprises tenu par les Chambres de métiers d'Alsace et de la Moselle et exploiter ensemble une même activité. L'immatriculation constitue une simple présomption de commercialité devant être attestée par des faits suffisants alors que la mention de qualité de conjoint collaborateur entraine une présomption de non-commercialité à l'égard des tiers [436]. Contrairement à la lettre de l'article L. 121-3 du Code de commerce [437], deux époux peuvent être considérés tous les deux comme commerçants lorsqu'ils exploitent un même fonds [438]. Pour cela, chacun doit réaliser des actes de commerce de manière indépendante et à titre de profession habituelle [439] conformément aux exigences de l'article L. 121-1 du Code de commerce. En pratique, la preuve de « profession habituelle » relève de l'appréciation souveraine des juges du fond sous le contrôle de la Cour de cassation [440]. Cette preuve peut être rapportée par tout moyen, ce qui facilite la tâche des tiers et du conjoint qui souhaite voir « étendre » à son profit la procédure collective ouverte à l'égard de son conjoint. La réalisation d'acte isolé est insuffisante : le simple règlement de factures ne suffit pas à conférer la qualité de coexploitant [441]. De même, une simple immixtion dans la gestion du fonds appartenant à l'autre époux ne suffit pas à caractériser la coexploitation [442]. Lorsque le conjoint collaborateur excède ses pouvoirs dans le cadre de sa collaboration professionnelle, il

---

[436] V. *infra* : partie 1, titre 1, chapitre 1.

[437] Cet article correspond à la rédaction de l'article 4 du Code de 1807 actualisée par la loi n°82-596 de la loi du 10 juillet 1982 relative aux conjoints d'artisans et de commerçants travaillant dans l'entreprise familiale. Selon la nouvelle rédaction, « le conjoint d'un commerçant n'est réputé lui-même commerçant que s'il exerce une activité commerciale séparée de celle de son époux ».

[438] En ce sens également, Rép. Min., JO Sénat, Déb. 13 oct. 1983, p. 1438, JCP 1984. IV. 174.

[439] Il appartient aux juges du fond d'apprécier l'existence de ces éléments caractéristiques : Com., 15 oct. 1991, *Bull. civ*. IV, n° 286, *JCP E*, 1992, 136, obs. CABRILLAC et PETEL ; F. DEKEUWER-DEFOSSEZ, E. BLARY-CLEMENT, *Droit commercial*, ouv. préc. p. 63, n °64. Dans cette affaire, la cour d'appel a retenu la qualité de commerçant au conjoint dans la mesure où se dernier « entretenait avec les clients du magasin de son épouse des relations suivies et fréquentes, et avait une procuration sur le compte bancaire du commerce, mais surtout, il avait conclu le contrat d'assurance du magasin et son nom figurait, comme celui de son épouse, dans la publicité du magasin ». Comme l'on fait remarquer Mesdames Françoise Dekeuwer-Défossez et Edith Blary-Clément, il ne s'agit pas d'actes de commerce énoncés à l'article L. 110-1 du Code de commerce mais leur réalisation « laisse croire aux tiers que le conjoint est, lui aussi, commerçant ». L'apparence joue ici un rôle important selon les juges, puisqu'elle serait susceptible de tromper les clients.

[440] Com., 2 oct. 1984, *RTDCom*. 1985. 506, obs. DERUPPE.

[441] CA Toulouse, 2e ch., 1re sect., 21 juin 1999, *Rev. Proc. Coll*., 2000, 119, n°1, obs. J.-M. DELENEUVILLE.

[442] Sont cassés les arrêts déduisant de la simple immixtion dans la gestion du fonds, la qualité de commerçant de l'époux : v. notamment, Com. 27 mai 1986, *Bull. civ*., IV, 101, p. 87 ; Com., 18 déc. 1984, *JCP* 1985, IV, 76 ; Com., 18 avr. 1985, *JCP* 1985, IV, 225 ; Com., 21 mai 1996, *D.* 1996, I.R. 162.

prend le risque de voir son activité requalifiée en coexploitation. Il existe une similitude d'objet entre les pouvoirs du conjoint collaborateur et du conjoint coexploitant [443] dans la mesure où tous les deux doivent réaliser des actes « objectivement nécessaires, ou du moins utiles, à l'exercice de l'activité, sans entraîner d'engagements excessifs eu égard aux ressources de l'entreprise »[444]. En régime de communauté des biens, la coexploitation conjugale implique nécessairement la superposition de deux gestions exclusives dévolues aux époux, qui aboutit à une gestion concurrente de l'entreprise ainsi cogérée.

B.- En droit italien

163. L'entreprise conjugale est le lieu de la manifestation de la coexploitation d'une entreprise individuelle par des conjoints soumis au régime communautaire. Cette notion d'entreprise conjugale a été dégagée par la Doctrine à partir de l'article 177 d) du Code civil relatif à l'objet de la communauté légale entre époux. Les conjoints gèrent ensemble une même activité. Leur rapport est caractérisé par la notion d'égalité. Tout comme en droit français, l'entreprise conjugale implique une gestion concurrente d'une même activité, ce qui exclut l'existence d'un lien de subordination juridique entre les intéressés. Les deux époux ont un pouvoir décisionnel égal et une responsabilité similaire.

164. L'entreprise conjugale fait l'objet d'une codification particulière et doit être distinguée de ce que le droit italien nomme l'entreprise familiale. En effet, comme nous l'avons vu, l'article 230 bis du Code civil relatif à l'entreprise familiale s'applique à la situation où un conjoint collabore à l'activité gérée par l'autre époux. Dans cette hypothèse, les époux n'exploitent pas sur un pied d'égalité une même activité. Seul l'un d'entre eux endosse la qualité de chef d'entreprise et peut engager personnellement ses biens et sa responsabilité personnelle à l'égard des tiers. Pour distinguer l'entreprise conjugale de l'entreprise familiale, il est nécessaire de s'intéresser à « l'activité développée de manière concrète par le conjoint afin d'établir quelles sont les modalités qui impliquent une gestion commune de l'entreprise »[445]. Cette gestion concrète doit être révélée aux tiers par des manifestations extérieures leur laissant supposer qu'ils ont à faire à une entreprise conjugale.

[443] En matière agricole, le conjoint collaborateur et le conjoint coexploitant réalisent des actes d'administration pour les besoins de l'exploitation (C.rur., art. L. 321-1).
[444] A. KARM, *L'entreprise conjugale*, Th. préc., p. 48-49.
[445] C. SEVERI, *Impresa coniugale ed impresa familiare*, *Famiglia Persone e Successioni*, *UTET*, n° 3, Févr. 2007, p. 133.

165. L'entreprise conjugale recouvre deux situations bien spécifiques ayant deux dénominateurs communs : un facteur relatif à la « gestion » et un facteur temporel. La première situation concerne le cas où l'*azienda*[446] est gérée par les deux conjoints ensemble et constituée après le mariage. L'entreprise fait alors partie du patrimoine conjugal. Les biens de l'entreprise et ceux issus du patrimoine conjugal non affectés à l'exploitation peuvent être engagés par les époux. Ce qui présente un risque considérable pour la famille. En effet, à titre subsidiaire, les créanciers de l'entreprise pourront réclamer le paiement de leur dette sur les biens personnels de chacun des conjoints sur le fondement de l'article 190 du Code civil en cas d'insuffisance d'actif de l'entreprise. Dans la seconde hypothèse envisagée par l'article 177 d) du Code civil, l'*azienda* appartient à l'un des conjoints antérieurement à la célébration du mariage mais est gérée par les deux. L'entreprise est alors exclue du patrimoine conjugal dans lequel ne tombent que les bénéfices et les accroissements. Seuls les bénéfices et les accroissements seront soumis au régime de la communauté de biens.

Selon Monsieur le Professeur Eduardo Bottiglieri, il est possible de superposer une entreprise conjugale et une entreprise familiale[447], lorsque la gestion appartient communément aux époux et que d'autres membres de la famille collaborent à leur activité sans lien de subordination et sans avoir constitué entre eux une société. Les rapports entre époux seront régis par les règles propres à l'entreprise conjugale tandis que les rapports entre les époux et les membres de la famille collaborateurs seront soumis aux dispositions de l'article 230bis du Code civil.

Section 2 : Le statut de conjoint collaborateur en droit positif

166. La France et l'Italie se sont donc dotées d'une protection spéciale du conjoint collaborant dans l'entreprise familiale, peu importe le régime matrimonial choisi. La collaboration *stricto sensu* apparaît comme l'un des statuts privilégié parallèlement aux statuts d'associé et de salarié. Après une analyse comparative des deux systèmes, il apparaît de grandes similitudes entre les deux droits, qui constitueront la trame de notre démarche et les quelques divergences subsistant seront développées au fur et à mesure de l'avancée de notre étude.

[446] L'*azienda* est légalement définie comme « le complexe des biens organisé par l'entrepreneur pour l'exercice de son entreprise » (C.civ., art. 2555)
[447] E. BOTTIGLIERI, « L'entreprise familiale et l'entreprise conjugale en droit italien », in *L'entreprise familiale en Europe*, Colloque international, préc. p. 171.

167. En droit français, la charge de la définition est revenue au pouvoir réglementaire, qui en a délimité les contours[448] en matière commerciale, artisanale et libérale, à l'article R. 121-1 du Code de commerce[449] : « est considéré comme conjoint collaborateur le conjoint d'un chef d'une entreprise commerciale, artisanale ou libérale, qui exerce une activité professionnelle régulière dans l'entreprise sans percevoir de rémunération et sans avoir la qualité d'associé au sens de l'article 1832 du Code civil ». En droit italien, le conjoint relevant des dispositions de l'entreprise familiale prévues à l'article 230bis du Code civil est celui qui exerce de façon continue un travail dans la famille ou dans l'entreprise familiale en l'absence de rapport juridique différent.

168. En droit français et italien, le statut de conjoint collaborateur se caractérise par ses conditions d'exécution. Les lois française et italienne n'exigent aucun formalisme particulier. Seul le droit français impose des mesures de publicité[450] à titre d'information pour les partenaires et les créanciers de l'entreprise.

169. **En droit français**. Le chef d'entreprise a l'obligation de mentionner le statut choisi par son conjoint auprès des organismes habilités à enregistrer l'immatriculation de l'entreprise (C.com., art. L121-4, IV) par l'intermédiaire du centre de formalités des entreprises[451]. Ce formalisme a un double emploi : matérialiser l'accord des conjoints et avertir les tiers de l'existence de cette collaboration professionnelle qui investit le conjoint collaborateur de certains pouvoirs au sein de l'entreprise comme nous le verrons ultérieurement. La mention du choix du statut de conjoint collaborateur peut être réalisée, lors de la création de l'entreprise [452] par faveur pour le conjoint ou en cours d'exploitation en fonction du moment où les conditions propres au statut de conjoint collaborateur sont réunies. Le chef d'entreprise devra alors dans les deux mois à compter du respect de ces conditions, accomplir la déclaration selon laquelle le conjoint exerce une activité professionnelle régulière dans l'entreprise sans percevoir de rémunération et sans avoir la qualité d'associé au

---

[448] V. B. SAINTOURENS, *La réforme du statut de conjoint du chef d'entreprise : l'apport du décret d'application*, *RTD Com*. 2006, p. 757.

[449] V. l'article 1er du Décr. n° 2006-966 du 1er août 2006 relatif au conjoint collaborateur, *JO* 3 août 2006, p. 11580, et rectif. *JO* 26 août 2006, p. 12 683 ; H. LECUYER, *Le conjoint collaborateur après le décret du 1er août 2006*, *Dr. sociétés* n°12, Décembre 2006, étude 20 ; S. CASTAGNE, *Entreprise individuelle, J-Cl.* Fasc. 3, mise à jour 2007, 520, p. 4, §. 11.

[450] Décr. n°2006-966 du 1er août 2006 relatif au conjoint collaborateur, art. 5 à 9, *JO* 3 août 2006, p. 11580

[451] Le Centre de formalités des entreprises informe le conjoint collaborateur par lettre recommandée avec demande d'avis de réception de la déclaration d'option du statut de conjoint collaborateur et des déclarations de modification ou de radiation.

[452] Il est à noter que la mention sur les registres publics doit être réalisée à partir du moment où les conditions propres au statut de conjoint collaborateur sont réunies, ce qui nécessite un commencement d'exécution pour être vérifiables. Il résulte donc de la loi un antagonisme qui est favorable au conjoint.

sens de l'article 1832 du Code civil[453]. Corrélativement, la radiation du conjoint collaborateur doit également faire l'objet d'une mention au Centre de formalité des entreprises dans le délai de deux mois à compter de la cessation du délai de ces conditions.

170. En matière agricole, l'option choisie pour la qualité de collaborateur d'exploitation ou d'entreprise agricole est notifiée à la caisse de mutualité sociale agricole ou à la caisse générale de sécurité sociale dont relève le chef d'exploitation ou d'entreprise. La notification peut revêtir deux formes : elle peut être réalisée soit par lettre recommandée avec avis de réception, soit par dépôt de la déclaration à la caisse contre décharge. Elle est revêtue de la signature du déclarant et accompagnée d'une attestation sur l'honneur faite par le déclarant qu'il participe, sans être rémunéré, à l'activité non salariée agricole ou à l'activité non salariée non agricole de son époux[454] (C. rur., art. R. 321-1, I). Toute modification intervenue dans les conditions d'exercice de leurs activités professionnelles ou dans leur situation civile ou familiale doit être transmise par les conjoints à la caisse de mutualité sociale agricole ou caisse générale de sécurité sociale dont ils relèvent. Lorsque la caisse de mutualité sociale agricole ou la caisse générale de sécurité sociale constate que ces conditions ne sont plus réunies, elle avise le conjoint collaborateur qu'en l'absence de contestation de sa part dans un délai d'un mois à compter de cette notification, il cesse de bénéficier de la qualité de collaborateur d'exploitation ou d'entreprise agricole (C.rur., art. R. 321-1, I, in fine).

171. **En droit italien**. Il n'existe pas de formalisme similaire quant à l'inscription du conjoint collaborateur sur un registre légal. Contrairement au droit français, le chef d'entreprise n'a pas à mentionner dans le registre des entreprises [il Registro delle imprese][455] la collaboration professionnelle exercée par son époux au titre de l'article 230 bis du Code civil. Le statut de collaborateur n'a donc pas à faire l'objet de mesure de publicité. Aucune formalité n'est prescrite par la loi. Dans les rapports internes, le statut de collaborateur peut résulter d'un acte juridique, mais celui-ci n'est pas expressément exigé par la loi. Une déclaration de volonté n'est pas nécessaire[456]. Le statut peut se déduire du comportement de son auteur, qui traduit la réalisation d'une coopération continue à l'activité de l'entreprise ou

[453] Article 5, 2° du décret du 1er août 2006.
[454] Tel est également le cas pour le concubin ou, si les personnes sont liées par un pacte civil de solidarité, pour le pacsé ; sur l'ouverture du statut de conjoint collaborateur à ces deux formes de conjugalité, v. infra.
[455] Les chefs d'une entreprise agricole, commerciale ou artisanale doivent s'inscrire sur un registre unique dénommé le registre des entreprises prévu aux articles 2188 à 2194 du Code civil. Ce registre est public et a pour but de porter à la connaissance des tiers des éléments essentiels concernant l'entreprise (C.civ., art. 2196).
[456] Cass. 16 avr. 1992, n°4650, *Mass. Giur. It.*, 1992.

au sein de la famille, lorsque le chef d'entreprise ne s'y est pas opposé [457]. Sa participation à l'entreprise familiale n'est pas automatique en l'absence de volonté en ce sens. Dans les rapports externes, pour que le conjoint soit reconnu collaborateur, il n'y a pas lieu de réaliser une déclaration mentionnée sur le registre approprié. Or, cette mesure de publicité informerait les tiers de la participation du conjoint à l'activité professionnelle et permettrait au conjoint de bénéficier efficacement de ce statut. En cas de conflit, le problème va résider sur la preuve à apporter par le conjoint concerné ou par les tiers de sa participation à l'entreprise familiale. Cette preuve sera d'autant plus difficile à rapporter lorsque la participation de l'époux se caractérise par le « travail exécuté au sein de la famille ». La preuve de la collaboration peut être apportée par tout moyen.

I.- Le cadre juridique

172. Le lieu d'exécution de la prestation est le lieu de l'entreprise, point d'encrage à l'exécution de la collaboration. L'article L. 121-4 du Code de commerce et l'article 230bis du Code civil italien visent tous les deux l'entreprise familiale. Or, le droit français ne définit pas une telle notion, alors qu'en droit italien, la définition de l'entreprise familiale se déduit de l'article 230 bis du Code civil : elle est l'entreprise à laquelle participe les membres d'une même famille précisément mentionnés. Initialement, la collaboration professionnelle entre les époux n'était envisagée qu'au sein de l'entreprise individuelle. Tel est toujours le cas en droit italien, mais le législateur français à souhaiter ouvrir son application à certaines sociétés.

A.- L'entreprise individuelle

173. **En droit français**. La loi française n°82-596 du 10 juillet 1982 est relative, comme son titre l'indique, aux conjoints d'artisan et de commerçant travaillant dans l'entreprise familiale. La loi française ne vise qu'un seul lieu, celui de l'entreprise. Initialement, seule l'entreprise exploitée individuellement pouvait accueillir le conjoint collaborateur. La loi °2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie venue modifier l'article L. 121-4 du Code de commerce a maintenu l'entreprise individuelle comme cadre juridique à l'exercice du statut de conjoint collaborateur. Si elle reste la forme la plus répandue où s'exerce le statut de conjoint collaborateur, elle n'est plus l'unique structure d'accueil puisque le législateur a étendue la règle à certaines entreprises exploitées sous forme de sociétés.

[457] Cass., Sez. Un., 4 janv. 1995, n° 89, *Comuzzi* c/ *Peresson*, *Vita Notarile* n° 2, Mai-août 1997, p. 699.

174. **En droit italien**. Lorsque la collaboration professionnelle entre époux existe, celle-ci a lieu au sein de la structure dénommée entreprise familiale. En raison de la particularité de sa composition, et des prérogatives reconnues au conjoint et aux collaborateurs familiaux[458], la question s'est posée de la nature individuelle ou non de cette organisation. Un important débat est né en doctrine : bien qu'une partie de la doctrine considère que cette dernière est exploitée sous forme collective[459], la doctrine majoritaire et la jurisprudence considèrent que l'entreprise qui accueille le conjoint collaborateur a une nature individuelle dans ses rapports externes. Ainsi seul le titulaire de l'entreprise est désigné comme le chef de celle-ci [460]. Le conjoint ne participe pas à sa gestion : si tel est le cas, l'entreprise peut être requalifiée d'entreprise conjugale[461].

Le droit français a élargi le cadre juridique du statut de conjoint collaborateur désormais admis dans certaines entreprises exploitées sous forme de société.

B.- L'entreprise exploitée en société

175. L'entreprise doit en principe être individuelle pour accueillir le conjoint collaborateur. En droit italien, le statut de conjoint collaborateur tel que défini à l'article 230bis du Code civil n'est applicable qu'à l'hypothèse d'une entreprise exploitée individuellement dont l'un des époux est le chef d'entreprise. Son application est donc exclue pour les entreprises

[458] V. sur ce point *infra* : partie 2, titre 1, chapitres 1 et 2.
[459] En Italie, la question s'est posée de déterminer la nature juridique de l'entreprise familiale. Pour de nombreux auteurs, il s'agit d'une « forme nouvelle, d'une entreprise sui generis ». V. M. E. BOTTIGLIERI, « L'entreprise familiale et l'entreprise conjugale en droit italien », *op. cit.*, p. 171.
La Cour de cassation italienne a reconnu la nature individuelle de l'entreprise familiale dans sa décision rendue le 27 juin 1990, dans laquelle elle a considéré que « dans le cadre de l'entreprise familiale, prévue par l'article 230 bis du Code civil, caractérisée par l'absence de liens de sociétaire et par l'inexistence d'un rapport de travail subordonné entre les membres de la famille et le chef (tel que reconnu par les participants sur la base de son ancienneté et/ou de son plus grand apport de capitaux dans l'entreprise), il faut distinguer un aspect interne, constitué par le rapport social entre les membres de la famille en ce qui concerne la réglementation des avantages économiques de chaque membre, et un aspect externe, dans lequel l'accent est porté sur la figure du membre entrepreneur, véritable, unique et effectif gérant de l'entreprise, qui prend à son compte les droits et les obligations découlant des relations avec les tiers et qui répond de façon illimitée et solidaire sur ses biens personnels, distincts des biens communs et indivis du groupe familial, eux-aussi d'ailleurs objet de la garantie patrimoniale générale prévue par l'article 2740 du Code civil. Il s'en suit que la faillite de cet entrepreneur ne s'étend pas automatiquement à celui qui participe simplement à l'entreprise familiale ». Cass., 27 juin 1990, n° 6559, *Giur. It.* 1991, I, 1, c. 428.
Cette même solution a été réaffirmée deux ans plus tard dans une décision rendue le 25 juillet 1992 par la Cour de cassation qui reconnaissait que « l'entreprise familiale prévue à l'article 230 bis, qui appartient toujours à son titulaire, les membres de la famille ayant seulement droit à une partie des bénéfices » : Cass. 25 juin 1992, n° 8959, *Mass. Giur. It.* 1992.
[460] Cass. 2.4.92, 4030, *GC* 1992, I, 2339.
[461] V. *supra* au présent chapitre.

exploitées sous form e c ollective. Cependant, en France, ce statut a été élargi à l'entrep rise exploitée sous forme de société dans des cas limités[462].

176. En matière commerciale, artisana le et libé rale, la loi énum ère strictement les sociétés habilitées à accueillir le conjoin t co llaborateur. Les socié tés bénéfician t de cette ou verture sont l'entreprise unipersonnelle à responsabil ité lim itée (EURL), la so ciété à responsabilité limitée (SARL) et la société d'exercice libéra le à responsabilité lim itée (SELARL) (C. com ., art. L. 121-4 II al. 1). En effet, la loi prévoi t expressém ent à l'article L.121-4 II alinéa 1 du Code de commerce que le statut de conjoint collaborateur n' est ouvert qu'au conjoint du gérant associé unique ou du gérant associé m ajoritaire d'une société à responsabilité lim itée ou d'une société d'exercice libéral à responsabi lité limitée. Une telle ex igence s'explique par le fait que le conjoint gérant associé doit contrôler la société en sa qualité de chef d'entreprise. Cette possibilité vient d'être reconnue au conjoint du gérant minoritaire d'une SARL relevant d'un collège de gérance m ajoritaire. En effe t, le Com ité de coordination du Registre du commerce et des sociétés interprété de manière extensive la condition posée à l'article L. 121-4 du Code de commerce relative à la gérance majoritaire[463].

177. La loi limite ce statut aux sociétés de petite taille, dont le fondateur est généralement le dirigeant, et qui ne sont pas en m esure d' employer le conjoint au m oyen d'un contrat de travail. Or, le lég islateur n'a pas so uhaité éten dre cette possibilité a ux sociétés par actions simplifiées unipersonnelles créées par la loi d e modernisation de l'écon omie du 4 août 2008. En matière agricole, la loi prév oit expressém ent la possibilité pour le conjoint de l' associé d'une exploitation ou d' une entreprise agricole constituée sous la f orme d'une société d'opter pour le statut de collaborateu r lorsqu' il y exerce son activité professionnelle et n' est pas associé de ladite société (L. 321 -5 al. 3). Toutef ois, l'effectif[464] de ces sociétés ne doit pas dépasser vingt salariés (C.com ., art. R. 121-3). Au -delà de ce seuil, le conjoint ne peut être que salarié ou associé. En cas de dépassement de ce seuil sur une période de vingt-quatre mois

[462] V. par exemple, J. M ONNET, *Conjoint du gérant associé unique ou associé majoritaire*, Dr. s ociétés n°12, Décembre 2005, comm . 222 ; M. STOR K, Q. URBAN, I. R IASSETTO, *Chronique de droit des soci étés*, *Banque & Droit* n°1 09, Sept.-Oct. 2006, p. 79. B. S AINTOURENS, *La réforme du st atut du co njoint du chef d'entreprise tra vaillant da ns l'en treprise f amiliale (L. n°20 05-882, 2 août 200 5 en fa veur des petites et moyennes entreprises, art. 12, JO 3 août 2005)*, *RTD Com* 2005, p. 705 ; S. CASTAGNE, *Le statut de conjoint collaborateur : p resque une réalité ! Ap rès les d écrets n°2006-966 du 1er aoû t 200 6 et n °2006-1313 du 25 octobre 2006*, *JCP N.* n°51-52. 22 décembre 2006, p. 2442.

[463] V. Les av is n°07-18 et 0 8-35 du Co mité de co ordination du Registre du commerce et des sociétés (CCRS) mis en ligne le 29 juillet 2010.

[464] L'appréciation de cet effectif devra être réalisée conformément aux dispositions des articles L. 117-11-1 et L. 620-10 du Code du travail.

consécutifs, la loi prévoit la radiation de la mention de conjoint collaborateur par le chef d'entreprise dans les deux mois (C.com., art. R.121-4).

178. La loi limite donc cette extension aux sociétés où l'associé a une responsabilité limitée et de petite taille. Le but du législateur est de réserver le statut de conjoint collaborateur aux sociétés ne pouvant pas accorder le statut de salarié en l'absence de moyens financiers suffisants.[465]. Sont donc exclues les sociétés à responsabilité limitée à gérance minoritaire, les sociétés anonymes, les sociétés anonymes simplifiées, les sociétés de personnes et les sociétés civiles artisanales à responsabilité limitée. Le choix effectué par le conjoint doit être porté à la connaissance des autres associés minoritaires, en plus de la publicité légale devant être accomplie. Ce choix devra être communiqué lors de la première assemblée « générale »[466] suivant la mention de ce statut auprès des organismes habilités (C.com., art. L. 121-4 II alinéa 2 ; C.rur. R. 321-1). Sans formalisme particulier, une simple communication orale émanant du dirigeant paraît suffire, mais elle peut résulter d'une résolution aux termes de laquelle l'assemblée générale prend acte du choix opéré par le conjoint de bénéficier d'un tel statut[467]. En matière agricole, la loi d'orientation du 9 juillet 1999 a étendu le statut de conjoint collaborateur au « conjoint de l'associé d'une exploitation ou d'une entreprise agricole constituée sous la forme d'une société », lorsque celui-ci n'est pas lui-même associé et sous réserve de l' application des dispositions de l' article L. 321-1 du Code rural et de la Pêche maritime (C.rur., art. L. 321-5 al. 3)[468].

Indépendamment du cadre juridique, les conditions de fond propres au statut de conjoint collaborateur peuvent être classées en deux catégories : les conditions positives et les conditions négatives.

II.- Les conditions positives

La catégorie des conditions positives comprend les conditions, qui doivent être respectées pour prétendre au statut de conjoint collaborateur.

---

[465] V. Sénat, Rapport Cornu n°333, 11 mai 2005, p. 71 ; S. CASTAGNE, *Le conjoint du chef d'entreprise*, *Litec* 2008, spéc. p. 112, §. 359 ; H. AZARIAN, *Artisanat*, *J.-Cl. Commercial*, Vol. 1, n°113.
[466] Le législateur a utilisé l'expression d' « assemblée générale » alors que celle-ci n'existe pas dans la SARL. Cet écueil a été notamment dénoncé par Monsieur Bernard Saintourens, v. B. SAINTOURENS, *La réforme du statut de conjoint du chef d'entreprise travaillant dans l'entreprise familiale*, op. cit. p. 701.
[467] V. sur ce point, H. AZARIAN, *Artisanat*, *J.-Cl. Commercial*, *op. cit.*, n°113.
[468] Cet article a été modifié par l'ordonnance n°2010-461 du 6 mai 2010.

A.- L'existence d'une union juridique

179. A l'origine, le statut de conjoint collaborateur ne concernait que les époux, c'est-à-dire les gens de sexe différent unis entre eux par les liens du mariage. Si cette affirmation est toujours valable en droit italien, elle ne l'est plus véritablement en droit français. L'intégration des unions hors mariage dans la collaboration professionnelle au sein de l'entreprise familiale a fait inévitablement évoluer la définition du terme « conjoint ».

1.- La solution en droit français

Longtemps, le statut de conjoint collaborateur a été réservé exclusivement comme son nom l'indique au conjoint du chef d'entreprise, que l'activité exercée ait une nature commerciale, artisanale, agricole ou libérale. Le conjoint était donc traité avec d'avantage de considération que le concubin. Ce privilège pouvait s'expliquer par le fait que les unions hors mariage étaient encore peu nombreuses au début des années quatre-vingts bien que le phénomène commença à se développer. Aujourd'hui, le législateur français a fait preuve d'audace par rapport aux unions hors mariage mais une audace limitée dans la mesure où elle ne concerne que l'activité agricole. En effet, jusqu'à l'entrée en vigueur de la loi n°2006-11 du 5 janvier 2006 d'orientation agricole, seul le conjoint de l'agriculteur pouvait bénéficier d'un tel statut. Mais, cette solution a été modifiée au profit des unions hors mariage comme nous le verrons ultérieurement.

180. **En France**. La loi du 10 juillet 1982 visait expressément le conjoint du chef d'entreprise. Une telle dénomination a été reprise par la loi du 2 août 2005. Il a longtemps été exigé que le collaborateur soit marié à l'exploitant immatriculé à titre principal. Le statut était refusé aux concubins, aux membres d'un PACS, aux ascendants et descendants. Les règles édictées à l'article L121-4 du Code de commerce s'appliquaient donc exclusivement au conjoint du commerçant, de l'artisan ou du professionnel libéral, qui souhaite opter pour l'un des statuts offert par la loi. Cette situation s'appliquait indifféremment à l'homme ou à la femme mais ne visait que les couples de sexe différent. Seul le conjoint faisait l'objet d'un traitement spécifique. Le législateur a entendu valoriser et favoriser le travail fourni par le couple dont l'union est institutionnalisée par la célébration du mariage. Avec l'adoption de la loi n° 2005-882 du 2 août 2005, le législateur n'a pas saisi l'opportunité d'élargir le statut du conjoint du chef d'entreprise à toutes les formes de couple ou à tout le moins aux pacsés. Un tel élargissement aurait permis d'anticiper le rapprochement effectué par la loi du 23 juin

2006 entre le mariage et le PACS. Interrogé expressément sur l'application par analogie de l'article L. 121-4 du Code de commerce aux concubins et aux pacsés, le législateur a répondu que cet article visait exclusivement le conjoint refusant ainsi le bénéfice d'une telle règle aux unions hors mariage[469]. Mais cette interdiction ne fut pas maintenue car une nouvelle disposition législative est venue réformer le dispositif.

181. **L'extension**. Aujourd'hui, l'application des dispositions du Code de commerce concernant la participation du conjoint à l'entreprise familiale est applicable aux deux unions juridiques que connaît le droit français (C.com., art. L. 121-8). Le mariage n'est plus considéré isolément et sa suprématie se trouve limiter dans le cadre de la collaboration conjugale. Mais, cette ouverture est le fruit d'une lente évolution de la réglementation propre au PACS qui prévoit désormais des régimes patrimonial et extrapatrimonial applicables à ses partenaires. Cet élargissement s'inscrit dans un contexte social et économique difficile où l'activité d'entreprise est encouragée et l'égalité des unions juridiques améliorée.

182. **La réforme du PACS**. Le PACS a été créé en France par la loi du 15 novembre 1999[470], qui a introduit dans le Code civil un titre douzième intitulé « Du pacte civil de solidarité et du concubinage ». Une loi spécifique a donc créé une union légale en marge du mariage, dont la promulgation a fait couler beaucoup d'encre [471]. De nombreux auteurs ont déploré le manque de perfection d'un texte qui a suscité autant de doute qu'il n'a créé de certitudes et ont dénoncé les défauts de cette loi [472] tant en ce qui concerne la publicité, le fonctionnement que la liquidation du PACS. Unanimement, la doctrine a décrié une loi ambiguë. En dépit de ces défauts, le contentieux fut peu important[473]. Quant à sa nature

---

[469] Selon plusieurs réponses ministérielles concordantes, le statut de conjoint collaborateur n'était ouvert ni aux partenaires ni aux concubins. *JO* du 9 juin 2003, Déb. Ass. Nat. Questions et réponses p. 4500

[470] Loi n°99-944 du 15 novembre 1999,

[471] Pour des commentaires sur la loi, v. : J. RUBELLIN-DEVICHI, *JCP* 1999, *Actualité* n° 43 ; CHARBONNEAU et PANSIER, *Gaz. Pal.* 19-20 nov. 1999, COURTRAY, *RDS* 2000, 1. ; LEMOULAND, *D* 1999, Chron. 483 ; Th. REVET, Chron. Lég. *RTD civ*. 2000. 173; *Dr. Fam.*, déc. 1999, numéro hors série 12 ter (études B. BEIGNIER, A. BENOIT, P. CATALA, J. COMBRET, F. DOUET, G. DRAGO, H. FULCHIRON, F. GRANET, J. HAUSER, C. LE FOYER de COSTIL, L. LEVENEUR, P. MALAURIE, J.-P. MICHEL, J.-P. POULIQUEN, A. SERIAUX et F. TERRE).

[472] V. notamment, B. BEIGNIER, *Pacte Civil de Solidarité et Indivision : visite aux enfers*, *Defrénois* n° 10, 2000, p. 20.

[473] CE, 28 juin 2002, *JCP G*, 2003, I, 101, n°3, obs., H. Bosse-Platière ; *RFDA* 2002, 723, concl. Boissard ; *RTDCiv*. 2002, 785, obs. J. HAUSER ; 23 mai 2003, D. 2004, 295, note J. Gourdou et J.-J. Lemouland ; 8 décembre 2001, *D.* 2001, 956, concl. C. Maugue ; *D.* 2002, somm. 615, obs. J.-J. Lemouland ; *Dr Famille* 2001 comm. n°36, note B. Beignier.
C.A., DOUAI, 27 Février 2003, RTDCiv. 2003, 684, obs. J. Hauser ; *D.* 2004, somm. Comm., 2969, obs. J.-J. Lemouland, sur l'incompétence du JAF pour la liquidation des intérêts communs des partenaires.
T.G.I. Lille, ord. prés., 5 juin 2002, *D.* 2002, p. 515, note X. Labbé, *Dr Famille* 2003 n° 57, note B. Beignier, *RTD Civ*. 2003, p. 270, obs. J. Hauser, sur la validité du constat d'adultère entre pacsés et l'obligation de fidélité.

solennelle ou consensuelle liée à ses modalités de formation et d'enregistrement, Monsieur le Professeur Jean Hauser a conclu à un « statut d'intermédiaire »[474] du PACS, situé à la croisée de l'acte solennel et consensuel. La loi n° 2006-728 du 23 juin 2006 portant réforme des successions a modifié le régime du PACS [475]. Il a semblé très étrange que la modification législative du PACS soit réalisée par une telle loi[476] et non par un texte spécifique. Toutefois, cette modification aussi considérable soit-elle est passée tout en douceur sans un bruit comme la brise d'un soir d'été. La loi nouvelle a renforcé la dimension sociale du Pacs sans pour autant créer un « état conjugal des partenaires »[477]. Selon certains auteurs, cette loi modifie le PACS « au moyen d'un emprunt massif au droit du mariage »[478], la loi « ne se contente pas d'amender ou de corriger : elle transforme le nature même du PACS »[479] et apporte de véritables améliorations, qui étaient nécessaires. Les principaux buts poursuivis par le législateur sont : sécuriser, simplifier et améliorer son élaboration, son enregistrement et sa publicité. Le PACS est un contrat[480] d'une nature particulière[481] en ce qu'il crée un « mode de conjugalité »[482], coexistant avec le mariage, mais apparaissant comme « moins contraignant au plan personnel et moins complet au plan patrimonial »[483]. En raison du nombre important de PACS conclus, il n'est plus une réalité marginale pouvant être niée. Le PACS devient un élément de l'état des personnes[484], pour autant seul le mariage s'articule autour de la notion de famille[485]. Certains auteurs regrettent que le législateur n'ait pas pris le soin d'insérer une

---

[474] J. HAUSER, Le Pacte civil de solidarité est-il un contrat consensuel ou un contrat solennel ?, Defrénois n°11/01, p. 673.

[475] Certaines dispositions modifiant le PACS ont été inspirées par les propositions faites par le groupe de travail constitué par le gouvernement et qui a remis au Garde des Sceaux un rapport le 30 novembre 2004. V. à ce sujet les observations de V. LEMOULAND et VIGNEAU, obs. D. 2005, Pan. 809, spéc. 815.

[476] V. V. LARRIBAU-TERNEYRE, *La réforme du PACS dans la réforme du droit des successions ?*, *Dr. Fam.*, mars 2006, Repère p. 1.

[477] J.-M. COQUEMA, C. BARTHELET, *106e Congrès des notaires de France Couples, patrimoine : les défis de la vie à 2. Analyse comparée de la nature juridique du mariage, du PACS et du concubinage*, *op. cit.*, p. 22, §. 21.

[478] J.-J. LEMOULAND et D. VIGNEAU, *Droit des couples - Mariage - Concubinage - Pacte civil de solidarité*, Février 2006 – Mars 2007, *D* 2007, n°22, p. 1561, spéc. p. 1569.

[479] V. H. FULCHIRON, *Le nouveau PACS est arrivé !*, *op. cit.*

[480] La nature contractuelle du PACS affirmée par le Conseil constitutionnel a été maintenue par la loi du 23 juin 2006 : Cons. const., déc., 9 nov. 1999, n°99-419 DC (*JO* 16 nov. 1999) : « que l'objet des articles 515-1 à 515-7 du Code civil est la création d'un contrat spécifique conclu par deux personnes physiques majeures en vue d'organiser leur vie commune… ».

[481] J.-M. COQUEMA, C. BARTHELET, *106e Congrès des notaires de France Couples, patrimoine : les défis de la vie à 2. Analyse comparée de la nature juridique du mariage, du PACS et du concubinage*, *op. cit.*, pp. 22-23.

[482] V. V. LARRIBAU-TERNEYRE, *L'amélioration du PACS, un vrai contrat d'union civile. A propos de la loi du 23 juin 2006* , *op. cit.*, p. 9 ; X. LABBÉE, *PACS : encore un tout petit effort*, *AJ Fam.*, p. 8 ; E. MULON, *Le PACS : un nouveau mode de conjugalité*, *RJPF* 2007, n°4, p. 8.

[483] V. V. LARRIBAU-TERNEYRE, *L'amélioration du PACS, un vrai contrat d'union civile. A propos de la loi du 23 juin 2006*, *op. cit.* p. 10.

[484] V. en ce sens V. LARRIBAU-TERNEYRE et H. FULCHIRON, *op. cit.*

[485] V. en ce sens V. LARRIBAU-TERNEYRE, *L'amélioration du PACS, un vrai contrat d'union civile. A propos de la loi du 23 juin 2006*, *op. cit.* p. 9 ; J.-M. COQUEMA, C. BARTHELET, *106e Congrès des notaires*

disposition relative au conflit de droit internationale privé[486] contrairement à la proposition faite par le groupe de travail, mais il faut souligner le particulier effort réalisé par le législateur pour améliorer la situation des pacsés, bénéficiant désormais d'une dimension conjugale et personnelle[487]. L'amélioration du régime du PACS s'accompagne de la prise en considération de la collaboration professionnelle entre eux.

183. **L'ouverture en matière agricole**. Dans les entreprises agricoles, le statut de conjoint collaborateur est ouvert au conjoint, au partenaire et au concubin. La loi n°2006-11 d'orientation agricole du 5 janvier 2006[488] est venue modifier l'article L. 321-5 du Code rural, en permettant, à compter du 1er janvier 2007, au pacsé ou au concubin du chef d'exploitation ou d'entreprise agricole exerçant sur l'exploitation ou au sein de l'entreprise une activité professionnelle régulière d'opter pour différents statuts : collaborateur ou salarié du chef d'exploitation ou d'entreprise agricole[489]. L'égalisation entre les différentes formes de conjugalité est assurée par le droit rural. Cette reconnaissance a constitué une grande avancée dans la reconnaissance juridique de la collaboration *lato sensu* des unions hors mariage, puisque désormais la collaboration professionnelle des partenaires d'un PACS ou des concubins est consacrée dans le cadre de l'exploitation ou de l'entreprise agricole. Cependant, le texte ne reconnaît pas formellement aux pacsés et aux concubins les mêmes prérogatives que connaît l'époux en sa qualité de conjoint collaborateur[490]. L'incertitude existant en droit civil quant à la nature et à la vocation du PACS au moment de sa création pouvait expliquer le manque de considération de cette forme de conjugalité par le droit commercial. Quant au concubinage, sa nature même explique sa faible considération en matière commerciale[491]. Mais l'amélioration du régime juridique du PACS en matière civile et l'assimilation du pacsé à l'époux en matière de collaboration professionnelle dans le domaine agricole puis dans les autres domaines d'activité accentuent le rapprochement du PACS et du mariage. Ces

---

de France Couples, patrimoine : les défis de la vie à 2. Analyse comparée de la nature juridique du mariage, du PACS et du concubinage, *op. cit*., spéc. p. 23, §. 29.

[486] V. notamment H. FULCHIRON, *Mariage et partenariats enregistrés homosexuels en droit international privé français*, *RIDC* 2006, p. 409 et s.; G. KESSLER, *Les partenariats enregistrés en droit international privé*, Thèse, *LGDJ* 2004.

[487] J.-M. COQUEMA, C. BARTHELET, *106e Congrès des notaires de France Couples, patrimoine : les défis de la vie à 2. Analyse comparée de la nature juridique du mariage, du PACS et du concubinage*, *op. cit*., p. 23, §. 28.

[488] *JO* 6 Janvier 2006.

[489] V. T. TAURAN, *L'influence de la loi d'orientation agricole sur la protection sociale des agriculteurs*, *Dr. rural* 2006, n°2, Etude 7, §. 20.

[490] Sur les prérogatives, v. *infra* : partie 2, titre 1.

[491] V. *infra* : partie 1, titre 2, chapitre 2.

améliorations attribuent juridiquement au PACS une place importante dans notre système juridique.

184. **La généralisation au PACS de la collaboration professionnelle dans l'entreprise familiale[492].** Désormais, le pacsé peut bénéficier du statut de conjoint collaborateur mentionné à l'article L. 121-4 du Code de commerce. Le législateur français a décidé d'élargir ce statut au partenaire d'un PACS lors de l'adoption de l'article 16 de la loi de modernisation de l'économie n°2008-776 du 4 août 2008 [493]. Par cet élargissement, le PACS se rapproche juridiquement davantage du mariage et ouvre ce statut aux couples de même sexe. Cette démarche du législateur français tient compte de l'évolution actuelle de la société française qui connaît un nombre important de PACS [494]. Le concubin reste donc exclu du bénéfice du statut de conjoint collaborateur en matière commerciale, artisanale et libérale. Mais, cette exclusion devait être temporaire au sens de l'article 19 de la loi du 4 août 2008 [495], car le Gouvernement s'était engagé dans le délai de un an suivant la promulgation de la loi à présenter au Parlement un rapport sur les modalités de l'extension du statut de conjoint collaborateur aux personnes qui vivent en concubinage avec un chef d'entreprise. A l'heure actuelle, aucune proposition en ce sens ne semble avoir été présentée. Il en résulte une discrimination par rapport aux entreprises non agricoles : le concubin reste exclu du bénéfice des dispositions des articles L. 121-4 et suivants du Code de commerce.

2.- La solution italienne

185. La situation n'est pas la même, car outre le conjoint, d'autres personnes peuvent bénéficier de ce statut de collaborateur. Ces personnes doivent être membres de la famille du chef d'entreprise pour se voir appliquer les droits et pouvoirs découlant de ce statut. La sphère familiale concernée par l'application de l'article 230bis du Code civil est largement entendu. Les bénéficiaires sont expressément visés à l'alinéa trois de article 230bis du Code civil. Il s'agit du conjoint, des ascendants et descendants, désignés sous le terme commun de

[492] V. B. SA INTOURENS, *L'extension à la personne liée au commerçant par un pacte civil de solidarité du statut de conjoint du chef d'entreprise (. N°2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie, JO 5 août 2008, p. 12 471)*, *RTD com* 2008, p. 688 : selon l'auteur, cette disposition concrétise « une évolution envisagée par une récente réponse ministérielle (Rép. Min. Le Roux, n°6432, JOAN Q, 25 déc. 2007, p. 8248) ».
[493] *JO* 5 août 2008, p. 12471.
[494] V. *supra* : introduction.
[495] En l'absence de mention particulière de la loi, cet article est entré en vigueur le lendemain du jour de la publication au Journal officiel, soit le 6 août 2008.

« parenti », jusqu'au troisième degré et des alliés [affini] jusqu'au second degré [496]. La question s'est posée devant les tribunaux italiens, de savoir si l'article 230bis du Code civil était applicable aux concubins. De façon épisodique et isolée, certaines décisions se sont posées en faveur de l'application de cette norme à une situation de concubinage [497]. Mais la jurisprudence majoritaire refuse encore l'application de l'article 230bis du Code civil à la famille de fait, en invoquant le fait que celle-ci est fondée sur un rapport précaire[498]. Devant la Cour constitutionnelle, la question a été soulevée de l'illégitimité de l'article 230bis au regard des articles 2, 3 et 36 de la Constitution italienne. La Cour constitutionnelle n'a pas reconnu la possibilité d'assimiler l'union de fait à celle issue du mariage en raison du caractère précaire et révocable de la première face à la condition solide et institutionnelle de la seconde. Mais cette assimilation des concubins aux conjoints est refusée pour l'application de cet article. Seuls le conjoint ou les personnes figurant à l'alinéa 3 de l'article 230bis peuvent se prévaloir du statut de collaborateur du chef d'entreprise. Enfin les tribunaux n'exigent pas une cohabitation entre les membres de la famille. Certaines décisions de justice ont considéré que la séparation personnelle des conjoints ne fait pas cesser automatiquement le statut de conjoint collaborateur[499].

186. En Italie, la démarche suivi par le législateur n'est pas la même puisque le statut de conjoint collaborateur n'est pas réservé exclusivement à l'époux mais s'applique également à d'autres membres de la famille. Toutefois, ce statut ne bénéficie pas aux concubins[500] et il exclut par là même de son domaine d'application les couples de même sexe. Mais, certains tribunaux italiens ont tendance à appliquer, de manière isolée, l'article 230bis aux couples de

[496] Le Code civil italien définit les termes de « parenta » et d' « affine » ainsi que les modalités de calcul de degré. La « parentela » se traduit en français par parenté. Un tel lien est précisé à l'article 74 du Code civil comme le lien existant entre des personnes qui descendent d'un auteur commun. A l'intérieur de la parenté se distingue comme en droit français, la ligne directe et la ligne collatérale. Il se déduit que sont parents en ligne directe les enfants et parents, considérés au sens de « géniteurs », il s'agit donc des personnes que le droit français désigne sous les appellations d'ascendant et de descendant. Sont parents en ligne collatérale les personnes qui ne descendent pas l'une de l'autre mais qui ont un auteur commun : oncle, tante, cousin, cousine…Le degré de parenté se calcule selon les modalités prescrites à l'article 76 du Code civil : en ligne directe, on compte autant de degrés qu'il y a de générations entre les personnes ; en ligne collatérale, les degrés se comptent par génération, en remontant de l'un des parents jusqu'à l'auteur commun, puis en redescendant jusqu'à l'autre parent, sans comprendre dans le calcul, l'auteur commun. La règle est similaire à celle existant en droit français. Le lien d' « affinità » est réglementé par l'article 78 du Code civil qui dispose que ce lien est celui liant le conjoint aux membres de la famille de son époux. L' « affinità » représente donc la famille par alliance.
[497] V. notamment : Trib. Torino 24 nov. 1990, *GI*, 1991, I, 2, 574 ; Trib. Ivrea, Sent. 30 sept. 1981 : le tribunal a considéré que la règle de l'article 230 bis repose sur un rapport stable « d'affection » et de collaboration.
[498] V. Trib. Firenze 18.6.86, *RFI*, 1987, *Famiglia (regime patrimoniale)*, p. 64.
[499] Cass. 22 mai 1991, n° 5741, *FI* 1993, I, 942 ; *DFP* 1992, 167; *Famiglia* 1991, 5954.
[500] Cass. 29 nov. 2004, n° 22405; T. Firenze 18.6.86, *TLG*, 1987, 228; T. Milano 10 oct. 1985, *Società*, 1985, 507.

concubins[501]. La reconnaissance de la valeur constitutionnelle à la famille de fait au même titre que la famille légitime par la Cour de cassation [502] a nourri ce courant isolé de jurisprudence. Cette extension soulève une question délicate de l'élargissement de la notion de famille au concubinage. Une telle position admettrait l'entrée du concubin dans le cercle familial au travers d'une institution propre au droit de la famille, celle de l'entreprise familiale, ce qui serait contraire au mouvement doctrinal majoritaire.

187. Selon le domaine d'activité concerné, l'existence d'une union légale est l'une des conditions nécessaires à l'application du statut de conjoint collaborateur. Au regard des autres conditions nécessaires à l'applicabilité du statut de conjoint collaborateur [503], les exigences textuelles sont les mêmes, peu importe la nature de l'activité. En France, le conjoint collaborateur doit exercer une activité professionnelle de manière régulière au sein de l'entreprise, ne pas percevoir de rémunération et ne pas être salarié ni associé au sens de l'article 1382 du Code civil. La définition du conjoint collaborateur a été complétée par les décrets n°2006-966 du 1er août 2006[504] et n°2006-1313 du 25 octobre 2006, sans en modifier la substance, en ce qui concerne la matière commerciale, artisanale et libérale. En matière agricole, le statut a été précisé par le décret n° 2006-1313 du 25 octobre 2006 [505]. En droit italien, l'article 230bis du Code civil rappelle toutes les conditions indispensables à l'attribution de la qualité de collaborateur dans l'entreprise familiale, sans les définir : l'absence d'un rapport d'une autre nature (contrat de travail ou contrat de société), la réalisation d'une prestation de travail de manière continue au sein de l'entreprise ou au sein de la famille.

La seconde condition positive tient donc aux caractères de la participation du conjoint à l'activité du chef d'entreprise.

---

[501] T. Ivrea, Sent. 30 sept. 1981 : dans cette décision, le juge a considéré que « la règle de l'article 230 bis repose sur un rapport stable d'affection et de collaboration », qui existe en matière de concubinage.
[502] Cass., 15 mars 2006, n° 5632.
[503] Pour des raisons de commodité nous utiliserons l'expression de « conjoint collaborateur », pour désigner également la situation du pacsé ou du concubin ayant opté pour un tel statut dans le cadre d'une exploitation ou entreprise agricole. Nous nous autorisons un tel écart de langage, dans la mesure où la langue française ne nous offre pas de mot ou d'expression recouvrant ensemble les notions d'époux, de pacsé et de concubin. Cela ne nous semble pas superflu ou illogique de concevoir qu'un jour le terme de conjoint puisse s'étendre au pacsé et au concubin. Le terme d'époux, quant à lui, dispose d'un autre synonyme celui de marié.
[504] Le décret n° 2006-966 du 1er août 2006 n'a pas modifié la définition de conjoint collaborateur initialement précisée par l'article 46 de la Loi n°2002-73 du 17 janvier 2002 de modernisation sociale, *JO* 3 août 2006 et réctif. *JO* 26 août 2006 ; *JCP N* 2006, act. 527.
[505] *JO* 27 oct. 2006, p. 15925.

B.- Les caractères de la participation

Pour que la participation du conjoint soit prise en compte dans le cadre de la collaboration professionnelle, elle doit être liée à celle du chef d'entreprise. Cette participation ne produit les effets légaux, qui lui sont attachés, que lorsqu'elle revêt certaines conditions.

1.- Une participation à titre régulier

188. Dans les systèmes juridiques français et italien, le conjoint collaborateur doit participer effectivement à l'activité de l'entreprise. L'analyse comparative révèle des dénominateurs communs à cette coopération qui doit être à la fois continue, réelle et être exercée à titre professionnel. Cependant, ni la loi française, ni la loi italienne ne fixent de critères précis de manière à quantifier la participation du conjoint, du pacsé ou du concubin à l'activité. Leur participation doit se matérialiser pour être constatée et vérifiable. L'appréciation se fait au cas par cas suivant l'activité exercée par le conjoint. Elle relève d'une appréciation des faits réservée au pouvoir souverain des juges du fond.

a.- En droit français

189. La « participation effective » exigée du conjoint collaborateur n'est pas assimilée à une coexploitation. En effet, en cas de coexploitation, les époux ont tous les deux la qualité de commerçant et gèrent ensemble l'entreprise. Cette caractéristique ne se retrouve pas dans une hypothèse de collaboration [506]. La distinction entre collaboration et coexploitation a été formulée expressément dans la loi d'orientation agricole[507] mais elle n'apparaît pas dans l'article L. 121-6 du Code de commerce, qui traite de la collaboration professionnelle des époux. Toutefois cette distinction s'impose. Le collaborateur doit fournir régulièrement ses services, comme s'il s'agissait d'une activité principale mais sans que cela implique une subordination au chef d'entreprise. Le conjoint doit faire preuve d'une initiative limitée. La loi française ne précise pas ce qu'il faut entendre par « activité régulière ». En effet, en droit français et italien, le rapport de collaboration se constitue sur la base d'un comportement volontaire et conscient nécessitant que le conjoint consacre volontairement et spontanément temps et énergie. Cette participation doit être régulière par opposition aux « collaborations

[506] V. *supra*.
[507] La loi n°2006-11 du 5 janvier 2006 (JO, 6 janvier 2006) d'orientation agricole a modifié l'article L. 321-1 du Code rural qui distingue la collaboration de la coexploitation.

occasionnelles ». Cependant la loi du 2 août 2005 ne définit pas la notion « d'activité régulière »[508] et aucun « seuil de présence »[509] n'est fixé. La régularité est-elle entendue comme « synonyme d'ancienneté ou de périodicité »[510] ? Le décret d'application du 1er août 2006 n'apporte pas de précision quant à la notion de régularité visée par la loi : il ne pose qu'une limite, celle du cumul d'activités. Le texte exclut cette régularité lorsque le conjoint exerce parallèlement à l'extérieure de l'entreprise une activité salariée d'une durée au moins égale à la moitié de la durée légale du travail, ou une activité non salariée (Décr. n°2006-966 du 1er août 2006, art. 2). Quand le conjoint exerce hors de l'entreprise de l'autre une activité d'une durée égale ou supérieure à la moitié de la durée légale du travail ou exerce une activité non salariée, sa collaboration est présumée non régulière. Cependant, le texte est silencieux quant au caractère de cette présomption ainsi établie : est-elle simple ou irréfragable ? L'enjeu est important au regard de la preuve en cas de litige [511]. Dans le texte initial, il était prévu que le conjoint travaille exclusivement dans l'entreprise de l'époux entrepreneur. Mais, dépourvue de droits sociaux intéressants, cette situation était peu satisfaisante. Pour remédier à cette situation, le décret du 10 avril 1995 a introduit la possibilité de cumuler le statut de conjoint collaborateur et un contrat de travail à temps partiel conclu à l'extérieur de l'entreprise[512], solution reprise en 2006. Désormais, le conjoint peut, à l'extérieur de l'entreprise, exercer une activité rémunérée à temps partiel pour une durée inférieure à la moitié de la durée légale du temps de travail (C. com., art. R. 121-2). De plus, en pratique rien ne s'oppose à ce qu'un conjoint, qui a liquidé sa pension de retraite pour une précédente activité opte pour le statut de conjoint collaborateur[513].

b.- En droit italien

190. Le Code civil italien considère que la participation du conjoint à l'entreprise familiale doit être fournie de manière continue. A l'instar du droit français, la loi italienne ne précise par ce qu'elle entend par « activité continue ». L'activité doit donc avoir un caractère continu

[508] Selon une circulaire RSI du 12 novembre 2007, la notion d'exercice à titre régulier correspond à « une participation directe et effective à l'activité de l'entreprise, à titre professionnel et habituel, s'intégrant dans l'organisation de l'activité de l'entreprise » : V. Circ. RSI 2007-138, 12 nov. 2007, www.vosges.cci.fr.
[509] A. KARM, *L'entreprise conjugale*, *op. cit.*, p. 90 ; R. RAVONINJATOVO, *La collaboration professionnelle entre époux en matière commerciale*, thèse dacty., Aix-Marseille III, 1990, p. 283.
[510] H. LECUYER, *Le conjoint collaborateur après le décret du 1er août 2006*, *Dr. sociétés* 2006, n°12, Etude 20, §. 7.
[511] Sur ce point, v. B. SAINTOURENS, *La réforme du statut du conjoint du chef d'entreprise : l'apport du décret d'application*, *op. cit.*, p. 757.
[512] V. *infra* : partie 2, titre 1, chapitre 1.
[513] V. S. CASTAGNÉ, *Le conjoint du chef d'entreprise*, *op. cit.*, p. 246.

et être prolongée dans le temps, sans être exercée à temps plein[514]. En revanche, il n'est pas nécessaire que l'activité du conjoint soit « absorbante » en ce sens qu'il y consacre tout son temps. Comme en droit français, la jurisprudence exige que cette même activité apporte un avantage certain à l'entreprise. La jurisprudence place cette activité dans la catégorie de travail « parasubordonné », traduction littérale de « parasubordinato ». Il s'agit d'une troisième catégorie de travail, coexistant avec les deux premières formes, celles de travail subordonné et de travail autonome. Ce travail « parasubordonné » est constitué d'un nombre indéterminé de rapports qui ont trois dénominateurs communs. La collaboration au sein de l'entreprise familiale est donc caractérisée par la subsistance des éléments constituant la « parasubordination » : la coordination, la continuité et la personnalité. Le premier dénominateur commun est celui de la coordination entendue comme insertion d'un sujet dans une structure en faveur de laquelle est exécutée la prestation. Le chef d'entreprise peut déterminer des horaires et des méthodes pour l'exécution du travail et en exiger le respect, dans la mesure où cela est nécessaire pour l'organisation et la gestion de l'entreprise afin d'atteindre les buts fixés. Le second élément est défini par la continuité, qui traduit une certaine stabilité de la collaboration. Enfin, la personne est le troisième dénominateur. Elle signifie que le travail est accompli par le collaborateur, personne physique, ce qui exclut toute prestation fournie par une société ou par une organisation propre au collaborateur remplissant les caractéristiques d'une entreprise. Le conjoint doit personnellement collaborer à l'activité de l'entreprise familiale. Le conjoint collaborateur devra se conformer aux directives du chef d'entreprise pour l'organisation de l'activité. Toutefois, il dispose d'une certaine liberté d'initiative encadrée dans les limites posées par le chef d'entreprise lors de la définition de sa fonction.

A la différence du droit français, la loi italienne prévoit une hypothèse particulière concernant le travail domestique. Le conjoint doit travailler, en principe, au sein de l'entreprise et apporter un avantage certain au chef d'entreprise. Mais la loi italienne reconnaît également le travail domestique du conjoint, qui procure un avantage au cercle familial composé du chef d'entreprise et des enfants mineurs, sans se limiter à une prestation effectuée

[514] V. par ex., Cass. 23 sept. 2002, n°13849, *Famiglia* 2003, II, p. 877, note de Valignani ; Cass., 18 avril 2002, n°5603, *Fam. dir.*, 2002, p. 409 : selon la Cour de cassation, la participation ne doit pas être irrégulière. La preuve d'une participation effective et continue doit être rapportée par celui qui prétend participer à l'entreprise familiale. En l'espèce, il s'agissait du fils, mais cette solution est applicable au conjoint.

conformément aux devoirs issus du mariage : il s'agit d'une « surcontribution »[515] aux charges du mariage.

2.- L'activité domestique en Italie

191. En élaborant l'article 230bis du Code civil, le législateur italien a souhaité créer une norme destinée à assurer une transition entre la situation passée et le changement auquel le législateur entendait aboutir. En effet, la loi crée une équivalence entre le travail fourni au sein de l'entreprise et le travail domestique[516]. Bien que le terme de « conjoint » soit utilisé pour traduire une certaine neutralité marquant une indifférence quant au sexe de la personne, celui-ci semblait désigner en priorité la femme. En 1975, encore beaucoup de femmes n'exerçaient pas de profession et avaient pour activité « le ménage et les enfants » ou collaboraient à celle de son époux. Le grand nombre d'entreprises familiales situées sur le sol italien renforce les liens entre les notions de famille et d'entreprise. La famille « aime » exercer l'activité d'entreprise. De la santé de la famille dépendait en quelque sorte la santé de l'entreprise. Une famille stable permettait un développement harmonieux de l'entreprise. C'est en ce sens que la loi a voulu traiter sur un pied d'égalité le travail exécuté au sein de l'entreprise et celui fourni au sein de la « maison » du chef d'entreprise. Une telle solution était, semble-t-il, fondée sur l'idée de l'existence d'une pleine identité entre la « maison et la boutique »[517], comme s'il était impossible de distinguer au sein de l'entreprise familiale les membres de la famille et l'entreprise elle-même. La doctrine avait souligné une certaine connexion entre le travail fourni au sein de la famille et l'activité exercée dans l'exploitation familiale sans considérer que le travail domestique soit équivalent à celui exécuté au sein de l'entreprise en tant que conjoint collaborateur.

192. Depuis la promulgation de la loi, le contexte social a évolué. La Cour de cassation italienne s'efforce de plus en plus à donner une nouvelle orientation à cette mesure afin qu'elle soit en adéquation avec son temps. La Cour de cassation italienne a d'abord défini l'activité ménagère effectuée par le conjoint pour satisfaire aux exigences de la maison et élever les enfants comme étant « un travail dans la famille »[518]. Une telle position fut

[515] V. J. CHARLIN, *Le couple dans l'entreprise familiale Quel couple ? Quelle entreprise ?*, *Defrénois*, 15 fév. 2001, n°3, p. 141.
[516] OPPO, Commentario alla riforma del diritto di famiglia, Padova, 1977, I, 1, p. 496 ; COLUSSI, Impresa familiare, Rivista di Diritto Civile, 1981, I, p. 636.
[517] V. R. BUTTITA, *La collaborazione del coniuge nell'impresa familiare*, Synthèse de la décision de la Corte di cassazione du 04.01.1995, *Vita not*. 1997, 699.
[518] Cass., 22 mai 1991, n°5741, *Dir. fam*. 1983, p. 1057.

accueillie avec beaucoup de scepticisme par la doctrine pour laquelle, le travail domestique de la femme mariée, majoritairement concernée, ne pouvait être assimilé à une collaboration professionnelle. Puis la Cour de cassation a précisé sa position en affirmant que l'article 230bis du Code civil italien était applicable lorsque le travail effectué était en rapport avec l'entreprise, qu'il profitait au conjoint entrepreneur et à toute la famille[519], de manière à produire un service directement ou indirectement exploitable par l'entreprise [520]. Selon Monsieur le Professeur Giorgio Oppo, le concept de travail domestique est obscur. Toute tentative d'éclairage aboutie à la même conclusion : le travail domestique visé à l'article 230bis du Code civil vise les situations où sa réalisation permet au chef d'entreprise de se concentrer sur sa tâche[521]. Le travail domestique ou « casalingo » est défini par Monsieur le Professeur Giorgio Oppo comme « l'activité dédiée à la vie en communauté de la famille, aux exigences de vie et aux intérêts des personnes qui la compose, dans une extension correspondant aux besoins, situations, liens affectifs et assistance concrète de celle-ci : une activité dédiée « aux soins de la famille » »[522]. Il existe, par exemple, lorsque l'un des époux, qui est en général la femme, a fait le sacrifice d'une carrière professionnelle pour se consacrer à la vie de famille. Ce travail a une reconnaissance impérative en cas d'existence d'une entreprise propre à l'autre conjoint. La jurisprudence [523] admet désormais que le travail domestique pris en compte dans le cadre de l'application de l'article 230bis doit être « connexe » ou « fonctionnel » à l'activité d'entreprise. En d'autres termes, son existence doit permettre, d'une part, au chef d'entreprise de s'investir pleinement dans son activité et, d'autre part, excéder la contribution aux charges du mariage.

193. Le mariage impose un certain nombre de devoirs aux époux, impliquant un investissement minimum pour le bon fonctionnement de la vie de famille. En droit italien, l'article 143 du Code civil est relatif aux droits et devoirs existants entre époux (fidélité, assistance, cohabitation), tandis que les 147 et 148 du Code civil italien régissent les rapports des époux à l'égard de leurs enfants [524]. L'article 143 du Code civil [525] prévoit l'obligation

[519] Cass., 22 août 1991, n°9025, *Mass. Giur. It.*, 1991.
[520] COLUSSI, « Impresa familiare », *op. cit.*, p. 637.
[521] G. OPPO, *Autonomia negoziale e regolamento tipico nei rapporti patrimoniali tra coniugi*, *op. cit.*, p. 23, §. 5c.
[522] G. OPPO, *Autonomia negoziale e regolamento tipico nei rapporti patrimoniali tra coniugi*, *op. cit.*, pp. 19 et s.
[523] Cass. 4 janv. 1995, n° 89, *GC*, 1995, I, 905; Cass. 22 mai 1991, n° 5741, *Fisco* 1991, 5954.
[524] L'article 147 du Code civil italien pose le principe de l'obligation pour les parents d'instruire, d'éduquer et d'entretenir les enfants, en tenant compte de leur capacité, inclinaisons naturelles et de leurs inspirations. Enfin l'article 148 du Code civil italien réglemente le concours des conjoints pour l'exécution des charges leur incombant, concernant l'entretien, l'éducation et l'instruction des descendants.

réciproque de collaboration dans l'intérêt de la famille et celle de contribuer aux besoins de la famille en fonction de ses facultés propres et de sa propre capacité à travailler « professionnellement » ou au sein du foyer. L'évaluation de la collaboration tient compte des conditions économiques et sociales des conjoints et des circonstances concrètes qui l'entoure[526]. Cette mesure est applicable quel que soit le régime matrimonial choisi par les époux. Les devoirs impératifs visés à l'article 143 du Code civil sont assimilables aux règles impératives issues du régime primaire français[527].

Il est opportun de se demander comment un tel exercice peut faire bénéficier au conjoint, qui s'occupe du foyer, des mêmes droits qu'un conjoint collaborant dans l'entreprise familiale.

194. Activité domestique excédant les charges du mariage. Dans les deux systèmes juridiques, le statut de conjoint collaborateur se matérialise par une collaboration concrète. L'activité exercée dans ce contexte doit excéder une simple exécution des devoirs du mariage et dépasser la simple entraide conjugale. Il est nécessaire que la contribution apportée soit telle qu'elle ait avantagé le conjoint - chef d'entreprise, sans se limiter à une simple collaboration « matrimoniale ». La jurisprudence apprécie au cas par cas, si le travail exécuté au sein de la famille correspond à l'exigence du texte de l'article 230bis du Code civil, qui est peu « clair » sur ce point. Une telle démarche prétorienne est suivie en vue d'éviter une transposition automatique pour chaque activité exercée « au foyer familial ». En effet l'article 143 du Code civil italien ne dicte pas de critères destinés à évaluer l'exécution normale des charges du ménage. Pour prétendre bénéficier des dispositions de l'article 230bis du Code civil, le conjoint doit prouver que sa contribution excède les charges du mariage et se reflète sur l'activité d'entreprise, influençant directement ou indirectement et de manière positive, la productivité de l'entreprise. Les tribunaux italiens ont déjà décidé que le simple fait de

---

[525] L'article 143 du Code civil dispose « par le mariage, le mari et la femme acquièrent les mêmes droits et assument les mêmes devoirs. Du mariage découle l'obligation réciproque de fidélité, d'assistance morale et matérielle, de collaboration dans l'intérêt de la famille et de cohabitation. Chacun des conjoints est tenu en fonction de ses propres ressources et de ses propres capacités de travail professionnel ou domestique à contribuer aux besoins de la famille ».

[526] V. P. TRIMARCHI, *Istituzioni di diritto privato*, nona edizione, *Giuffrè Editore* 1991, p. 833.

[527] En droit français, les époux doivent contribuer aux charges du mariage proportionnellement à leurs facultés respectives, si aucune convention matrimoniale ne le prévoit autrement (C.civ., art. 214). La jurisprudence française a déjà décidé que la collaboration occasionnelle et bénévole à l'activité professionnelle d'un époux pouvait relever de la contribution aux charges du mariage. Mais à certains égards, le travail domestique du conjoint a pu donner lieu à un droit de créance lorsque, comme en droit italien, la contribution apportée aux charges du mariage a excédé la contribution normalement due par l'époux. Une différence essentielle subsiste entre les deux systèmes : l'activité domestique excédant les charges du mariage ne fait pas bénéficier le conjoint du statut de collaborateur.

répondre au téléphone pour des appels professionnels destinés au conjoint, chef d'entreprise, et de lui rapporter ses messages constitue la satisfaction des charges du ménage. Ces attitudes sont insuffisantes à caractériser une contribution excédant les charges du mariage. De tels faits sont jugés trop faibles pour avoir une incidence sur l'activité de l'entreprise et ne se traduisent pas en un service immédiatement exploitable pour l'entrepreneur[528]. La Cour de cassation italienne exige que le travail, fourni par les collaborateurs constitue un accroissement de la productivité de l'entreprise. Dans une décision du 19 février 1997, cette même cour a considéré que la femme au foyer qui n'a pas de titre témoignant de sa participation à l'entreprise familiale, peut bénéficier des dispositions de l'article 230bis du Code civil, dans la mesure où le fait de consacrer entièrement son activité au foyer familial, a permis au mari de se consacrer exclusivement à la gestion de l'entreprise[529].

195. En droit français, à plusieurs occasions, la Cour de cassation a reconnu que l'aide apportée par le conjoint à l'activité de l'autre allait au-delà de son obligation de contribuer aux charges du mariage[530]. Dans cette hypothèse, le travail non rémunéré ainsi fourni réalisait à la fois un appauvrissement pour lui et un enrichissement corrélatif du conjoint [531], ouvrant parfois le droit au versement d'une indemnité à son profit pour la collaboration apportée au travail de l'autre[532].

196. Dans les deux systèmes juridiques, l'appauvrissement de l'un des conjoints est constaté lorsque les soins apportés à la direction du foyer par un conjoint ont été au delà de son obligation de contribuer aux charges du mariage, au sacrifice d'une carrière professionnelle, ayant permis à l'autre époux de se consacrer à son activité d'entreprise. La collaboration doit excéder l'exécution normale des charges imposées par le Code civil. Cette appréciation relève alors du pouvoir souverain [533] des juges du fond en fonction des circonstances de l'espèce.

---

[528] Cass. Sez. un., 4 janv. 1995 n° 89, *Comuzzi* c/ *Peresson*.
[529] Cass., 19 fév. 1997, n° 1525, *Foro it. 1997*, I, c. 1077.
[530] En France, longtemps l'accomplissement des tâches domestiques incombait à l'épouse. Le refus d'exercer de telles tâches pouvait être jugé vexatoire pour le mari chargé de « laver son linge ou faire la cuisine » (Civ. 2e, 22 juillet 1963, *D.* 1964. Somm., p. 13). La femme pouvait être considérée fautive si elle tenait sa maison « dans un état de désordre et de saleté invraisemblables » (Civ. 2e, 2 mai 1958, *D.* 1958, p. 508). La femme pouvait exercer une activité hors du foyer dans la mesure où son activité « ne mettait pas en péril la bonne tenue du foyer conjugal, l'éducation des enfants » : V. ZALEWSKI, *Familles, devoirs et gratuité*, *op. cit.*, p. 279.
[531] V. Civ. 1ère, 9 janvier 1979, *D. 1981*. 241, note Breton; *Defrénois* 1980.44, note PONSARD; 26 oct. 1982, *Bull. Civ.* I, n°302, *JCP* 1983, II, 19992.
[532] V. *infra* : partie 2, titre 2, chapitre 2.
[533] Pour une étude en droit français, v. C. ATIAS, *La fonction d'appréciation souveraine des faits*, *D.* 2009, n°11, p. 744.

III.- Les conditions négatives

En droit français et italien, le statut de conjoint collaborateur se caractérise par l'absence du versement d'une rémunération en contrepartie des tâches accomplies, en dehors de tout contrat de travail ou de société.

A.- L'absence de rémunération

Le conjoint collaborateur n'a pas le droit à une rémunération directe au même titre que le salariat, sous peine de confusion. Cette condition doit être respectée en droit italien et en droit français.

197. **En France**. Le conjoint collaborateur ne doit pas être rémunéré. La rémunération fait présumer l'existence d'un contrat de travail. Si le conjoint perçoit une rémunération en contrepartie de sa collaboration, il prend le risque que sa collaboration soit requalifiée de prestation salariée[534]. Dans l'hypothèse où, en dépit d'une inscription régulière, le conjoint collaborateur est rémunéré, la présomption de représentation pourra lui être opposée par les tiers. Cependant, il ne pourra pas se prévaloir des prestations sociales découlant du statut de collaborateur et son salaire ne sera certainement pas déductible. Le dispositif français reconnaît donc l'attribution d'une activité professionnelle en l'absence de toute rémunération, or l'activité professionnelle est généralement définie comme « l'activité habituellement exercée par une personne pour se procurer les ressources nécessaires à son existence »[535]. L'absence de rémunération du conjoint collaborateur constitue la faiblesse de ce statut qui procure en contrepartie d'importants avantages sociaux.

198. **En Italie** . Le conjoint collaborateur ne bénéficie pas d'une rémunération pour sa participation à l'entreprise familiale, comme ce serait le cas suite à l'exécution d'un contrat de travail. Toutefois l'article 230bis du Code civil reconnaît au conjoint collaborateur certaines prérogatives déterminées. Le conjoint collaborateur se voit reconnaître un droit de créance relevant d'une forme de rémunération indirecte sans correspondre au salaire versée pour l'exécution d'un contrat de travail. Le conjoint collaborateur est titulaire de droits économiques qui constituent une récompense de sa participation à l'entreprise familiale. Ses différents droits sont énumérés à l'article 230bis du Code civil : il s'agit du droit à

[534] V. *supra* : partie 1, titre 1, chapitre 2.
[535] H. LECUYER, *Le conjoint collaborateur après le décret du 1er août 2006*, *op. cit*., §. 9 : l'auteur rappelle la définition figurant dans le Vocabulaire juridique de Monsieur le Professeur Gérard Cornu : G. CORNU, Vocabulaire juridique, *op. cit*..

« l'entretien », égal pour tous les collaborateurs ; le droit de participation aux bénéfices de l'entreprise ; le droit à une part des biens acquis avec les bénéfices de l'entreprise ; le droit à une part des « accroissements de l'entreprise ». Tous ces droits doivent être proportionnels à la quantité et à la qualité du travail fourni. Sur ce point, l'article 230bis rappelle le principe énoncé à l'article 36 de la Constitution italienne. La participation du conjoint collaborateur a l'activité d'entreprise familiale bénéficie d'une contrepartie financière.

B.- Un statut par défaut

199. Le conjoint collaborateur existe à défaut de tout autre statut juridique pouvant fonder les relations professionnelles entre le chef d'entreprise et son conjoint. Le statut de conjoint collaborateur est donc exclusif de toute autre activité : il est applicable lorsque l'hypothèse d'un contrat de travail ou de société a pu être écartée. Le statut de conjoint collaborateur est l'émanation juridique de la notion d'entraide conjugale [536] organisée par le législateur en vue de limiter les dérives nées de la pratique et afin de reconnaître un statut professionnel [537]. Il existe donc à défaut de tout autre statut.

200. La loi française exclut expressément le statut d'associé. En effet, le conjoint collaborateur est considéré comme tel s'il n'a pas la qualité d'associé au sens de l'article 1832 du Code civil. Or cette disposition vise le contrat de société, qui confère la qualité d'associé à ses membres. Faut-il en conclure que les conjoints ne peuvent être liés entre eux par un contrat de société, si le chef d'entreprise souhaite faire bénéficier son conjoint du statut de conjoint collaborateur ? La loi vise expressément la situation d'associé, cependant, le statut de conjoint collaborateur ne peut pas s'appliquer lorsqu'il existe dans les faits des éléments prouvant l'existence d'un contrat de travail entre les conjoints, situation bien plus avantageuse pour son bénéficiaire. L'article 230bis du Code civil italien n'est pas applicable lorsqu'il existe « un autre rapport entre les conjoints ». Ce texte vise sans les nommer le rapport issu de l'existence du contrat de société et le rapport résultant du contrat de travail. Le statut de conjoint collaborateur est un statut particulier créé en raison des liens particuliers existant entre le chef d'entreprise et le bénéficiaire, destiné à prendre en compte la contribution apportée à l'activité de l'entreprise, qui dépasse la simple entraide conjugale ou familiale.

[536] Mais il est également l'émanation de l'entraide familiale en droit italien.
[537] V. *infra* : partie 2, titre 1, chapitres 1 et 2.

Conclusion du Chapitre 1

201. En accordant un statut particulier au conjoint du chef d'entreprise, la loi interne ne reconnaît-elle pas une certaine « supériorité du mariage et du PACS sur le concubinage » ? Le mariage reste certes très attrayant de ce point de vue pour le chef d'entreprise qui souhaite voir entrer professionnellement son époux dans son exploitation. Lors de la création des articles 230bis du Code civil italien et des articles L. 121-4 du Code de commerce et L. 321-5 du Code rural, le mariage était l'unique forme de conjugalité légalement reconnue. Il se conçoit aisément que le législateur ait concentré ses efforts quant à l'amélioration de la situation des époux. Cependant, aujourd'hui le paysage familial et plus précisément, le paysage du couple se redessine. Le mariage coexiste aujourd'hui avec d'autres formes d'union hors mariage. Longtemps, les législateurs français et italiens en refusant d'ouvrir le statut de collaborateur aux unions hors mariage, ont entretenu le mariage en refusant par là-même l'alignement entre l'époux et le concubin (et le pacsé pour le France) dans la relation professionnelle au sein de l'entreprise de l'autre. A l'heure actuelle, en France, la situation du pacsé s'est sensiblement améliorée, tandis que le concubin a percé la sphère de l'entreprise familiale en matière agricole. Toutefois, la généralisation attendue à tous les domaines d'activité ne s'est pas produite laissant ainsi le concubin dans une forme de précarité, s'il n'a pas choisi d'encadrer juridiquement sa participation à l'entreprise. En Italie, le concubin reste le parent pauvre aux pieds des portes de l'entreprise familiale que seuls certains tribunaux ouvrent. Le chapitre suivant sera consacré à l'analyse juridique de la collaboration professionnelle entre les concubins non encadrée conventionnellement.

Chapitre 2 : La collaboration professionnelle au sein de l'union de fait

202. En droit français, la jurisprudence et la doctrine ont tenté de délimiter juridiquement la notion d'assistance dans le cadre professionnel : celle-ci « peut être analysée comme l'émanation professionnelle de la notion d'entraide familiale imposée par l'article 212 du Code civil, selon laquelle, les époux se doivent mutuellement fidélité, secours et assistance »[538]. Or la loi ne prévoit pas de telles obligations entre concubins. Quel sera alors le fondement de la collaboration professionnelle entre concubins, aujourd'hui dépourvue de base légale, et fondée sur la notion d'« assistance », à l'image de celle ayant existé entre époux ? (puisque rappelons le, le concubinage est constitué d'un couple qui fonctionne comme un couple de personnes mariées, donc sur le modèle du mariage mais sans être mariés, par refus ou par non accès). La question est délicate dans le mesure où le concubinage est dépourvu de statut juridique. Parallèlement en droit italien, le concubinage n'est ni défini ni organisé par le Code civil, de sorte que la collaboration professionnelle des concubins entre eux suscite de nombreuses interrogations.

203. Face à la banalisation des unions hors mariage et à la constante hausse de leur nombre, la collaboration professionnelle au sein de ces couples doit être considérée à l'heure où la France et l'Italie connaissent un taux de chômage important. En France, le problème de la collaboration professionnelle des personnes liées entre elles par un PACS a été résolue à la suite de l'assimilation du PACS au mariage par l'élargissement du statut de conjoint collaborateur au pacsé, comme nous l'avons vu dans le chapitre précédent. Toutefois la question reste entière en ce qui concerne le concubinage. Bien qu'en France la collaboration professionnelle entre concubins trouve une réponse partielle, la situation du concubin reste précaire en cas d'entreprise commerciale, artisanale ou libérale. En Italie, quel que soit le domaine d'activité concernée, la loi n'a pas pris en compte l'activité du concubin au sein de l'entreprise familiale. En dépit du développement de différentes formes de conjugalité, le sort réservé à chacune d'entre elles en matière de collaboration professionnelle au sein du couple[539] diverge. Cette différence de traitement se retrouve dans la conception civiliste de chacune de ces formes de conjugalité. A ce stade de notre étude, il apparaît opportun de consacrer un chapitre à l'analyse de la collaboration professionnelle entre concubins afin de

[538] V. G. TEILLIAIS, *La collaboration non statutaire entre époux : le conjoint assistant ou coexploitant, LPA*, 29 nov. 1996, p. 14.
[539] J.-J. LEMOULAND, *Le couple en droit civil*, *Dr. Fam.*, Juil.-août 2003, Chron. n°22, p. 11

déterminer les solutions applicables en droit positif. Nous pensons qu'il peut être trouvé dans l'intérêt actuel accordé par le droit civil au concubinage une tentative d'explication du sort réservé à la collaboration professionnelle entre les concubins. Ainsi nous semble-t-il judicieux de nous intéresser à la place du concubinage dans les droits civils français et italien avant d'envisager les solutions issues du droit positif répondant à un certain pragmatisme.

Section 1 : La place du concubinage en droit civil français et italien : une possible explication de la place du concubin dans l'entreprise

A l'heure actuelle, le concubin du chef d'entreprise collaborant à l'activité de ce dernier ne peut prétendre au bénéfice du statut de conjoint collaborateur au même titre que l'époux ou le pacsé excepté en droit agricole français. Les couples de même sexe bénéficient désormais du même traitement que les gens mariés en raison de l'assimilation du Pacs au mariage en ce qui concerne le statut de conjoint collaborateur.

204. Les droits français et italien n'accordent pas de traitement spécifique au concubin du chef d'entreprise en dépit de la place grandissante occupée par cette forme de conjugalité dans nos sociétés. Depuis la création de lois catégorielles relatives au statut du conjoint du chef d'entreprise en droit français et italien, le paysage de la conjugalité s'est modifié. Les unions hors mariage n'ont eu de cesse de se développer en marge de cette institution, tandis que le législateur français donnait naissance à un « petit frère » au mariage, le PACS, dont certains auteurs ont pu se demander s'il ne s'agissait pas d'un « mariage bis »[540]. Après avoir rapproché le PACS du mariage quant à son organisation patrimoniale, l'ultime progrès réalisé par le législateur a été d'intégrer le partenaire dans la sphère de conjoint collaborateur. La question se pose donc aujourd'hui de la prise en considération de la situation du « concubin » du chef d'entreprise, lorsque ce dernier participe à son activité professionnelle commerciale, artisanale ou libérale.

205. Il existe donc un vide juridique en ce qui concerne la collaboration professionnelle du concubin du chef d'entreprise, assimilé à un tiers. Par conséquent, ce concubin ne bénéficie pas, en principe, de droits particuliers dans l'entreprise de l'autre. L'absence de mesure de protection entraîne une situation de précarité en cas de cessation du concubinage. Pour comprendre la faible attention apportée au concubin en cas de collaboration professionnelle

[540] Ph. SIMLER et P. HILT, *Le Pacs, un mariage bis ?*, *JCP G* 2006, I, 161.

avec le chef d'entreprise qui partage leur vie, il est important de retracer brièvement l'historique de la conception civiliste des notions d'union hors mariage, afin de mieux cerner la place occupée actuellement par le concubinage dans notre droit positif.

I.- De la marginalisation à la considération du concubinage en droit français

206. Longtemps ignorées, les unions hors mariage ont su attirer l'attention du législateur de manière plus ou moins importantes allant même, pour le PACS, jusqu'à intégrer l'état civil des personnes [541]. Quant au concubinage, sa définition fut modifiée au gré des époques, évoluant d'une conception prétorienne vers une conception législative. D'abord ignoré du code civil, la définition du concubinage y fut ensuite introduite par la ruse des sénateurs.

Les situations recouvrant l'hypothèse des unions de fait, encore désignées par les termes de « ménage de fait », « union libre » ou « concubinage » [542] ont toujours existé, mais leur acceptation divergeait selon les époques où elles existaient.

Sous le droit romain, le concubinage, désigné sous le terme de « concubinatus » traduit « concubinat », était considéré comme une union hors mariage d'ordre inférieure mais toléré[543] dans la mesure où il n'était pas adultérin. Sous l'ancien Droit français, le concubinage était toléré à la condition d'être monogamique. L'appréciation du concubinage fluctuait entre tolérance et condamnation. Du point de vue religieux, l'Eglise a toujours lutté avec ferveur contre les situations de concubinage considérées comme « un état permanent de péché »[544], ce qui l'amenait soit à contraindre les couples à se séparer soit à régulariser leur union. Quant à la place du concubinage dans le code civil, ses pères fondateurs ont décidé de l'ignorer. Le concubinage était alors considéré comme une simple union de fait [545], ni définie ni réglementée par le code civil.

207. Le fait de vivre en concubinage était toléré mais chaque concubin était considéré comme un tiers l'un par rapport à l'autre. Seul le concubinage adultérin était sanctionné

[541] H. FULCHIRON, *Le Nouveau Pacs est arrivé*, *Defrénois* 2006, n°21, p. 1621.
[542] F. TERRE, D. FENOUILLET, *Droit civil, La famille, Les personnes, Les incapacités*, *D.* 7e éd., 2005, n°595, p. 513 et n°597, p. 515.
[543] V. notamment : J.-Ph. LÉVY, A. CASTALDO, *Histoire du droit civil*, *D.*, 1er éd., 2002 p. 140 n°123 ; F. TERRE et D. FENOUILLET, « Droit civil : Les personnes, La famille, Les incapacités », *D*, 7e éd., p. 515.
[544] J.-Ph. LÉVY, A. CASTALDO, *Histoire du droit civil*, *op. cit.*, p. 141.
[545] Seule une allusion était faite au concubinage dans le code civil de 1804 à l'article 230 traitant de « l'adultère du mari entretenant sa concubine dans la maison commune » : J.-Ph. LÉVY, A. CASTALDO, *Histoire du droit civil*, *op. cit.*, p. 88.

pénalement[546]. Face à cette ignorance voulue par le législateur, les tribunaux ont eu à connaître de ce phénomène social. Le juge, confronté aux réalités de la vie, a ainsi dû dégager des solutions jurisprudentielles pour résoudre les problèmes engendrés par cette situation de fait. La jurisprudence a alors élaboré une définition du concubinage pour opérer une qualification juridique nécessaire à la résolution des conflits dont elle était saisie. Cette définition prétorienne a été évolutive, passant d'une conception restrictive limitant le concubinage à une union de deux personnes de sexe différent à une conception plus large intégrant les personnes de même sexe. Le concubinage homosexuel a ainsi été longtemps rejeté par la jurisprudence.

208. Dans deux arrêts du 11 juillet 1989[547], la Cour de cassation a rappelé que « le concubinage s'entend de la situation de deux personnes ayant décidé de vivre comme des époux, sans pour autant s'unir par les liens du mariage, ce qui ne peut concerner qu'un couple constitué d'un homme et d'une femme ». Trouvant son inspiration dans le modèle du mariage, cette solution rejette le concubinage homosexuel. Cette position de la Cour de cassation a été réaffirmée par la troisième chambre civile de la Cour de cassation dans sa décision du 17 décembre 1997[548] dans laquelle elle a refusé au compagnon homosexuel le titre de concubin qui lui donnerait le droit au transfert de bail lors du décès du locataire. Le concubinage des couples de même sexe a donc longtemps été rejeté par le droit français. Cette absence de reconnaissance juridique a eu pour effet de les exclure du bénéfice de certains avantages ouverts aux couples de sexe différent. Face aux revendications des associations de couples homosexuels, la question de l'appréhension juridique du concubinage est de plus en plus présente dans la scène politique. Diverses propositions de lois ont été réalisées en vue de créer un Contrat d'union civile ou sociale mais aucune n'a été retenue. En 1998, le Garde des Sceaux, Ministre de la Justice de l'époque, Madame Elisabeth Guigou a présenté devant les Sénateurs l'idée de permettre « aux couple, d'organiser, conventionnellement, entre eux, leurs relations patrimoniales dans leur communauté de vie », afin « de faciliter la vie quotidienne et

---

[546] Rappelons que jusqu'à la loi du 11 juillet 1975, le concubinage adultérin pouvait encourir une sanction pénale. Aujourd'hui ce concubinage n'est plus illicite. V. notamment, P. VOIRIN et G. GOUBEAUX, *Droit civil*, *op. cit*., p. 141, n°297.

[547] Soc. 11 juillet 1989, 2 arrêts, *Bull. civ*. V n°514 et 515 : sur la réglementation d'Air France accordant des facilités de transport aux agents et aux membres de leur famille (1er arrêt) et sur les prestations sociales d'assurances maternité et maladie (2e arrêt) ; *Gaz. Pal*.,1990. 1. 216, concl. Dorwling-Carter ; *D.* 1990, 582, note Ph. Malaurie ; *JCP* 1990, II, 21553, note Meunier ; *RTD Civ*. 1990. 53 , obs Rubellin-Devichi.

[548] Civ. 3e, 17 décembre 1997, n°95-20779, *Bull. civ*., III, n°225 ; *D.* 1998, 111, concl. Weber ; *JCP G* 1998, II 10093, A. Djigo ; *Defrénois* 1998, art. 36765, note A. Benabent : dans cette affaire, la Cour de cassation a refusé au compagnon homosexuel le titre de concubin qui lui aurait donné droit au transfert du bail lors du décès du locataire. Elle rappelle avec force le rejet du concubinage homosexuel.

matérielle de ses membres »[549], alternative allégée à la création d'un statut juridique du concubinage[550].

La réflexion lancée par le Garde des Sceaux a abouti à la grande réforme portant création du PACS[551] marque la fin du rejet du concubinage homosexuel[552] suite à l'introduction dans le code civil d'une définition large du concubinage reprenant partiellement la conception jurisprudentielle de cette notion.

A.- L'apparition des unions hors mariage dans le Code civil

209. Longtemps étranger au Code civil, la définition du concubinage a finalement été insérée dans le code civil suite à l'adoption de la loi n° 99-944 du 15 novembre 1999 relative au PACS. Le code civil français s'est ainsi enrichi de deux nouvelles formes de conjugalités pouvant être classées dans la catégorie des unions hors mariage. Les motivations ayant conduit à ces innovations dans le code civil sont différentes : le PACS a été inséré à la suite de pressions résultant des revendications de couples homosexuels, tandis que l'adoption de la définition du concubinage n'est que le résultat d'une manœuvre destinée à faire échec au PACS. Quelles qu'en soient les raisons ayant motivé cette « révolution juridique », l'apparition des unions hors mariage dans le code civil résulte de l'adoption d'une loi destinée à reconnaître une forme de partenariat enregistré sur le modèle étranger.

1.- Le concubinage légalement défini

[549] E. GUIGOU, *Le droit de la famille : réflexions et propositions*, *op. cit*., v. spéc. p. 34 : tel semble être, selon le Garde des Sceaux, la finalité du PIC (Pacte d'intérêt commun) préconisé par le Groupe de travail présidé par le Professeur Jean Hauser et rendu public le 29 avril 1998.

[550] E. GUIGOU, *Le droit de la famille : réflexions et propositions*, in Famille, nouvelles unions, bonheur privé et cohésion sociale, op. cit., p. 23, v. spéc. pp. 33-35 : Selon Madame Guigou, la création d'un « statut du concubinage » aurait pour but de produire « une véritable reconnaissance sociale et celui-ci en l'introduisant dans le code civil un nouveau contrat qui, passé entre des personnes non mariées, de sexe différent ou de même sexe, produirait des effets aussi bien personnels que patrimoniaux à leur égard et permettrait à deux personnes ne désirant pas ou ne pouvant pas se marier, de bénéficier d'un statut qualifié par Irène Théry de quasi-mariage ». Une telle démarche semblait difficile à suivre pour le Garde des sceaux de l'époque en raison des importantes conséquences que cela impliquerait tant à l'égard de l'institution du mariage, qu'il faudrait repenser, qu'à l'égard des enfants. Elle préconise de ne pas définir « le concubinage par rapport au mariage mais seulement comme une cohabitation stable et durable entre deux personnes, v. p. 34.

[551] La loi n° 99-944 du 15 novembre 1999 relative au PACS

[552] Rappelons que la répression du concubinage homosexuel a disparu avec le code pénal de 1791.

210. **Genèse de la définition légale.** A l'initiative des sénateurs[553], la définition du concubinage a été insérée dans la loi du 15 novembre 1999 portant création du PACS, qui a créé l'article 515-8 du Code civil disposant : « le concubinage est une union de fait, caractérisée par une vie commune présentant un caractère de stabilité et de continuité, entre deux personnes, de sexe différent ou de même sexe, qui vivent en couple ». Cette définition a mis définitivement fin à la conception prétorienne qui refusait de reconnaître le concubinage des couples de même sexe. Cette définition précise ce qu'est le concubinage « une union de fait », par opposition aux unions légales. Le concubinage n'exige aucune condition de forme pour exister. Aucun formalisme n'est à respecter, contrairement au formalisme exigé en matière de mariage et de Pacs. Le concubinage est donc par essence dépourvu de la « dimension d'engagement » propre au mariage en raison de l'absence d'échange public de consentements. Les concubins sont libres d'entrer en concubinage comme d'en sortir. La liberté étant le mot-clé de cette situation, la loi n'impose aucune contrainte. Afin d'être juridiquement qualifiée de concubinage, une situation de fait doit réunir plusieurs critères légalement énoncés : la communauté de vie et ses caractères, le nombre et l'indifférence de sexe des membres vivant en couple.

211. **Les critères de la définition**. La situation de concubinage est juridiquement composée par la réunion de différents critères expressément déterminés à l'article 515-8 du code civil : deux personnes font preuve d'une communauté de vie notoire[554], continue et stable[555], comme l'exigeait déjà la jurisprudence. La relation doit donc être publique et avoir aux yeux des tiers l'apparence d'un mariage ce qui suppose une communauté de vie et d'intérêts traduisant une relation stable. A l'instar du mariage, la jurisprudence n'exige pas le partage à temps complet d'un même domicile[556]. En effet, la cohabitation n'étant pas un élément faisant partie de la communauté de vie, celle-ci peut être occasionnelle. Toutefois, la communauté de vie des concubins doit traduire l'existence de relations sexuelles. A la différence du mariage, il n'existe pas de « concubinage blanc », car la « mise en concubinage » ne peut actuellement être motivée par la recherche d'un avantage juridique découlant de cette situation.

[553] La proposition faite par les Sénateurs, alors que le projet de loi étant en discussion devant le Sénat, avait pour but de faire échec à l'adoption du PACS en adoptant une définition du concubinage sans en préciser son régime juridique. Mais la tentative fut veine puisque la définition du concubinage et le régime du PACS furent tous les deux introduits dans le code civil. V. par ex. H. CAPITANT, F. TERRE, Y. LEQUETTE, Les *grands arrêts de la jurisprudence civile*, t. 1, *D.* 12e éd., n° 27, §.18, p. 210.
[554] V. par exemple : Paris, 16 janvier 2001, *D.* 2002, Somm. 536, obs. Lemouland, *RTD Civ*. 2001, 336, obs. J. Hauser.
[555] V. notamment, Montpellier, 8 juin 1982, *D.* 1983. 607, note Dhavernas : la Cour d'appel a décidé que la stabilité résultant du concubinage doit être imitée du mariage.
[556] Douais, 12 décembre 2002, *Dr. Fam*. 2003, n°139, note Lecuyer.

L'appréciation de ces différents éléments est faite *in concreto* et relève du pouvoir souverain des juges du fond.

212. **Les modes d'administration de la preuve**. Il appartient aux concubins d'apporter la preuve de leur concubinage, comme le rappelle certains textes spéciaux[557]. Selon une réponse du Ministre de la justice[558], cette preuve peut être rapportée librement. Mais cette liberté dans le mode d'administration de la preuve n'est nécessairement pas simple en raison de l'absence d'acte juridique fondant l'entrée en concubinage. En pratique, les preuves rapportées par les concubins sont des preuves empiriques telles que factures d'électricité, de gaz ou de téléphone. Elles se constituent *a posteriori* et concomitamment à l'entrée en concubinage. Il n'existe pas de régime uniforme de la preuve. En pratique, sur le modèle des unions juridiques, certaines administrations ou entreprises se réservent le droit d'accepter la reproduction de « certificat de concubinage » ou « attestation d'union libre » délivrée suite à une déclaration de concubinage réalisée en mairie. Cependant, d'un point de vue juridique, ces actes sont totalement dépourvus de valeur.

L'initiative sénatoriale à l'origine de l'introduction de la définition du concubinage dans le code civil est limitée. A la différence du mariage et du Pacs, le concubinage ne bénéficie pas d'un régime juridique propre. Il est pallié au défaut de statut cohérent par des règles propres au concubinage élaborées progressivement, créant ainsi un ensemble de normes décousu et complexe. Seules des règles parcellaires réglementent ponctuellement le concubinage dans des domaines précis.

2.- L'absence de régime juridique propre au concubinage

En dépit d'une absence de régime propre au concubinage, la loi et la jurisprudence attachent à cette forme de conjugalité certains effets juridiques pouvant être positifs ou négatifs. Le concubinage est donc une situation de fait pouvant parfois produire des effets entre les concubins et à l'égard des tiers.

a.- Les rapports personnels des concubins

[557] V. not. l'article L. 2141-2 du Code de la santé publique relatif à l'assistance médicale à la procréation dont le recours n'autorisé qu'aux couples mariés ou *pouvant apporter la preuve d'une vie commune* d'au moins deux ans.
[558] Rép. Min. Justice, *JOAN* Q, 10 fév. 1985, p. 683.

213. Sur le plan juridique, les concubins sont traités comme deux étrangers, leur relation ne saurait être reconnue comme produisant des effets de droit à l'instar du mariage et du PACS. Contrairement à ces deux formes d'unions légales, le concubinage n'est pas doté d'un régime juridique propre. Toute référence au régime primaire du mariage est exclue pour les concubins, peu importe que leur vie commune s'apparente à celle de gens mariés[559]. La jurisprudence refuse systématiquement une telle extension par analogie. Il n'existe donc aucun devoir réciproque entre les concubins : ni devoir de fidélité, ni devoir d'assistance, ni devoir de secours. Parallèlement à l'entrée libre en concubinage, les concubins peuvent librement en sortir. Si les concubins n'ont, en principe, aucun compte à se rendre en cas de séparation, la jurisprudence a été amenée à retenir la responsabilité civile délictuelle de l'auteur de la rupture, lorsque son attitude peut être qualifiée de fautive ou de brutale dans ses circonstances[560]. En pareille hypothèse, l'auteur de la rupture peut être condamné à verser au concubin délaissé des dommages et intérêts en réparation du préjudice subi du fait de la séparation. Par des dispositions éparses en droit français, le concubinage tend à se rapprocher du mariage : en matière de procédure civile, l'article 2 de la loi n° 2007-1787 du 20 décembre 2007 relative à la simplification du droit[561] permet désormais aux parties « de se faire assister ou représenter devant le tribunal d' instance, la juridiction de proximité ou en matière prud'homale par leur concubin ou la personne avec laquelle elles ont conclu un pacte civil de solidarité ». Le législateur accorde indéniablement sur ce point une place particulière au concubin et au pacsé.

b.- Les rapports patrimoniaux

214. En raison de l'absence de régime matrimonial entre concubins, il n'existe pas de répartition légalement définie et encadrée des droits et obligations de chacun. Les concubins sont censés vivre ensemble comme des tiers : chacun assumant ses dépenses et disposant librement de ses ressources. Cependant, à l'origine du concubinage, se trouve une communauté de sentiments qui induit une communauté de vie impliquant nécessairement la mise en commun de biens et l'existence d'une confusion des dettes et des ressources. Les

[559] Le fait de vivre comme des époux et de se présenter comme tel peut induire les tiers en erreur. Ces derniers peuvent alors se prévaloir de la théorie de l'apparence pour obtenir le remboursement des dépenses du ménage par les concubins considérés comme codébiteurs solidaires, ou à défaut par l'un ou l'autre. Sur ce point, v. G. Cornu, *Droit civil La famille,* Montchrestien 9e éd., 2006, p 89.
[560] Cf différentes décisions jurisprudentielles. L'absence de statut a conduit la jurisprudence à autoriser dans certaines circonstances exceptionnelles l'indemnisation du concubin victime de la rupture lorsque celle – ci était brutale mais également en cas de circonstances fautives dans les événements qui l'on précédée ou suivie.
[561] *JO* n° 296 du 21 décembre 2007, p. 20639.

rapports patrimoniaux apparaissent alors flous. Ils peuvent se déduire du comportement implicite de chacun ou être oralement convenus entre eux. Mais la pratique a vu naître des conventions de concubinage destinées à régir les rapports patrimoniaux. Soumises au droit commun, ces conventions contiennent des mesures inspirées des règles propres aux époux [562]. Ainsi en cas de rupture, les concubins peuvent invoquer le non respect des dispositions de la convention pour obtenir, éventuellement, le remboursement d'une quote-part des dépenses exposées. L'existence d'une telle convention facilite l'administration de la preuve soumise à l'appréciation souveraine des juges du fond[563].

215. En l'absence de tout accord en ce sens, les concubins ne sont pas tenus solidairement aux dépenses courantes de la vie commune. La Cour de cassation a refusé l'application par analogie de l'article 214 du Code civil [564] et a refusé la consécration d'une telle action en contribution sur le fondement de l'enrichissement sans cause. La position de la Cour est constante concernant les dépenses de la vie courante : chacun des concubins doit supporter les dépenses qu'il a engagées. Cependant, l'hypothèse la plus fréquemment rencontrée est celle où les dépenses réalisées par l'un des concubins excèdent la participation normale aux charges de la vie commune. Cette situation se rencontre lorsque l'un des concubins a financé la construction ou la rénovation d'un immeuble appartenant à l'autre et constituant le logement du couple. Lors de la séparation, le concubin, auteur du financement, réclame au bénéficiaire une indemnité en remboursement des frais exposés. Deux fondements servent à appuyer cette demande, la première repose sur la théorie de la société créée de fait, la seconde sur celle de l'enrichissement sans cause. S'agissant de la théorie de la société créée de fait, cette voie semble aujourd'hui fermée. Le concubin, auteur de l'action, ne pouvant rapporter la preuve de *l'affectio societatis*, il en résulte que l'un des éléments essentiels à l'existence du contrat de société fait ainsi défaut. Le second fondement juridique servant de base légale à la demande d'indemnités du concubin est la théorie de l'enrichissement sans cause. Dans ce contexte, la

[562] Pour une plus grande efficacité, il est vivement conseillé aux concubins de se faire aider dans cette tâche par des professionnels du droit tels qu'un avocat ou un notaire. Cependant, il est dommage que ces conventions ne fassent pas l'objet d'une conservation aux services de l'Etat civil. En cas de perte ou d'égarement de la convention, les concubins sont dépourvus de tout moyen de preuve de la convention, à moins qu'il s'agisse d'un acte notarié.

[563] Sur le remboursement des charges de la vie commune, une cour d'appel a exactement énoncé qu'il appartenait à un concubin, qui demande un remboursement des charges de la vie commune engagées par lui, de rapporter la preuve de l'obligation dont il se prévalait. Cette cour d'appel a, dans l'exercice de son pouvoir souverain d'appréciation de la valeur et de la portée des éléments de preuve qui lui étaient soumis, estimé que les correspondances produites aux débats, imprécises sur l'organisation matérielle de la vie commune, au demeurant antérieures à la cohabitation, n'établissaient pas l'engagement de son concubin à assurer une quote-part des dépenses et à s'acquitter d'un bail dont il n'était pas signataire : Civ. 1er, 28 juin 2005, n°02-12.767, *D.* 2005, n°28, IR, p. 1882. Déc. Attaquée : Aix-en-Provence, 11e ch. civ., 2 nov. 2001.

[564] Civ. 1er, 17 octobre 2000, *D.* 2001, Jur., p. 497, note R. Cabrillac.

condition économique est remplie mais la difficulté liée à l'application de cette théorie va porter sur la condition juridique : existe-t-il ou non une juste cause entre l'enrichissement et l'appauvrissement ? La théorie de l'enrichissement sans cause est exclue en cas d'existence d'une juste cause entre l'enrichissement de l'un des concubins et l'appauvrissement de l'autre. La querelle juridique repose sur la condition propre à la « juste cause ». Or deux « causes » peuvent justifier l'appauvrissement du concubin. La première relève de l'intention libérale du concubin, qui a agi dans le but de gratifier l'autre. La seconde est propre à l'intérêt patrimonial : le concubin, auteur du financement bénéficie en retour d'une contrepartie matérielle[565]. Toutefois, l'appréciation de la cause et de l'existence ou non d'une contrepartie matérielle relève du pouvoir souverain d'appréciation des juges du fond auquel s'en remet la Cour de cassation. Les concubins sont libres d'organiser leur contribution respective aux dépenses du ménage dans le cadre d'une convention soumise au droit commun [566]. A défaut d'accord exprès, chacun des concubins sera tenu de « supporter les dépenses de la vie courante qu'il a exposées »[567]. Quant à la répartition des biens en cas de séparation, le juge appliquera le droit commun pour régler les situations conflictuelles en l'absence de toute organisation conventionnelle. Pour les biens acquis avant l'entrée en concubinage, il reste la propriété exclusive de chacun. Cependant, pour les biens acquis en commun, ceux-ci sont considérés comme indivis par moitié à défaut de précision contraire [568]. Lorsque les biens acquis postérieurement à l'entrée en concubinage ne peuvent être attribués à l'un ou à l'autre des concubins, ces biens sont présumés indivis et donc partagés comme tels. Mais, la répartition des biens entre les concubins peut être modifiée par le jeu des libéralités valablement consenties entre eux même si celles-ci ont lieu à l'occasion d'une relation

---

[565] Dans un arrêt rendu le 24 septembre 2008, la Première chambre civile de la Cour de cassation a rejeté le pourvoi d'une concubine, formé contre l'arrêt de la Cour d'appel de Versailles en date du 28 octobre 2005 ayant fait droit à la demande du concubin en remboursement des sommes exposées par lui pour le financement des travaux de rénovations d'une maison appartenant à celle-ci. Pour faire droit à sa demande, la concubine soutenait à titre principal que l'appauvrissement de son concubin n'était pas dépourvu de contrepartie, d'une part, car la maison constituait le logement du ménage et la domiciliation d'une société, dont il assurait la gestion de fait, et d'autre part, car les dépenses engagées par lui répondaient à son souci d'améliorer son propre cadre de vie. Civ. 1ère, 24 septembre 2008, n°06-11.294, *AJ Fam.*, n°11/2008, nov. 2008, p. 432 (1er espèce).
Dans un second arrêt rendu le même jour, la Première chambre civile a également rejeté le pourvoi d'un concubin ayant assigné sa concubine en paiement d'une somme (129119 euros) destiné à couvrir les frais exposé pour financer les travaux de rénovation d'un immeuble appartenant à cette dernière, avec le projet non réalisé, d'y habiter. La Cour de cassation approuve la Cour d'appel qui avait déjà rejeté la demande du concubin au motif que ces dépenses avaient une cause au moment de leur réalisation laquelle résidait dans la volonté du couple de s'installer dans l'immeuble rénové. Civ. 1ère, 24 septembre 2008, n°07-11.928, *AJ Fam.*, 2008, n°11, p. 431 (2e espèce) ;
[566] V. L. MAYAUX, « Les contrats des concubins », in *Les concubinages Approche socio-juridique*, Centre de droit de la famille, sous la direction de J. Rubellin-Devichi, t. 2, *CNRS* 1986, p. 25s.
[567] Civ. 1er, 17 octobre 2000, *JCP* 2000, IV, 2781.
[568] Il a été jugé que la simple participation financière à l'acquisition d'un bien ne suffit pas à conférer au concubin la qualité d'indivisaire : Pau, 7 juin 2004, *Defrénois* 2005, JP. 1804, note D. Arlie.

adultère[569] ou ont pour but de maintenir une telle relation[570]. La reconnaissance de la validité des donations entre concubins[571] a été progressive passant de leur prohibition à leur validité. Exerçant une fonction de contrôle, la jurisprudence reconnaissait leur validité en fonction de la « cause » de la libéralité, c'est-à-dire selon le « mobile ayant inspiré l'auteur de la libéralité »[572].

216. Ainsi le Code civil se contente de définir le concubinage, et la jurisprudence exclut fermement toute analogie faite avec le régime du mariage[573]. Pour autant, les concubins peuvent organiser leur rapport dans le cadre de contrats, librement conclus entre eux et valables dans la mesure où ils ne sont pas contraires à l'ordre public, en matière successoral, par exemple. Régis par le droit commun des contrats, ces « contrats-organisation » orchestre le régime patrimonial des concubins en imitant le droit des régimes matrimoniaux sans jamais l'égaler. Ce mode d'organisation de la vie en concubinage ne s'apparente pas au contrat spécial qu'est le Pacte civil de solidarité.

La situation des concubins mérite d'être juridiquement améliorée mais, à la différence du droit italien, l'introduction de la définition du concubinage dans le Code civil a consacré ce mode de conjugalité ouvert à la fois aux couples de même sexe et de sexe différent.

II.- La notion de concubinage en droit civil italien

---

[569] Ass. Plén., 29 octobre 2004, n°03-11238 CAPITANT, F. TERRE/Y. LEQUETTE, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, Tome 1, *Introduction Personnes-Famille-Biens Régimes matrimoniaux-Successions*, 12e éd., p.212, n°28-29 : « n'est pas nulle comme ayant une cause contraire aux bonnes mœurs la libéralité consentie à l'occasion d'une relation adultère » ; *D.* 2004. 3175, note D. Vigneau, *JCP G* 2005,II, 10011, note F. Chabas, et I. 187, n°7, obs, Le Guidec, *JCP* 2005, n°17, p. 229, « Libres propos », F. Terré ; *Dr. fam*. 2004, n°230, note B. Beignier ; *Defrénois* 2004. 1732, obs. Libchaber, 2005. 535, note S. Pédelièvre et 1045, note V. Mikalef-Toudic ; *RDC* 2005. 1273 et s., chron. J.-L. Sourioux, Ph. Malaurie, A. Bénabent, D. Fenouillet, G. Pignarre et B. Fages.

[570] Civ. 1er, 3 février 1999 n°96-11946, H. CAPITANT, F. TERRE/Y. LEQUETTE, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, t.1, *Introduction Personnes-Famille-Biens Régimes matrimoniaux-Successions*, 12e éd., p.212, n°28-29 : la Cour de cassation reconnaît que « n'est pas contraire aux bonnes mœurs la cause de la libéralité dont l'auteur entend par ce moyen maintenir la relation qu'il entretient avec le bénéficiaire » (1er arrêt) ; D. 1999. 267, rapp. X. Savatier, note Langlade-O'Sughrue, Somm. 307, obs. M. Grimaldi et chr. Larroumet, p. 351 ; *JCP G* 1999, II, 10083, note M. Billiau et G. Loiseau, I. 152, Chron. Leveneur, Defrénois 1999. 680, obs J. Massip, 738, obs. D. Mazeaud, 814, obs G. Champenois ; *RTD civ*. 1999. 364 et 817, obs J. Hauser, 892, obs. J. Patarin).

[571] Sur la validité des libéralités consenties entre concubins, v. par ex., H. Capitant, F. Terré, Y. Lequette, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, t.1, *D.* 12e éd., n°28-29, p. 212s.

[572] H. CAPITANT, F. TERRÉ/ Y. LEQUETTE, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, t.1, *D.* 12e éd., n°28-29, spé. p. 215 b.

[573] P. VOIRIN et G. GOUBEAUX, *Droit civil, Les Personnes, la Famille, Les personnes protégées, les biens, les obligations et les sûretés*, t. 1, 31 éd., *LGDJ*., p. 144.

217. En droit positif italien, la conception juridique du concubinage se rapproche de celle connue en droit français avant l'adoption du PACS. Le concubinage est une forme d'union précaire ignorée du Code civil italien et marqué par une absence de reconnaissance légale. Face à la multiplication des unions hors mariage, même si le phénomène est moins sensible qu'en France, plusieurs projets de loi destinés à reconnaître et à organiser le concubinage ont été proposés sans qu'aucun d'entre eux n'aboutisse. Certains projets de loi allaient jusqu'à proposé une forme de PACS à l'Italienne. Tel fut le cas du projet ayant pour but la création du « Dico », projet de loi très attendu mais non abouti, à l'ambition affichée de hisser l'Italie au rang des pays européens proposant une forme de partenariat enregistré. Plus récemment, une proposition de loi relative au « Pacte de cohabitation » [Patto di convivenza] a été soumise au Parlement[574]. La question de la reconnaissance juridique du concubinage amène celle de l'application de la norme relative à l'entreprise familiale à cette union de fait. L'existence d'une union légalement reconnue en marge du mariage serait-elle intégrée à l'institution de l'entreprise familiale ?

A.- Approche de la définition du « convivente *more uxorio* »

218. Pénalement réprimé jusqu'à la fin des années soixante-dix [575], la considération du concubinage a évolué passant de la répression à la simple tolérance du phénomène[576]. Cette évolution résulte de l'abrogation de l'alinéa premier de l'article 560 du code pénal italien [577], qui qualifiait le concubinage de délit. Cette abrogation est intervenue suite à la décision de la Cour constitutionnelle[578] [Corte costituzionale] rendue le 3 décembre 1969 jugeant cet alinéa contraire à la Constitution italienne de 1948. Parallèlement, la désignation terminologique de cette situation de fait a évolué. En effet, le mot « concubinage » a été substitué par les termes de « conviventi more uxorio » dans la linguistique juridique. Cette progression terminologique témoigne de la volonté d'une partie de la doctrine et des juges d'abandonner

[574] V. *Patti di convivenza. Le ultime proposte delle XV Legislatura*, *Notariato* 2008, n° 4, p. 459 ; G. LAURINI, *Le convivenze extra-familiari. Una proposta di disciplina rispettosa dei principi etici e costituzionali*, Notariato n° 4/2008, p. 361.
[575] G. ALPA et G. FERRANDO, « Les concubinages dans l'expérience italienne », in *Les concubinages en Europe, Aspects socio-juridiques*, sous la direction de J. Rubellin-Devichi, CNRS, 1989, p. 205.
[576] V. notamment, P. RONFANI, « Les concubinages en Italie, Un exemple de « situation statique » », in *Mélanges J. Rubellin-Devichi* : *Des concubinages, Droit interne, Droit international, Droit comparé*, *Litec*, p. 509
[577] V. sur ce point, L. BALESTRA, « Les concubinages en Italie : aspects juridiques », in Mélanges J. RUBELLIN-DEVICHI, *op. cit.*, p. 405.
[578] Corte cost., 3 déc.1969, n° 147, *GI*, 1970, I, 207.

l'image négative véhiculée par le terme « concubinage », désignant des personnes vivant « hors la loi »[579].

Phénomène moins répandu qu'en France en raison de la forte tradition catholique du pays[580], le nombre de concubinage tend à augmenter dans la société italienne[581]. D'une part, les couples de même sexe osent sortir de l'ombre grâce à l'appui des associations d'homosexuels[582]. D'autre part, la jeunesse italienne tend de plus en plus à s'affranchir de son éducation catholique pour débuter la vie à deux par le concubinage[583] même si le mariage[584] garde dans leur esprit une image très positive[585].

1.- Le concubinage analysé comme une « formation sociale » digne d'être protégée

219. Contrairement au droit français, le concubinage n'est pas défini dans le Code civil. La doctrine et la jurisprudence ont été amenées à cerner cette notion non définie et dépourvue de tout statut. Une partie de la doctrine d'inspiration catholique reste hostile à toute élaboration d'un statut protecteur du concubinage en se fondant sur l'article 29 de la Constitution de 1948, qui reconnaît la famille comme la société naturelle fondée sur le mariage. Une telle position est renforcée par l'hostilité du Conseil Pontifical de la famille, qui s'oppose fermement à l'égalisation entre le mariage et les unions de fait.

220. Longtemps ignoré du droit et rejeté par la doctrine majoritaire refusant de reconnaître cette situation de fait, le concubinage a finalement été reconnu par le Conseil constitutionnel comme « une formation sociale » digne d'être protégée sans pour autant être assimilé à la famille légitime fondée sur le mariage[586]. L'expression constitutionnelle « formation sociale »

---

[579] M. MONTE VERDE, « La famiglia non fondata sul matrimonio », , in Trattato di Diritto Privato, Tome I, 2007, p. 927, v. spéc. n°1, p. 929 ; G. ALPA et G. FERRANDO, *Les concubinages dans l'expérience italienne*, *op. cit*., spéc. p. 208.

[580] Un autre pays de forte tradition catholique a ouvert le mariage aux couples de même sexe : tel est le cas de l'Espagne où la loi du 1er juillet 2005 a légalisé le mariage des personnes de même sexe. Le mariage a été ouvert aux couples de même au les Pays-Bas par la loi du 21 décembre 2000 entrée en vigueur le 1er avril 2001, en Belgique suite à l'adoption de la loi du 13 février 2003, et au Canada où la loi du 20 juillet 2005 dispose « le mariage est, sur le plan civil, l'Union légitime de deux personnes à l'exclusion de toute autre ». La loi ne fait plus référence au sexe des époux.

[581] Phénomène indirectement encouragé par l'établissement juridique de l'égalisation des filiations.

[582] P. RONFANI, « Les concubinages en Italie, Un exemple de « situation statique » », *op. cit*., spéc. p. 516.

[583] Sur ce point, il existe une différence notable entre le Nord et le Sud du pays. Cette seconde partie du pays est davantage marquée par la tradition catholique qu'il importe encore de respecter.

[584] Le recul du nombre de mariage ne peut se justifier à lui seul par l'augmentation du nombre de concubinage mais en raison de la situation économique du pays. L'important taux de chômage concernant les jeunes adultes, les problèmes de logement et la poursuite d'études supérieurs ont conduit au recul de l'âge du mariage et à la diminution de son nombre.

[585] V. P. RONFANI, « Les concubinages en Italie, Un exemple de « situation statique » », *op. cit*., spéc. p. 515.

[586] L. BALESTRA, « Les concubinages en Italie : aspects juridiques », *op. cit*., p. 405, v. spéc. p. 406.

est entendue comme toute forme de communauté, simple ou complexe apte à consentir et favoriser le développement de la personne dans sa vie sociale. Le concubinage est ainsi admis comme une « forme de communauté » permettant le développement de la personne des concubins : cette formation sociale remplie des fonctions comparables à celles de l'institution familiale[587]. Construit à la lumière de l'article 2 de la Constitution italienne[588] reconnu comme l'un des principes fondamentaux du droit, ce raisonnement a permis l'édification de règles protectrices en faveur des concubins. Bien que considérés tous deux comme une formation sociale au sens de l'article 2 de la Constitution, le concubinage n'est pas assimilé au mariage. La Cour constitutionnelle veille à ne pas assimiler les deux formes d'union comme l'affirme le Professeur Luigi Balestra. Selon cet auteur, « la Cour constitutionnelle se préoccupe d'éviter toute assimilation entre les deux formes de vie en commun »[589] à défaut de disposition législative en ce sens. La Cour constitutionnelle a récemment rappelé qu'il appartient au pouvoir législatif la faculté d'organiser juridiquement le concubinage voir d'ouvrir le mariage aux couples de même sexe.[590]

Les débats doctrinaux développés autour de la notion de concubinage témoignent du paradoxe sur lequel repose aujourd'hui la société civile italienne partagée entre les valeurs catholiques très présentes et la volonté de s'aligner sur les autres sociétés européennes admettant soit de nouvelles formes de conjugalité, soit ayant ouvert le mariage aux couples de même sexe. Comment se définit le concubinage en droit italien et quels sont les critères permettant d'identifier une telle situation ?

2.- Eléments d'identification du concubinage en droit italien

221. Actuellement, il s'agit de la seule union hors mariage ponctuellement considérée. Le critère essentiellement discuté est celui du sexe des personnes composant cette forme d'union. La question qui se pose est de savoir si le concubinage s'applique indifféremment aux couples de même sexe et de sexe différent. La doctrine majoritaire rejette le concubinage des couples

[587] G. ALPA et G. FERRANDO, *Les concubinages dans l'expérience italienne*, *op. cit.*, spéc. p. 206.
[588] Cet article dispose « le République protège les droits inviolables de l'Homme même dans les formations sociales dans lesquelles se déroule la personnalité humaine ».
[589] Corte const., 13 mai 1998, n°166, *Fam. Dir*. 1998, 205, note Carbone.
[590] Corte const. 14 avril 2010, n°138/2010 : la Cour constitutionnelle avait été chargée de se prononcer sur la conformité à la Constitution de plusieurs dispositions du droit de la famille servant de fondement à l'interdiction du mariage aux personnes de même sexe. La Cour a déclaré ces questions inadmissibles en décidant, qu'il ne relevait pas de son pouvoir de déclarer ces mesures inconstitutionnelles. Dans cette décision, la Cour constitutionnelle a rappelé qu'il faut entendre par formation sociale visée à l'article 2 de la Constitution « toute forme de communauté, simple ou complexe, adaptée à consentir et à favoriser le libre développement de la personne dans sa vie sociale, dans un contexte de valorisation du modèle pluriel ».

de même sexe. Le concubinage était d'abord assimilé à une union hors mariage existant entre deux personnes de sexe différent. Cependant certains tribunaux italiens ont reconnu la validité des unions homosexuelles[591]. Selon Monsieur Marco Monteverde, l'union libre concerne un concubinage stable et durable avec ou sans enfant, entre un homme et une femme qui se comportent comme des personnes mariées [592]. Cette définition exclut toute reconnaissance du concubinage des couples de même sexe. A l'instar du droit français, le concubinage révèle une union « stable et durable », elle doit donc s'étaler dans le temps contrairement aux « amours de passage » ou aux « aventures » et avoir l'image d'une couple marié[593].

222. Selon la jurisprudence, le concubinage est caractérisé en présence d'une « relation interpersonnelle, stable de nature affective et [parafamiliale], qui s'explique par une communauté de vie et d'intérêts et par une réciproque assistance matérielle et morale »[594]. Les éléments de la définition jurisprudentielle révèlent des éléments similaires aux éléments constitutifs du mariage, tels que la stabilité, la présence de sentiments [affectio], la communauté de vie et d'intérêts, une assistance réciproque matérielle et morale. Il en résulte que le concubinage a l'apparence du mariage. Cependant, dans cette définition, la jurisprudence s'abstient de toute référence au sexe. De plus, il ne peut être exigé entre les concubins une obligation de fidélité, ou tout au plus, une obligation de loyauté issue de la situation de fait.

B.- Les rapports entre concubins

En droit italien, l'attention accordée par le législateur au concubinage se manifeste par l'adoption de dispositions éparses, distillées ponctuellement sans création de véritable régime. Les rapports nés entre les concubins se répartissent traditionnellement en deux catégories : les rapports personnels et les rapports patrimoniaux.

223. **Les rapports personnels.** A l'instar du droit français, les concubins peuvent librement entrer en concubinage, et ils peuvent librement en sortir. Aucun formalisme n'est exigé. Pour la majorité de la doctrine italienne, les concubins sont étrangers au rapport familial puisque la

[591] V. Trib. Roma, 20 nov. 1982, n°13445, Temi Romana, 1983, 379. Dans le même sens : Trib. Firenze, 11 août 1986, *Dir. eccl.*, 1989, II, p. 367.
[592] M. MONTEVERDE, « La famiglia non fondata sul matrimonio », in *Il dititto di famiglia*, G. BOLINI e G. CATTANEO, vol. I *Famiglia e matrimonio*, t. II, UTET 2e ed., 2007, p. 933, spéc. p. 934.
[593] Sur les caractères du concubinage, v. par ex. : G. BONILINI, *Convivente more uxorio, « conviventi », administrazione di sostegno*, *Familia* 2005, I, p. 209, v. spéc. p. 216
[594] Cass. 28.3.1994, n° 2988, *DFP*, 1996, 873.

famille est fondée sur le mariage. Une disposition spéciale en matière d'état civile[595] prévoit que la famille doit s'entendre comme un ensemble de personnes parmi lesquelles il y a des liens de parenté, d'alliance, d'adoption, de tutelle, ou des liens affectifs, ou encore les personnes vivant habituellement dans la même communauté, qui, normalement, pourvoit à leurs besoins, moyennant la mise en commun de leurs revenus. Le concubinage peut entrer dans cette définition. En se fondant sur cette disposition, un phénomène s'est développé en Italie dans certaines mairies qui ont procédé à l'enregistrement de la déclaration de vie commune des concubins de même sexe ou de sexe différent à partir de formulaire mis à leur disposition. Cependant, leur effet est limité, puisque ces enregistrements ne produisent pas de conséquence juridique sauf en ce qui concerne l'attribution de certains avantages relevant du pouvoir municipal (tel peut être le cas, par exemple, pour l'attribution de logements sociaux)[596]. Durant leur vie commune, les concubins ne sont tenus d'aucun rapport personnel. Il n'existe pas entre eux de régime primaire, les époux ne sont pas tenus par l'obligation de fidélité exigée en matière de mariage. Toutefois ponctuellement, le concubinage peut être reconnu comme établissant des rapports personnels entre les intéressés. Tel fut le cas lors de la décision de la Cour constitutionnelle qui a décidé de reconnaître au concubin le droit de bénéficier du contrat de location [597]. Le concubin s'est également vu reconnaître le droit à l'indemnisation du « préjudice biologique » [Danno biologico] subi du fait de la mort de son concubin[598].

224. Les rapports patrimoniaux. Entre les concubins, il n'existe pas de rapports patrimoniaux légalement définis, sauf ceux déterminés entre eux au moyen d'une convention[599]. Ces conventions n'ont pas pour objet la cohabitation des concubins et le moyen de la mener en prévoyant par exemple une obligation de fidélité. De telles conventions seraient nulles de plein droit [600]. Toutefois, les concubins peuvent régler certains points comme par exemple le sort de biens acquis au cours du concubinage. Ils peuvent également prévoir les modalités de contribution matérielle à leur vie commune. Contrairement aux époux, le concubin ne peut agir contre l'autre en contribution « des charges du mariage » en invoquant l'article 143 du code civil propre au mariage. Toute action en ce sens lui est

[595] Art. 4 del Regolamento anagrafico, contenuto nel d.p.r. n° 223 del 30 maggio 1989.
[596] L. BALESTRA, « Les concubinages en Italie : aspects juridiques », *op. cit.*, spéc. p. 414.
[597] Corte const., n° 404, 1988.
[598] Trib. Roma, n° 9693, 1991.
[599] M. FRANZONI, « Le convenzioni patrimoniali tra conviventi more uxorio », in *Il diritto di famiglia*, G. BOLINI e G. CATTANEO, vol. II *Il regime patrimoniale della famiglia*, t. II, UTET 2e éd., 2007, p. 527 et s.
[600] V. M. FRANZONI, « Le convenzioni patrimoniali tra conviventi more uxorio », *op. cit.*, spéc. p. 531, §. 2.

fermée[601]. De même, les concubins ne peuvent bénéficier des règles relatives au régime matrimonial des époux[602]. Cependant, les libéralités consenties entre concubins sont valablement admises entre deux concubins de sexe différent, et de manière isolée entre deux concubins de même sexe, car « elles constituent l'exécution d'obligations naturelles »[603].

La doctrine dénonce l'absence de réglementation du concubinage propre à assurer une protection du concubin « faible »[604], qui peut se trouver également affaibli économiquement suite à l'aide apportée à l'activité de l'autre. La conception actuelle du concubinage est insuffisante à le faire entrer dans le champ d'application de l'article 230bis du code civil. L'adoption d'une forme de partenariat enregistrée ferait certainement évoluer cette conception.

C.- Propositions d'enregistrement d'un partenariat italien

L'adoption d'un partenariat enregistré permettrait de modifier le paysage de la conjugalité italienne à l'instar du PACS, qui apparaît aujourd'hui comme un mode de conjugalité à part entière[605].

1.- L'échec du « Dico »

Le système italien a connu plusieurs propositions d'enregistrement de partenariat à l'italienne mais aucune proposition n'a abouti puisque à l'heure actuelle le pays ne s'est toujours pas doté d'une forme de partenariat enregistrée, réservant ainsi toujours la primauté au mariage comme unique union légale. Mais certaines de ces propositions méritent que l'on s'y intéresse.

225. L'une des propositions d'organisation légale d'union hors mariage qui a retenu notre attention est celle prévoyant la création du « DICO »[606]. A l'heure où de nombreux pays européens se dotent pour certains d'un partenariat enregistré tandis que d'autres ouvrent le mariage aux couples homosexuels, les tentatives sont nombreuses en Italie. L'introduction du

[601] Prêt. Milano, 8.2.1990, *Foro it*., 1991, I, 329.
[602] V. M. MONTEVERDE, *La famiglia non fondata sul matrimonio*, *op. cit*., p. 953.
[603] Trib. Firenze, 11 août1986, *Dir. Eccl*., 1989, II, p. 367 ; en sens contraire : Cass., 22 fév. 1995, n°1989, Arch. Civ., 1996, I, 484, note De Tilla, in L. BALESTRA, *Les concubinages en Italie. Aspects juridiques*, *op. cit*. note 27.
[604] R. DI MAIO, *I registri delle unioni civili*, *Famiglia, Persone e Successioni*, janv. 2007, p. 59, *spéc*. p. 61.
[605] V. LARRIBAU-TERNEYRE, *L'amélioration du PACS, un vrai contrat d'union civile. A propos de la loi du 23 juin 2006*, *Dr. Fam*., Janv. 2007, n°1, p. 9, spé. p. 10.
[606] V. l'analyse qui en est faite par I. AMBROSI et F. BASILE, *DICO : cronaca di una morte annunciata ?,* L'osservatorio legislativo, *Famiglie, Perone e Successioni*, avril 2007, p. 376.

DICO a été amorcée par une partie de la majorité du gouvernement Prodi, nom du Premier Ministre alors en place, qui a voulu insérer dans la loi de finances alors en discussion la possibilité pour les personnes composant une « union de fait » de bénéficier notamment d'un héritage au même titre que les personnes mariées. Pour prévenir un échec dans l'adoption du budget 2007, cet amendement a été retiré du projet de loi de finances. En contrepartie, la coalition de gauche italienne s'est engagée à fixer une date butoir pour présenter un projet de loi[607]. Il s'agit de l'un des derniers projets en date examiné et approuvé par le Conseil des Ministres italiens n°38 du 8 mars 2007 relatif aux droits et devoirs des personnes relevant d'une cohabitation stable [stabilmente conviventi]. Ce texte a été présenté par la coalition de gauche animée par l'idée de la création d'un partenariat enregistré pour les unions de même sexe et de sexe différent. Le but du DICO était d'apporter une protection relative au concubin considéré comme « faible » dans sa relation. Face aux situations de précarité auxquelles sont confrontées les concubins en cas de rupture, le Conseil des ministres a voulu proposé une solution. Par l'intermédiaire d'une loi de finances, le gouvernement italien a voulu insérer dans son système juridique les premières mesures à destination des unions hors mariages quelque soit leur orientation sexuelle. Ce projet de loi visait les personnes de sexe différent et de même sexe qui avaient une relation stable, liées par des liens affectif, de solidarité et de réciproque assistance. La tentative n'était pas moindre dans la mesure où il s'agissait d'assimiler les concubins aux couples mariés sur le plan successoral. Cette initiative était motivée par la volonté du gouvernement d'accorder une protection minimale aux unions de fait durant la vie commune et en cas de séparation. Ce texte précisait les droits et devoirs des personnes enregistrées et déclarées comme ayant une communauté de vie stable, unies par des liens affectifs, de solidarité et d'assistance réciproque, même s'il s'agit de personnes de même sexe. Face aux nombreuses protestations menées par les associations de famille catholiques, cette mesure n'a pas vu le jour. Mais cette tentative a été veine. Cet échec traduit la particulière difficulté à faire adopter une telle modification dans le système juridique italien.

2.- Les « Patti di convivenza »

226. La proposition de loi Laurini a pour objet de présenter un pacte ayant la forme écrite d'où découlerait les droits et obligations des concubins. L'intérêt de cette proposition de loi est qu'elle envisage la collaboration professionnelle entre les concubins en prévoyant de créer un nouvel article 230ter dans le Code civil.

[607] La date butoir retenue pour présenter le projet de loi sur le PACS était le 31 janvier 2007. Le projet de loi n'a été présenté que début février 2007.

227. Ce texte ne fait aucunement référence au sexe des parties afin d'éviter toute paralysie idéologique : « le pacte de cohabitation est le contrat par lequel deux personnes organisent leur rapports patrimoniaux réciproques relatifs à leur vie commune et à sa cessation ». Le texte prévoit d'introduire au titre trois (Des simples contrats) du livre quatre (Des obligations) du code civil après le chapitre vingt-six (De la cession des biens aux créanciers), les dispositions relatives « au Pacte de cohabitation ». Le texte prévoit des mesures de forme et de publicité auxquelles soumettre le pacte et la création d'un registre national des pactes de cohabitation (art. 1986-quater). Un tel registre permettrait de produire des attestations relatives à l'existence du pacte. Le pacte serait soumis à des causes de nullité et pourrait prendre fin par la résolution sur volonté des parties. Les personnes soumises au pacte serait tenu du devoir d'assistance réciproque et bénéficierait de droits patrimoniaux. Les biens acquis à titre onéreux au cours du pacte seraient soumis au régime de l'indivision. La proposition de loi conçoit le pacte comme un contrat, chargé avant tout d'organiser les rapports patrimoniaux entre ses membres. Les rapports personnels sont envisagés de manière limitée, puisque le texte ne fait référence qu'à l'obligation réciproque d'assistance.

228. Ce texte prévoit également la possibilité d'élargir le bénéfice de l'article 230bis du Code civil par la création d'un article 230ter intitulé « droits du concubin » [Diritti del convivente], aux termes duquel : « le concubin qui durant au moins cinq ans a conclu un pacte de cohabitation et qui participe stablement à l'activité de l'entreprise de l'autre concubin, sauf dispositions contraires contenues dans le pacte, peut prétendre à une participation aux bénéfices proportionnellement au travail fourni. Ce droit n'est pas dû lorsqu'il existe entre les concubins un rapport de société ou de travail subordonné ». Cette proposition de loi est le premier texte qui entend régler la collaboration professionnelle entre concubins. Il soumet l'application de l'article 230ter au concubin lorsque plusieurs conditions sont réunies. Tout d'abord, les concubins doivent être liés par le pacte. La conclusion de ce pacte est soumise à une condition de durée puisqu'il doit être conclu depuis au moins cinq ans entre le chef d'entreprise le concubin qui prétend bénéficier de l'application de l'article 230ter. Le concubin doit travailler effectivement dans l'entreprise et cette prestation de travail doit être stable. Enfin, ce rapport de travail doit être exclusif de tout autre rapport juridique. Il en résulte que l'article 230ter n'est pas applicable lorsqu'il existe entre les concubins un contrat de travail ou un contrat de société.

Section 2 : Les solutions à la collaboration professionnelle des concubins

Le concubin ni salarié ni associé peut être collaborateur de fait dans l'entreprise de l'autre. Cette situation se rapproche de celle que connaissait le conjoint assistant. La jurisprudence et la doctrine ont tenté de délimiter juridiquement la notion d'assistance dans le cadre professionnelle. Celle-ci a pu être analysée comme « l'émanation professionnelle de la notion d'entraide familiale imposée par l'article 212 du Code civil, selon laquelle, les époux se doivent mutuellement fidélité, secours et assistance ». Or la loi ne prévoit pas de telles obligations entre les concubins et la jurisprudence exclut toute application par analogie. Quel sera alors le fondement de la collaboration professionnelle entre les concubins ?

229. Les solutions actuelles pouvant répondre aux problèmes nés de la collaboration professionnelle dans les unions hors mariage sont de deux ordres, il existe les solutions de nature conventionnelle et les solutions de nature jurisprudentielle. La collaboration professionnelle entre concubins peut avoir lieu dans le cadre d'un mandat[608], le chef d'entreprise confie à son concubin l'exécution d'une tâche précise. Mais, en pratique, la collaboration professionnelle est fréquemment constatée *a posteriori* au moyen de la société créée de fait ou de l'enrichissement sans cause.

I.- Les solutions actuelles

230. A défaut de disposition légale spécifique, les concubins peuvent recourir à des techniques conventionnelles selon les conseils de professionnels du droit. Si ces techniques ne sont que des moyens exceptionnels utilisés, elles ont tout de même le mérite d'offrir une organisation et une protection aussi relatives soient-elles en l'absence de coexploitation[609]. Le mandat apparait comme un mécanisme pouvant être envisagé. Le mandat est une technique conventionnelle de représentation existant en droit français et italien, selon laquelle le chef d'entreprise confie à son concubin ou à son pacsé un pouvoir spécial à durée limitée. Dans cette hypothèse, le concubin ou le pacsé est soumis aux règles de droit commun issues du code civil. Les concubins ont donc recours au mandat exprès, général ou spécial de droit commun des articles 1984 et suivants du Code civil. La collaboration constante d'un concubin à l'entreprise appartenant à l'autre permet aisément d'invoquer un mandat tacite et surtout la

[608] V. *infra* : partie 2, titre 1, chapitre 2.
[609] Si un fonds est exploité ensemble par les deux pacsés ou si le fonds exploité est indivis, un avis du Comité de coordination du Registre du commerce et des sociétés prescrit de le publier : v. *JCP E*, 2001, p. 537.

théorie du mandat apparent. Cependant cela peut présenter le risque de l'immixtion du concubin non chef d'entreprise dans la gestion de l'entreprise avec de graves conséquences : l'extension du passif social et de la procédure collective[610]. La technique du mandat a pour avantage d'accorder une protection au concubin ou au pacsé qui va agir au nom et pour le compte du chef d'entreprise conformément à la mission qui lui a été confiée. Le concubin peut donc se prévaloir de ce pouvoir à l'égard des tiers. Les actes accomplis produisent directement leurs effets dans le patrimoine du mandant. Mais cette solution est peu satisfaisante en ce qu'elle est temporaire, et qu'elle ne répond qu'à une situation ponctuelle. Ainsi elle ne semble pas adaptée en cas de collaboration professionnelle continue au sein d'une union hors mariage. Elle n'offre pas un statut professionnel au concubin.

Si les concubins exploitent en commun une même entreprise, ils sont comme des tiers l'un par rapport à l'autre contrairement aux époux.

231. Pour résoudre les conflits nés de la collaboration professionnelle entre concubins deux techniques issues du droit commun sont utilisées par la jurisprudence : la première relève du droit des sociétés : la société créée de fait, l'autre relève du droit des obligations : il s'agit de l'enrichissement sans cause. Les droits français et italien n'accordent aucune protection particulière aux concubins dans leur vie familiale et dans la vie professionnelle. Il leur appartient d'organiser leurs rapports juridiques selon les techniques existantes en droit positif. A défaut, les tribunaux saisis du problème feront œuvre créatrice pour régler le différend : c'est ainsi que la société créée de fait a été utilisée par la jurisprudence dans les deux systèmes juridiques français et italien. La liquidation de la société créée de fait est alors utilisée comme moyen de substitution. Le droit des sociétés, qui fait pourtant peu de place aux sentiments, est souvent mis à contribution par des concubins déçus qui cherchent à guérir leur peine de cœur au moyen d'un remède en argent. La preuve de l'existence d'une société créée de fait relève d'un contentieux assez fourni, souvent alimenté par des ruptures de concubinage ou l'apparition de mésententes familiales.

A.- La société créée de fait

La société créée de fait est une notion propre au droit des affaires, dont il convient de comprendre les raisons de son apparition et son régime juridique avant de voir de quelle manière cette technique a été détournée par les concubins.

[610] V. *infra* : partie 2, titre 2, chapitre 1.

232. La société de créée de fait est utilisée par la jurisprudence française, et à un degré moindre par la jurisprudence italienne, pour remédier à une collaboration de fait. La définition de la société créée de fait [611] présente des éléments similaires en droit français et italien. La société créée de fait peut se définir comme une « situation dans la quelle deux ou plusieurs personnes se sont comportées en fait comme des associés sans avoir exprimé la volonté de former une société ». Le mécanisme est semblable dans les deux droits. Il permet de requalifier « l'activité commune de plusieurs personnes en société, bien qu'elles n'aient pas exprimé l'intention de s'associer »[612]. La qualité d'associé est alors révélée *a posteriori*. Son attribution ne résulte pas d'une démarche volontaire et consciente.

233. Cette notion a une origine très ancienne en droit français et italien. En France, la société créée de fait a été théorisée par Hémard[613] au début du siècle. Mais il faudra attendre la loi du 4 janvier 1978 pour que ce concept connaisse une consécration législative. Les sociétés créées de fait [614] ont longtemps été utilisées en matière agricole avant de faire leur apparition dans les activités commerciales. Initialement, la société créée de fait était généralement constatée à l'occasion de l'exploitation en commun d'un fonds de commerce par des concubins, parents ou amis. Mais, elle peut également résulter du changement de nature d'autres contrats que les pacsés transforment progressivement en société créée de fait. « Depuis une trentaine d'années, la qualification de société créée de fait, se posait surtout à l'occasion de la rupture extraconjugale ou conjugale servant ainsi de substitution à un régime matrimonial insuffisant ou inexistant ». Le concept de société créée de fait est souvent invoqué une fois la situation réalisée, il apparaît à la fin de la vie sociale. Selon Madame Sabine Vacrate, la société créée de fait « apparaît davantage comme un procédé de

[611] V. F.X. LUCAS, *La société dite « créée de fait »*, *op. cit.*, p. 737. ; Y. DEREU, *Réflexions sur les qualifications données à certains types de sociétés*, *BJS* 1998, p. 607, n°204 ; G. RIVES, *Le sort des sociétés de fait depuis la réforme des sociétés commerciales*, *RTD Com*. 1969, 407 ; G. KESSLER, *Société créée de fait : les leçons du droit comparé*, *op. cit*. ; F. DEKEUWER, *Illusions et dangers du statut des sociétés créées de fait*, *D*. 1982, Chron. 83 ; J.M. de BERMOND de VAULX, *L'empire des faits et l'émergence de la notion de société*, *D*. 1996, Chron. 185 ; B. JADAUD, *Sociétés créées de fait et sociétés en participation*, *Defrénois* 1983, art. 33028, p. 417 ; J.F. PILLEBOUT, *Société en participation, société créée de fait en agriculture*, *JCP N* 1986, I, p. 418 ; I. TCHOTOURIAN, *L'affectio societatis, critère de validité et de qualification du contrat de société*, *op. cit*., spéc. pp. 396 et s.

[612] V. G. KESSLER, *Société créée de fait : les leçons du droit comparé*, *op. cit*. : dans son étude, l'auteur constate que les droits suisse, allemand, anglais, américain, italien ou espagnol, reconnaissent tous l'existence de la société créée de fait.

[613] V. HEMARD, *Traité des nullités des sociétés et des sociétés de fait*, 2e éd., Sirey, 1926.

[614] La société créée de fait doit être distinguée de la société de fait ; la confusion est fréquente en pratique. La société de fait est une société, qui a été immatriculée et qui a fonctionné mais qui a été annulée en raison d'un vice. Par faveur pour les créanciers et par exception au droit commun des contrats, la jurisprudence a exclue la rétroactivité comme conséquence de l'annulation, de sorte que la société est considérée comme ayant valablement fonctionné en fait. V. Y. DEREU, *Réflexions sur les qualifications données à certains types de sociétés*, *op. cit.*, p. 607, n° 204.

plaidoirie », elle apparaît comme « un recours utilisé par certains plaideurs devant les tribunaux »[615]. La société créée de fait ne peut être contestée dans son principe mais dans son régime.

1.- La reconnaissance juridique des sociétés créées de fait

234. En droit français et italien, cette notion de société créée de fait a été élaborée par la jurisprudence afin de pallier aux lacunes de la loi. Le droit français a consacré cette création prétorienne par la loi n°78-9 du 4 janvier 1978 avec l'entrée de la notion dans le Code du commerce au côté des autres modèles de société. Dans sa décision rendue le 8 janvier 1946[616], la Cour de cassation précisa pour la première fois les conditions de la société créée de fait. La Cour a alors qualifié de société créée de fait, un groupement non régulièrement constitué, qui présentait les caractéristiques de la société. En se fondant sur le comportement des associés tel qu'il s'est extérieurement manifesté, Madame Sabine Vacrate a mis en évidence le lien étroit existant entre la naissance et l'évolution de la société créée de fait avec la société de commerce[617]. Selon l'auteur, « la notion a été façonnée par les auteurs et la pratique à partir d'un modèle déjà connu, celui des sociétés commerciales. La société créée de fait résulte de la prise en considération par le juge ou le législateur de situations qui ne sont pas reconnues par le droit[618] ». La société créée de fait est née avec le rejet du formalisme légal exigé pour la constitution d'une société, tandis que le formalisme et la réglementation de la vie en société ont été dictés par le souci de la protection des tiers et le contrôle de l'inflation des sociétés.

Pour que l'existence de la société créée de fait soit retenue entre les membres d'un même couple des conditions propres, dégagées par la jurisprudence doivent être constatées.

2.- La conception juridique de la société créée de fait en droit français et italien

235. **La conception française**. La société créée de fait peut être définie comme une société résultant du comportement de personnes qui ont participé ensemble à une œuvre économique commune dont elles ont partagé les profits et supporté les pertes et se sont en définitive conduites comme des associés sans en avoir la pleine conscience ou sans en avoir manifesté expressément la volonté. En fait, deux ou plusieurs personnes se comportent comme des

[615] S. VACRATE, *op. cit*. p. 23, n°71 et 72.
[616] Req., 8 janv. 1946, *JCP* 1946, II, 3053.
[617] V. S. VACRATE, *op. cit*., p. 5.
[618] Le Doyen Jean Carbonnier désignait cette situation par « la sollicitation juridique du droit savant par le droit vulgaire, du juridique par l'infrajuridique ».

associés, sans avoir fondé entre elles une société. Elle se distingue de la société de fait en ce qu'elle fonctionne sans être entachée d'une cause de nullité qui menacerait son existence. Les dispositions résultant des articles 1871 et suivants du Code civil relatives à la société en participation lui sont applicables[619]. La société créée de fait apparaît comme une alternative à la collaboration professionnelle des concubins. L'aide occasionnelle apportée par un concubin à l'exploitation du fonds de commerce de sa concubine apparaît insuffisante à justifier l'existence d'une société créée de fait entre concubins alors que les dépenses étaient entièrement supportées par elle[620].

236. **La société créée de fait en droit italien [Società di fatto]**. Comme en droit français, la société créée de fait est également une technique invoquée en justice afin de résoudre les conflits opposant les concubins en cas de séparation pour le partage des biens ou l'indemnisation d'une collaboration professionnelle dépourvue d'organisation juridique. Il s'agit d'une technique issue du droit commun afin d'accorder un régime matrimonial de substitution au concubin ou servant à indemniser leur collaboration professionnelle. L'expression appropriée désignant ce mécanisme s'apparentant à notre société créée de fait est celui de *Società di fatto*, pouvant être traduit littéralement par « société de fait ». Toutefois, ces deux notions ne doivent pas être confondues et toute interprétation littérale serait erronée dans la mesure où la société de fait française correspondrait plutôt à la notion de société irrégulière ou *società irregolare*. A la différence du droit français, la société créée de fait italienne peut être constituée verbalement par les associés ce qui la rapproche d'une société en participation. La conception italienne de la société créée de fait révèle une certaine souplesse dans la constitution de cette dernière considérée comme une société de droit tacite s'apparentant à une société en participation tacite[621]. La manifestation de volonté caractérisant le contrat de société peut être tacite [622] se dégageant du comportement des associés révélant une envie de s'associer. Pour des raisons de commodité, l'expression utilisée lors de cette étude sera donc celle de « la société créée de fait ». L'associé de fait peut décider et conclure valablement avec les tiers des actes entrant dans l'objet social. Il a le droit de percevoir les profits comme le prévoit l'article 2263 du Code civil italien.

---

[619] Selon l'article 1873 du Code civil français : « Les dispositions du présent chapitre sont applicables aux sociétés créées de fait ».
[620] Trib. Chambéry, Ch. civ., 7 fév. 1990, JurisData, n°043000.
[621] V. G. KESSLER, *Société créée de fait : les leçons du droit comparé*, *D*. 2005, Chron., p. 86, spé. p. 88.
[622] L. STANGHELLINI, *Contributo allo studio dei rapporti di fatto*, *Giuffrè Editore Milano* 1997, spéc. p. 166, in G. KESSLER, *Société créée de fait : les leçons du droit comparé*, *op. cit*.

237. **Identité de régime juridique** . Les droits français et italien présentent une similitude quant au régime juridique applicable à la société créée de fait. Celui-ci diffère selon la nature de l'activité exercée. En principe, si les associés n'ont pas prévu d'organisation différente, les rapports entre eux seront régis soit par les dispositions applicables aux sociétés simples [Società simplice], soit par les dispositions applicables aux sociétés en nom collectif [Società in nome collectivo], selon que l'activité exercée a un caractère civil ou commercial[623]. Pour être constituée, une société créée de fait doit réunir cumulativement tous les éléments composant le contrat de société, c'est-à-dire à la fois les éléments de fond et l'élément psychologique, tels que l'existence d'apports, l'intention de collaborer à un projet commun et l'intention de participer aux bénéfices et aux pertes.

Lorsque les tribunaux ont à trancher un litige relatif à l'existence d'une société créée de fait entre concubins, ils ont en réalité à combler le vide juridique concernant soit la liquidation du concubinage soit la collaboration professionnelle des concubins. Sur ce dernier point, l'utilisation de la « technique » de la société créée de fait par les tribunaux est commune aux unions de fait et de droit.

3.- Le détournement de l'institution par les concubins

238. En France comme en Italie, la collaboration professionnelle entre concubins peut être analysée sur le plan de la société créée de fait. Présentée comme une solution *a posteriori*, son intérêt est limité puisqu'elle n'est envisageable qu'en cas de collaboration réalisée sur un pied d'égalité en vue de faire fructifier une entreprise commune. Généralement invoquée à l'occasion de la participation au financement d'une acquisition immobilière[624], la société créée de fait est un palliatif à l'absence de statut en cas de collaboration professionnelle entre les concubins.

239. La société créée de fait est une technique juridique utilisée par les concubins en cas de rupture de la vie commune pour régler des questions inhérentes à la vie familiale ou pour résoudre des difficultés issues d'une collaboration professionnelle[625] qui s'est créée en raison des liens sentimentaux les unissant et en raison desquels aucune précaution juridique n'a été prise.

---

[623] V. l'article 1871-1 du Code civil français et l'article 2249 du Code civil italien.
[624] Pour le droit français, v. not. : Civ. 1er, 20 janvier 2010, n°08-13.200, JurisData n°2010-051159, (CA Fort-de-France, ch. civ., 25 janvier 2008), *JCP E* 2010, n°9-10, p. 31 (1er arrêt).
[625] V. S. LEDER, *Les effets de la collaboration commerciale entre concubins*, Th. Nice, Janvier 1987.

a.- En droit français

240. En cas de collaboration professionnelle entre les concubins, ce lui qui participe à l'activité de l'autre ne peut invoquer l'existence de devoirs réciproques comme la contribution aux charges du ménage pour justifier l'aide apportée par son concubin à son activité. La Cour de cassation adopte une position très stricte en la matière. Elle censure systématiquement toute cour d'appel qui procède à la recherche de l'existence d'une contrepartie à la contribution d'un concubin aux charges du ménage[626]. Dans les faits, la vie commune des concubins implique nécessairement un accord pour le moins informel et tacite sur la contribution de chacun d'entre eux aux charges de leur ménage. En l'absence de régime matrimonial encadrant les rapports pécuniaires des concubins, seules les règles issues du droit commun servent de fondement à toute résolution de litige. Les deux techniques invoquées devant les tribunaux et issues du droit commun sont la société créée de fait et l'enrichissement sans cause, qui sera étudié ultérieurement. La société créée de fait existe en droit français en l'absence de toute manifestation expresse de volonté.

241. **Critères constitutifs de la société créée de fait**. Bien que fréquemment invoquée, l'existence d'une société créée de fait entre concubins est rarement reconnue[627]. La preuve de la société créée de fait doit être rapportée par celui qui l'invoque, ce qui suppose d'apporter la preuve de la réunion des différents critères nécessaires à son établissement. La jurisprudence est constante quant aux éléments devant être réunis pour constituer une société créée de fait. Les juges doivent relever la réunion des éléments caractérisant tout contrat de société[628]. Les juges apprécient de manière très stricte la réunion des différents éléments propres au contrat de société évoqués en cas de collaboration professionnelle. Nous ne reviendrons pas sur ces différents éléments déjà étudiés dans un précédent chapitre[629]. Seul le critère de *l'affectio societatis* retiendra notre attention.

242. La position stricte de la Cour de cassation. Le rappel d'une solution bien établie : l'établissement de « l'intention des concubins de collaborer sur un pied d'égalité à un projet commun ». Sans employer directement les termes *d'affectio societatis*, la Cour de cassation

[626] Civ. 1er, 20 janvier 2010, n°08-13.400 : www.legifrance.gouv.fr
[627] Pour un exemple de société créée de fait reconnue entre concubins : Civ. 1er, 11 février 1997, *JCP G* 1997, II, 22820, note Th. Garé. Sur l'inexistence d'une société créée de fait entre concubins, v. not. : Civ. 1er, 18 juillet 1995, *JCP G* 1995, IV, 2308 ; *RTD Civ* 1996. 133, obs. J. Hauser ; Civ. 1er, 15 octobre 1996, *Bull. civ*., I, n°357, p. 250 ; *D*. 1997, somm. 177, M. R. Libchaber.
[628] V. *supra* : titre 1, chapitre 2.
[629] V. *supra* : titre 1, chapitre 2.

définit ce critère comme la « volonté de collaborer activement, sur un pied d'égalité, à la réalisation d'un projet commun »[630] ou « volonté commune de s'associer sur un pied d'égalité en partageant les bénéfices et les pertes »[631]. Aussi, il a été jugé que la simple cohabitation prolongée ne suffit pas à prouver l'existence d'une société créée de fait [632] et la mise en commun d'intérêts inhérente à la vie maritale est insuffisante à caractériser *l'affectio societatis*[633]. Le seul concubinage ne suffit pas à caractériser l'existence de la société créée de fait[634] tout comme la « participation aux dépenses de la vie commune »[635]. Lorsque deux personnes décident de vivre ensemble, elles vont inévitablement mettre en commun le mobilier, la nourriture ou d'autres biens. De cette situation va résulter des avantages profitables aux deux mais ils devront également en supporter les risques. Par deux arrêts rendus le même jour, le 23 juin 2004 [636], la Cour de cassation a par une formule claire et précise rappelé les conditions exigées pour constituer une société créée de fait entre concubins. Encore faut-il « des éléments de nature à démontrer une intention de s'associer distincte de la mise en commun d'intérêts inhérente à la vie maritale »[637], comme l'a précisé la Première Chambre civile de la Cour de cassation le 12 mai 2004. L' *affectio societatis*, élément psychologique, doit exister de manière distincte de la réalisation des apports, ces derniers pouvant être entendus « comme la mise en commun d'intérêts inhérents à la vie maritale ». Suite à ces décisions rendues le 23 juin 2004 et le 12 mai 2004 respectivement par la Chambre commerciale et la Chambre civile de la Cour de cassation, la position de cette dernière sur cette question est clarifiée. Les deux chambres ont désormais une position commune. Ces éléments cumulatifs doivent être prouvés séparément et ne peuvent se déduire les uns des autres. La preuve de tous ces éléments propres au contrat de société doit être rapportée par celui qui se prévaut de l'existence d'une société créée de fait. La Cour de cassation française exige que les juges du fond distinguent de manière claire et précise les éléments de la communauté de vie des éléments du contrat de société.

---

[630] Civ. 1er, 28 fév. 2006, n° 04-15116 : www.legifrance.gouv.fr
[631] Civ. 1er, 3 déc. 2008, n° 07-13043 : www.legifrance.gouv.fr
[632] Com. 30 juin 1970, *Bull. civ*. IV, n°222 ; Com. 7 avril 1998, *Dr. fam*. 1998, n°82, note H. Lécuyer ; Com. 9 octobre 2001, *Bull. civ*., IV, n°165 ; *Dr. fam*. 2002, n°18 et 55, note H. Lécuyer ; *Dr. sociétés*, mars 2002, p. 13, T. Bonneau.
[633] Civ. 1re, 12 mai 2004, *Bull. Joly*, oct. 2004, p. 1284, §. 260, note Y. Dereu.
[634] Civ. 1er, 23 juin 1987, *JCP* G 87, I, 16959, n°2.
[635] Com., 9 oct. 2001, *Bull*., IV, n°165, arrêt venant confirmer des solutions antérieures: Com. 7 avril 1998, *RJDA*, 7/98, n°863 ; Cass. Com., 19 fév. 1991, non publié, pourvoi n° 89-16.875, cité in *RJDA* 5/91, n°403. Pour la mise en commun des ressources : Com. 8 juill. 2003, n°02-12.035 : la mise en commun d'apports ne suffit pas à démontrer l'existence d'une société créée de fait.
[636] Civ. 1er, 23 juin, 2004, n°01-10.106 et 01-14.275, *JCP Fam*, oct. 2004, p. 27 s, *Bull. civ*. IV, n°135.
[637] Civ. 1er, 12 mai 2004, n°01-03.909, *Bull. C. Cass*., 15 oct. 2004, p. 32.

243. En matière professionnelle, une telle volonté de s'associer a été retenue entre deux chirurgiens-dentistes mariés dans la mesure où « un seul registre de recettes a été tenu sans distinguer les recettes de l'un ou l'autre praticien, ils ont effectué une seule déclaration fiscale, ils ont confondu leur patrimoine en effectuant des paiements sans faire de compte entre eux et en procédant à de nombreux virements sur leur compte bancaire »[638]. Il apparaît donc que « l'exercice en commun d'une profession libérale, la tenue d'un seul registre des recettes sans ventilation entre les praticiens, l'unicité de déclaration fiscale, la confusion des patrimoines par une imbrication inextricable de paiements et de virements »[639] constituent des indices permettant aux juges de considérer l'existence d'une société créée de fait. Une position similaire a été adoptée concernant des concubins kinésithérapeutes qui exerçaient en commun leur activité en utilisant les mêmes locaux, tenant une comptabilité unique tous deux titulaires d'un compte joint et se répartissant à parts égales les bénéfices comme la clientèle[640].

244. Une décision rendue par la Première Chambre civile de la Cour de cassation le 20 janvier 2010[641] offre une illustration intéressante de cette exigence. Dans cette récente affaire, la concubine avait été inscrite au registre des métiers comme chef d'entreprise de maçonnerie, alors qu'elle exerçait dans le même temps une activité de secrétaire de direction, d'abord auprès d'une société d'août 1978 à août 1981 puis d'une maison de parfumerie de février 1985 à fin 1989. Suite à la rupture du concubinage, elle demandait à ce que soit reconnue l'existence d'une société créée de fait entre elle et son concubin. Les juges ont rejeté sa demande aux motifs que seul le concubin assumait réellement les responsabilités découlant de l'activité exercée. Pour fonder leur décision, les juges du fond ont réalisé une nette distinction entre ce qui a été déclaré et l'exercice effectif de l'activité, soit entre la « lettre » et les faits. La prépondérance est donc accordée à l'exercice *in concreto* de l'activité du concubin. La concubine s'était inscrite au répertoire des métiers en tant que chef d'entreprise en raison de l'illettrisme de son concubin. Pour la Cour d'appel, suivie par la Cour de cassation, la

---

[638] Com. 27 fév. 1996, *Epoux Pignon*, *Revue des sociétés* 1996, p. 549, note J.-F. Barbièri : en l'espèce, il s'agissait de deux époux exerçant la profession de chirurgien-dentiste. Suite au divorce, l'épouse a assigné son époux aux fins de voir prononcer la liquidation de la société créée de fait qu'elle prétend avoir existé entre eux pour l'exploitation en commun d'un cabinet dentaire.

[639] V. note J.-F. BARBIÈRI, sous Com., 27 Fév. 1996, *Epoux Pignon*, *op. cit*.

[640] Com., 8 janv. 1991, *BJS*, 1991. 330, §. 102 ; *D*. 1993. Somm. 31, obs. J. Penneau ; *Defrénois* 1993. 436, note Chappert ; in note J.-F. Barbièri, sous Com., 27 Fév. 1996, *Epoux Pignon*, op. cit.

[641] Civ. 1er, 20 janvier 2010, n°08-16.105, *Mme M*, JurisData n°2010-051160 (CA Aix en Provence, 1re ch. A, 22 juin 2008) *JCP E* 2010, n°9-10, p. 31 (2e arrêt) : Il a été jugé que l'assistance administrative apportée par la concubine à la bonne marche de l'entreprise constituée avec son concubin n'excède pas une simple entraide, celle-ci ne peut prétendre à une indemnisation sur le fondement de l'enrichissement sans cause[641].

concubine ne pouvait endosser la qualité de chef d'entreprise en raison de l'exercice d'une activité de secrétariat, ces deux activités étant incompatibles. La mention sur le registre légal est donc insuffisante à conférer la qualité de chef d'entreprise. La Cour rappelle ainsi que le registre constitue une mesure de publicité à l'égard des tiers : la seule mention sur un registre légale ne suffit pas à conférer à l'intéressé la qualité de chef d'entreprise. La décision ne peut qu'être approuvée. Pour se défendre la concubine invoquait l'existence d'un apport en industrie susceptible de fonder la société créée de fait. Mais cet élément était insuffisant à établir que les concubins souhaitaient « collaborer sur un pied d'égalité à un projet commun ». La Cour de cassation a approuvé la Cour d'appel qui, dans son pouvoir souverain d'appréciation, a estimé que cet élément faisait défaut.

245. **Effets**. L'intérêt de voir prononcer l'existence d'une société créée de fait entre concubins tient à la liquidation de la société entre eux. Ne pouvant exister, elle doit être liquidée selon la théorie générale qui prévoit la répartition de la moitié de l'actif résiduel entre les concubins après qu'il y ait eu apurement du passif. En cas de collaboration professionnelle sur un pied d'égalité, le concubin, auteur de l'action, bénéficierait d'une juste contrepartie à l'investissement qu'il a consacré à l'activité de l'autre. Cependant, le risque encouru serait d'être reconnu codébiteur solidaire des dettes liées à l'exploitation du fonds. En l'absence de personnalité morale de la société, celle-ci ne pourra être soumise à une procédure collective. Les concubins pourront être mis en redressement judiciaire, s'ils revêtent la qualité de commerçants ou d'artisans. Le concubin n'est pas le seul à pouvoir se prévaloir de l'existence d'une société créée de fait. Cette technique peut également être invoquée par un tiers qui prétend l'existence apparente d'une société créée de fait entre les concubins.

b.- En droit italien

246. En droit italien, la société créée de fait apparaît comme une solution parfois envisagée par la doctrine pour pallier aux lacunes de la loi concernant la collaboration professionnelle des concubins. Cependant cette solution est contestée [642] et, à la différence du droit français, les exemples jurisprudentiels sont peu nombreux en la matière. Son régime, déjà évoqué [643], exige la réunion des éléments constitutifs propres à tout contrat de société[644]. Comme en droit français, *l'affectio societatis* est un élément essentiel et indispensable à l'existence d'une telle société. Or la preuve d'un tel élément est difficilement rapporté par les concubins.

[642] G. OBERTO, *Le prestazioni lavorative del convivente more uxorio*, *CEDAM* 2003, pp. 34-35.
[643] V. *supra* : titre 1, chapitre 2.
[644] V. *supra* : titre 1, chapitre 2.

B.- L'enrichissement sans cause

L'enrichissement sans cause est un quasi contrat utilisé pour combattre les inégalités pouvant apparaître dans différents patrimoines. L'enrichissement sans cause existe dans les droits français et italien et présente à la fois une définition et un régime similaires.

1.- Définition

247. En droit italien, l'enrichissement sans cause fait l'objet d'un Titre VIII du Livre IV relatif aux obligations. Il est visé aux articles 2041 et 2042 du Code civil. L'article 2041 du Code civil dispose « celui qui, en l'absence d'une juste cause, s'est enrichi au détriment d'une autre personne est tenu, dans les limites de son enrichissement, à l'indemniser à hauteur la diminution de son patrimoine ». Cette définition n'est pas sans rappeler les trois conditions exigées en droit français pour caractériser l'enrichissement sans cause d'un patrimoine au détriment d'un autre : un enrichissement, un appauvrissement corrélatif et l'absence d'une juste cause. Toutefois en droit français, le Code civil ne définit par l'enrichissement sans cause qui relève de la catégorie des quasi-contrats visée à l'article 1371. L'enrichissement consiste en l'attribution d'un avantage de nature patrimoniale, il s'apprécie au regard de l'appauvrissement d'un autre patrimoine. Un tel enrichissement se rencontre en raison des dépenses ayant été évitées et d'un appauvrissement corrélatif par manque à gagner [645]. L'enrichissement et l'appauvrissement doivent être corrélatifs, ce qui suppose une relation de proportionnalité entre l'augmentation de la consistance du patrimoine de l'un et la diminution de la consistance du patrimoine de l'autre. Cet enrichissement et cet appauvrissement corrélatifs doivent être dépourvus de cause, l'interaction entre les patrimoines de deux personnes distinctes ne doit pas être justifiée par un mode légale d'acquisitions des droits[646].

248. En France, ce mécanisme se rencontre fréquemment dans les rapports entre concubins mais il a longtemps été utilisé pour indemniser un époux qui a participé à l'activité professionnelle de l'autre sans être rémunérée[647]. L'enrichissement sans cause est invoqué

[645] En droit français, pour un enrichissement réalisé grâce aux dépenses évitées en raison du travail fourni par un époux : v. par ex., Civ. 1re, 29 mai 2001, *JCP G* 2002, I, 103, n°22, obs. M. STORCK.
En droit italien, v. par ex. : Cass., 15 juin 2005, n°12850 ; Cass. 9 mars 1981, n°1308.
[646] Pour le droit français, v. par ex. : Civ. 1re, 10 mai 1984, *Bull. civ.* I, n°153.
Pour le droit italien, v. par ex. : Cass., 24 mai 2002, n° 7627.
[647] La technique de l'enrichissement sans cause permettait à l'époux séparé de biens d'obtenir une juste rémunération lorsque son activité avait excédée l'assistance entre époux définie par l'article 212 du code civil et la contribution normale aux charges du mariage prévue à l'article 214 du code civil. V. G. TEILLIAIS, *La collaboration non statutaire entre époux : le conjoint assistant ou coexploitant*, *LPA,* 29 novembre 1996 n°144,

subsidiairement à défaut de société créée de fait reconnue par le juge. Si ces deux techniques sont également envisagées en droit italien, leur emploi ne semble pas aussi bien établi qu'en France. Le concubin peut se prévaloir de cette technique lorsqu'il pourra établir qu'il a enrichi son concubin en l'absence de toute contrepartie. Fondée sur l'équité, elle permet un juste rétablissement de l'équilibre des différents patrimoines. La Cour de cassation refuse d'appliquer la théorie de l'enrichissement sans cause lorsque l'enrichissement a une cause légitime fondé sur un titre juridique ou une intention libérale de l'appauvri. La Première Chambre civile de la Cour de cassation a récemment rejeté l'application de la théorie de l'enrichissement sans cause dans une affaire où le concubin réclamait le remboursement de différentes sommes versées au cours du concubinage alors que le but recherché par celui-ci était « de dégager sa compagne d'une dette envers son ex-mari et de lui permettre de bénéficier en toute sécurité d'un logement avec l'enfant issu de leur relation ». En l'espèce, le concubin appauvri avait agi dans une intention libérale et ne démontrait pas que ses paiements étaient dépourvus de cause[648].

Parallèlement, dans le cadre d'une collaboration unilatérale et désintéressée à l'activité de l'un des deux membres du couple ou tout simplement en vue de s'occuper des affaires du ménage, la règle qui trouvera à s'appliquer est celle de l'enrichissement sans cause.

2.- L'action *de in rem verso*

249. L'action judiciaire permettant d'obtenir une indemnisation au titre de l'enrichissement sans cause est l'action *de in rem verso*, dont les conditions d'application sont très strictes. Ces conditions sont : l'existence de l'appauvrissement d'un patrimoine, l'enrichissement corrélatif du patrimoine d'une autre personne, l'absence de justification juridique à cet appauvrissement et à cet enrichissement. Ces conditions sont appréciées strictement pas les juges du fond. La collaboration professionnelle existant au sein du couple doit être suffisamment marquée et prouvée par tout moyen par celui qui s'en prévaut.

250. L'enrichissement sans cause a par exemple été retenu lorsque la concubine avait tenue le café de son compagnon, chauffeur de taxi, sans que celle-ci bénéficie d'un contrat de travail et sans qu'il y ait de société créée de fait [649] ou lorsque la concubine avait volontairement

---

p. 14. Pour la Jurisprudence, v. not. : Civ. 1er, 26 octobre 1982, *JCPG* 1983, II, 1992, note F. Terré ; Civ. 1er, 25 février 1981, *Bull. civ*. I, n°71.

[648] Civ. 1er, 20 janvier 2010, n°08-13.400.

[649] Civ. 1re, 19 mai 1969, *Bull. civ*. I, n°187

suppléé son compagnon dans certaines activités commerciales sans rémunération[650]. Mais il est vrai que l'une des applications classiques de l'enrichissement sans cause[651], jamais démentie se caractérise lorsque un époux, la femme dans la plupart des cas, participe à l'activité professionnelle de l'autre sans être rémunérée[652]. Si cette participation excède le devoir d'assistance entre époux ou l'obligation de contribuer aux charges du mariage, une indemnité devra être versée au titre de l'enrichissement sans cause[653]. Les juges se montrent plus sensibles à une contribution excessive lorsqu'elle est de nature professionnelle[654] mais l'enrichissement sans cause a également été reconnu dans le cadre d'une activité domestique excessive. La distinction entre le travail domestique et le travail professionnel paraît s'imposer dans la mesure où la notion d'excès implique une appréciation qualitative et quantitative. Or, contrairement à l'activité professionnelle, le travail domestique se prête assez mal à ce type d'appréciation. Sans être totalement absente, l'action *de in rem verso* viserait essentiellement l'hypothèse d'une activité professionnelle non rémunérée.

251. **Effets**. L'action *de in rem verso* permet le rétablissement de l'équilibre entre les différents patrimoines. Le concubin appauvri se verra reconnaître un droit à une indemnité correspondant à la plus faible des deux sommes représentant l'enrichissement et l'appauvrissement. Ainsi la collaboration professionnelle apportée sans aucune contrepartie sera indemnisée.

Mais ces mécanismes jurisprudentiels apparaissent aujourd'hui comme insuffisants dans la mesure où la protection apportée n'intervient que lorsque naît le conflit. Il s'agit d'une solution ponctuelle ne permettant pas à son bénéficiaire de véritables des droits sociaux (retraite, maternité etc.) en l'absence de statut.

II.- Les solutions envisageables

La crise de l'emploi, le taux de chômage élevé que connaissent la France et l'Italie, l'augmentation constante du nombre d'unions hors mariage et la précarité du concubin en cas de séparation, nous amènent à nous interroger sur les solutions envisageables actuellement.

---

[650] V. par exemple: Civ. 1er, 15 octobre 1996, *Bull. civ*. I, n°557, p. 250 ; Paris, 16 novembre 1999, *Dr. famille* 2000. Com. 56, H. Lécuyer.
[651] V. infra : partie 2, titre 2, chapitre 2.
[652] V. A. GOUTTENOIRE-CORNUT, *Collaboration familiale et ESC*, *Dr. famille* 1999, chron. n°19.
[653] Civ. 1re, 30 mai 1979, *Defrénois* 1980, art. 32174 p. 44 note A. Ponsard.
[654] Civ. 1re, 19 décembre 1995, *Droit et Patrimoine* 1996, obs A. Benabent.

A.- La généralisation du statut de conjoint collaborateur à tous les secteurs d'activité en France

252. Seuls les époux et les pacsés bénéficient de l'option offerte par la loi entre les trois statuts possibles à savoir celui de salarié, d'associé ou collaborateur du chef d'entreprise. Le concubin ne peut envisager que celui de salarié ou d'associé à l'image d'un tiers, excepté en matière agricole où il peut adopter le statut de conjoint collaborateur. Généraliser le statut de conjoint collaborateur du chef d'entreprise au concubin quelle que soit la nature de l'activité exercée, reviendrait à faire entrer implicitement le concubin dans la sphère familiale pour les besoins de l'activité, ce qui suppose nécessairement son entrée au sein de la famille.

253. En l'absence de statut de salarié ou d'associé, le couple de concubins doit à l'aide de professionnels aménager ses relations et imaginer des stratagèmes afin de protéger au mieux les intérêts de chacun, voir également les intérêts des tiers. Il est fort probable que les professionnels du droit conseillent aux couples hétérosexuels de se marier ou de se pacser afin que l'époux du chef d'entreprise puisse opter pour l'une des trois solutions offertes par la loi. Cependant, une telle possibilité ne saurait être accueillie en ce qui concerne le couple constitué de personnes de même sexe puisque la Cour de cassation est venue rappeler que le mariage n'est pas ouvert aux personnes de même sexe. Une telle ouverture relève de la compétence du législateur, à qui il appartient de modifier la loi en ce sens[655]. La seule solution reconnue au couple de concubins de même sexe est de se pacser afin de bénéficier du statut de conjoint collaborateur. L'attribution d'un tel statut serait rapide puisque la loi française ne prévoit aucune condition de délai. En matière commerciale, artisanale, et libérale, la collaboration professionnelle du concubin n'est pas prise en compte en l'absence de tout contrat de travail, contrat de société ou en l'absence de tout rapport juridique issu du droit commun, alors que « l'époque récente est marquée par une indéniable volonté des pouvoirs publics de favoriser « l'esprit d'entreprise », afin d'assurer le dynamisme de l'économie et de la croissance de l'emploi »[656]. Le couple se présente comme une unité de consommation voir même de production. Il ne doit pas être négligé mais protégé. Faire des affaires ensemble suppose l'existence d'une relation de confiance réciproque. Celle-ci existe naturellement lorsqu'elle se double d'une communauté de sentiments. C'est lorsque ces sentiments

[655] V. les différentes décisions rendues à propos des époux de Bègles : TGI, Bordeaux 27 juillet 2004, *D* 2004, p. 2965, obs. R. Lemouland, *JCP* 2004 II 10169, note G. Kessler ; CA Bordeaux 19 avril 2005, *D* 2005 p. 1687, note Agostini.

[656] G. AUZERO, *Les dispositions à caractère social de la loi n° 2005 – 882 du 2 août 2005 en faveur des petites et moyennes entreprises, BJS.*, oct. 2005, p. 1083, n°242.

s'effritent ou disparaissent que naissent les difficultés[657]. Ainsi, au cours de la vie commune, il est possible d'y puiser des ressources pouvant alimenter une activité commune. Mais, la fin de la vie commune peut apparaître comme l'incendie qui vient tarir la source. Si le législateur a légiféré en matière de collaboration professionnelle entre époux, c'est en raison des dérives nées de l'entraide conjugale, qui s'appuyait sur une présomption de gratuité découlant des devoirs et obligations du mariage. Les concubins étant considérés entre eux comme des tiers par la loi, il n'y avait pas lieu d'organiser leur rapport professionnel dans la mesure où il devait découler du droit commun. Si les concubins ne choisissaient pas d'organiser leur rapport selon les règles existantes, à eux d'en supporter les conséquences. Seule la collaboration professionnelle entre concubins reste en marge d'une consécration législative, cantonnée à une reconnaissance relative accordée par le droit agricole français.

254. Le statut de concubin est un statut qui semble incertain. Il présente peu de garantie et n'est objectivement pas rassurant, contrairement à celui des époux ou des pacsés, en raison de la précarité de l'union résultant d'un manque d'organisation légale, de l'absence de formalisme et de publicité, et en l'absence de régime primaire existant entre eux. Mais, face à la difficile situation sociale actuelle où cohabitent notamment chômage et inflation des prix, il est nécessaire d'innover. Là où le gouvernement français prône la création de l'emploi et le « travailler plus pour gagner plus », ne faut-il pas favoriser la possibilité pour le chef d'entreprise d'employer ou d'associer ses proches à son activité. L'activité entrepreunariale doit être fondée sur deux notions principales : celle de la confiance et de l'investissement, qu'il soit en nature ou en argent. Or, la famille, et de manière restreinte le couple, ne se présentent-t-ils pas comme un lieu dans lequel l'on peut trouver ces deux notions. Le législateur semble l'avoir compris en ce qui concerne les unions juridiques mais la situation est autre en ce qui concerne l'union de fait. L'une des explications peut se justifier par la volonté d'accorder au mariage, et désormais au PACS une certaine primauté. Ouvrir le statut de conjoint du chef d'entreprise au concubin aurait pour conséquence d'aligner un peu plus la situation d'époux, de pacsé et de concubin. Quand le chef d'entreprise vit en couple, même en dehors du lien matrimonial, la personne qui partage sa vie, subit également les conséquences de cette exploitation même de manière indirecte. Concrètement, le développement de la vie commune implique la mise en commun des biens, sur lesquels peut se répercuter l'état de « santé de l'entreprise »[658]. De plus, la vie commune implique nécessairement l'existence

[657] V. *infra* : partie 2, titre 2, chapitre 1.
[658] V. *infra* : partie 2, titre 2, chapitre 1.

d'une aide mutuelle, qui s'explique par l'existence de liens sentimentaux. Son appréciation suscite des difficultés lorsqu'elle existe de manière prolongée et traduit le sacrifice de la carrière de l'un des membres du couple. L'ouverture du statut de conjoint collaborateur permettrait au concubin qui collabore dans l'entreprise familiale de bénéficier d'un statut, lui conférant des droits sociaux importants tout en lui assurant une protection juridique[659].

255. L'inconvénient majeur résulte du dispositif actuel qui ne reconnaît pas le droit à rémunération. Or, en l'absence de régime patrimonial organisé, le concubin ne peut espérer la liquidation de la communauté légale. Il se trouve placé dans la même situation que le conjoint soumis au régime de séparation de biens. La solution envisageable pour remédier à la faiblesse du statut serait de reconnaître un droit de participation sur l'entreprise qui serait exigible en cas de cessation du statut[660].

256. Cependant, la précarité de l'union et le manque de publicité de celle-ci, nous amène à penser qu'il est nécessaire de protéger le rapport professionnel des concubins, qui ne doit pas être confondu avec leur rapport privé. Cette protection peut être apportée par les mesures de publicités applicables au statut du conjoint collaborateur, car l'existence de ce statut et sa radiation doivent être mentionnées au Centre de formalité des entreprises [661] : les tiers sont informés de l'entrée du concubin dans l'entreprise et le concubin est lui-même informé de ses droits et pouvoirs.

La loi n'organise pas le concubinage afin de répondre aux vœux de certains qui préfèrent se tourner vers le contrat. Cependant, elle pourrait répondre aux aspirations de certains chefs d'entreprise, qui souhaiteraient faire bénéficier à leur concubin le statut de conjoint collaborateur.

B.- Le cas de l'Italie : l'ouverture de l'entreprise familiale au concubin

257. A l'heure actuelle, aucune forme de partenariat enregistré destiné à organiser l'union de fait n'a pas été adoptée par le Parlement italien. Dans le cas contraire, il est évident qu'il se posera par la suite la délicate question de l'élargissement du cercle familial et du bénéfice de l'article 230bis du Code civil italien. En effet, l'article 230bis du Code civil italien figure au Livre 1er du Code civil intitulé « Des personnes et de la famille ». La position de l'article dans

[659] Sur ce point, il convient de se rapporter au chapitre 1 du titre 1 de la partie 2 de la présente thèse.
[660] V. *infra* : partie 2, titre 1, chapitre 1.
[661] V. *supra* : partie 2, titre 2, chapitre 1.

le Code civil vient corroborer le fait que l'article 230bis du Code civil a exclusivement vocation à s'appliquer aux membres de la famille qu'il désigne. En raison de fortes pressions exercées par les groupements catholiques et de l'influence encore importante du Vatican, il est fort probable que l'Italie ne soit pas encore prête à admettre dans son système juridique l'intégration des unions hors mariage dans la notion de famille.

258. Le droit italien reconnaît la collaboration professionnelle du conjoint mais également celle d'autres membres de la famille comme les parents allant jusqu'au troisième degré et les alliés allant jusqu'au second degré, conformément aux dispositions de l'article 230bis du Code civil. Cependant, il ne reconnait pas encore la collaboration professionnelle développée par le concubin, qui est exclu de l'entreprise familiale. La Cour de cassation a longtemps adopté une position stricte en ce qui concerne le refus de faire bénéficier au couple de concubins les dispositions de l'article 230bis du Code civil car « l'élément caractérisant l'entreprise familiale est justement la famille légitime avec les liens que celle-ci détermine entre les sujets impliqués »[662], mais ce courant jurisprudentiel a été rompu par une décision isolée aux termes de laquelle la Cour de cassation a proposé une application par analogie de cet article au concubinage[663].

259. En doctrine, deux courants s'opposent : l'un est favorable à l'application par analogie de l'article 230bis du Code civil au couple de concubins, l'autre s'oppose fermement à une telle extension. Selon le premier courant doctrinal, le but poursuivi par le législateur en élaborant l'article 230bis du Code civil était de protéger la partie faible dans le rapport de travail développé au sein de la famille. Or le concubin apparaît comme la partie faible lorsqu'il participe à l'entreprise de l'autre sans reconnaissance juridique. S'inspirant de la décision prise par le Conseil constitution[664] d'étendre au concubin le bénéfice du contrat de location en cas de décès du contractant, cette doctrine prône une telle extension par analogie. Pour faire échec à cette thèse, l'argument principalement avancé est que l'article 230bis du Code civil établit une liste précise de ces bénéficiaires et que la but poursuivie par la norme est de protéger ces personnes déterminées dont les liens existants entre eux ont bien été individualisés par le législateur. Parallèlement, un courant doctrinal contraire juge inapplicable l'article 230bis du Code civil au couple de concubins en considérant que l'élaboration d'un tel article était guidée par la volonté du législateur de dépasser la

[662] V. not.: Cass., 2 mai 1994, *GI*, 1995, I, 1. 844, note L. Balestra.
[663] Cass., 15 mars 2006, n° 5632, *FPS*, 2006. 998, note Stoppioni.
[664] Cass., 7 avril 1988, n° 404, *op. cit.*

présomption de gratuité reposant sur les prestations de travail réalisées par les membres de la famille. Entre conjoints, cette présomption de gratuité trouvait son origine dans des rapports juridiques bien précis et non dans les sentiments [*affectio*] existant entre eux. En l'absence de tels rapports juridiques entre les concubins, l'article 230bis du Code civil ne peut pas s'appliquer.

260. Cependant, laisser le concubin hors du champ d'application de l'article 230bis du Code civil revient à le priver d'un statut protecteur ; le concubin reste cantonné à une aide informelle en l'absence de rapports juridiques autres, comme par exemple, le contrat de travail ou le contrat de société. Cependant, l'ouverture de l'article 230bis du Code civil nécessite préalablement que le législateur définisse cette notion. Une fois la notion bien établie juridiquement, son entrée éventuelle dans l'entreprise familiale pourrait être envisagée.

261. La collaboration professionnelle du « couple » n'est donc pas organisée, en raison de l'absence de régime uniforme applicable à la fois aux époux et aux concubins. Ainsi, il n'existe pas de norme impérative assurant une protection *a minima* au concubin qui collabore à l'activité de l'autre. A défaut, il appartient à la jurisprudence de régler au cas par cas les litiges nés de la collaboration professionnelle entre concubins.

Conclusion du Chapitre 2

262. Contrairement à l'époux ou au pacsé, la place du concubin dans l'entreprise est encore incertaine. Sur le plan du droit des personnes, le concubin du chef d'entreprise n'a pas de lien juridique précisément établi à l'égard de ce dernier. Le concubinage reste en droit positif français et italien une situation de fait prise ponctuellement en considération. Situés dans une « zone de non droit matrimonial »[665], les concubins n'ont d'autres choix que de recourir aux règles du droit commun pour organiser leur vie commune à l'image des époux, ou pour résoudre les situations conflictuelles nées de leur séparation : l'appel est donc fréquent aux règles relatives au droit des biens, des obligations ou des affaires .

263. La collaboration professionnelle entre les concubins n'échappent pas à ce manque d'organisation juridique. Ainsi cet état de fait se traduit sur le plan de l'entreprise individuelle, considérée comme une universalité dépourvue de personnalité juridique et tendant à se confondre avec son titulaire, à priver le concubin de la possibilité de se voir attribuer une place particulière aux côtés du chef d'entreprise. Dépourvu de statut, la collaboration du concubin à l'entreprise de l'autre est donc juridiquement niée tant qu'elle s'exercera en dehors d'un cadre légal fondé sur la notion de contrat. Seule la rupture fera apparaître les faiblesses de cette situation factuelle, dont la réalité a contribué à créer des richesses au cours de la vie commune. En l'absence d'indivision, le comportement des concubins durant la vie commune pourra être considéré *a posteriori* à la lumière de mécanismes destinés à rétablir une certaine équité, sans pour autant que le résultat soit satisfaisant. Sur ce point, le droit italien paraît plus strict que le droit français.

[665] Cl. CHAMPAUD, D. DANET, *Sociétés en générale*, *RTD com* 2010, n°2, Chron. p. 349, v. spéc. p. 354.

Conclusion du Titre 2

264. Les unions juridiques et les unions de fait sont traitées de manière inégalitaire par les lois française et italienne au regard de la collaboration professionnelle. Le concubin reste exclu du bénéfice des dispositions de l'article L. 121-4 du Code de commerce, pour le droit français, et des dispositions de l'article 230bis du Code civil, pour le droit italien. L'alignement n'est donc pas réalisé entre ces différentes formes d'union. Seul le domaine agricole a admis l'ouverture du statut de conjoint collaborateur au concubin en droit français. A défaut de statut, la jurisprudence a tenté de dégager des solutions ponctuelles pour régler le sort du concubin « collaborateur » dans un souci d'équité. Mais la voie proposée est incertaine et, par conséquent, non satisfaisante.

265. Seule l'extension des dispositions au concubin des articles L. 121-4 du Code de commerce et 230bis du Code civil italien semble être aujourd'hui une réponse satisfaisante à l'entraide régulière des concubins dans l'entreprise de l'un d'eux. En droit français, les couples de même sexe peuvent désormais contourner cette carence en ayant recours à la conclusion d'un PACS. Mais un tel remède contraint les concubins à renoncer à leur liberté, en raison de la recherche d'un avantage. Or l'ouverture du statut de collaborateur *stricto sensu* aux concubins et généralisée à toutes les formes d'activité reviendrait à créer un nouveau statut commun à toutes les formes de conjugalité : les situations de l'époux, du pacsé et du concubin participant à l'entreprise de l'autre membre du couple seraient ainsi alignées. En droit italien, l'état actuel de la législation ne permet pas aux concubins de recourir aux règles propres à l'entreprise familiale. Seule l'intervention du législateur mettrait fin à cette différence de traitement existant entre le mariage et le concubinage sur le plan de la collaboration professionnelle du couple. Cependant, une telle extension du champ d'application de l'entreprise familiale suppose préalablement que le concubinage soit reconnu comme un mode de conjugalité à part entière.

Conclusion de la Partie 1

266. Nous venons d'analyser la mise en œuvre des différents moyens permettant la collaboration professionnelle du couple dans l'entreprise familiale. L'intervention législative, tant en droit français qu'en droit italien, a conduit à la reconnaissance juridique du travail organisé entre les membres du couple. Un tel travail peut reposer sur la notion de contrat. L'affirmation du principe de validité des contrats de travail et de société entre époux a permis de placer sur un pied d'égalité les couples mariés et les couples non mariés. Mais le droit français se détache du droit italien en raison des différences substantielles, qui persistent au sein même de ces modes de collaboration quant à leurs conditions de mise en œuvre. En effet, ces divergences sont liées à la nature du statut personnel des membres du couple, qui présentent de notables différences selon qu'il s'agisse du statut d'époux, de pacsé ou de concubin. Le rapport naturel de confiance doublé de rapports personnels juridiquement établis inhérents au statut d'époux ont conduit à un aménagement de l'expression du lien professionnel, qui ne peut être entendu comme celui émanant de simples tiers.

267. Seul le statut de collaborateur est le reflet actuel d'une double inégalité. La première inégalité est propre à la nature du statut et consiste à placer sur des niveaux différents le chef d'entreprise et le conjoint collaborateur. Cette inégalité interne voulue par le législateur ne peut être contestée et se retrouve également dans le cadre du contrat de travail. La seconde inégalité est externe car elle tient au refus d'ouvrir le statut de conjoint collaborateur au concubin : ce refus est partiel en droit français mais il est total en droit italien, ce qui cantonne le concubin à une situation précaire tenant à l'existence d'une collaboration informelle en raison de son refus, ou de son impossibilité à organiser juridiquement sa situation personnelle.

PARTIE 2 : LES INCIDENCES DE LA COLLABORATION PROFESSIONNELLE AU SEIN DU COUPLE

268. Après avoir étudié les conditions de mise en œuvre des différents statuts dans les deux systèmes juridiques, il est désormais opportun d'étudier les incidences de la collaboration professionnelle entre les membres du couple pour celui qui n'est pas le chef d'entreprise. Chaque statut permet l'attribution de prérogatives [666] à son titulaire. Cependant, l'octroi de droits et de pouvoirs ne doit pas se réduire au seul statut juridique choisi. En effet, la situation personnelle du membre du couple produit, par le jeu des règles du droit civil, des incidences dans le cadre de la collaboration professionnelle.

269. La collaboration professionnelle dans le couple relève de deux corps de règles. Le premier présente un caractère professionnel, il est composé de statuts spéciaux. Le second a une portée générale, il régit de manière imprécise le travail entre les membres du couple. Ainsi, la particularité liée à la collaboration professionnelle au sein du couple tient au fait que la relation professionnelle dépend à la fois du statut en fonction duquel elle est menée mais également du mode de conjugalité. Le mariage et le PACS modifient le statut personnel des époux et des pacsés et influencent la répartition de leurs pouvoirs sur leurs biens de manière plus ou moins organisée. Ces personnes, déjà liées entre elles par un « acte fort », doublent le lien sentimental qui les unit par un lien professionnel. Deux facteurs peuvent venir entraver la pérennité de la collaboration professionnelle du couple. Le premier est lié à la situation de l'entreprise et aux risques encourus par le chef d'entreprise et son conjoint, son pacsé et son concubin du fait de la poursuite d'une activité économique. Le second est lié aux aléas de la vie commune, qui peut cesser en raison de la séparation du couple ou du décès du chef d'entreprise. Notre analyse comparative entend approcher les droits et pouvoirs reconnus au conjoint, au pacsé ou au concubin du chef d'entreprise, qui participe à son activité, en l'absence de toutes difficultés. Cependant, il convient également d'envisager l'hypothèse où la collaboration professionnelle est entachée par deux événements, l'un étant relatif à l'entreprise et à la poursuite de son activité, l'autre étant d'ordre privé, il concerne la séparation du couple.

Titre 1 : L'absence de difficulté liée à l'entreprise ou au couple

Titre 2 : La présence de difficultés liées à l'entreprise ou au couple

[666] Pris dans son sens neutre, le terme « prérogative » est générique : il désigne « tout droit subjectif, tout pouvoir de droit, toute faculté d'agir fondée en droit, à l'exclusion d'une maîtrise de pur fait ». Cette définition est extraite du *Vocabulaire juridique*, ouvrage réalisé sous la direction de Gérard Cornu : *Vocabulaire juridique, op. cit.,* sens n°3.

Titre 1 : L'ABSENCE DE DIFFICULTÉ LIÉE À L'ENTREPRISE OU AU COUPLE

Dans l'hypothèse de la collaboration du couple dans l'entreprise, les prérogatives attribuées à l'époux, au pacsé ou au concubin du chef d'entreprise sont dictées par le statut professionnel choisi. Toutefois, à certains égards, les règles issues de l'organisation patrimoniale des membres du couple vont interférer dans leur collaboration professionnelle[667].

270. En droit français et italien, l'organisation patrimoniale du couple est différente selon le lien juridique qui unit les intéressés. Le mariage organise de manière complète les rapports entre époux et à l'égard des tiers. Le PACS intervient partiellement laissant une place importante à la volonté des pacsés, tandis qu'en matière de concubinage la liberté domine. La conciliation est donc nécessaire entre les règles de l'organisation patrimoniale et les règles relatives à l'organisation professionnelle. Il ne nous appartient pas d'étudier de manière exhaustive l'ensemble des règles relatives à l'organisation patrimoniale du couple. Mais, une référence y sera faite ponctuellement en raison de l'utile éclairage apporté à la matière. Dans un premier temps, l'attention sera portée sur les droits reconnus au conjoint, au pacsé ou au concubin du chef d'entreprise qui participe à son activité en droit français et italien. Dans un second temps, il convient d'apprécier dans une approche comparative franco-italienne les pouvoirs[668] accordés à l'époux, au pacsé ou au concubin du chef d'entreprise en fonction de l'option choisie.

Chapitre 1 : Les droits liés à la collaboration *lato sensu* de l'époux, du pacsé ou du concubins du chef d'entreprise

Chapitre 2 : Les pouvoirs liés à la collaboration *lato sensu* de l'époux, du pacsé ou du concubin du chef d'entreprise

[667] Sur les interférences existantes entre le statut matrimonial et le statut professionnel des personnes : v. E. BLARY-CLÉMENT, *De quelques mesures protectrices du conjoint du chef d'entreprise*, *RJPF* Janv. 2006, p. 6.

[668] Généralement, l'on oppose les « droits » et les « devoirs » d'une personne. D'ailleurs, « c'est par les devoirs, non par les droits que le mariage se définit le mieux » : v. J. CARBONNIER, *Droit civil Introduction Les personnes La famille, l'enfant, le couple*, *PUF coll. Quadrige Manuels*, 2004, p. 1215.
Cependant, dans l'intérêt de notre analyse, il convient d'opposer les droits aux pouvoirs.

Chapitre 1 : Les droits liés à la collaboration *lato sensu* de l'époux, du pacsé ou du concubin du chef d'entreprise

271. Les droits français et italien offrent au conjoint une diversité de statuts qui confèrent à leur titulaire des droits spécifiques en fonction du choix opéré. En droit français, la loi prévoit expressément que les droits et les obligations professionnels du conjoint du chef d'entreprise travaillant dans l'entreprise familiale découlent du statut pour lequel il a opté (C.com. L. 121-4 III.). Cependant leur analyse révèle que cette attribution n'est pas opaque aux règles d'organisation du patrimoine familial. Les différentes réformes opérées ont été menées selon deux lignes directrices principales : « insérer le conjoint dans l'entreprise, en l'associant à la gestion, en le faisant participer aux résultats, mais aussi le protéger contre les risques inhérents à la vie des affaires »[669]. Ainsi, deux mots d'ordre ont guidé la construction d'un statut du conjoint du chef d'entreprise : insertion et protection. Mais face à la diversification des modes de conjugalités, le législateur français a finalement souhaité assimiler[670], après bien des réticences, le pacsé au conjoint en l'intégrant à l'entreprise familiale. Parallèlement, le concubin, reste considéré comme un tiers au regard de l'activité de l'entreprise familiale sauf en ce qui concerne l'activité agricole[671]. En Italie, la volonté du législateur a été d'apporter juridiquement une solution à une nouvelle réalité sociale afin de légitimer la collaboration professionnelle développée dans la famille. Egalement guidé par la volonté d'assurer une protection minimale à la collaboration professionnelle, le législateur a envisagé l'attribution de droits spécifiques prévus à l'article 230bis du Code civil au profit du conjoint, tandis que le concubin a les mêmes droits qu'un tiers. En créant le statut de conjoint collaborateur, le législateur a créé un statut particulier en intégrant les spécificités issues du lien conjugal ou de famille. Toute l'originalité a été d'imaginer les droits et les pouvoirs engendrés par un tel statut. Dans la perspective du salariat, l'époux, le pacsé ou le concubin du chef d'entreprise sera entièrement soumis aux dispositions relatives au droit du travail en ce qui concerne les droits et pouvoirs qui lui sont reconnus. Cette affirmation est d'autant plus vraie en droit italien dans la mesure, où comme nous l'avons

[669] V. à ce sujet D. RANDOUX, *Le conjoint du chef d'une entreprise artisanale ou commerciale : collaborateur, salarié ou associé ? (Loi n° 82-596 du 10 juillet 1982)*, *op. cit.*, spéc. n° 8.
[670] V. *supra* : partie 1, titre 2, chapitre 1.
[671] V. *supra* : partie 1, titre 2, chapitres 1 et 2.

examiné, aucun aménagement n'a été envisagé (par la loi ou la jurisprudence) en faveur du conjoint dans la mise en œuvre des conditions d'un tel statut[672]. Dans les deux systèmes juridiques, lorsqu'il s'agit d'une entreprise exploitée sous forme de société, la qualité d'associé est moins sensible à la situation personnelle du membre du couple. En principe, les prérogatives des associés sont régies par les dispositions du droit des sociétés, qui présentent une organisation rigoureuse de la vie des membres du groupement. L'examen des droits de celui qui n'est pas le chef d'entreprise et qui participe à l'activité de l'autre se concentrera sur les droits issus du statut de collaborateur et référence sera faite ponctuellement aux autres statuts dans la mesure où l'intérêt l'exige. Les droits français et italien offrent au conjoint (ou au pacsé) une diversité de statuts qui confère à leur titulaire des droits pouvant être classés en deux catégories : les droits extrapatrimoniaux et les droits patrimoniaux.

Section 1: Les droits extrapatrimoniaux

272. Le conjoint, le pacsé ou le concubin travaillant dans l'entreprise familiale va bénéficier d'un statut lui reconnaissant une existence sociale. La question qui se pose est de connaître l'étendue de cette reconnaissance juridique au regard de l'attribution de la qualité professionnelle pour le droit français, tandis que le débat se concentre sur l'attribution de la qualité de chef d'entreprise en droit italien.

I.- La question de la qualité professionnelle en droit français

273. Aujourd'hui, bien que décrié par certains auteurs français comme étant encore imparfait[673], le statut de conjoint collaborateur permet une véritable insertion dans l'entreprise familiale. En effet, le conjoint collaborateur devient un membre à part entière de l'entreprise. Cependant, la loi n'assimile pas le conjoint collaborateur au chef d'entreprise. La volonté du législateur de considérer le conjoint collaborateur comme un auxiliaire du chef d'entreprise a été clairement transcrite dans la loi. Le chef d'entreprise concentre entre ses mains l'essentiel du

[672] V. *supra* : partie 1, titre 1, chapitre 1.
[673] V. not. : N. COCQUEMONT-CAULIER, *La protection du conjoint collaborateur… un leurre !*, JCP E, n°16-17, 18 avril 2002, p. 705, étude n°676 ; S. CASTAGNE, *Le statut de conjoint collaborateur : presque une réalité !*, *JCP N* n° 51-52, 22 déc. 2006, p. 2442 ; R. LE GUIDEC, *Conjoint collaborateur : une meilleure considération ?*, *RD. Rur.* n°363, Mai 2008, repère 5.

pouvoir de direction, d'administration et de gestion. Au regard de sa situation sociale, il convient de déterminer la qualité professionnelle du conjoint en fonction de la nature de l'activité exercée.

274. **La notion de professionnel.** Notion « plus vaste que celle de commerçant »[674], la notion de professionnel désigne une personne physique ou morale exerçant « une activité indépendante, habituelle et organisée »[675]. Entrent dans cette catégorie : les commerçants, artisans, agriculteurs, membres des professions libérales, promoteurs immobiliers, sociétés civiles, etc. Couramment utilisée en droit de la consommation, cette notion permet de protéger le contractant profane de celui qui détient les informations et la compétence. L'attribution de cette qualité accroit la responsabilité de celui qui est ainsi qualifié. Dans un souci de protection, le statut de conjoint collaborateur ne confère pas à son titulaire de qualité professionnelle. En effet, le conjoint collaborateur est censé agir au nom et pour le compte du chef d'entreprise. Il est intégré à l'entreprise sans pour autant justifier de toutes les conditions nécessaires pour bénéficier de la qualité professionnelle, qui exige la réalisation de conditions propres à son exercice. Toutefois, par son intégration, le conjoint collaborateur devient électeur et éligible aux Chambres de commerce et d'industrie et aux Chambres des métiers et de l'artisanat et peut siéger au conseil des prud'hommes.

A.- La qualité de commerçant

275. La reconnaissance de la qualité de commerçant engendre de graves conséquences pour celui qui en est le titulaire. Concernant le statut d'associé, cette qualité peut lui être reconnue selon le type de société[676] à laquelle il appartient et les dispositions sociales qui lui sont applicables. Tandis qu'en matière de salariat, et de collaboration, le conjoint, le pacsé ou le concubin du chef d'entreprise salarié par lui n'accomplit pas d'acte de commerce pour lui-même mais pour le compte de son mandant ou de son préposé. Par conséquent, dans l'accomplissement de son rôle, le salarié n'endosse pas la qualité de commerçant. Si en principe la qualité de

[674] V. J. CALAIS-AULOY, « De la notion de commerçant à celle de professionnel », in *Etudes de Droit privé, Mélanges offerts à Paul DIDIER*, *Economica* 2008, spéc. p. 86.
[675] V. J. CALAIS-AULOY, « De la notion de commerçant à celle de professionnel », *op. cit.*, spéc. p. 87.
[676] Les associés d'une société en nom collectif (C.com., art. L. 221-1), et les associés ayant la qualité de commandités dans les sociétés en commandite simple (C.com., art. L. 222-1) sont personnellement commerçants.

commerçant n'est pas dévolue au conjoint collaborateur [677], celle-ci peut toutefois lui être reconnue à certains égards.

1.- La présomption de non-commercialité au profit du conjoint collaborateur

276. Le conjoint collaborateur est présumé non commerçant. Cette présomption de non commerçant a pour effet de protéger le conjoint collaborateur de la poursuite des créanciers de l'entreprise lorsqu'il a agi conformément aux pouvoirs qui lui sont reconnus. Seul est commerçant, la personne qui accomplit personnellement, habituellement et de manière indépendante des actes de commerce (C.com. L. 121-1). Par conséquent, pour se voir attribuer la qualité de commerçant, le conjoint doit « exercer une activité commerciale séparée de celle de son époux », comme le dispose l'ancien article 4 du Code de commerce [678] devenu l'actuel article L. 121-3. La mention de conjoint collaborateur au Registre du Commerce et des Sociétés ne lui confère pas la qualité de commerçant et doit être juridiquement distinguée de l'immatriculation[679] sur ce même registre, car les modalités et les effets produits diffèrent. Selon les dispositions de l'article L. 123-7 du Code de commerce, l'immatriculation d'une personne physique au RCS emporte présomption de la qualité de commerçant.

2.- Une présomption simplement établie

277. La présomption de non commerçant est une présomption simple pouvant tomber devant la preuve contraire apportée par les tiers. Dans ce contexte, la preuve doit être doublement apportée, compliquant ainsi la tâche pour des tiers. D'un part, le tiers doit prouver que le conjoint a effectué des actes de commerce au sens des articles L. 110-1 et L. 110-2 du Code de commerce, à titre habituel et de manière indépendante. D'autre part, il doit apporter la preuve que ces actes ont été accomplis en dehors du cadre légal du mandat conféré par le statut de conjoint

[677] Une telle conséquence a été affirmée par la Cour de cassation : Com., 13 mai 1997, n°94-20.772, *Bull. civ*. IV, n°139, p. 124, *JCP N* 1997, II, p. 1359.
[678] J. BEAUCHARD, *Les difficultés d'application du nouvel art. 4 du Code de commerce*, *D*. 1984, Chron., p. 147.
[679] En cas de mariage sous un régime de communauté, le commerçant est tenu d'informer son conjoint des risques liés à l'exercice de son activité professionnelle sur les biens communs avant son immatriculation au Registre du commerce et des sociétés. Une telle obligation d'information est imposée par l'article 8 de la loi n° 2003-721 du 1er août 2003 pour l'initiative économique : *JCP N* 2003, n°41, 1538. V. sur ce point, M. DAGOT, *L'information du conjoint du commerçant*, *JCP N* 2004, n°13, 1165, p. 561.

collaborateur. Si cette double preuve est rapportée, il s'agira alors d'une « commercialité de fait »[680].

278. En pratique, il existe des cas pour lesquels les juridictions ont retenu à l'encontre de la femme d'un commerçant la qualité de commerçante « pour avoir exercé des actes de commerce et en avoir fait sa profession habituelle ». Une telle illustration est notamment donnée par l'arrêt rendu le 15 juillet 1987[681] par la Chambre commerciale de la Cour de cassation. Dans cette affaire, la Cour de cassation a confirmé l'arrêt de la Cour d'appel de Bourges du 23 juillet 1985 ayant retenu que la femme du commerçant était elle-même commerçante après avoir constaté que le numéro de compte figurant sur le « papier commercial » d'un commerçant était celui du compte chèque postal personnel de sa femme et relevé que toutes les opérations commerciales transitaient par ce compte. Pour se protéger, l'épouse invoquait devant la Cour d'appel de Bourges l'existence d'un mandat. La Chambre commerciale de la Cour de cassation se fonde sur les constatations réalisées par la cour d'appel, qui avait relevé que toutes les opérations commerciales transitaient par le compte personnel de l'épouse. Selon la Cour de cassation, « en l'état de ces constatations, la cour d'appel a pu retenir que [l'épouse] était commerçante pour avoir exercé des actes de commerce et en avoir fait sa profession habituelle ». La sanction est grave. En effet, l'attribution de la qualité de commerçante a conduit à la mise en liquidation des biens de la femme, à la suite de la liquidation des biens de son mari. Selon cette décision, le fait que toutes les opérations commerciales transitent sur le compte personnel de l'épouse, suffit à caractériser l'existence d'actes de commerce à titre habituel et à lui conférer la qualité de commerçante. Cette requalification amène l'épouse à supporter toutes les charges, sans bénéficier des avantages découlant de la qualité de commerçant en raison du défaut d'immatriculation au registre du commerce et des sociétés.

Cette décision intervient alors que quelques années auparavant, la Cour de cassation avait jugé insuffisant, pour retenir la commercialité de fait de l'épouse, le fait que celle-ci avait passé

[680] Pour une étude sur la commercialité de fait du conjoint collaborateur, v. N. Cocquempot-Caulier, *La protection du conjoint collaborateur… un leurre !*, *JCP E* 2002, Etude n°676, p. 705, spéc. p. 706.
[681] Com. 15 juillet 1987, n° 86-17.348, *Bull. civ*. IV, n°183; *RTDCom*. 1988, p. 421.

commande aux fournisseurs, et réglé des fournitures par chèque ou par effet de commerce acceptés par elle[682].

3.- L'hypothèse de la coexploitation.

279. A la différence de la collaboration juridique entre les membres du couple, la coexploitation[683] entraîne pour ses auteurs l'attribution de la qualité de commerçant à chacun d'eux. En effet, chacun des membres du couple est réputé réaliser des actes de commerce en son nom et pour son compte au cours de l'exploitation d'une même activité. En pareille hypothèse, les deux membres du couple endossent la qualité de chef d'entreprise, ils cogèrent tous deux le fonds exploité. Chacun des membres est censé intervenir seul ou avec le coexploitant, « selon des choix dont il n'est pas établi qu'ils lui aient été dictés ». Le coexploitant bénéficie d'une présomption simple de commercialité du fait de sa mention au RCS en qualité de coexploitant du fonds de commerce[684]. Il a été jugé que la qualité de commerçant est confirmée par « la réalisation habituelle des actes de nature commerciale ayant pour finalité l'intérêt de l'entreprise commune ». La réunion de différents actes a permis de confirmer la qualité de commerçante de la coexploitante d'un fonds de commerce tels que la cotitularité d'un compte joint ayant servi à la réalisation d'opérations commerciales, devoir certaines sommes correspondant à une dette née de l'activité commerciale, demander d'un « crédit fournisseur » en faisant état des commerces que les coexploitants possédaient et en donnant en garantie des biens propres pour assurer le paiement de dettes commerciales.

B.- Les autres qualités professionnelles

L'entreprise individuelle ne bénéficie pas d'un statut juridique qui lui est propre. Dans le cadre de l'entreprise familiale, où le pouvoir est généralement « autocratique », l'entrepreneur se trouve être la source du droit dans son entreprise [685]. De sa qualité va dépendre l'application du

[682] Com., 18 avril 1985, *Bull. civ*. IV, n°10.
[683] Sur la nature prétorienne de la notion d'exploitation en commun, v. *J.-Cl. Commercial*, Vol. 1, Fasc. 60, pp. 10-11.
[684] En matière de coexploitation, v. Com. 15 mars 2005, *RDS* 2005, p. 684, note P.-M. Le Corre : dans cet arrêt, la chambre commerciale de la Cour de cassation a rappelé que la mention au registre du commerce et des sociétés en qualité de coexploitante du fonds de commerce ne constitue qu'une présomption simple de commercialité qui peut être combattue par la preuve contraire.
[685] V. A. SUPIOT, *La réglementation patronale de l'entreprise*, *Dr. soc*. 1992, 215.

droit à son entreprise. La qualité du chef d'entreprise, et par conséquent, la nature de l'activité exercée par l'entreprise se répercute-t-elle sur le conjoint collaborateur ?

280. **Les qualités d'agriculteur, d'artisan[686] et de professionnel libéral[687]**. Pour être agriculteur, artisan ou professionnel libéral, une personne doit remplir des conditions spécifiques légalement définies. Il s'agit principalement de l'obtention de certificats ou de diplômes sanctionnant la capacité à exercer de telles activités. Leur exercice exige un savoir-faire ou des connaissances particulières. L'appartenance du conjoint à de telles entreprises ne lui confère pas à elle seule de telles qualités, de même que son immatriculation sur les registres publics. Comme nous l'avons précédemment analysé, le conjoint collaborateur doit être mentionné comme tel à la Chambre des métiers lorsque l'activité exercée est artisanale[688]. Mais, cette inscription n'emporte pas la qualité d'artisan[689]. L'attribution de la qualité d'artisan, d'artisan d'art ou le titre de maître

---

[686] Le titre d'artisan est protégé, ainsi que la marque distinctive qu'ils sont autorisés à utiliser : Arr. 3 mars 1988.

[687] Il n'existe actuellement aucune définition officielle de la profession libérale et de l'entreprise, qui lui est liée. Il s'agit en général de professionnels qui ne fournissent que leurs propres services et ne fasse d'acte d'entremise qu'à titre accessoire.

[688] La récente loi de modernisation de l'économie a instauré une dérogation à l'obligation d'immatriculation au répertoire des métiers. En effet, les personnes physiques exerçant une activité artisanale à titre principal ou complémentaire sont dispensées de l'obligation de s'immatriculer au répertoire des métiers tant qu'elles bénéficient du régime prévu à l'article L. 133-6-8 du Code de la sécurité sociale. Un nouveau régime micro-social est mis en place, applicable à compter du 1er janvier 2009 et prévoyant un mécanisme de versement libératoire des cotisations et contributions sociales. Ce régime s'applique sur option aux travailleurs indépendants qui bénéficient du régime micro BIC prévu en faveur des commerçants et des artisans ou du régime déclaratif spécial prévu en faveur des titulaires de BNC. Le but d'une telle dérogation est de simplifier les conditions juridiques d'exercice d'une activité économique comme l'a voulu la loi LME. Un décret en conseil d'Etat devra préciser les conditions d'application de cet article notamment les modalités de déclaration de l'activité, en dispense d'immatriculation auprès du centre de formalités des entreprises compétent, ainsi que les conditions d'information des tiers sur l'absence d'immatriculation et les modalités de déclaration d'activité consécutives au dépassement de seuil. Dans l'attente de la parution du décret, les personnes s'engageant dans l'activité artisanale devront se soumettre à l'obligation d'immatriculation. Si la loi prévoit une dispense à l'immatriculation de l'artisan, elle ne vise pas le conjoint collaborateur de ce dernier. V. H. AZARIAN, B. SAINTOURENS, *Droit de l'artisanat*, *JCP E* 2008, n°2227, p.18, spéc. p. 19.

[689] En matière artisanale, la reconnaissance de la qualification professionnelle a été réformée par la transposition de la directive européenne 2005/36/CE du Parlement européen et du Conseil du 7 septembre 2005 relative à la reconnaissance des qualifications professionnelles (*JOUE* n° L255, 30 sept. 2005, p. 22). Cette transposition intervient suite à l'adoption de l'ordonnance n°2008-507 du 30 mai 2008 (*JO* 31 mai 2008, p. 9009 ; *JCP E* 2008, actu. 287), prise sur l'habilitation de la loi n°2007-1774 du 17 décembre 2007, portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans les domaines économiques et financiers (*JO* 18 décembre 2007, p. 20354). Cette directive a pour but d'abroger et remplacer quinze directives existantes et de les remplacer par un texte unique ayant pour objet l'établissement de règles selon lesquelles un Etat membre qui subordonne l'accès à une profession réglementée ou son exercice, sur son territoire, à la possession de qualifications professionnelles reconnaît, pour l'accès à cette profession ou son exercice les qualifications professionnelles acquises dans un autre état. Par cette réforme, deux libertés communautaires fondamentales sont respectées : la liberté d'établissement et la libre prestation de services. Concernant cette liberté, la directive s'inspire de la jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés Européennes pour adopter un principe général de non-vérification des qualifications professionnelles. Toutefois, une exception existe en matière de santé ou de sécurité publique car les professions ayant des implications en ces matières peuvent procéder au préalable à une vérification des qualifications. Cette exception se justifie

artisan en métier d'art découle de conditions de diplôme, de formation ou d'expérience professionnelle. La qualité ou le titre est conféré aux personnes physiques, y compris les dirigeants sociaux des personnes morales immatriculées au répertoire des métiers[690].

281. Le conjoint collaborateur doit donc lui-même se prévaloir des conditions de diplôme et de titre selon les mêmes modalités pour en bénéficier. Si le statut de conjoint collaborateur permet une intégration de l'époux à l'entreprise de son époux ou de son pacsé du fait de sa participation effective, cette intégration ne lui permet pas de bénéficier directement de la qualité professionnelle dévolue au chef d'entreprise. Sur ce point, il n'existe pas de divergences entre les différents types d'activité, que l'activité principale de l'entreprise soit commerciale, agricole, artisanale ou libérale[691]. Par nature, le conjoint collaborateur « aide » le chef d'entreprise dans l'exercice de son activité. Cette absence d'attribution de la qualité professionnelle est dictée par un souci de protection du conjoint collaborateur.

C.- Reconnaissance de l'expérience professionnelle et accès à la formation professionnelle

282. **La valorisation des acquis de l'expérience**. La loi reconnaît la faculté accordée au conjoint collaborateur, salarié ou associé de bénéficier de la validation des acquis de l'expérience sur la base d'une expérience professionnelle salariée, non salariée ou indépendant. La validation des acquis de l'expérience permet une reconnaissance de l'expérience professionnelle du conjoint[692]. Ce mécanisme est issu de la loi n°96-603 du 6 juillet 1996 relative au développement et à la promotion du commerce et de l'artisanat et a été modifié par la loi du 2 août 2005 en faveur des Petites et moyennes entreprises. L'article 17 de la loi du 2 août 2005 accorde une prérogative importante au conjoint qui « relève d'un des statuts mentionnés à l'article L.121-4 du Code de commerce », en lui octroyant un délai de trois ans pour se mettre en conformité avec les obligations requises en matière de qualification professionnelle afin de lui permettre de poursuivre l'exploitation.

---

amplement par la nature intrinsèque de ces activités et la préoccupation d'assurer la santé et la sécurité des citoyens. L'ordonnance transpose la faculté ouverte à l'Etat membre d'accueil d'exiger de la part du prestataire qu'il effectue une déclaration préalable à la première prestation de services sur son territoire.

[690] V. H. AZARIAN, Artisanat, *J.-Cl. Commercial*, Vol. 1, Fasc. 53, mis à jour au 5 juin 2006, n° 92 à 102.

[691] En droit italien, seule la société civile professionnelle d'avocats fait aujourd'hui l'objet d'une réglementation. Pour une étude sur l'activité d'entreprise et les professions intellectuelles, v. G. COTTINO, *Diritto commerciale*, Vol. 1er, t. 1, 3e ed., p. 104.

[692] V. S. CASTAGNE, *Le conjoint du chef d'entreprise*, *Litec*, 2008, p. 121, n°392.

283. Cependant, ce dispositif ne concerne que certains secteurs d'activités. En effet, l'article 16 de la loi n°96-603 du 5 juillet 1996 prévoit expressément quelles activités artisanales bénéficiant de ce système[693]. Ces activités peuvent être exercées indifféremment par un homme ou une femme. Deux conditions cumulatives doivent être remplies : le conjoint doit s'engager dans une démarche de validation des acquis de son expérience conformément à l'article L.335-5 I du Code de l'éducation et pouvoir faire état d'au moins trois années d'expérience. En érigeant une telle disposition, le législateur a pris en considération le fait qu'en collaborant ensemble, l'un des époux peut apprendre « le métier » au contact de l'autre. C'est ainsi reconnaître son expérience et confirmer l'attribution d'une véritable activité professionnelle tout en favorisant la reprise d'activité. Le pacsé étant assimilé au conjoint pour l'application des dispositions de l'article L. 121-4 du Code de commerce, celui-ci peut donc prétendre par analogie au bénéfice de telles dispositions.

284. **Accès à la formation professionnelle**. Suivant son objectif d'améliorer le sort du conjoint travaillant dans l'entreprise familiale, le législateur a intégré les conjoints collaborateur et associé dans le mécanisme de la formation professionnelle continue prévu par la loi du 2 août 2005 en faveur des Petites et moyennes entreprises. Un alignement est ainsi assuré entre les conjoints collaborateur, associé et salarié, qui bénéficiait déjà d'un tel droit, et auxquels il est nécessaire d'assimiler le pacsé. L'article L. 953-1 du Code du travail prévoit les conditions d'application du régime actuel selon lequel les travailleurs indépendants, les membres des professions libérales et les professions non salariées, dont ceux n'employant aucun salarié, et bénéficiant du concours de leur conjoint, jouissent d'un tel droit personnel en versant une contribution à un fonds d'assurance formation. Dans ce dispositif, le sort des femmes est amélioré puisque des mesures qui leur sont exclusivement réservées ont été adoptées afin de « remédier aux inégalités de fait qui affectent leurs chances en matière de formation », en corrigeant les déséquilibres dans la répartition femmes/hommes dans les actions de formation et

[693] Seules sont concernées : l'entretien et la réparation des véhicules et des machines ; la construction, l'entretien et la réparation des bâtiments ; la mise en place, l'entretien et la réparation des réseaux et des équipements utilisant les fluides, ainsi que des matériels et équipements destinés à l'alimentation en gaz, au chauffage des immeubles et aux installations électriques ; le ramonage ; les soins esthétiques à la personne autres que médicaux et paramédicaux ; la réalisation de prothèses dentaires ; la préparation ou la fabrication de produits frais de boulangerie, pâtisserie, boucherie, charcuterie et poissonnerie, ainsi que la préparation ou la fabrication de glaces alimentaires artisanales ; l'activité de maréchal-ferrant.

en favorisant « l'accès à la formation des femmes désireuses de reprendre une activité professionnelle interrompue pour des motifs familiaux »[694].

285. Pour encourager l'accès à la formation professionnelle du conjoint, certaines entreprises se voient reconnaître une aide de l'Etat. Désormais, le bénéfice d'aide accordé par l'Etat à l'entreprise de moins de cinquante salariés pour assurer leur remplacement en cas d'absence pour suivre une formation professionnelle et également étendu au conjoint (C.trav. art. L. 322-9). L'aide de l'Etat est accordée aux entreprises de moins de cinquante salariés sur la base du salaire mensuel interprofessionnel de croissance pour chaque personne recrutée dans ce but ou mise à leur disposition par des entreprises de travail temporaire ou de groupements d'employeurs.

II.- La question de la qualité professionnelle en droit italien

286. La question de la qualité professionnelle du conjoint collaborant à l'activité professionnelle du chef d'entreprise ne se pose pas en des termes similaires. La rédaction de l'article 230bis du Code civil a suscité bien des controverses en ce qui concerne le rôle attribué au collaborateur. La nature même des pouvoirs conférés au collaborateur a créé une incertitude quant à la nature individuelle ou collective de l'entreprise, comme nous l'avons précédemment étudié[695], d'où la question fréquemment soulevée en doctrine, qui repose sur la reconnaissance de la qualité de chef d'entreprise au conjoint collaborateur.

A.- L'attribution de la qualité de chef d'entreprise

287. Le silence de l'article 230bis du Code civil concernant le titulaire de l'entreprise familiale a fait naître un important débat en doctrine concernant la détermination du chef d'entreprise : le conjoint qui collabore à l'entreprise familiale endosse-t-il également la veste de chef d'entreprise ? Cette question est fondamentale en raison des graves conséquences pouvant découlées de la réponse apportée. L'attribution de la qualité de chef d'entreprise a un lien étroit avec la détermination du sujet susceptible d'endosser la responsabilité découlant des risques liés à

[694] V. A. KARM, *Le conjoint du chef d'entreprise*, *op. cit.*, p. 125, n°414.
[695] V. *supra* : partie 1, titre 2, chapitre 1.

l'activité de l'entreprise. La doctrine majoritaire[696], dont la thèse a été confirmée en jurisprudence[697], considère que seul endosse la qualité de chef d'entreprise, la personne placée à la tête de l'entreprise familiale. Nous adhérons à cette théorie, qui nous semble la plus cohérente. La participation du conjoint collaborateur à l'entreprise familiale n'a pas pour effet de lui conférer la qualité de chef d'entreprise. L'intention poursuivie par le législateur en élaborant l'article 230bis du Code civil était d'accorder une protection au conjoint participant à l'entreprise familiale et non de le placer à la tête de celle-ci.

288. Cette interrogation se pose en raison des pouvoirs dont bénéficie le conjoint[698] dans l'entreprise familiale en application de l'article 230bis. Le conjoint collaborateur détient, comme nous l'étudierons, des pouvoirs internes, dont il peut se prévaloir uniquement à l'égard du chef d'entreprise. Seul est le chef d'entreprise celui qui détient le pouvoir de gestion ordinaire. Le chef d'entreprise est la personne qui exerce l'activité économique de manière professionnelle en supportant les risques inhérents à cet exercice et en tirant en contrepartie un profit[699]. Le Code civil donne une définition générale à l'article 2082 du Code civil de l'entrepreneur qui représente le chef d'entreprise.

B.- L'attribution d'autres qualités professionnelles

289. Lorsque l'activité exercée est commerciale[700], seul le chef d'entreprise familiale bénéficie de la qualité professionnelle de commerçant. Le conjoint collaborateur n'a donc pas la qualité de

---

[696] Sur le courant majoritaire voir notamment : COSTI, *Lavoro e impresa nel nuovo diritto di famiglia*, *Milano* 1976, p. 67 et s. ; COLUSSI, *Impresa e famiglia*, *op. cit*., pp. 56 et s.
En effet, un courant doctrinal minoritaire mené par des auteurs comme Bianca, Busnelli, Nigro considéraient que l'entreprise familiale avait une nature collective et que tous les collaborateurs familiaux avaient la qualité de chef d'entreprise.
[697] Cass. 27 juin 1990, n° 6559, *Riv. dir. comm*.., 1991, II, 155; Cass. 2 févr. 1992, n°4030, *Giust. Civ*., 1992, I, 2339; Cass., 10 oct. 1995, n°10893, *Giust. Civ*., 1996, I, 739.
[698] Ainsi que tous les bénéficiaires des mesures prévues à l'article 230bis du Code civil.
[699] V. G. COTTINO, *Diritto comerciale*, *op. cit*., p. 81.
[700] La qualité de commerçant est acquise par toute personne jouissant de sa pleine capacité juridique et exerçant professionnellement une activité économique de nature non agricole. La loi considère comme entrepreneur commerçant, la personne qui exerce une ou plusieurs activités prévue à l'article 2195 al. 1 du Code civil à son nom et pour son compte. L'inscription au registre des entreprises est obligatoire et n'a qu'un effet déclaratif ayant pour conséquence d'informer les tiers de l'ensemble des événements importants concernant la vie de l'entreprise, tels que sa modification, sa transformation voir son extinction. Par l'accomplissement d'une telle formalité, les tiers sont présumés être informés de l'existence des éléments mentionnés concernant l'entreprise. Cette présomption est irréfragable A défaut d'inscription, ces événements sont inopposables aux tiers.

commerçant au titre de sa collaboration développée dans le cadre de l'entreprise familiale. A l'instar du droit français, les effets sont sensiblement les mêmes.

L'entreprise familiale peut également exercer une activité agricole ou artisanale ; dans ces hypothèses, le chef d'entreprise est agriculteur [701] ou artisan [702]. Cependant, la collaboration n'a pas pour effet de conférer à elle seule la qualité d'artisan ou d'agriculteur. En effet, le conjoint collaborateur doit remplir les conditions spécifiques, légalement déterminées, pour bénéficier d'un tel titre.

Section 2: Les droits patrimoniaux

290. Les droits patrimoniaux accordés dans le cadre de la collaboration professionnelle au sein du couple sont la contrepartie pécuniaire dévolue en raison de l'aide apportée à l'exploitation familiale. Sur ce point, il existe une importante différence entre le droit français et italien. En effet, le législateur italien a imaginé l'attribution d'un ensemble de droits patrimoniaux au profit du conjoint collaborateur, tandis que le législateur français s'est attaché à améliorer considérablement la situation sociale du conjoint participant à l'entreprise familiale par l'attribution d'une importante couverture sociale.

S'agissant de la contrepartie pécuniaire à la collaboration professionnelle dans le couple, il est nécessaire de distinguer selon que la collaboration s'inscrit dans le cadre d'un contrat (contrat de travail ou contrat de société) ou non.

I.- La collaboration *lato sensu* inscrite dans le cadre d'un contrat

[701] En droit italien, l'agriculture est également considérée comme une activité d'entreprise. L'article 2135 du Code civil définit l'entrepreneur agricole comme « celui qui exerce l'une des activités suivantes : culture du fonds, sylviculture, élevage et activités connexes ». Les cultivateurs directs de leur fonds [I coltivatori diretti del fondo] sont considérés comme des petits entrepreneurs au sens de l'article 2083 du Code civil italien.

[702] En droit italien, les artisans sont considérés comme de petits entrepreneurs au sens de l'article 2083 du Code civil issu de l'article 2 de la loi du 8 août 1985, n. 443, *Loi cadre pour l'artisanat*, *G.U.* 24-8-1985, n. 199. L'article 2 définit l'artisan comme celui qui exerce personnellement, professionnellement et en qualité de titulaire, l'entreprise artisanale assumant la pleine responsabilité, avec toutes les charges et les risques inhérents à sa direction et gestion et développant de manière dominante son propre travail, également manuel, dans le processus productif. L'inscription sur le registre des entreprises artisanales tenu par les Provinces est obligatoire au sens de l'article 5 de la loi précitée du 8 août 1985.

291. En présence d'un contrat de travail ou d'un contrat de société, le conjoint, le pacsé ou le concubin pourra bénéficier soit d'une rémunération, soit de droits sociaux. L'attribution de ces droits et étroitement liée au statut choisi, sans tenir compte du statut personnel ou de l'organisation patrimoniale du couple, assurant ainsi une égalité entre les différents couples.

A.- Le droit à rémunération

En droit français et italien, il n'existe pas de droit général à rémunération accordé à l'égard du conjoint participant à l'activité du chef d'entreprise. Seul le statut de salarié accorde un tel avantage très attrayant en cas de collaboration professionnelle entre les membres du couple. Un tel droit à rémunération n'est pas reconnu au conjoint collaborateur ou associé.

1.- Le salariat

292. La rémunération est la contrepartie accordée au salarié pour sa participation à l'entreprise : elle constitue à la fois un élément nécessaire au contrat de travail[703], mais également un droit patrimonial découlant de son exécution. L'attribution de ce droit personnel représente une prérogative importante pour le conjoint, le pacsé ou le concubin car son bénéfice lui confère une certaine autonomie. Cependant, en percevant une rémunération, le salarié peut être imposable et le chef d'entreprise est contraint de payer des charges relativement importantes[704] comme la loi le lui impose pour tout salarié. Dans le contexte actuel de l'évolution de la situation des salariés, ces derniers sont de plus en plus associés à la vie de la société, au moyen, notamment, d'une participation aux résultats et à l'encouragement de l'épargne salariale. Cette participation est assurée au moyen de différents dispositifs tels que la participation (C.trav., art. L. 3322-1), l'intéressement (C.trav., art. L. 3312-2 et s), le premier est facultatif dans les entreprises de moins de cinquante salariés, le second est facultatif dans tous les cas, mais tous les deux s'appliquent quel que soit la forme de l'entreprise. Parallèlement, les salariés peuvent bénéficier de plans d'épargne salariale, tels que le plan d'épargne d'entreprise (C.trav., art. L. 3332-1) [705], dont le régime fiscal et social est très attrayant [706], le plan d'épargne interentreprises (C.trav., art. L.

[703] V. *supra* : partie 1, titre 1, chapitre 1.
[704] Souvent, le statut de salarié est délaissé en raison des charges imputables à l'employeur en vertu de ce contrat.
[705] Parallèlement, le conjoint collaborateur peut participer au plan d'épargne d'entreprise dans les entreprises de mois de cent salariés.
[706] V. M. COZIAN, A. VIANDIER, F. DEBOISSY, *Droit des sociétés*, *op. cit.*, p. 361, n° 779.

3333-2 et s.) ou le plan d'épargne pour la retraite collectif (C.trav., art. L. 3334-2 et s.). Enfin, la loi du 30 décembre 2006 relative au développement de la participation ou de l'actionnariat reconnaît le dividende du travail. Il s'agit d'un supplément d'intéressement ou de participation décidé après la clôture de l'exercice, doté d'un régime très attrayant sur le plan fiscal puisque les sommes versées au bénéficiaire sont exonérées de charges fiscales et sociales et constituent des charges déductibles pour la société[707].

293. En droit français, lorsque le conjoint est salarié, une distinction doit être opérée selon que l'exploitation adhère ou non à un centre de gestion agréé (CGI, art. 154-1)[708]. Si tel est le cas, le salaire versé au conjoint est entièrement déductible du résultat imposable. Dans l'hypothèse inverse, ce salaire n'est déductible du résultat imposable que dans la limite de 13800 euros par an[709]. Cette limite a été jugée par le Conseil d'Etat[710] applicable quel que soit le régime matrimonial choisi. Cependant, en pratique, lorsque les époux sont mariés sous le régime de la séparation des biens, l'administration fiscale ne leur applique pas cette solution. Indépendamment de cette distinction, c'est-à-dire l'intégration ou non à un centre de gestion agréé, la « déduction du salaire versé au conjoint est subordonnée à deux conditions cumulatives » : le conjoint doit participer effectivement à l'exercice de la profession et le salaire doit avoir donné lieu au versement de cotisations prévues par la sécurité sociale et les autres prélèvements sociaux.

2.- Les statuts de collaborateur[711] et d'associé

294. En droit français et italien, la collaboration professionnelle du conjoint, du pacsé ou du concubin en tant que collaborateur ou associé n'a pas pour effet de le faire bénéficier d'un droit personnel à rémunération et ce quelle que soit la nature de l'activité poursuivie.

a.- En droit français

[707] V. M. COZIAN, A. VIANDIER, F. DEBOISSY, *Droit des sociétés*, *op. cit.*, pp. 361-362.
[708] V. F. DOUET, *Précis de droit fiscal de la famille*, *LITEC* 7e éd., 2008, spéc. p. 78, n° 270.
[709] Pour l'établissement de l'impôt sur le revenu, ces salaires sont réintégrés dans les revenus de la famille avec tous les avantages des revenus salariaux : v. J. MESTRE, M.-E. PANCRAZI, *Droit commercial Droit interne et aspects de droit international*, L.G.D.J. 28e éd., 2009, p. 233, n°269.
[710] CE, Plén., 18 déc. 1970, req. n°77720 : Rec. CE, p. 785 ; *Dr. Fisc*. 1971, n°6, comm. 179 ; CE, 7e et 9e ss-sect., 6 déc. 1972, req. n°82792 : *Dr fisc*. 1973, n°16, comm. 631, concl. MANDELKERN, in. F. DOUET, *Précis de droit fiscal de la famille*, *op. cit.*, p. 79, note 263.
[711] En droit français, le statut de conjoint collaborateur a considérablement été amélioré par l'octroi de droits non négligeables au conjoint : celui-ci se voit reconnaître la possibilité de valider son expérience professionnelle, il obtient un droit à la formation professionnelle et a désormais accès aux plans d'épargne entreprise.

295. **Le statut de conjoint collaborateur**. L'absence de rémunération est l'un des inconvénients majeurs du statut de conjoint collaborateur en droit français[712]. Cependant, son défaut constitue corrélativement l'une des conditions essentielles à son existence[713], qui le différencie du statut de salarié. L'unique rémunération pouvant être perçue par le conjoint collaborateur ou le conjoint associé est celle perçue au titre du cumul du statut de salarié avec le statut de collaborateur ou d'associé. En droit français, le cumul n'est possible pour le conjoint collaborateur, que de manière strictement encadrée par la loi comme nous l'avons vu[714]. L'activité salariée cumulée doit être réalisée à temps partiel pour une durée au moins inférieure à la durée légale du travail et exercée à l'extérieur de l'entreprise familiale. La rémunération perçue consisterait alors en la contrepartie de l'activité salariée et serait sans lien avec le statut de conjoint collaborateur. Pour pallier à cette absence de rémunération en cas de collaboration professionnelle, la jurisprudence a imaginé l'emploi de deux techniques juridiques (l'enrichissement sans cause et la société créée de fait) comme nous le verrons ultérieurement. Ces techniques sont invoquées par l'époux, le pacsé ou le concubin en cas de séparation[715]. « L'absence de droit général à rémunération » pour le conjoint collaborateur a notamment été dénoncée par la Commission parlementaire créée sur l'égalité des chances pour les femmes et les hommes[716]. Dans son rapport en date du 7 mai 2003, la Commission déplore l'absence de rémunération qui empêche notamment l'époux collaborateur d'épargner.

296. **Droit à rémunération de l'associé**. Un parallèle peut être réalisé avec la situation du conjoint associé. En principe, ce dernier bénéficie d'un droit à rémunération s'il cumule son statut d'associé avec l'existence d'un contrat de travail ou s'il est membre du conseil d'administration d'une société anonyme[717]. Mais, dans certaines petites sociétés familiales, les

---

[712] En ne percevant pas de rémunération, le conjoint collaborateur n'est donc pas imposable au titre de l'impôt sur le revenu.
[713] Art. 1er du Décret n° 2006-966 du 1er août 2006 relatif au conjoint collaborateur, *JO* n°178, 3 août 2006, p. 11580.
[714] V. *supra* : partie 1, titre 2, chapitre 2.
[715] V. infra : partie 2, titre 2, chapitre 2.
[716] Rapport de la Commission sur l'égalité des chances pour les femmes et les hommes, rapporteuse Err, Luxembourg, du 7 mai 2003, Doc. 9800 : http://assembly.coe.int/Documents/WorkingDocs/doc03/FDOC9800.htm.
[717] En pareille hypothèse, la rémunération versée à l'administrateur prendra normalement la forme de jetons de présence, dont le montant annuel est déterminé par l'assemblée générale (C.com., art. L. 225-45), v. M. GERMAIN, *Les sociétés commerciales*, *op. cit.*, p. 447, §. 1644 ; M. COZIAN, A. VIANDIER, F. DEBOISSY, *Droit des sociétés*, *op. cit.*, p. 249, n° 521.

fonctions d'administrateur soient exercées gratuitement. Comme pour le conjoint collaborateur, le versement d'une rémunération sera dû en vertu du contrat de travail et non en sa qualité d'associé. Encore faut-il que les conditions relatives au contrat de travail soient remplies. La jurisprudence française exige de manière plus ou moins sévère le cumul des trois conditions relatives au lien de subordination [718], à la rémunération et à l'exécution d'un travail effectif. Lorsque l'associé assure les fonctions de direction de la société, il peut à ce titre bénéficier d'une rémunération. Ce droit à rémunération[719] est reconnu dans toutes les sociétés, mais il arrive que les fonctions de dirigeant soient exercées gratuitement[720].

b.- En droit italien

297. A la différence du droit français, le conjoint collaborateur peut se prévaloir d'un droit de créance personnelle en raison de sa participation à l'entreprise familiale[721]. La Cour de cassation italienne a expressément exclu la qualification de « salaire » en contrepartie de la prestation fournie dans le cadre de la collaboration juridique à l'entreprise familiale[722]. A l'instar du droit français, la rémunération est étroitement liée au contrat de travail, de sorte que, seul l'époux ou le concubin du chef d'entreprise salarié par lui peut se prévaloir d'un tel droit. En principe, le statut d'associé ne confère pas à son titulaire de droit à rémunération[723]. Comme en droit français, l'associé peut bénéficier d'une rémunération en raison des fonctions qu'il exerce, telles que

---

Il est possible pour un administrateur de société anonyme de cumuler sa fonction avec un contrat de travail. Mais ce cumul est strictement encadré par la loi (C. com., art. L. 225-22), encore faut-il que le statut de salarié soit antérieur à la nomination en qualité d'administrateur. V. M. GERMAIN, *Les sociétés commerciales*, *op. cit*., pp. 449-451.

[718] En pratique, la condition susceptible d'être discutée tient au lien de subordination. La qualité d'associé majoritaire ou minoritaire peut remettre en cause la démonstration du lien de subordination. La jurisprudence française n'est pas uniforme sur ce point. Pour une illustration d'un cas où le lien de subordination a été retenu lorsque l'associé détenait 92% du capital social : v. Soc., 5 avril 1973, *Bull. civ.*, I, n° 232 ; Soc. 4 déc., 1990, *RDS* 1991, p. 79. Pour une jurisprudence plus sévère, v. CA Versailles, 13 sept. 2001, *BJS* 2002, p. 66, note B. PETIT.

[719] En droit français, les dirigeants de sociétés par actions, de sociétés par actions simplifiées et les gérants de société à responsabilité limitée bénéficient du statut fiscal et social des salariés.

[720] Tel n'est pas le cas dans les grandes sociétés comportant plusieurs milliers d'actionnaires : dans ces sociétés, la direction est confiée à des personnes choisies en raison de leurs compétences techniques. Il s'agit de managers professionnels, qui détiennent peu de capital mais bénéficient d'un montant très élevé de rémunération dont la presse s'en fait bien souvent l'écho.

[721] V. *infra*.

[722] Cass. 9 juin 1983, n°3948, *Giust. civ.* 1983, I, 2625.

[723] Sauf dans l'hypothèse où il s'agit d'un associé d'une société coopérative : v. E. GHERA, *Diritto del lavoro*, *op. cit.*, pp. 58-60.

dirigeant ou administrateurs d'une société par actions (C.civ., art. 2389)[724]. La rémunération sera donc versée en contrepartie de sa qualité de dirigeant ou d'administrateur. Mais il peut également cumuler sa qualité d'associé avec un contrat de travail. Dans cette dernière hypothèse, l'associé doit être subordonné à la société dans l'exécution des tâches relatives à son contrat de travail. Cette subordination doit être concrètement constatée.

B.- Les droits patrimoniaux de l'associé

298. Par définition, l'associé participe aux résultats de la société. En contrepartie de l'apport réalisé, l'associé bénéficie en retour de droits sociaux[725]. Le caractère du droit attribué est déterminé par le type social en fonction qu'il s'agisse de sociétés de personnes ou de sociétés de capitaux : l'associé sera alors détenteur soit de parts sociales soit d'actions, ayant une valeur vénale qui intègre son patrimoine. En droit français et italien, les associés sont titulaires à l'égard de la société d'une créance correspondant à leurs droits sociaux en raison de l'apport qu'ils lui ont consenti[726]. Ce droit de créance éventuel comprend plusieurs éléments, que nous ne développerons pas : le droit à la reprise de l'apport ou de son équivalent, le droit aux bénéfices, qui se divise en droit au dividende et en droit de réserves, et devient un droit au boni de liquidation en fin de vie sociale[727].

Rappelons qu'en droit français et italien, l'apport en industrie a un régime particulier puisqu'il ne concourt pas à la formation du capital social. L'apporteur en industrie n'est donc pas titulaire de parts de capital. Cependant, l'apporteur en industrie a vocation aux bénéfices : réserves, dividendes et boni de liquidation[728]. Ainsi, à la différence du statut de collaborateur, le membre du couple qui revêt la qualité d'associé reçoit une contrepartie pécuniaire à son investissement. Intrinsèquement à sa qualité, l'associé a un droit sur les bénéfices à venir et sur

[724] Lorsque l'associé d'une société par actions est désigné administrateur, sa rémunération est déterminée par le Conseil d'administration, sur avis du Collège syndical (Collegio sindacale), organe de contrôle de la société (C.civ., art. 2389, al. 3).
[725] H. LE NABASQUE, « Les droits financiers de l'associé », in *Mél. J. NORMAND*, *Litec*, 2003, p. 307.
[726] V. sur ce point : M. GERMAIN, *Les sociétés commerciales, Traité de droit commercial G. Ripert et R. Roblot*, *LGDJ,* 19e éd. 2009, p. 70 et sv.
[727] Pour le droit français, v. par ex., P. LE CANNU, B. DONDERO, *Droit des sociétés*, *op. cit*., pp. 109-121. Pour le droit italien sur l'intérêt de la contrepartie à l'apport dans le choix du modèle social : v. par ex., L. BALESTRA, *Attività d'impresa e rapporti familiari*, *CEDAM* 2009,pp. 312-316.
[728] V. M. COZIAN, A. VIANDIER, F. DEBOISSY, *Droit des sociétés*, *op. cit*., n° 122-123.

l'actif net existant lors du partage, même s'il doit contribuer aux pertes lorsque la situation l'impose.

C.- L'influence de l'organisation patrimoniale

L'organisation patrimoniale du couple relève des règles d'ordre général régissant les droits de ces derniers sur leurs gains et salaires lorsqu'elles ne sont pas écartées par des dispositions spéciales.

1.- En droit français

299. En principe, toute personne dispose librement de son salaire, de ses gains professionnels et des fruits produits pas ses biens, qui lui appartiennent en propre. Mais, la situation personnelle des membres du couple peut modifier le sort de ses biens. L'organisation patrimoniale du couple diffère selon qu'il s'agisse d'un couple d'époux, d'un couple de pacsés ou d'un couple de concubins. Les unions juridiques sont dotées d'un régime patrimonial, qui leur est propre, tandis que le concubinage en est dépourvu.

300. **Epoux séparés de biens, pacsés et concubins.** Lorsque le couple est marié, les époux sont soumis aux règles relatives au régime matrimonial, lequel comprend « un bloc de normes se suffisant à lui-même », « structuré par des mécanismes de portée générale » et ayant « vocation à s'appliquer dès lors qu'ils ne sont pas écartés par une disposition spéciale »[729]. Les époux peuvent ainsi être soumis à des régimes communautaires ou séparatistes. Lorsque les époux ont opté dans leur contrat de mariage pour la séparation de biens prévue aux articles 1536 à 1543 du Code civil, chacun des époux « conserve l'administration, la jouissance et la libre disposition de ses biens personnels » (C.civ, art. 1536 al. 1 in fine). La loi du 15 novembre 1999 portant création du PACS n'a pas instauré de véritable régime matrimonial entre les partenaires. Les améliorations apportées par la réforme issue de la loi du 23 juin 2006 l'ont sensiblement rapproché du mariage et de ses effets patrimoniaux, sans pour autant créer une totale assimilation[730]. Cependant, il existe désormais un régime « pacsial »[731] dont il faut tenir compte,

[729] G. GOUBEAUX, « La cogestion en régime de communauté : le commencement de la fin ? », in *Mélanges offerts au Doyen Philippe Simler*, *Litec Dalloz*, 2006, v. spéc. p. 113.
[730] Lors de la création du PACS, de nombreux auteurs ont dénoncé les dangers de l'organisation patrimoniale légalement déterminée : v. par exemple, B. BEIGNIER, *Pacte civile de solidarité et indivision : visite aux enfers*,

même s'il n'est pas aussi complet que le régime matrimonial[732]. En droit français et italien, les concubins ne disposent pas de régime matrimonial [733]. Tout au plus, les concubins peuvent recourir à des conventions de concubinage régies par le droit commun pour organiser leur relation patrimoniale et ainsi suppléer à cette absence[734].

301. Il n'existe pas de régime similaire aux époux communs en biens applicable aux pacsés et aux concubins. Les biens des pacsés et des concubins sont soumis au principe de l'indépendance[735]. En effet, la loi n°2006-728 du 23 juin 2006 a instauré un régime de séparation de biens des pacsés [736], auquel ils sont soumis automatiquement, à moins qu'ils n'aient opté pour le régime de l'indivision d'acquêts [737]. Ainsi, chacun des pacsés gère son patrimoine en complète

---

Defrénois 2000, art. 37175 ; Y. FLOUR, *Brèves remarques sur l'indivision entre les partenaires d'un pacte civil de solidarité*, *Gaz. Pal.* 5-6 mars 1999, p. 2 ; G. CHAMPENOIS, « Les présomptions d'indivision dans le pacs », in *Des concubinages*, *Etudes offertes à Jacqueline Rubellin-Devichi*, *LexisNexis Litec*, 2002, p. 84.

[731] L'expression a été utilisée au cours du 106e Congrès de Notaires, *op. cit.*, p. 397.

[732] Le législateur ne cesse d'améliorer le régime patrimonial du PACS. Les premières améliorations ont été apportées par la loi n°2006-728 du 23 juin 2006 sur les successions (*JO* 24 juin 2006, p. 9513). En effet, le système initial prévoyait de soumettre les biens des pacsés acquis après la conclusion du PACS au système de l'indivision. Face aux nombreuses difficultés nées en pratique et à l'imperfection du régime unanimement dénoncée par la doctrine, le législateur a écarté le régime de l'indivision lui préférant le principe de la séparation des biens, devenu le régime supplétif. Les pacsés conservent la possibilité d'organiser conventionnellement leurs biens. La loi du 23 juin 2006 a instauré « un régime primaire » dans le PACS, inspiré sur le modèle du mariage mais de portée réduite. Le champ du régime primaire du PACS vient d'être étendu puisque la loi n°2010-737 du 1er juillet 2010 portant réforme du crédit à la consommation (JO n°151 du 2 juill. 2010, p. 12001) a modifié l'article 515-4 du Code civil relatif à la solidarité des pacsés à l'égard des tiers en matière de dettes contractées par l'un d'eux pour les besoins de la vie courante. Le législateur a reproduit mot pour mot, en substituant seulement celui de « partenaires » par celui d'« époux », le dernier alinéa de l'article 220 du Code civil relatif à la solidarité des époux pour les dettes ménagères à l'article 515-4 al. 2 du même Code : v. L. MAUGER-VIELPEAU, *Le pacs est définitivement un mariage-bis !*, *EDFP*, 15 sept. 2010, n°8, p. 3.

[733] Pour le droit français, v. P. SIMLER, Le « régime matrimonial » des concubins, in *Des concubinages*, *Etudes offertes à J. Rubellin-Devichi*, *Litec* 2002, p. 75 et s.

[734] Pour le droit français, v. par ex. : HERAIL, *Les contrats à titre onéreux des concubins*, *JCP N.* 1988, I, 165.
Pour le droit italien, v. par ex. : M. FRANZONI, « Le convenzioni patrimoniali tra conviventi more uxorio », in *Il diritto di famiglia*, *op. cit.* , p. 527 et s.

[735] R. CABRILLAC, *Les régimes matrimoniaux*, *Montchrestien*, coll. Domat droit privé, 6e éd., 2007, p. 6, §. 4.

[736] Y. DELECRAZ, Le nouveau régime des Pacs, AJ Fam. 2007, n°1, p. 12 ; S. de BENALCAZAR, Eloge de la raison juridique, ou la remontée des enfers. Sur la réforme du régime légal du Pacs, Dr. fam. n°1, 2007, Etudes n°2, p. 16 ; X. LABBÉE, « Pacs : encore un tout petit effort ! », in Pacs : derniers textes, AJ Fam. n°1/2007, janv. 2007, p. 8 ; V. LARRIBAU-TERNEYRE, *L'amélioration du Pacs : un vrai contrat d'union civile. A propos de la loi du 23 juin 2006*, Dr. fam., janv. 2007, p. 9.

[737] Avant l'entrée en vigueur de la loi n°2006-728 du 23 juin 2006, le régime légal des pacsés était le régime communautaire. Désormais, les pacsés sont soumis au régime « légal » de la séparation de biens, contrairement aux époux, mais ils peuvent conclure pour chaque acquisition une convention d'indivision. De plus, les pacsés peuvent librement décider de la composition de la masse indivise contrairement aux époux communs en biens. Les pacsés ne se trouvent confrontés à aucun principe d'immutabilité et le changement de leur régime patrimonial n'est soumis à aucun contrôle judiciaire, sa procédure reste souple : les pacsés sont tenus de remettre au greffe ayant enregistré leur pacte leur convention modificative ou la lui adresser par voie postale en joignant la photocopie de leur pièce d'identité : G. AUVOLAT et E. RUSSO, « Enregistrement et publicité du pacs : les nouvelles règles applicables », in *Pacs : derniers textes*, *op. cit.*, p. 10. Cependant, en matière de mariage, toute modification du régime matrimonial

indépendance. Toutefois le fonctionnement de la vie commune conduit nécessairement à ce que des biens appartiennent conjointement aux pacsés ou aux concubins. Ces biens ne peuvent être compris dans une masse commune au sens juridique du terme, mais dans une masse indivise[738], dont le partage imposera nécessairement l'établissement préalable d'un compte des créances et des dettes du couple. La situation patrimoniale des époux séparés de biens[739] se rapproche de celle des pacsés et des concubins, aux quels s'appliquent les règles de l'indivision, qu'elles soient légales ou conventionnelles. Les opérations de partage des biens indivis peuvent intervenir à tout moment pendant la durée du régime matrimonial, mais en pratique, celles-ci sont le plus souvent reportées à la dissolution du régime. Pour les époux séparés de biens, les pacsés[740] et les concubins, leurs gains et salaires, ainsi que les fruits et revenus de biens personnels, n'ont en principe aucune vocation à devenir des biens indivis, ils sont perçus librement et entrent dans la masse personnelle du destinataire. De telles solutions garantissent l'indépendance des intéressés, et « simplifient par là même les comptes à venir »[741].

302. **Les époux soumis au régime légal des biens**. Selon la définition donnée par Messieurs les Professeurs François Terré et Philippe Simler, le régime matrimonial est « l'ensemble des

---

doit être réalisé par un acte notarié suivi d'une procédure d'information pour permettre aux enfants et aux tiers de faire opposition. La loi du 23 juin 2006 ayant simplifié les modalités de changement de régime matrimonial a supprimé le principe de l'homologation judiciaire sauf dans des cas déterminés en vue de préserver notamment les intérêts des enfants (présence d'enfants mineurs ou en cas d'opposition d'un enfant ou d'un tiers).

[738] Si les deux partenaires exploitent ensemble un même fonds ou si celui-ci est indivis, un avis du Comité de coordination du registre du commerce et des sociétés, prescrit de le publier (*JCP E* 2001, p. 537). De plus ils devraient s'immatriculer au Registre du commerce et des Sociétés afin de bénéficier du statut des baux commerciaux.

[739] En cas de régime de séparation de biens avec adjonction d'une société d'acquêts, les époux peuvent prévoir une clause d'exclusion de biens professionnels. V. *106e congrès des notaires de France, Couples, Patrimoine, les défis de la vie à 2*, *op. cit.*, p. 476.

[740] Pour les pacsés soumis au régime de l'indivision des acquêts, le nouvel article 515-5-2 du Code civil exclut toute incertitude quant au sort des gains et salaires, des fruits et revenus des biens propres. Cet article exclut de l'indivision d'acquêts un certain nombre de biens dont « les deniers perçus par chacun des partenaires à quelque titre que ce soit, postérieurement à la conclusion du pacte, et non employés à l'acquisition d'un bien ». Toute incertitude est levée, les gains, salaires et les revenus des biens personnels ne constituent donc pas des « acquêts de source ». V. *106e congrès des notaires de France, Couples, Patrimoine, les défis de la vie à 2*, *op. cit.*, p. 337.

La solution est la même en ce qui concerne les revenus des propres ou des biens personnels (C.civ, art. 515-5-2, 1°), mais des incertitudes planes sur le sort des revenus des biens communs et/ou des biens dépendants de l'indivision d'acquêts (C. civ., art. 515-5-2,1°). V. *106e congrès des notaires de France, Couples, Patrimoine, les défis de la vie à 2*, *op. cit*, n°2087.

Seuls les biens acquis par l'un ou l'autre des partenaires avec des fonds perçus pendant le PACS sont soumis à l'indivision de manière définitive, sans recours possible : v. Y. DELECRAZ, *Le nouveau régime des biens dans le pacs*, *op. cit.*,v. spéc. p. 15.

[741] H. FULCHIRON, *Le nouveau pacs est arrivé ! (Commentaire de la loi n°2006-728 du 23 juin 2006 portant réforme des successions)*, *Defrénois* n° 21/06, p. 1621, v. spéc. pp. 1646-1649.

règles relatives aux rapports pécuniaires des époux entre eux et à l'égard des tiers »[742]. Les époux sont libres de déterminer leur régime matrimonial. Ce choix est très important lorsque l'un d'entre eux ou les deux exercent une activité d'entreprise. En effet, de cette organisation patrimoniale va dépendre un certain nombre de droits sur les biens professionnels. A défaut de choix ou s'ils n'en décident autrement, les époux sont soumis au régime légal, qui est celui de la communauté réduite aux acquêts depuis la loi du 13 juillet 1965. Cette loi a réduit l'actif de la communauté légale aux acquêts dont est désormais exclue la fortune personnelle des époux. Toutefois, la notion d'acquêts est largement entendue puisqu'elle comprend toutes les richesses constituées pendant la durée du régime et provenant de l'activité d'un époux ou des revenus de ses propres. Ainsi, les résultats de l'entreprise peuvent tomber dans la communauté à laquelle le conjoint a vocation. Dans tout régime de communauté, la masse des biens formant la communauté *stricto sensu* (biens communs) coexiste avec celle des biens relevant de la propriété exclusive de chacun (biens propres) [743]. La notion de « communauté » est à la fois commune au droit français et au droit italien. La masse commune se compose de toutes les acquisitions réalisées à titre onéreux pendant la durée du régime par les époux, ensemble ou séparément.

303. Les revenus professionnels font partie de la communauté quelle qu'en soit la nature car conformément à l'article 1401 du Code civil [744], la communauté est alimentée par toute activité donnant lieu à rémunération[745]. Les principaux produits résultant de l'industrie personnelle sont les « gains et salaires »[746]. Loin des controverses doctrinales [747], la jurisprudence a clairement qualifié les gains et salaires de biens communs[748], même s'ils ne sont pas encore perçus [749]. En

[742] F. TERRE, Ph. SIMLER, *Droit civil Les régimes matrimoniaux*, *op. cit*., p. 1.
[743] Cependant, en régime de communauté, l'époux non exploitant peut en supporter les dettes.
[744] L'article 1401 du Code civil dispose que « la communauté se compose activement des acquêts faits ensemble ou séparément pendant le mariage, et provenant tant de leur industrie personnelle que des économies faites sur les fruits et les revenus de leurs biens propres ».
[745] V. S. VALORY, *Les biens professionnels dans le régime de la communauté légale*, *RJPF* 2008, n°12, p. 8.
[746] Messieurs les Professeurs François Terré et Philippe Simler préconisent de ne pas dissocier les termes « gains » et « salaires » visés à l'article 223 du Code civil : il convient de considérer que les « gains et salaires » correspondent à « toutes les formes de produits pécuniaires de l' industrie personnelle des époux » : F. TERRÉ, Ph. SIMLER, *Droit civil Les régimes matrimoniaux*, *op. cit*., p. 219, n°288.
Sur la notion et ses limites, v. par ex., Ph. SIMLER, « La mesure de l'indépendance des époux dans la gestion de leurs gains et salaires », in *Indépendance financière et communauté de vie*, *LGDJ* 1989, p. 55.
[747] Sur ce point, S. VALORY, *Les biens professionnels dans le régime de la communauté légale*, *op. cit*., n°12, p. 8.
[747] Messieurs les Professeurs François Terré et Philippe Simler préconisent de ne pas dissocier les termes *omat droit privé* 6e éd. 2007, pp. 127-129.
[748] TGI Bordeaux, 17 juin 1969, *JCP* 1970, II, 16561, note G. Couturier ; *D.* 1970, 434, note G. Morin, confirmé par Bordeaux, 5 janv. 1971, *JCP* 1971, II, 16721, note J. Patarin ; *D.* 1971, 155, note G. Morin ; *Defrénois* 1971, art.

effet, ce qui fait entrer un salaire dans la communauté est la date de son fait générateur, non celle de sa perception. La qualification de biens communs s'applique aux revenus de l'activité du mari comme à celle de la femme, quelle que soit la nature de l'activité de s époux : commerciale, agricole, artisanale, libérale, salariale[750] etc., exercée à titre principal ou non. Pour certains, les dividendes sont considérés comme des « revenus de l'activité d'entreprise »[751]. Les dividendes peuvent se définir comme « des parts du bénéfice distribuable que l'organe compétent a décidé de verser aux associés et autres ayants droit » ; leur paiement s'effectue généralement sous forme d'argent ou par remise d'éléments de l'actif social[752]. La nature juridique des dividendes a été discutée en doctrine[753]. Après des hésitations, la Chambre commerciale de la Cour de cassation a décidé que les dividendes « participent à la nature des fruits » dans sa décision rendue le 5 octobre 1999, confirmée par la suite[754]. La notion de « salaire » est acceptée *lato sensu* puisque suivent son sort, les substituts de salaire[755] ainsi que les compléments de salaire[756]. De plus, les

---

29893, note R. Savatier ; *RTD civ*. 1971, 374, obs. R. Nerson et J. Rubellin-Devichi ; *JCP N.* 1981, 114, note Thuillier.

[749] Civ. 1er, 13 oct. 1993, *JCP* 1994, I, 3785, obs. P. Simler; *RTDCiv.*, 1994, 926, obs. B. Vareille : La Cour de cassation a jugé que « selon l'article 1401, les parts de l'industrie d'un époux sont communs dès lors qu'ils trouvent leur origine dans son activité antérieure à la dissolution de la communauté, même s'ils sont perçus postérieurement ».

[750] R. Cabrillac, Les régimes matrimoniaux, op. cit., p. 130.

[751] En ce sens, v. H. CROZE et Y. REINHARD, note sous CA Lyon, 23 févr. 1984, *D*. 1985, jur., p. 127.

[752] P. LE CANNU, B. DONDERO, *Droit des sociétés*, *op. cit*., p. 111.

[753] T. REVET, L'acquisition du dividende, *BJS* 2008, p. 938 ; D.R. MARTIN, *Propriété et dividende*, *D*. 2008, p. 1113 ; R. MICHA-GOUDET, *La nature juridique des dividendes*, JCP E, 1998, p. 68 ; Th. BONNEAU, *Retour en arrière (ou révolution ?) : les dividendes participent à nouveau à la nature des fruits (civils ?)*, *Dr. sociétés* 2000, Chron. 1.

[754] Com., 5 oct. 1999, *BJS* nov. 1999, n°258, note A. Couret ; *Dr. sociétés* 1999, n°183, obs. H. Hovasse ; *Rev. dr. bancaire* 1999, p. 249, obs. M. Germain et M.-A. Frison-Roche ; *RJ com*. 2000, p. 127, note T. Granier ; *D*. 2000, jur. p. 556, note G. Moris-Becquet ; *JCP E*, 2000, 613, note R. Besnard-Goudet.

[755] Sont considérés comme des substituts de salaire tombant en communauté : **les indemnités de licenciement**, qui ont pour fondement principal l'indemnisation de la perte d'emploi (v. A. MAZEAUD, *Indemnités de rupture du contrat de travail en régime de communauté entre époux*, *D.* 1986, Chron. p. 235, n°47 ; Civ. 1er, 5 nov. 1991, *Bull. civ*., I, n°292, *Defrénois* 1992. 393, obs. Champenois ; CA Colmar, 4 sept. 2008 : JurisData n°2008-009330, *JCP G* 2010, n°17, chron. 487, p. 908, n°10 : une telle indemnité tombe en communauté dès lors que son attribution ait été notifiée avant la date de la cessation de la cohabitation et de la collaboration fixée à la date de la dissolution de la communauté), **l'indemnité compensatrice de congés payés** (Civ. 1er, 3 fév. 2010, n°09-65.345 : JurisData n°2010-0513394 ; *JCP S* 2010, act. 124 ; *D.* 2010, p. 442), **l'indemnité d'assurance perte d'emploi** (Civ. 1er, 3 fév. 2010, n°08-21.054 : JurisData n°2010-051401 ; *JCP N* 2010, 1172, note V. Barabé-Bouchard ; *Dr. famille* 2010, comm. 43, obs. B. Beignier) **les sommes versées au titre d'une incapacité temporaire totale de travail consécutive à un accident du travail** (Civ. 1re, 23 oct. 1990, *Bull. civ.*, I, n°218 ; *JCP N* 1991, II, 61), **une indemnité accordée en réparation du préjudice professionnel, caractérisé par une incapacité à reprendre toute activité économique, d'un salarié victime d'un accident du travail** (Civ. 1er, 5 avr. 2005, *Bull. civ*. I, n° 164 ; D. 2005, IR. 1247), **les assurances invalidité, les indemnités de départ en retraite** (Civ. 1er, 31 mars 1992, *Bull. civ*., I, n°95, *JCP G*, 1993.II.22059, note Abry ; *Defrénois* 1992, art. 35349, n°117, obs. G. Champenois), **une pension d'invalidité de guerre allouée à un militaire blessé en réparation de son préjudice professionnel** (CA Pau, ch. 2, 14 sept. 2009 : JurisData n° 2009-017703, *JCP G* 2010, n°17, chron. 487, p. 908, n°10), **le capital représentatif de la prestation de libre passage d'une indemnité de libre passage servie au titre du régime de prévoyance professionnelle**

fruits et revenus d'un propre (par exemple, les revenus de l'exploitation agricole [757], quand l'exploitation est un bien propre à l'un des conjoints) suivent le même sort que les gains et salaires[758] en régime de communauté légale [759]. Mais, les époux sont libres de décider conventionnellement que ces biens conserveront le caractère de biens propres au moyen d'une clause d'exclusion de revenus de biens propres[760].

Le mariage avantage encore les époux soumis au régime de communauté par rapport aux époux séparés de biens, aux pacsés et aux concubins en ce que les revenus de l'exploitation, les gains et salaires, constituent également des biens de communauté, que le fonds exploité soit propre ou commun. La masse commune est donc vouée, en principe, à s'enrichir jusqu'à son partage à parts égales entre les époux lors de la liquidation du régime matrimonial[761].

2.- En droit italien

---

obligatoire suisse (Civ. 1re, 3 mars 2010, n°08-15.832 : JurisData n°2010-001111, *JCP G* 2010, n°17, chron. 487, p. 908, n°10, Ph. Simler et p. 911, n°18, A. Tisserand-Martin : ce capital constitue un substitut de rémunération entrant dans la communauté à partager lorsque son versement est demandé avant la dissolution).

[756] Sont considérés comme des compléments de salaire les primes annuelles, les primes d'intéressement, les actions distribuées gratuitement à la suite d'une opération d'incorporation de réserves dans la capital social ou encore les sommes versées au titre de la participation aux résultats de l'entreprise (en dépit d'une indisponibilité légale de ces somme pendant une durée légale de cinq ans).

[757] Civ. 1re, 4 janvier 1995, *Bull. civ*. I, n°4 ; *Defrénois* 1996, p. 821, obs. G. Champenois.

[758] En droit français, le conjoint peut bénéficier de droits sur les fruits et revenus des propres qui sont entrés en communauté. La loi de 1985 ne qualifie pas expressément les fruits et revenus de biens propres. L'arrêt *Authier* est considéré comme un arrêt de principe en ce qui concerne la reconnaissance de la nature commune des fruits et revenus des propres par la jurisprudence (Civ. 1er, 31 mars 1992, *Bull. civ*. I, n°96, p.64 ; *Defrénois* 1992, art. 35348, p. 1121, obs. G. CHAMPENOIS ; *JCP N* 1993, II, p. 21, note A. TISSERAND ; *RTD civ*. 1993, p. 401, obs. F. LUCET et B.VAREILLE ; *Grands arrêt de la jurisprudence civile*, 12e éd., par F. TERRE et Y. LEQUETTE, t. 1, n°96, p. 567). Dans cet arrêt la Cour de cassation s'est positionnée sur cette question en considérant que les fruits et revenus de biens propres avaient un caractère commun, même s'ils peuvent être exclus conventionnellement de la communauté. En effet, les époux peuvent modifier l'actif de la communauté par contrat de mariage en excluant certains biens de la communauté ou au contraire en les faisant entrer dans son champ par une clause d'ameublement ou clause dite d'amenublissement (R. CABRILLAC, *Les régimes matrimoniaux*, *op. cit*., pp. 284-285). Cette hypothèse se rencontre, par exemple, lorsque les revenus sont tirés de l'exploitation indirecte d'une entreprise individuelle propre à l'un des époux en vertu d'un contrat de location-gérance.

[759] Cependant, l'emploi des revenus d'un bien propre à son amélioration donne droit à récompense au profit de la communauté : Civ. 1re, 20 février 2007, n°05-18066, *Bull. civ.* I, n°67, p. 60 ; *D.* 2007, p. 1578, note M. Nicod : « Appartenance de fruits et revenus de biens propres à la communauté : l'ambiguïté est levée ! » ; *RTD civ.* 2007, comm. n°88, note B. Beignier ; *RJPF* 2007, p. 6129, note F. Vauvillé ; *Defrénois* 2008, Chron. 38719, p. 307, G. Champenois.

[760] V. *106e congrès des notaires de France, Couples, Patrimoine, les défis de la vie à 2*, *op. cit*., p. 455 ; F. TERRÉ et Ph. SIMLER, *Les régimes matrimoniaux*, *D. coll. Précis*, 5e éd., 2008, n°458.

[761] Le régime primaire prévoit tout de même une réserve car aux termes de l'article 223 du Code civil, chaque époux perçoit librement ses gains et salaires et en dispose après s'être acquitté des charges du mariage.

304. Du point de vue de la linguistique juridique, l'utilisation des termes de « régime patrimonial » est préférable à ceux de « régime matrimonial[762] ». En effet, la loi française désigne l'organisation patrimoniale des époux sous les termes de « régime matrimonial »[763]. Or la loi italienne utilise une expression plus vaste, qui est celle de « régime patrimonial de la famille » [*regime patrimoniale della famiglia* ou *rapporti patrimoniali fra i coniugi*]. Cette appellation est elle-même visée à l'article 159 du Code civil qui dispose que « le régime patrimoniale légale de la famille, en l'absence de convention contraire stipulée au sens de l'article 162 du Code civil, est constitué de la communauté des biens réglementée à la section III du présent chapitre[764] ».

305. Le régime de la communauté de biens est devenu le régime légal suite à l'adoption de la loi n°151 du 19 mai 1975 portant réforme du droit de la famille. La règle de la liberté des conventions matrimoniales est sensiblement la même qu'en France (C. civ., art. 162 al. 3)[765]. Ainsi, à défaut de tout autre choix, deux personnes de sexe différent qui s'unissent par les liens du mariage adoptent un tel régime. Comme en France, ce régime s'applique de plein droit à compter de la célébration du mariage si les époux n'ont pas opté pour un régime matrimonial différent. Le régime légal italien a adopté l'idée communautaire dans « une version plus modérée »[766], que le droit français. L'organisation patrimoniale des époux est laissée à leur libre appréciation par le législateur italien. Les époux peuvent décider par acte notarié de modifier leur régime matrimonial au cours du mariage et passer d'un régime communautaire à un régime séparatiste s'ils l'estiment nécessaire. En optant pour le régime de communauté de biens, les

[762] En raison d'un nombre important de mariages bilatéraux, la France et l'Allemagne ont signé un accord en date du 4 février 2010 en vue de créer un régime matrimonial commun lors du 12e Conseil des Ministres franco-allemand : un tel accord a pour but de créer un nouveau régime matrimonial optionnel, choisi conventionnellement et cohabitant avec les autres régimes matrimoniaux. Le régime adopté est celui de la participation aux acquêts connu dans les deux systèmes juridiques, avec possibilité de déroger à certaines règles. Cet accord a été conclu pour un période de 10 ans. Il doit encore être ratifié par la France et l'Allemagne pour entrer en vigueur : v. A. MEIER-BOURDEAU, *Accord du 4 février 2010 entre la France et l'Allemagne portant création d'un régime matrimonial commun*, *JCP E* 2010, n°10, p. 3.

[763] Dans le Code civil, le Titre Ve, du Livre IIIe « des différentes manières dont on acquiert la propriété », est intitulé « Du contrat de mariage et des régimes matrimoniaux ».

[764] Le Code civil italien contient un chapitre VI intitulé « Du régime patrimonial de la famille » [Del regime patrimoniale della famiglia], au titre VI « Du mariage » [Del matrimonio], du Livre I « Des personnes et de la famille » [Delle persone e della famiglia].

[765] En application de l'article 162 alinéa 3 du Code civil, les conventions matrimoniales peuvent être stipulées à tout moment : les nouvelles conventions matrimoniales n'ont plus à être soumises à l'homologation du juge depuis la loi n°142 du 10 avril 1981.
Le principe de l'immutabilité des conventions matrimoniales a été abandonné suite à la réforme du droit de la famille résultant de la loi du 19 mai 1975.

[766] V. A. CASTAGNARO-GENIN, *Les régimes matrimoniaux en droit français et en droit italien*, Th. Paris 2, 2002, p. 461.

époux choisissent de faire confiance au système organisé par la loi, qui « exprime sur le plan économique, la solidarité familiale »[767]. Mais les époux peuvent également opter pour le régime de séparation de biens lors de la célébration du mariage : la mention sera faite dans l'acte de célébration (C.civ., art. 162), ou postérieurement à celui-ci. Ce régime, prévu à l'article 215 du Code civil, a une vocation identique à celle relevant du droit français, car il permet à chacun des conjoints de conserver la propriété exclusive des biens acquis pendant le mariage : « les époux peuvent convenir que chacun d'eux conserve la propriété exclusives des biens acquis durant le mariage ». Ainsi, les gains et salaires, tout comme les revenus et les fruits des biens personnels resteront la propriété exclusive de chacun des époux. La preuve de la propriété exclusive d'un bien peut être rapportée par tout moyen par l'époux qui s'en prévaut à l'égard de l'autre (C.civ., art. 219 al. 1). A défaut, la solution est identique à celle retenue en droit français, le bien est considéré comme indivis à parts égales entre chacun des époux (C.civ., art. 219 al. 2).

306. Le Code civil ne prévoit pas de texte identique à l'article 223 du Code civil concernant le libre exercice d'une profession. Les gains et salaires (parmi lesquels sont compris notamment les honoraires et les droits d'auteur) ne font pas l'objet d'une réglementation similaire à celle existant en droit français. Une référence implicite est faite à l'article 177 alinéa 1 c) du Code civil, qui dispose que sont objet de la communauté « les produits de l'activité séparée de chacun des conjoints si, à la dissolution de la communauté, ils n'ont pas été consommées ». Entrent dans cette catégorie, les gains et salaires, qui ne feront partie de la communauté, qu'au moment de la dissolution du régime légal, à la condition qu'ils n'aient pas été consommés. Cette communauté, arrêtée en vue de sa dissolution, est qualifiée de communauté *de residuo* : il s'agit d'une communauté différée. Ainsi, à la différence du droit français, les gains et salaires sont considérés, au moment de leur perception, comme des biens propres[768]. Les époux peuvent *a priori* en disposer librement et à leur gré après s'être acquittés de leur contribution aux exigences de la famille (C.civ., art. 143). Si les gains ou salaires sont utilisés pour acquérir d'autres biens, alors ces derniers tombent immédiatement en communauté (C.civ., art. 177, al.1 a)). L'article 177 du Code civil prévoit que font partie de la communauté *de residuo*, les fruits des biens propres (tels

[767] M. S. FORTE, *Le persone dei coniugi nella famiglia e la comunione legale*, *Famiglia e diritto* 2005, n°5, p. 473.
[768] Cette solution semble être applicable également au régime de la séparation de biens : v. sur ce point A. CASTAGNARO-GÉNIN, *Italie.- Régimes matrimoniaux.-Fonds patrimonial.-Entreprise familiale*, *J-Cl. Comparé*, 04, 2007, n° 161 (www.lexinexis.com).

que les produits agricoles, les dividendes, les intérêts de titre et les obligations)[769] de chacun des conjoints, perçus et non consommés lors de la dissolution de celle-ci. Cependant, sont expressément exclus les biens perçus à titre d'indemnisation d'un dommage, ainsi que la pension versée au titre d'une incapacité partielle ou totale de travail (C.civ., art. 179 e)).

307. Lorsque l'entreprise[770] est gérée par les deux conjoints, et constituée après le mariage, l'entreprise fait partie de la communauté (C.civ., art. 177 d)). Cependant, lorsque l'entreprise appartient à l'un des conjoints antérieurement au mariage mais est gérée par les deux, ne tombent en communauté immédiate que les bénéfices et les accroissements, l'entreprise reste propre. Enfin la loi prévoit une disposition spéciale concernant les biens destinés à l'exercice de l'entreprise de l'un des conjoints. Selon l'article 178 du Code civil, les biens destinés à l'exercice d'une telle entreprise, constituée après le mariage et les accroissements de l'entreprise constituée également antérieurement au mariage, sont considérés comme objet de la communauté seulement s'ils subsistent au moment de sa dissolution : ils font partie de la communauté *de residuo*. Le partage des biens relevant de la communauté répartit en parts égales l'actif et le passif entre les conjoints (C.civ., art. 194 al. 1).

308. Comme en droit français, les époux peuvent opter pour le régime de la séparation de biens. Cette situation rapproche les époux de la situation des concubins. Contrairement aux époux, les concubins ne bénéficient d'aucun régime patrimonial légal. Seul le recours aux conventions de droit commun leur permet d'organiser certains aspects patrimoniaux de leur vie commune. Par conséquent, les gains et salaires ainsi que les fruits et revenus de leurs biens personnels perçus au cours de la vie commune appartiennent séparément à chacun des concubins. Cependant les fruits, qui sont produits par des biens détenus de manière indivise[771] par les deux concubins, tombent dans la masse indivise, sur laquelle chacun bénéficie d'une part égale à défaut de preuve contraire (Civ. art. 1101).

---

[769] A l'instar du droit français, il existe une distinction entre le titre et la finance concernant les parts sociales ou actions, v. *supra*, partie 1, titre 1, chapitre 2.

[770] Le terme « entreprise » employé ici est synonyme de « azienda », c'est-à-dire « le complexe de biens organisés par le chef d'entreprise pour l'exercice de l'entreprise », au sens de l'article 2552 du Code civil.

[771] L'article 1100 du Code civil dispose que « quand la propriété ou un autre droit réel revient en commun à plusieurs personnes, si le titre ou la loi n'en dispose autrement, les normes suivantes s'appliquent » du Code civil. Les règles visées par cet article sont celles relatives à l'indivision [*Comunione*], contenues au Titre VIIe « De l'indivision » [*Della comunione*] du Livre IIIe « De la propriété » [*Della proprietà*]. Comme en droit français, l'indivision peut être légale ou conventionnelle.

Le contrat de travail permet au conjoint, au pacsé et au concubin de percevoir un salaire, ce qui constitue un avantage très attrayant pour lui. Sans bénéficier de rémunération, la participation de l'associé à la vie sociale est pécuniairement satisfaite en raison de sa participation aux résultats de la société. Sur ces points, il existe des similitudes en droit français et italien. Mais le droit français s'écarte du droit italien en ce qui concerne le statut de conjoint collaborateur. L'étude comparative révèle un traitement différent, qui mérite d'être souligné.

II.- La collaboration professionnelle *stricto sensu* en l'absence de contrat

309. En droit italien, la situation diffère quant aux droits patrimoniaux du conjoint collaborateur participant à l'entreprise familiale. En effet, la collaboration du conjoint à l'entreprise familiale conformément à l'article 230bis du Code civil n'est pas dépourvue de toute contrepartie financière. A défaut de rémunération, la norme juridique prévoit l'attribution de plusieurs droits de nature patrimoniale. Sur ce point, le statut de conjoint collaborateur se rapproche de celui d'associé, quant à la participation aux résultats de l'entreprise. En droit français, il est nécessaire de se référer au régime matrimonial en l'absence de rémunération reconnue au conjoint collaborateur, créant ainsi une différence de traitement entre d'une part, les époux, et d'autre part, les pacsés et les concubins.

A.- Les droits patrimoniaux accordés au conjoint collaborateur en Italie

310. La comparaison du statut de conjoint collaborateur en droit français et italien révèle une différence notable en ce qui concerne les droits patrimoniaux accordés à ce dernier. En France[772], la loi ne prévoit pas au profit du conjoint collaborateur un droit général à une part des résultats de l'activité exploitée à moins qu'une convention conclue entre les époux ou les pacsés n'en dispose autrement. Seul l'époux commun en biens peut espérer profiter des résultats de la gestion de l'entreprise individuelle en raison du jeu des règles du régime de la communauté légal des biens, comme nous le verrons ultérieurement.

L'encadrement juridique de la participation du conjoint à l'entreprise familiale en tant que collaborateur a été accompagné de la reconnaissance de droits patrimoniaux en contrepartie du

[772] V. *supra* : partie 1, titre 2, chapitre 1.

travail effectué. La formulation de ces différents droits figurant à l'article 230bis du Code civil présente quelques difficultés d'interprétation en raison de son caractère laconique. En principe, la collaboration professionnelle au sein de l'entreprise familiale existe en l'absence de formalisme particulier. Afin de mieux appréhender un tel système, il nous apparaît opportun d'analyser préalablement les mesures relevant du droit civil, puis de nous intéresser à la législation fiscale.

1.- Les droits déterminés par la législation civile

311. En contrepartie de la collaboration juridique apportée à l'activité, le législateur a édicté un certain nombre de droits au profit du conjoint, mais également applicables à tous collaborateurs familiaux dans la mesure où la collaboration remplit les conditions prévues à l'article 230bis du Code civil. Ces dispositions visent différents bénéficiaires, qui peuvent prétendre aux mêmes droits. La participation financière du collaborateur *stricto sensu* se distingue non en raison du lien familial qui le lie au chef d'entreprise, mais en fonction de critères quantitatif et qualitatif tenant à la prestation de travail fourni. Ainsi les droits imaginés par le législateur peuvent, pour certains d'entre eux se superposer aux droits reconnus au profit du conjoint dans le cadre des règles générales issues de leur organisation patrimoniale. Le conjoint a le droit à « l'entretien », et participe aux bénéfices [utili] de l'entreprise familiale et aux biens acquis avec eux, ainsi qu'aux accroissements [incrementi] produits par l'entreprise, même au commencement de l'activité. Ces droits sont cumulatifs et les époux ne peuvent y déroger par convention [773]. Selon l'opinion commune, le droit détenu par chacun des collaborateurs familiaux est un droit de créance[774] personnel[775] et impératif[776]. Le législateur a fixé ces droits en raison de la communauté affective sur laquelle se fonde l'entreprise familiale. Toutefois le législateur s'est abstenu de définir ces différents droits et de délimiter précisément leurs modalités d'attribution, dont la charge est revenue à la doctrine[777] et à la jurisprudence.

a.- Le droit à l'entretien [*il diritto al mantenimento*]

[773] En effet, la Cour de cassation, qui a eu à connaître de ce problème, a décidé qu'une telle clause de limitation des droits reconnus à l'article 230bis du Code civil, était inefficace : Cass. 22 mai 1991, n° 5741, *Nuova Giur. Civ. comm.*, 1992, I, p. 216, note de Pettarin-Ponti.
[774] V. L. BALESTRA, *Attività d'impresa e rapporti familiari*, *op. cit.*, p. 225.
[775] Un tel droit ne peut faire l'objet d'une action subrogatoire de la part des créanciers du bénéficiaire, v. L. BALESTRA, *Attività d'impresa e rapporti familiari*, *op. cit.*, p. 225.
[776] M. IEVA, *L'impresa familiare tra diritto civil e diritto tributario*, *Rivista del Notariato*, XLVII, 1993, p. 1137.
[777] COMI, *L'impresa familiare, otto anni dopo, è ancora un mistero ?*, *Vita not.*, 1983, II, p. 1261.

312. Ce droit permet au collaborateur d'obtenir les moyens nécessaires pour faire face aux exigences normales de la vie. Le chef d'entreprise doit remplir cette obligation à l'égard de son conjoint ou de tout collaborateur familial qui apporte sa contribution à l'activité de l'entreprise au moyen de sa collaboration régulière. Par cette mesure, le législateur a souhaité assurer au membre de la famille participant à l'activité de l'entreprise familiale une certaine qualité de vie en échange de la prestation fournie. Il se différencie du droit aux aliments en ce que ce dernier correspond aux exigences primaires de la vie quotidienne. Le droit à l'entretien est plus étendu que le droit aux aliments.

313. Au regard du conjoint, ce droit à l'entretien doit lui procurer les moyens d'avoir une certaine « indépendance de vie ». Il se superpose donc au droit issu du régime primaire et a une étendue plus large que ce dernier. Le « droit à l'entretien » du conjoint collaborateur est reconnu indépendamment de la qualité et de la quantité du travail fourni et de l'effective évolution de l'entreprise. Ce droit ne dépend pas de la prestation fournie par le conjoint. La part attribuée au titre de ce droit à l'entretien est proportionnelle aux conditions patrimoniales de la famille[778] de l'entrepreneur, c'est-à-dire en tenant compte du complexe de biens dont elle dispose. Ce droit est prépondérant par rapport au droit aux bénéfices et aux accroissements reconnus à l'article 230bis du Code civil. Sa satisfaction est prioritaire et permet à son bénéficiaire d'obtenir les éléments nécessaires à sa substance en fonction des capacités. Les pertes de l'entreprise ne peuvent éliminer ce droit. Mais en pratique, quand l'entreprise va mal, ce droit peut difficilement être maintenu.

b.- Les droits de participation

Il s'agit de droits de participation *stricto sensu*[779], qui se fondent sur la collaboration continue à l'activité de l'entreprise et non sur les liens familiaux. Ces droits sont reconnus au conjoint comme à tout collaborateur familial dans la mesure où sa collaboration est exécutée de manière coordonnée, continue et effective.

[778] C.cass. 2 Avril 1992, n° 4057.
[779] V. L. BALESTRA, *Attività d'impresa e rapporti familiari*, *op. cit.*, p. 232 ; en jurisprudence, v. par ex., Prêt. Roma, 12 aprile 1995, *Gius*, 1995, p. 4125 : le conseil des Prud'hommes fait une distinction nette entre le droit aux bénéfices, qui constitue le complexe des biens de l'activité exercée, et le droit à l'entretien, fondé sur le rapport familial.

314. **La participation aux bénéfices et aux accroissements**[780]. La notion de « bénéfices » retenue est empruntée au droit commercial, et désigne l'excédent du patrimoine net au regard du patrimoine initial. A défaut de définition légale, la notion d'accroissements, quant à elle, doit être entendue de manière large, comprenant ainsi toutes les augmentations de valeur du patrimoine de l'entreprise[781]. Le législateur n'a pas précisé les modalités d'attribution de tels droits laissant ainsi libre champ à de nombreuses incertitudes. La seule indication textuelle consiste en un critère de répartition tenant à une évaluation de la créance « proportionnelle à la quantité et à la qualité du travail exécuté » (C.civ., art. 230bis al. 1). La doctrine et à certains égard, la jurisprudence, ont tenté d'apporter des réponses quant à l'évaluation de ce droit de participation. La détermination de la part revenant au collaborateur en contrepartie de sa participation aux bénéfices et aux accroissements de l'entreprise est évaluable *a posteriori* [782] (une fois la collaboration accomplie) en fonction des indications légales, c'est-à-dire proportionnellement à la qualité et à la quantité du travail accompli. La jurisprudence considère que le droit de participation aux bénéfices de l'entreprise constitue la compensation de la prestation réalisée par le collaborateur. Ainsi tous les collaborateurs, y compris le conjoint, ne bénéficieront pas nécessairement d'une créance d'un montant égal et tous les bénéfices ne seront pas nécessairement partagés entre eux [783]. Dans le cadre de l'évaluation de la participation du collaborateur constituant un critère de référence, Monsieur le Professeur Luigi Balestra a dégagé quatre facteurs pouvant influencer sur la production des bénéfices [784]. Le premier est relatif au risque de l'entreprise et au capital apporté. Le deuxième critère tient au travail fourni par les tiers, puisque l'entreprise familiale peut comprendre des personnes étrangères à la famille. Le troisième critère est relatif au travail manuel réalisé par les collaborateurs relevant de l'article 230bis du Code civil. Enfin le quatrième critère concerne le travail d'organisation mené par ceux-ci. Certains auteurs ont proposé de faire référence à la rémunération normalement attribué à un salarié accomplissant les mêmes fonctions. Cependant une telle position reviendrait à tenir compte des critères retenus en droit du travail pour déterminer le montant de la rémunération,

[780] En France, parallèlement au versement d'un salaire, le salarié peut bénéficier de dispositifs lui permettant de se prévaloir d'un droit à participation aux résultats de l'entreprise. Dispositifs issus du droit commun, leur attribution diffère selon que l'entreprise ait une nature individuelle ou collective. V. à ce sujet, J. PELISSIER, A. SUPIOT, A. JEAMMAUD, *Droit du travail*, *op. cit*., spéc. p. 1014, §. 784.
[781] En ce sens voir, P. DI MARTINO, « La comunione legale tra coniugi : l'ogetto », in *Il diritto di famiglia*, *op. cit*., spéc., pp. 120-121.
[782] Cass., 2 avril1992, n° 4057, RFI, 1992, *Famiglia* (Regime patrimoniale), 1110.
[783] V. sur ce point, L. BALESTRA, *Attività d'impresa e rapporti familiari*, *op. cit*., p. 234.
[784] V. L. BALESTRA, *Attività d'impresa e rapporti familiari*, *op. cit*., p. 234.

telles que la catégorie socio-professionnelle et les compétences du salarié. Selon la Cour de cassation, il est faux de retenir comme critère d'évaluation la rémunération dévolue à un salarié subordonné, qui exerce la même activité[785].

315. La créance relative à une part des bénéfices est exigible au moment où les bénéfices ont été effectivement produits. En effet, il s'agit d'une participation à une richesse effectivement produite. A défaut, ce droit est exigible à la fin de la collaboration, lorsque cesse la collaboration juridique, quelle qu'en soit la cause, en tenant compte des dettes et du passif existant au moment de la demande. Une solution similaire est retenue pour « la participation aux accroissements » du conjoint collaborateur, qui est, en principe, exigible uniquement au moment de la cessation de l'activité ou en cas de cessation du rapport juridique : le versement est unique, à moins que l'ensemble des collaborateurs aient conventionnellement décidé d'un versement périodique, conformément au pouvoir qui leur est dévolu à l'article 230bis du Code civil[786].

316. Un tel statut de collaborateur présente une similitude avec le statut d'associé existant dans les deux droits. En effet, la loi reconnaît expressément à l'associé le droit de participer aux partages des bénéfices [787] et de l'actif net [788] de la société en contrepartie de l'apport effectué. Cependant, ce droit est déterminé de manière précise par les statuts, conformément aux dispositions sociales, lorsque le conjoint endosse la qualité d'associé. Elle fera l'objet d'un accord en fonction de l'apport réalisé par l'associé. A bien des égards, la prestation fournie par le collaborateur familial peut être assimilée à un apport en industrie dévolu dans le cadre de certaines sociétés. Comme l'apport en industrie, la collaboration a lieu de manière progressive, elle est successive. Son auteur met à la disposition de la société, son travail, ses connaissances techniques, ses services. Tout comme la collaboration professionnelle, l'apport résulte du comportement de l'associé. Mais à la différence du collaborateur familial, l'apporteur participe

[785] Cass., 18 déc. 1992, n° 13390.
[786] En ce sens, v. : Cass., 18 déc. 1992, n° 13390, *Vita notarile*, 1993, 813 ; Cass., 16 avr. 1992, n°4650, *Giurisprudenza ita*., 1993, I, 1, 1053 ; Cass., 22 oct. 1999, n° 11921, *Famiglia e diritto*, 2000, 123.
[787] Un tel droit est reconnu à l'article 2247 du Code civil italien et 1832-2 du Code civil français.
[788] En France, la définition du terme « bénéfice » est revenue initialement à la Cour de cassation en l'absence de définition dans le Code civil. Dans son important arrêt *Caisse rural de la commune de Mwanigod*, rendu toutes chambres confondues, la Cour de cassation a défini le terme bénéfice visé à l'article 1832 du Code civil comme « un gain pécuniaire ou un gain matériel qui ajouterait à la fortune des associés » : Cass., 14 mars 1974, *DP* 1914, I, 257, L. Sarrut, R. Houin et B. Bouloc, n°44. Jugée comme trop restrictive, le législateur est intervenu pour modifier l'article 1832 du Code civil par la loi du 4 janvier 1978 en décidant que la société permet de « partager les bénéfices » et de « profiter des économies ».

également aux pertes de la société[789]. Tel n'est pas le cas du collaborateur. Cette obligation existe dans les rapports entre associés et ne doit pas être confondue avec la contribution aux dettes résultant de la poursuite des créanciers sociaux [790]. Si l'associé ne bénéficie pas d'un droit personnel à rémunération, sa participation à la société n'est pas dépourvue de contrepartie financière.

317. **La participation aux biens acquis avec les bénéfices de l'entreprise.** En édictant cette règle, le législateur italien, a souhaité individualiser les biens ne servant pas à l'activité de l'entreprise. Le chef d'entreprise peut utiliser les bénéfices et les accroissements pour acquérir des biens utiles à l'exercice de l'activité mais également des biens destinés à un usage collectif par le groupe ou présentant une utilité fonctionnelle pour la collectivité des collaborateurs. La question de la nature du droit sur ces biens dépend de la nature individuelle ou collective reconnue à l'entreprise familiale[791]. En principe, il ne s'agit pas d'un droit réel conférant la copropriété sur les biens à l'ensemble des bénéficiaires mais d'un droit de créance exigible à la cessation du rapport juridique pour quelle que cause que ce soit.

318. De tels droits de participation sont reconnus au conjoint quelque soit le régime matrimonial choisi. Dans toutes les configurations patrimoniales, le conjoint se verra reconnaître une contrepartie à la collaboration effectuée. Comme nous l'avons déjà évoqué, ces dispositions ont été édictées dans un souci de protection et afin d'accorder une contrepartie pécuniaire à la collaboration professionnelle apportée à l'entreprise familiale. Un tel but a parfois donné l'occasion d'application original e par la Cour de cassation. Dans un arrêt rendu le 19 octobre 2000 par la Chambre sociale [Sezione lavoro], la Cour de cassation a fait une application extensive de l'article 230bis du Code civil. Deux frères avaient constitué une société de fait afin de développer leur activité d'entreprise avec la commune intention de la faire immatriculer. L'épouse de l'un des deux frères a collaboré avec son époux à l'activité de la société. Suite à leur séparation, l'épouse a agi par devant le Conseil des Prud'hommes et a attrait les deux frères en justice aux fins de se voir reconnaître un droit à participation aux bénéfices et d'obtenir la

[789] La contribution aux pertes éventuelles de la société sera déterminée et exigible au moment de la liquidation de cette dernière.
[790] V. sur ce point pour le droit français, L. JOBERT, *L'obligation des associés aux dettes à l'égard du créancier associé*, *JCP E*, 2005, 445.
[791] En ce sens M. E. BOTTIGLIERI, « L'entreprise familiale et l'entreprise conjugale en droit italien », in *L'entreprise familiale en Europe*, Coll. Préc., p. 171, v. spéc. p. 176 ; L. BALESTRA, *Attività d'impresa e rapporti familiari*, *op. cit.*, pp. 237-239.

liquidation de sa part sur le fondement de l'article 230bis du Code civil. Bien qu'ayant constaté sa collaboration effective et régulière, le tribunal [792] a rejeté la demande de l'épouse aux motifs que les dispositions de l'article 230bis du Code civil font référence aux rapports existants entre le conjoint et le chef d'entreprise, personne physique. Selon le tribunal, cet article n'est pas applicable dans le cadre d'une société. Cette décision a été censurée par la Cour de cassation, qui a accueilli la demande de l'épouse, aux motifs que « les sujets visés à l'alinéa 3 de l'article 230bis du Code civil ont droit à la protection prévue par cette norme dans la mesure où il développe leur activité de travail en faveur du titulaire de l'entreprise, exercée soit sous la forme individuelle soit sous la forme d'une société de fait, dans *la limite de la part* »[793]. La Cour de cassation a ainsi limité la part relative à la participation de l'épouse à la part sociale du mari, de sorte que l'autre associé n'était pas concerné. L'épouse détient ainsi une créance à l'égard du mari et non de la société (la qualité de dirigeant de fait est donc reconnue au mari).

Dans l'hypothèse de l'ouverture du bénéfice de l'article 230bis du Code civil au concubin, celui-ci bénéficierait des mêmes avantages que le conjoint. La règle ayant un caractère résiduel et impératif, il suffirait au concubin de rapporter la preuve d'une collaboration régulière en l'absence de contrat de travail ou de rapport d'associés.

2.- La législation fiscale

319. La loi fiscale impose au chef d'entreprise de fixer la part reconnue au collaborateur dans un acte authentique. Comme nous l'avons vu [794], cette forme de collaboration n'exige pas à titre de validité d'être matérialisée dans un écrit, donc la détermination d'une part effective attribuée au conjoint sur les résultats de l'entreprise n'a pas à être prévue dans un acte écrit au début de la collaboration. Toutefois à des fins fiscales, la rédaction d' « une attestation » d'existence de l'entreprise familiale est exigée par acte authentique ou sous seing privé entre le chef d'entreprise et les collaborateurs familiaux dans laquelle il est mentionné que ces derniers perçoivent une

[792] En l'espèce, le tribunal a statué en appel conformément au droit procédural italien, alors en vigueur, selon une procédure particulière, plus rapide, en matière de droit du travail.
[793] Cass. Sez. Lav. , 19 octobre 2000, n° 13861.
[794] V. *supra* : partie 1, titre 1, chapitre 1.

participation qui ne peut excéder quarante neuf pour cent des revenus de l'entreprise[795]. Une telle exigence[796] est sans incidence sur les règles gouvernant l'entreprise familiale en matière civile[797].

320. Selon la Cour de cassation, « les dispositions fiscales, souvent formulées en fonction des exigences de contrôle des prélèvements fiscaux et de la nécessité de politiques anti-évasion, ne peuvent en aucun cas influencer la détermination en matière civile des parts de participation aux bénéfices des entreprises familiales, parts qui, conformément à l'article 230bis du Code civil, sont déterminées non en raison du titulaire de l'entreprise, mais exclusivement de manière proportionnelle à la quantité et à la qualité du travail exécuté »[798]. Toutefois, le juge civil peut se forger une opinion à partir de « ces indices » laissés à sa libre appréciation[799].

321. Annuellement, dans sa déclaration de revenus, le chef d'entreprise doit ensuite attester que la part dévolue au conjoint collaborateur correspond effectivement au travail effectué dans l'entreprise familiale[800]. Parallèlement, le conjoint collaborateur est également tenu de déclarer annuellement (dans sa déclaration de revenus) que la part attribuée est proportionnelle à la quantité et à la qualité du travail effectivement réalisé de manière continue et prédominante.

3.- L'articulation des règles générales et spéciales

322. En raison de l'existence d'un régime patrimonial des époux, la question se pose de l'articulation des droits découlant de l'article 230bis du Code civil avec ceux issus des règles générales prévues en cas de régime de communauté légale. En effet, l'article 230bis du Code civil

---

[795] L'article 5 alinéa 4 du décret du 22 décembre 1986 n° 917 sur l'Approbation du texte unique des impôts sur les revenus dispose que « les revenus des entreprises familiales, dont l'article 230bis du Code civil limite à 49% du montant résultant de la déclaration des revenus de l'entrepreneur, sont imputés à chacun des « membres de la famille » [familiare], qui ont fourni de manière continue et prédominante leur activité de travail dans l'entreprise, proportionnellement à sa part de participation aux bénéfices. La présente disposition s'applique à condition que :
a) les « membres de la famille » [familiare] participant à l'entreprise soient nominativement désignés, avec l'indication de leur lien de parenté avec l'entrepreneur, dans l'acte authentique ou sous seing privé antérieurement au commencement de la période d'imposition, et portant la signature de l'entrepreneur et des participants « familiaux »,
b) la déclaration des revenus de l'entrepreneur comporte l'indication des parts de participation aux bénéfices revenant aux membres de la famille et l'attestation que les parts sont proportionnelle à la quantité et à la qualité du travail effectivement fourni dans l'entreprise, de manière continue et prépondérante, durant la période d'imposition,
c) chacun des membres de la famille doit attester, dans sa propre déclaration de revenus, avoir réalisé son activité de travail dans l'entreprise de manière continue et prépondérante ».
[796] PITTALIS, *Nature ed efficacia dell'atto di determinazione delle quote di partecipazione agli utili dell'impresa familiare*, *Giur. it*. 1990, I, 2, c. 574.
[797] Cass., 25 juill., 1992, n° 4047.
[798] Cass., 25 juill. 1992, n° 8959, *Nuova giur. Civ. Comm.*, 1993, I, p. 408, note Bontempi.
[799] V. L. BALESTRA, *Attività d'impresa e rapporti familiari*, *op. cit*., spéc. p. 177-179.
[800] La loi fiscale ne prend pas en considération la part dévolue en contrepartie du travail domestique.

s'applique quel que soit le régime patrimonial des époux. Il existe une concurrence entre ces deux corps de règles. Lorsque le conjoint collabore à l'entreprise familiale, la gestion appartient uniquement à l'autre, de sorte qu'il y a lieu d'appliquer l'article 178 du Code civil.

323. Le conjoint collaborateur du chef d'entreprise peut se prévaloir d'un droit sur les bénéfices et les accroissements en se fondant sur un double titre. Le premier est relatif à la collaboration issue de l'article 230bis du Code civil, en application duquel, le conjoint bénéficie d'un droit de percevoir les bénéfices et les accroissements en contrepartie de sa participation à l'entreprise familiale. Il s'agit d'une contrepartie pécuniaire d'un rapport onéreux. Le second est relatif au régime de communauté légal, qui permet à chaque époux au moment de la liquidation du régime matrimonial de bénéficier de la moitié des biens relevant de la communauté *de residuo*. La doctrine a tenté de dégager des solutions. De manière unanime, il est reconnu au conjoint collaborant à l'activité de l'autre, qui en est le chef d'entreprise, le droit de percevoir, sur le fondement de l'article 230bis du Code civil, la contrepartie du travail effectivement réalisé[801] au cours du fonctionnement du régime légale. En effet, il s'agit d'une forme de rémunération pour l'activité exercée[802]. Une telle qualification implique qu'ils doivent être considérés comme des biens relevant, en régime de communauté légale, de l'article 177 al. 1 c) du Code civil : ces biens proviennent d'une activité séparée, et tombent dans la communauté *de residuo* s'ils n'ont pas été consommés au moment du partage. Cette analyse revient à considérer que l'activité exercée par le conjoint collaborateur est une activité séparée (à défaut de définition légale de ce qu'il faut entendre par activité séparée). Le conjoint collaborateur peut se prévaloir du droit de percevoir une part des bénéfices et des accroissements conformément à l'article 230bis du Code civil. Une fois ce droit satisfait, il pourra percevoir les bénéfices et les accroissements subsistant dans la communauté *de residuo* au moment du partage. Une telle opération suppose de réaliser une « ventilation » entre la part dévolue au conjoint collaborateur en raison de sa participation à l'entreprise familiale et la part revenant à la communauté. En raison du fonctionnement de la communauté légale à laquelle les époux ont adhéré, le conjoint collaborateur aura le droit à la moitié des biens restant dans la communauté *de residuo* au moment du partage. Cependant les points de vue divergent lors de la liquidation du régime matrimonial s'il subsiste une part des

[801] En ce sens, v. P. DI MARTINO, « La comunione legale tra coniugi : l'ogetto », in *Il diritto di Famiglia*, *op. cit.*, p. 133
[802] L. BALESTRA, *op. cit.*, pp. 156-158.

bénéfices et des accroissements non attribués au conjoint en application de l'article 230bis du Code civil. Une partie de la doctrine considèrent que ceux-ci devront être imputés sur la part de la communauté *de residuo*, qui doit normalement lui revenir[803]. D'autres auteurs admettent la thèse inverse en raison des économies réalisées par l'entreprise, qui n'a pas eu besoin d'employer un tiers[804].

Il s'agit donc de considérer que les biens reçus au titre de cette créance s'apparentent à un gain professionnel. Le conjoint a le droit au recouvrement de cette créance ainsi qu'au partage de la moitié de la communauté restante une fois le montant de la créance recouvrée.

B.- Les droits patrimoniaux du conjoint collaborateur en France.

324. En l'absence de droit général à rémunération pour le statut de conjoint collaborateur, il convient de se référer au régime matrimonial. Cependant, seul l'époux commun en biens collaborant à l'activité de l'autre peut trouver satisfaction lors de la liquidation du régime matrimonial. Dans l'hypothèse d'une séparation de biens, la jurisprudence a reconnu ponctuellement à l'époux un droit à indemnisation, applicable également au pacsé et au concubin grâce aux « correctifs d'équité du droit commun »[805] : les trois techniques envisageables *a posteriori* seront étudiées ultérieurement[806]. En effet, lorsque le bien est un bien personnel de l'autre, les époux séparés de biens, les pacsés et les concubins ne bénéficient d'aucun droit, même en cas de collaboration professionnelle, au titre de leur régime patrimonial.

1.- Le recours aux règles générales

325. Lorsque les époux sont mariés sous un régime communautaire, le fonctionnement de la communauté permet à un époux de profiter des plus-values apportées à un bien commun, grâce à sa collaboration à l'activité professionnelle de l'autre. A la dissolution du régime, il aura le droit à la moitié des biens communs, car les richesses créées par un époux pendant le mariage tombent en communauté. De même, lorsque l'entreprise constitue un bien propre pour l'un d'eux, la

[803] OPPO, *Responsabilità patrimoniale e nuovo diritto di famiglia*, *RDC*, 1976, I, p. 502 ; CORSI, « Il regime patrimoniale della famiglia », in *Trattato Cicu-Messineo*, Milano, 1984, VI, spéc. p. 233.
[804] GABRIELLI, *I rapporti patrimoniali tra coniugi*, *op. cit.*, p. 42.
[805] V. A. BOLZE, *Des couples en dehors de la communauté légale*, *Dr fam*. 2001, n°3, p. 9.
[806] V. *infra* : partie 2, titre 2, chapitre 1.

communauté a droit à la plus-value [807] de l'industrie du chef d'entreprise [808]. Lorsqu'il s'agit de propriétaires indivis, quel que soit leur mode de conjugalité, l'accroissement du fonds indivis bénéficiera à l'indivision conformément à l'article 815-10 alinéa 2 du Code civil. Ainsi les choix du mode de conjugalité et du régime patrimonial jouent un rôle déterminant sur le sort de la plus-value[809].

326. L'extension des droits du pacsé et du concubin collaborant à l'entreprise familiale au regard des règles générales ne peut être envisagée que dans le cas de l'utilisation d'un bien indivis. Un rapprochement peut être effectué avec les époux séparé de biens dont l'indivision permet de constituer des « îlots communautaires », appartenant au patrimoine indivis. Cette situation est assez proche de celle des époux communs en biens sans être irrésistible[810], bien qu'il existe une divergence de structure entre l'indivision et la communauté[811]. Mais la consistance du patrimoine commun résultant de l'indivision choisie ou subie n'est pas comparable avec celui résultant de la communauté légale. L'enrichissement supplémentaire de l'indivision résulte « d'un manque de précaution ou d'une renonciation tacite »[812]. En effet les époux séparés de biens ou les pacsés peuvent prévoir des clauses de présomption de propriété, à moins que la possession d'un titre ne leurs permette de se prévaloir de la propriété d'un bien. Tandis qu'avec la communauté, l'un des époux peut s'enrichir sans avoir directement contribué à l'activité : les

[807] Sur le régime fiscal des plus-values des conjoints associés de sociétés civiles agricoles, la question qui se posait, concernait le montant des recettes à retenir pour l'application de l'article 151 septies du Code général des impôts, en cas de plus-value réalisée par une société civile agricole visée à l'article 70 du même Code, lorsque l'un des deux conjoints détient à la fois des parts en communauté et des parts en propre. Selon une réponse ministérielle en date du 2 mars 2010 (Res. n°2010/13, 2 mars 2010, *RJPEF* 2010-4/23, JCP N n°11, 19 mars 2010, p. 9), les plus-values réalisées par une société civile agricole non soumise à l'impôt sur les sociétés sont imposables au nom de chaque associé visé au I de l'article 151 nonies du Code général des impôts selon les règles prévues pour les exploitants individuels en tenant compte de sa quote-part dans les recettes de la société. Pour les conjoints associés dans une même société ou groupement ou non, la situation de chacun doit, en principe, être appréciée de manière distincte pour chacun d'entre eux. Par ailleurs, lorsque les droits ou parts font partie des biens de la communauté et que chacun des époux est associé ou membre de la société ou du groupement, la quote-part de recettes à prendre en compte, pour le conjoint exerçant son activité professionnelle dans la société ou le groupement, est, en principe, de cinquante pour cent des droits de la communauté dans les bénéfices comptables de la société ou du groupement. Dès lors, il convient, à partir de la quote-part de recettes déterminée proportionnellement aux droits des époux dans les bénéfices comptables de la société, d'isoler la fraction de cette quote-part de recettes correspondant aux parts détenues en propre par l'associé, le solde de cette quote-part devant être réparti par moitié entre les époux.

[808] CA Bourges, 15 nov. 1995, JurisData n°1995-052199 ; CA Besançon, 9 sept. 1998, *JCP G* 1998, n°49, I, 183, obs. Ph. Simler.

[809] V. *Couples, patrimoine les défis de la vie à 2*, 106e Congrès des Notaires de France, Bordeaux du 30 mai au 2 juin 2010, pp. 395-397.

[810] A. BOLZE, *Des couples en dehors de la communauté légale*, *op. cit.*, v. spéc. pp. 11-13.

[811] A. RIEG, *La structure du régime matrimonial légal en droit français*, *RIDC* 1980, p. 145.

[812] A. BOLZE, *Des couples en dehors de la communauté légale*, *op. cit.*, v. spéc. p. 13.

juges peuvent constater que l'enrichissement de la communauté a une cause trouvant son origine dans l'application des dispositions légales relatives à la composition de l'actif communautaire[813]. A la différence du PACS et du concubinage, en application des règles générales, le travail accompli par le conjoint pendant le mariage au sein de l'exploitation artisanale, commerciale, agricole, ou libérale, dépendant de la communauté conjugale profite à la communauté. Au cours du mariage, la communauté s'enrichit des gains, salaires, et des fruits et économies sur les biens propres mais également de la valeur du patrimoine professionnel.

327. **Le fonds professionnel**. En matière de communauté légale, le fonds exploité peut tomber en communauté et offrir des droits sur ce bien aux deux époux. Tel est le cas s'il a été créé ou acquis par les époux ensemble ou séparément pendant le mariage et s'il provient de leur industrie personnelle ou des économies faites sur les fruits et revenus de leurs biens propres comme en dispose l'article 1401 du Code civil. Sur ce fondement, il a été jugé que le travail accompli par l'épouse pendant le mariage au sein de l'exploitation artisanale dépendant de la communauté conjugale profite à la communauté. Ainsi il existe une cause à l'enrichissement de la communauté[814] trouvant son origine dans l'application des dispositions légales relatives à la composition de l'actif communautaire[815]. Le mariage avantage encore les époux par rapport aux pacsés et aux concubins en ce que les revenus de l'exploitation constituent également des biens de communauté que le fonds soit propre ou commun. En régime de communauté légal, les biens professionnels représentent souvent une valeur importante de l'actif commun. La détermination du caractère propre ou commun d'un bien n'est pas toujours évidente. Il arrive que des époux s'opposent quant à la nature propre ou commune d'un bien. Cette détermination est essentielle

[813] Civ. 1er, 18 nov. 1997, *Dr. fam*. 1998, n°11, note B. Beignier; *JCP* 1998, I, 135, n°14, obs. A. Tisserand.
[814] Sur les récompenses, v. *infra* : partie 2, titre 2, chapitre 2.
[815] Civ. 1er, 18 nov. 1997, *Diaz c/ Vigier*, *Dr. Fam*. 1998, n°11, note B. Beignier; *JCP* 1998, I, 135, n°14, obs A. Tisserand : en l'espèce une épouse avait collaboré bénévolement à l'entreprise artisanale exploitée par son époux durant la communauté conjugale. A la suite d'une procédure en divorce, l'épouse a souhaité obtenir une rémunération en se fondant sur le principe de l'enrichissement sans cause au titre que le travail par elle fourni, avait excédé les limites d'une contribution normale aux charges du mariage. Après avoir été déboutée en appel, elle s'est pourvue en cassation. Mais son pourvoi a été rejeté, aux motifs que le fonds artisanal dépendait de la communauté, permettant ainsi à l'épouse, qui était associée aux résultats de l'exploitation durant le mariage, de profiter également de la plus-value prise par le bien au moment de la liquidation. Pour la Cour de cassation, l'enrichissement de la communauté n'était pas sans cause, il s'exploitait par le travail de l'épouse qui, en application des dispositions relatives à la composition de l'actif communautaire, profiter à la communauté.

afin d'évaluer les droits de chacun sur ces biens [816]. Mais, certains biens professionnels ne peuvent être classés distinctement dans l'une ou l'autre de ces catégories. Certains biens peuvent entrer partiellement dans la communauté, ces biens sont qualifiés de « biens mixtes ». Cette catégorie de biens, ignorées du droit mais issue de la doctrine, caractérise des biens qui sont en même temps propres et communs, ou propres pour certains de leurs attributs et communs pour d'autres. Un même bien peut ainsi être propre à l'un des époux en raison de son titre et commun aux deux époux en raison de sa valeur. Cette distinction, aujourd'hui classique, entre le titre et la finance est très utilisée par la jurisprudence pour certains biens professionnels à caractère personnel marqués par un fort intuitu personae [817] : en effet, certaines activités exigent que les exploitants soient pourvus d'un diplôme particulier [818], d'autorisations particulières [819], ou de droits de propriété littéraire et artistique (CPI, art. L. 121-9). Relèvent de cette catégorie plusieurs biens incorporels utiles à l'exercice d'une profession et très attachés à la personne de l'exploitant, tels que les offices ministériels et les clientèles civiles, les droits sociaux et le droit au bail. Lorsque ces biens sont communs, certains de leurs attributs demeurent personnels[820].

328. La solution pragmatique dégagée par la jurisprudence permet à la communauté de profiter de la valeur du bien tout en respectant les prérogatives reconnues à l'époux exploitant [821]. La distinction entre le titre et la finance, déjà évoquée au cours de l'analyse des droits sociaux[822], est également employée pour d'autres éléments constituant le fonds professionnel. Il est classique que le titre désigne le droit d'exploiter le fonds, tandis que la finance, représente la valeur patrimoniale du fonds. Le titre peut être propre à l'un des époux, mais la finance est commune aux deux époux et constitue un actif de la communauté sous réserve que le fonds ait été créé ou acquis pendant le mariage.

329. La jurisprudence offre de nombreux exemples pour lesquels la valeur patrimoniale d'un élément profite à la communauté alors que le bien est propre à l'un des époux. Quelques

---

[816] Lorsqu'un bien est mis à disposition de l'autre pour l'exercice de son activité professionnelle, les droits dont il va bénéficier sur ce bien vont résulter de sa propriété et non de son statut professionnel (tel est le cas lors de la mise à disposition d'une voiture ou d'un local pour exercer l'activité).
[817] V. sur ce point, *106e Congrès des notaires de France*, *op. cit.*, spéc. p. 391.
[818] Pour les pharmaciens, v. Civ. 1er, 18 oct. 2005, *RJPF* 2006-7/32, obs. F. Vauvillé.
[819] Dans le cas de concessions pour parcs à huîtres, v. Civ. 1re, 14 mars 2006, JurisData n° 2006-032663 ; *RJPF* 2006, juill. n°32.
[820] Ph. MALAURIE, L. AYNES, *Les régimes matrimoniaux*, *op. cit.*, p. 159.
[821] V. S. VALORY, *op. cit.*,
[822] V. *supra* : partie 1, titre 1, chapitre 2.

exemples seront repris ici pour illustrer nos propos. En ce qui concerne les clientèles civiles de notaires, la Cour de cassation a jugé que « la valeur patrimoniale de la cession de clientèle est un bien commun qui ne peut être partagé qu'avec l'accord conjoint des deux époux, s'agissant d'un acquêt provenant de l'industrie personnelle de l'époux »[823]. Il en résulte que le notaire, titulaire de son office, ne peut disposer seul du prix de cession de sa clientèle civile [824]. De même, à l'occasion de la liquidation du régime matrimonial suite à un divorce, la Cour de cassation a décidé que la licence de taxi délivrée à l'époux exploitant fait partie de l'actif de la communauté des conjoints [825]. Au cours de ce litige, les époux s'opposaient quant à la nature propre ou commune de « l'autorisation de stationnement » concernant l'activité d'un artisan de taxi. La Cour de cassation a retenu que « le caractère personnel de l'autorisation de stationnement délivrée par l'Administration n'a pas pour effet d'exclure de la communauté la valeur patrimoniale de la faculté de présenter un successeur qui y est attachée ». Il résulte donc de cette décision, que « seul le conjoint, artisan taxi, peut exercer l'activité par laquelle l'autorisation lui a été délivrée, mais la valeur patrimoniale de cette autorisation constitue un actif de la communauté, intégré comme tel lors de la liquidation du régime matrimonial »[826]. Une position semblable a été adoptée en matière commerciale pour un fonds de commerce créé par l'un des époux pendant la vie commune [827], mais également pour d'autres types d'activité [828]. Il en résulte que le conjoint peut bénéficier de manière indirecte des revenus d'une exploitation agricole, même s'il s'agissait d'un bien propre du mari, comme l'illustre l'arrêt rendu en la matière par la

---

[823] CA Besançon, 1re, ch., 8 nov. 2001: *JCP N* 2002, II, 1719, obs. Ph. Simler.

[824] TGI Paris, 19 nov. 1987, *Defrénois* 1988, art. 34289, n°70, obs. G. Champenois. Cependant, le notaire peut disposer seul de son droit de présentation sans le consentement exprès de son conjoint. Sur la clientèle civile, voir également : Civ. 1re, 12 janv. 1994, n°91-15.562.

[825] Civ. 1ère, 16 avr. 2008, *Rev. Lamy dr. civ.*, juin 2008, p. 51, obs. F. Léandri ; *D.* 2008, Act. Jurispr. p. 1347.

[826] Nous partageons le point de vue d'Hélène Azarian et Bernard Saintourens : H. AZARIAN et B. SAINTOURENS, *Droit de l'artisanat*, *op. cit.*, spé. p. 22.

[827] Civ. 1ère, 18 avril 1989, *Bull. civ*. 1989, I, n°153 ; *JCP G* 1989, IV, 227 ; M. MENJUCQ, *Le fonds de commerce dans la communauté entre époux*, *JCP N* 1996, I, p. 1081 et 1141 ; Civ. 1re, 19 avr. 2005, n°02-18.288, rejet, CA Riom, 11 juin 2002, note F. Vauvillé : dans cette affaire, deux époux s'étaient mariés sous le régime légal. Une E.U.R.L. avait été constituée pendant le mariage par le mari qui en était l'unique associé. Un fonds de commerce dépendant de la communauté avait été apporté à la société. Puis, un jugement avait prononcé la liquidation judiciaire de la société. Selon la Cour de cassation, la valeur des parts est commune.

[828] S'agissant d'une officine de pharmacie : Civ. 1ère, 18 oct. 2005, Bull. civ. 2005, I, n°373 : dans cette affaire, la Cour de cassation a rejeté le pourvoir formé contre un arrêt rendu par la Cour d'appel de Paris le 27 septembre 2002 aux motifs que « la propriété de l'officine était réservée aux personnes titulaires du diplôme de pharmacien mais que la valeur du fonds de commerce tombé en communauté ». Les dispositions des L. 5125-17 et L. 5125-18 du Code de la santé publique prévoyant que le pharmacien doit être propriétaire de l'officine dont il est titulaire, « laissaient en dehors de leurs prévisions celles régissant les régimes matrimoniaux ».
Par contre, il a été jugé que les baux ruraux, strictement personnels et incessibles, ne saurait entrer en communauté : v. *Gaz. Pal.*, 1981, 2, 450, note D. de La Marnierre.

Première chambre civile de la Cour de cassation le 4 janvier 1995 [829]. Il a été jugé que le travail accompli par l'épouse pendant le mariage au sein de l'exploitation artisanale dépendant de la communauté conjugale profite à la communauté. Ainsi, il existe une cause à l'enrichissement de la communauté trouvant son origine dans l'application des dispositions légales relatives à la composition de l'actif communautaire[830].

330. Le régime de communauté semble réduire l'injustice pouvant découler de l'absence d'un droit général à rémunération du conjoint collaborateur. Cependant, ce correctif peut se révéler inefficace lorsque l'intégrité de la masse commune n'a pas été préservée jusqu'au partage de celle-ci ou est compromise par le passif commun[831].

En matière de PACS, le sort du fonds patrimonial diverge par rapport au régime légal des époux. En effet, le législateur de 2006 a exclu de l'indivision les biens créés au cours du PACS et leurs accessoires. Les biens tels que « le fonds de commerce, le cabinet médical ou une œuvre de l'esprit » restent personnels, sans qu'une distinction ne soit faite entre le titre et la finance[832].

2.- La reconnaissance d'un droit de participation

331. Une solution pourrait être trouvée a fin de mettre un terme à « cette faiblesse » issue du statut de conjoint collaborateur en l'absence de rémunération. Il s'agirait de compléter la loi, en s'inspirant du le modèle italien et de la jurisprudence française de la Cour de cassation[833], en attribuant au conjoint collaborateur un droit de participation sur résultats réalisés par l'entreprise gérée par le conjoint, le pacsé ou le concubin. Le conjoint collaborateur obtiendrait ainsi une contrepartie financière à la participation apportée à l'entreprise familiale dépendant des résultats de l'activité, quel que soit le régime patrimonial du couple. Cette solution serait applicable au pacsé, et au concubin collaborant à l'activité agricole. Une telle solution, reposant sur le caractère

[829] En matière agricole, la Première Chambre civile de la Cour de cassation a eu l'occasion de décider que « les revenus de l'exploitation agricole […] tombaient en communauté bien qu'il s'agisse d'un bien propre du mari » (Civ. 1re, 4 janv. 1995, *Bull. civ*., I, n°4; *D*. 1995, som. 328, obs. M. Grimaldi ; *JCP G*, 1995.I.3869, n°7, obs. Ph. Simler ; Defrénois 1996, p. 821, obs. G. Champenois). Mais, une limite a été posée en ce qui concerne les bénéfices réalisés par une société, car ils ne deviennent des fruits ou revenus de biens propres, susceptibles de constituer des acquêts de communauté, que lorsqu'ils sont distribués sous forme de dividendes (Civ. 1re, 12 déc. 2006, *JCP N* 2007, 1178, n°17, obs. Ph. Simler). Tel est le cas également des répartitions de boni de liquidation ou de réserves.
[830] Civ. 1er, 18 nov. 1997, *Dr. Fam*. 1998, n°11, note B. Beignier; *JCP G* 1998, I, 135, n°14, obs A. Tisserand.
[831] V. A. KARM, *L'entreprise conjugale*, *op. cit.*, p. 349, n°584.
[832] V ; H. FULCHIRON, *Le nouveau pacs est arrivé ! (Commentaire de la loi n°2006-728 du 23 juin 2006)*, *op. cit*., spéc. p. 1646.
[833] V. *supra* : partie 2, titre 2, chapitre 1.

professionnel de la collaboration, constituerait une avancée dans la reconnaissance des droits du conjoint collaborateur, complètement intégré à l'activité d'entreprise. Ce droit de participation donnerait naissance à une créance personnelle détenue par le conjoint collaborateur à l'égard du chef d'entreprise.

332. **Preuve**. Ce droit personnel serait donc un droit de créance matérialisé dans un acte conclu entre le chef d'entreprise et le conjoint collaborateur. A titre de preuve, il devrait être matérialisée dans un acte authentique ou sous seing privé, avec la possibilité de modifier le montant accordé au conjoint collaborateur au cours de la collaboration. L'acte devrait être remis au registre des entreprises concomitamment à la déclaration de la levée de l'option, de sorte que le Registre des entreprises pourrait ensuite diffuser l'information auprès des organismes sociaux et fiscaux intéressés. La part des résultats de l'entreprise attribuée au conjoint collaborateur n'excèderait pas un certain pourcentage afin d'éviter toute fraude. Le montant serait déterminé par le chef d'entreprise en fonction du travail effectué par le conjoint dans l'entreprise. Il s'agirait d'une obligation légale, en contrepartie de laquelle il serait opportun d'accorder des allégements fiscaux et sociaux. Ce droit de créance serait exigible annuellement à chaque bilan de l'entreprise, à condition que les résultats soient positifs et au moment de la cessation du rapport juridique, en raison de la liquidation de l'entreprise ou du régime matrimonial du couple. La part du droit de participation reconnue au conjoint collaborateur devrait être strictement inférieure à cinquante pourcent, afin d'éviter les fraudes et les abus. Cette solution rapprocherait le statut de conjoint collaborateur du statut d'associé.

333. Ce droit pourrait être reconnu que l'entreprise soit exercée sous forme individuelle ou sous forme de société. Lorsque l'entreprise a adopté la forme sociale, l'article L. 121-4 II du Code de commerce n'ouvre le statut de conjoint collaborateur qu'au conjoint (ou pacsé) du gérant associé unique ou du gérant associé majoritaire d'une société à responsabilité limitée ou société d'exercice libéral à responsabilité limitée, ou du gérant associé minoritaire relevant d'un collège de gérance majoritaire[834], répondant à des conditions de seuils fixées par décret en Conseil d'Etat. Nous avons vu que l'activité exercée par le conjoint collaborateur s'apparente bien souvent en

[834] V. *supra* : partie 1, titre 2, chapitre 1.

pratique à un apport en industrie, dont le régime est impérativement réglé par les statuts [835] : en pratique, la tâche de l'apporteur en industrie est définie assez largement par les statuts, et précisez ensuite par le gérant. Par définition, le conjoint collaborateur participe à l'activité professionnelle du chef d'entreprise. En retenant une conception stricte de la définition de conjoint collaborateur, ce dernier collabore à l'activité du gérant, qui agit au nom et pour le compte de la société. Le statut de conjoint collaborateur a été initialement élaboré afin d'encadrer juridiquement l'entraide conjugale. Longtemps, l'assistance existant entre les époux a pu être analysée comme l'émanation professionnelle de la notion d'entraide familiale imposée par l'article 212 du Code civil[836]. Or, l'exécution de la participation professionnelle du conjoint collaborateur implique qu'il « aide » le gérant dans l'accomplissement de sa tâche, qui est celle de conduire les affaires sociales. La tâche accomplie par le conjoint profite à la société. La solution envisageable serait de retenir un droit de participation au profit du conjoint collaborateur sur les résultats de la société. Les formalités à suivre seraient identiques à celles prévues dans le cadre d'une entreprise individuelle. Le gérant doit indiquer sa décision dans un acte authentique ou dans un acte sous seing privé et l'information doit être transmise à l'assemblée des associés. Cet acte doit être annexé à la déclaration de levée de l'option qui est faite auprès des organismes habilités [837]. Lorsqu'il existe un collège de gérance, la décision appartient au collège. En cas de désaccord au moment de l'exigibilité de la créance, les parties peuvent recourir au juge. Le juge compétent serait le juge du tribunal de grande instance en raison de la qualité du conjoint collaborateur qui n'exerce pas l'activité d'entreprise pour lui-même.

III.- La Protection sociale en droit français

---

[835] Civ. 3e, 28 nov. 2001, *D.* 2002, actu., p. 215, note M. Boizard ; *BJS* 2002, p. 427, note N. Peterka ; *RTD Com.* 2002, p. 118, obs. M.-H. Monsèrié-Bon ; *Dr. sociétés* mars 2002, n°34, obs. T. Bonneau ; *Defrénois* 2002, p. 616, obs. J. Honorat.
Il représente l'activité, la prestation de service, le travail personnalisé effectué pour la société bénéficiaire de l'apport. Il s'agit d'une obligation de faire et par essence, il ne concourt pas à la formation du capital (C.civ, art. 1843-2, al. 2). En contrepartie de l'apport en industrie, l'associé bénéficie de droits sociaux : pour une étude sur la notion de l'apport en industrie, v. par ex. P. LE CANNU, B. DONDERO, *Droit des sociétés*, *op. cit.*, pp. 144-151 ; L. NURIT-PONTIER, *Repenser les apports en industrie*, *LPA*, 3 juill. 2002, n°132, p. 4 ; J.-J. DAIGRE, SCP : l'associé en industrie est un associé en capital en puissance, BJS 1998, §. 349, p. 1131 ; Y. GUYON, *Les apports en industrie dans les sociétés civiles professionnelles*, *Defrénois* 1999, p. 3.
[836] G. TEILLIAIS, *La collaboration non statutaire entre époux : le conjoint assistant ou coexploitant*, *LPA*. 29 nov. 1996, n°144, p.14.
[837] V. *supra* : partie 1, titre 2, chapitre 1.

334. Si le droit français n'a pas accordé un droit général à rémunération au profit du conjoint collaborateur, il n'a eu de cesse d'améliorer son sort en ce qui concerne ses droits sociaux. Les statuts de conjoint collaborateur, salarié ou associé permettent à leur titulaire de bénéficier d'une couverture sociale importante. La protection sociale du conjoint travaillant dans l'entreprise familiale a été améliorée par la loi n° 2005-882 du 2 août 2005 en faveur des Petites et moyennes entreprises, qui a modifié substantiellement plusieurs dispositions du Code de la sécurité sociale.

335. En 2006, un Régime social des indépendants (RSI) a été créé dans le but d'unifier la gestion des prestations sociales des artisans et des commerçants. L'instauration d'un interlocuteur social unique à compter du 1er janvier 2008 a pour but de simplifier la procédure par l'existence d'un seul organisme chargé de calculer et recouvrer des prélèvements sociaux. En autre, les artisans et commerçants pourront utiliser un outil de simulation du calcul de leurs cotisations sur les sites internet du RSI et des URSSAF. Cet outil aura pour finalité de leur permettre d'anticiper les régularisations de fin d'année.

Bien que devant encore être techniquement améliorée, cette réforme a pour but de faciliter la déclaration de ressources des artisans et commerçants. En effet, à partir de 2011, ces derniers n'auront plus qu'une seule déclaration à remplir car la seule déclaration fiscale des revenus du foyer permettra le calcul des cotisations en raison des échanges automatisés entre services fiscaux et URSSAF[838].

A.- L'Assurance maternité

336. Le conjoint collaborateur bénéficie gratuitement des prestations du régime des professions indépendantes en qualité d'ayant droit du chef d'entreprise pour ce qui concerne la couverture maladie-maternité[839]. Le conjoint, le pacsé ou le concubin salarié, relève du régime général en contrepartie de cotisations salariales et patronales. L'appréciation de la réalité du contrat de travail est réalisée par les ASSEDIC. Cependant un différend peut naître lorsque la salariée apporte la preuve de l'existence de son contrat de travail alors qu'elle est parallèlement inscrite

[838] Difficultés rencontrées par les artisans et les commerçants avec l'interlocuteur social unique, *JCP E.*, mars 2010, Projets, propositions et rapports n°154, p. 11

[839] En Italie, depuis la loi du 29 décembre 1987 sur la maternité des travailleuses indépendantes, les conjointes participant à l'entreprise familiale sur le fondement de l'article 230bis du Code civil peuvent également bénéficier de cette protection.

au répertoire des métiers en qualité de conjoint collaborateur. Selon la Cour d'appel de Paris, cette mention ne fait pas échec au bénéfice des allocations chômage et à la qualification de contrat de travail car la présomption issue de l'article 9 de la loi du 10 juillet 1982 « ne détermine pas le statut de la personne inscrite mais l'opposabilité au conjoint chef d'entreprise et aux tiers des actes effectués par le conjoint collaborateur »[840]. En matière de couverture maladie-maternité, le conjoint associé[841] est obligatoirement affilié en qualité d'ayant droit du chef d'entreprise.

B.- Assurance vieillesse

337. Tout salarié est obligé de cotiser à une assurance vieillesse. Désormais, tel est le cas pour le conjoint collaborateur en application de l'article L. 622-13 du Code de la sécurité sociale, qui rend obligatoire l'affiliation personnelle du conjoint collaborateur dans une entreprise commerciale, artisanale ou libérale à l'organisation autonome d'assurance vieillesse à laquelle le chef d'entreprise est affilié. L'adhésion personnelle à un régime d'assurance vieillesse du conjoint collaborateur est devenue obligatoire depuis l'article 15 I de la loi du 2 août 2005. L'article L. 622-8 du Code de la Sécurité sociale, imposant désormais une affiliation personnelle à un régime d'assurance vieillesse, prévoit que les cotisations du conjoint collaborateur sont calculées à sa demande soit sur un revenu forfaitaire ou sur un pourcentage du revenu professionnel du chef d'entreprise, soit, avec l'accord du chef d'entreprise, sur une fraction du revenu professionnel du chef d'entreprise pris en compte pour déterminer l'assiette de sa cotisation d'assurance vieillesse.

---

[840] CA Paris (Ch. 4, section B), 20 septembre 2002, JurisData n° 2002-191165 : dans cette affaire, il a été décidé que « doit bénéficier des allocations chômage la salariée travaillant dans l'entreprise de son conjoint qui justifie avoir exécuté un travail sous l'autorité de son mari qui lui donnait des ordres et des directives et qui en contrôlait l'exécution ». En l'espèce, la salariée justifiait l'existence d'un contrat de travail. Elle percevait des rémunérations horaires minimales au moins égales au smic. Parallèlement l'employeur, son époux, versait au titre des allocations chômage les cotisations calculées sur le salaire versé. Ainsi la cour d'appel a décidé de ne pas suivre l'ASSEDIC qui soutenait que l'épouse était inscrite au répertoire des métiers en qualité de conjoint collaborateur ce qui constituait, selon l'organisme, une présomption irréfragable d'absence de lien de subordination. L'existence du lien de subordination est vérifiée alors que depuis l'arrêt de la chambre sociale de la Cour de cassation du 6 novembre 2001, la relation professionnelle entre époux peut être constatée sans qu'il soit besoin d'établir l'existence d'un lien de subordination n'est pas une condition d'application de l'article L. 784-1 du Code de travail.

[841] F. Pasqualini et V. Pasqualini-Salerno, « La femme mariée commerçante », in *Etudes offertes à Pierre Catala*, *Litec* 2001, p. 895, spé. p. 901 : Selon ces auteurs, « d'une manière générale, la société est la technique juridique la plus aboutie afin d'associer les époux à l'exploitation d'une entreprise, la femme disposant de prérogatives de contrôle et d'administration, ayant une vocation au partage des bénéfices et étant affiliée, sauf si elle est gérante minoritaire, aux régimes d'assurance vieillesse, d'assurance maladie et maternité ainsi que d'allocations familiales des employeurs et travailleurs indépendants (C. S. S., art. L. 615-1 et L. 622-8, réd. L. n°82-596, art. 19).

338. Le conjoint peut se constituer des droits personnels en adhérant volontairement aux assurances vieillesse invalidité décès de l'exploitant. En effet, la loi en faveur des PME a prévu l'obligation pour le conjoint collaborateur de s'affilier au régime de retraite de base et retraite complémentaire et invalidité décès de l'exploitant. L'affiliation au régime de retraite complémentaire est également obligatoire pour le conjoint collaborateur du chef d'une entreprise artisanale (C.S.S., art. L. 635-1 du Code de la sécurité sociale).

339. En ce qui concerne le conjoint collaborateur d'un avocat non salarié, ce dernier est affilié à titre obligatoire aux régimes de retraite de base et complémentaire de la Caisse nationale des barreaux français conformément à la loi du 2 août 2005 [842]. Un décret du 19 septembre 2007[843] fixe les modalités de calcul des cotisations et de décompte des droits à la retraite de base des conjoints collaborateurs. Le conjoint collaborateur d'un avocat non salarié a le choix entre une assiette de cotisations d'assurance vieillesse complémentaire égale à 25% ou à 50 % du revenu servant d'assiette au calcul de la cotisation de retraite de l'avocat lui-même. Avec l'accord de l'avocat, ce pourcentage peut être déduit du revenu servant d'assiette au calcul de la cotisation de l'avocat au régime d'assurance-vieillesse complémentaire. Dans ce cas, les limites des tranches de revenu applicables au calcul de la cotisation d'assurance-vieillesse complémentaire sont réduites à due concurrence. Le choix de la fraction du revenu retenu pour le calcul des cotisations du conjoint collaborateur est effectué par ce dernier, par écrit, au plus tard deux mois avant la date limite de paiement de la première échéance de cotisations suivant le début de son activité et avant tout versement de cotisations. Lorsqu'une partie de l'assiette de calcul des cotisations est comprise dans la seconde tranche de cotisation de l'avocat (C'est-à-dire cotisation de 6% applicable sur la seconde tranche des revenus professionnels), le conjoint collaborateur peut choisir, comme l'avocat, de s'acquitter d'une cotisation supplémentaire telle que fixée à l'article 2. 1 du règlement. Enfin, il est à noter un alignement de situation entre les cotisations dues par le conjoint collaborateur et la cotisation due par l'avocat. En effet, celles-ci sont exigibles et recouvrées dans les mêmes conditions et délais et sous les mêmes sanctions. De plus, les droits acquis par le conjoint collaborateur le seront dans les mêmes conditions que ceux acquis par

[842] L. n°2005-882, 2 août 2005, art. 15, IX, JO 3 août 2005

[843] Décr. n°2007-1370, *JO* 21 septembre 2007. Les modifications apportées au règlement du régime de retraite complémentaire de la Caisse nationale des barreaux français (CNBF) ont été approuvées par un arrêté du 31 janvier 2008 : Arrêté 31 janv. 2008, *JO* 3 avr. 2008, *JCP Adm. et Coll. Terr*. 2008, n° 16, actu. 330.

l'avocat[844]. Lorsque le conjoint a la qualité d'associé étant lui-même avocat, il est déjà affilié à titre personnel à la Caisse nationale des barreaux français du fait de son inscription au barreau[845].

C.- Assurance chômage

340. Seul le conjoint du chef d'entreprise salarié par lui contribue au régime d'assurance chômage en raison du paiement des cotisations salariales et patronales. S'il est licencié, il pourra donc recevoir les allocations chômage. Le statut de conjoint associé n'ouvre pas de droits à l'assurance chômage. La situation est identique pour le conjoint collaborateur du chef d'entreprise, qui ne bénéficie pas des droits à l'assurance chômage.

341. Une circulaire de l'UNEDIC en date du 27 mars 2008 a précisé la situation du conjoint du chef d'entreprise commerciale, artisanale libérale ou agricole quant à sa participation au régime d'assurance chômage : seul le conjoint salarié contribue au régime d'assurance chômage. L'UNEDIC a assuré la diffusion d'un formulaire[846] de demande de renseignements devant être complétée par le demandeur ou son conjoint concernant sa participation au régime d'assurance chômage des conjoints, qui doit être complétée par le demandeur ou son conjoint. Un tel formulaire a pour but de permettre aux ASSEDIC de donner un avis qui les engage sur le bien-fondé du versement des contributions, et par conséquent sur les droits à indemnisation.

Suite à l'entrée en vigueur du nouveau Code du travail, l'UNEDIC a précisé que le statut de conjoint collaborateur est apprécié au regard des dispositions du Code de commerce des articles L. 121-4 et suivants[847].

[844] *JCP Adm et Coll Terr.* 2008, n° 16, actu. 330
[845] Décr. n° 2006-966, 1er août 2006, *JO* 3 août 2006.
[846] Dir. UNEDIC n°2008-13 du 27 mars 2008, *JCP E* n°16, 17 avr. 2008, act. 198.
[847] V. *Situation du conjoint collaborateur du chef d'entreprise au regard de l'assurance chômage*, *JCP S* 2008, n°15, actu. 183.

Conclusion du Chapitre 1

342. Par essence, les statuts de salarié et d'associé confèrent à leur titulaire des droits pécuniaires en droit français et italien. Cependant l'analyse comparative révèle d'importantes divergences en droit français et italien quant à la situation du conjoint collaborateur. En effet l'article 230bis du Code civil italien contient différents droits attribués au conjoint pour sa participation continue à l'entreprise familiale. Le dessein poursuivi par le législateur de faire tomber la présomption de gratuité pesant sur les rapports professionnels entre époux suscite de nombreuses interrogations tant sa matérialisation est imprécise. Toutefois, il a le mérite de reconnaître au conjoint participant régulièrement à l'entreprise familiale d'importants droits pécuniaires en contrepartie de sa participation.

343. En droit français, le législateur a amélioré considérablement la situation du collaborateur *stricto sensu*. Aujourd'hui cette option permet l'attribution d'un véritable statut professionnelle et une protection sociale importante. Cependant le législateur n'a pas répondu à l'attente des conjoints ou pacsés collaborateurs de se voir reconnaître un droit pécuniaire en contrepartie de leur investissement dans l'entreprise de leur époux ou de leur pacsé.

Chapitre 2 : Les pouvoirs liées à la collaboration *lato sensu* de l'époux, du pacsé ou du concubin du chef d'entreprise

344. Le mariage affecte la situation personnelle et patrimoniale des époux. En France, le mariage n'a plus la primauté de ces effets puisque désormais le PACS, apparu depuis la réforme de son régime comme un véritable mode de conjugalité, est désormais doté « d'un régime patrimonial exorbitant du droit commun »[848] ayant des répercussions sur les droits et les biens de ses titulaires et sur les contrats que ces derniers sont amenés à passer. Mode de conjugalité alternatif au mariage, l'organisation du PACS est un élément à prendre en considération dans l'hypothèse d'une collaboration professionnelle entre les membres d'un couple. Parallèlement l'organisation patrimoniale des concubins fait appel aux règles de droit commun existant en France et en Italie. La situation de ceux-ci n'interfère pas dans leur relation professionnelle, ils y sont considérés comme des tiers collaborant ensemble.

345. Le terme de « pouvoir » est un terme polysémique, dont il convient ici de retenir un double sens. Selon le premier, le terme de pouvoir désigne « une aptitude d'origine légale, judiciaire ou conventionnelle à exercer les droits d'autrui et à agir pour le compte de cette personne dans les limites de l'investiture reçue qui correspond en général, pour celui qui l'exerce, non seulement à un droit d'agir qui fonde son intervention mais à une mission »[849]. Selon une acceptation plus neutre, le terme de pouvoir représente « soit les attributs d'un droit subjectif, soit l'aptitude à exercer ses propres droits dans les cas où le titulaire des droits est membre d'une société dont les règles de fonctionnement lui attribuent ou lui laissent, sur ses biens personnels, certaines prérogatives »[850]. Les pouvoirs reconnus au conjoint, au pacsé et au concubin participant à l'entreprise familiale seront entendus dans cette double acceptation applicable à la fois au droit français et au droit italien.

[848] Y. DELECRAZ, *Le nouveau régime des biens dans le pacs*, *AJ Fam*. 2007, p. 12.
[849] G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, PUF coll. Quadrige Dicos poche, 2007, p. 701, sens 2 du II (priv.)
[850] G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, *op. cit*. p. 701, sens 5 du II (priv.)

Notre analyse reposera sur les pouvoirs découlant du statut professionnel choisi en tenant compte des règles issues de l'organisation patrimoniale. L'analyse des pouvoirs conférés au conjoint, au pacsé et au concubin du chef d'entreprise participant à l'entreprise familiale doit être conduite à la lumière des dispositions spéciales et des dispositions générales.

Section 1 : Les pouvoirs issus des dispositions spéciales

346. L'attention du législateur s'est portée essentiellement sur le statut de conjoint collaborateur. En érigeant un véritable statut de conjoint collaborateur en France et en organisant l'entreprise familiale en Italie, le législateur a permis la reconnaissance de la participation accordée par l'époux au travail de son conjoint sans être toutefois titulaire d'un contrat de travail ou de société. Dépassant la conception stricte de l'aide dévolue entre époux conformément aux obligations découlant du mariage[851], le conjoint collaborateur, puis le « pacsé collaborateur », bénéficient d'une véritable reconnaissance sociale. Son existence au sein de l'entreprise est propre et à part entière. Le conjoint collaborateur ou « le pacsé collaborateur » constitue un « véritable élément » de l'entreprise, à ce titre, il bénéficie de droits particuliers, comme nous venons de l'analyser. Dans le cadre d'un contrat de travail ou de société, le conjoint est titulaire des pouvoirs découlant de son statut de salarié ou de son statut d'associé. En principe, il n'existe pas d'aménagement réalisé au profit du conjoint, qui est traité comme un tiers à moins que n'interviennent les règles issues de l'organisation patrimoniale du couple[852].

347. Selon le Doyen Jean Carbonnier, le législateur français de 1980 et de 1982 a répondu (en créant le statut de conjoint collaborateur) aux souhaits du conjoint de l'agriculteur et de l'artisan désireux de participer à la gestion avant même de participer aux bénéfices de l'entreprise [853]. La position adoptée par le législateur italien semble différente puisque les dispositions de l'article 230bis du Code civil s'attachent davantage à déterminer les droits de participation du collaborateur, que d'ériger ses pouvoirs.

---

[851] Sur le devoir d'assistance, v. notamment, C. PHILIPPE, *Le devoir de secours et d'assistance entre époux*, *LGDJ*, 1981 ; C. LEFRANC-HARMONIAUX, *L'entraide entre époux à l'épreuve du temps*, *Dr. fam*. 1999, Chron. N°13 ; M. Lamarche, *L'obligation d'assistance entre époux*., *Dr. et patrimoine* 2000, n°85, p. 67.

[852] Nous étudierons les conséquences issues de l'application des règles relatives à l'organisation patrimoniale du couple dans le chapitre suivant.

[853] J. CARBONNIER, *Droit civil*, t. 2, *La famille, l'enfant, le couple*, 21e éd. refondue, *PUF*, 2002 p. 504.

I.- Le pouvoir légal de représentation

L'intégration du conjoint à l'entreprise familiale est marquée par l'attribution de pouvoirs qui diffèrent selon qu'il s'agisse du droit italien ou du droit français. L'un des pouvoirs les plus importants attribué au conjoint collaborateur en droit français est le pouvoir de représentation reposant sur une présomption légale. Reconnu automatiquement en France au conjoint collaborateur, une telle automaticité n'a pas lieu en droit italien.

A.- La création de mandats catégoriels en droit français

348. En droit français, le conjoint collaborateur intervient dans la gestion de l'entreprise individuelle au moyen d'un mandat spécial conféré par la loi [854]. Grâce à cette autorisation spéciale, le conjoint peut réaliser tous les actes d'administration nécessaires à l'entreprise. Il agira au nom et pour le compte de son conjoint chef d'entreprise. Selon le Doyen Jean Carbonnier, les lois du 4 juillet 1980 et du 10 juillet 1982 ont instauré des « espèces de régimes matrimoniaux catégoriels, se superposant impérativement au régime matrimonial ordinaire »[855]. Ces régimes particuliers régissent les rapports professionnels des époux dans le cadre de la collaboration juridique. Avec l'ouverture du statut de conjoint collaborateur, généralisée en matière agricole aux unions hors mariage et limitée dans les autres domaines au PACS, l'expression perd de son sens, car elle ne se limite pas au lien matrimonial.

349. En droit français, le statut de conjoint collaborateur fait présumer l'existence d'un mandat légal au profit de ce dernier. Contrairement au droit italien, le législateur français a créé des mandats catégoriels au profit du conjoint collaborateur pour agir au nom et pour le compte du chef d'entreprise dans des cas déterminés. Ces mandats catégoriels existent en matière agricole et dans les autres domaines d'activités. Une telle prérogative n'existe pas en droit italien, où les pouvoirs du conjoint collaborateur, soumis aux dispositions de l'article 230bis du Code civil, s'exercent essentiellement dans les rapports internes de l'entreprise et non à l'égard des tiers.

---

[854] Pour une distinction entre le mandat de gestion et la délégation de pouvoirs : T. DALMASSO, A. BOURCEREAU, *Mandats de gestion et délégations de pouvoirs, une nécessaire distinction*, *JCP E* 17 juin 2010, p. 31.
En droit français et italien, le mandat de gestion est un contrat de représentation. Le mandat de gestion ne transfère aucune responsabilité pénale, contrairement à la délégation de pouvoirs. Le mandataire agit dans les limites fixées par le contrat de mandat, qui ne dessaisit pas le mandant de ses pouvoirs.
[855] J. CARBONNIER, *Droit civil*, t. 2, *La famille, l'enfant, le couple*, *op. cit.*, p. 504.

1.- En matière commerciale, artisanale et libérale

350. **L'existence d'un mandat spécial** . En bénéficiant du statut de conjoint collaborateur, l'époux ou le pacsé est doté d'un pouvoir spécial de représentation du chef d'entreprise par l'attribution de la qualité de mandataire de ce dernier. Cette qualité prendra effet à partir du moment où les formalités légales seront accomplies à savoir, porter mention de la qualité de conjoint collaborateur au registre du commerce et des sociétés ou au répertoire des métiers ou au registre des entreprises tenus par les Chambres de métiers d'Alsace et de la Moselle (C.com., art. L. 121-6 al 1). Selon Monsieur le Professeur Dominique Randoux, la présomption repose sur un fait matériel caractérisée par la collaboration et sur un formalisme très restreint concernant l'accomplissement des mesures de publicité légales[856].

351. Dans le cadre du mariage, le pouvoir légal de représentation issu du mandat spécial du conjoint collaborateur se superpose au mandat existant entre époux issu du régime matrimonial. Ainsi « les difficultés que soulève l'application de l'article 218 du Code civil lorsqu'un époux souhaite se faire représenter par l'autre dans l'exercice de ses droits et pouvoirs, seront ici sans objet ». Le droit commun auquel appartiennent les règles relatives aux régimes matrimoniaux s'effacent devant le droit spécial. La doctrine est unanime sur ce point. Investi de la qualité de mandataire (C.com., art. L. 121-6), le conjoint collaborateur sera doté d'un pouvoir de représentation externe. Il agira au nom et pour le compte du chef d'entreprise (C. com., L. 121-7). L'octroi d'un tel mandat facilite la tâche du conjoint collaborateur qui n'est pas obligé à chaque fois de justifier de son pouvoir à l'égard des tiers. Toutefois, seuls certains actes pourront être réalisés par lui. Son pouvoir est donc limité au sein de l'entreprise et peut prendre fin pour différentes causes.

a.- Les actes visés

La loi n'établit pas de liste exhaustive d'actes pouvant être réalisés par le conjoint collaborateur. Ce dernier est associé à l'exploitation de l'entreprise par l'accomplissement d'actes de gestion courante similaires à ceux attribués au chef d'entreprise. Investi de tels pouvoirs, le conjoint collaborateur permet au chef d'entreprise de se consacrer à la réalisation d'actes plus importants.

[856] V. D. RANDOUX, *op. cit.*, spéc. n°11.

352. **Actes d'administration**. Par l'intermédiaire de ce mandat, le conjoint collaborateur peut accomplir au nom du chef d'entreprise « les actes d'administrations concernant les besoins de l'entreprise »[857]. Toutefois la loi ne définit pas ces actes. Seuls des gardes-fous ont été posés par le législateur afin d'encadrer l'activité du conjoint collaborateur pour le préserver du risque d'être requalifié en dirigeant de fait. L'attitude du conjoint collaborateur doit être dictée dans l'intérêt de l'entreprise « objectivement nécessaires, ou du moins utiles, à l'exercice de l'activité, sans entraîner d'engagements excessifs eu égards aux ressources de l'entreprise »[858]. Les décisions jurisprudentielles donnent des illustrations d'actes d'administration accomplis par le conjoint collaborateur.

353. **Exemples d'actes réalisables**. Le conjoint collaborateur pourra accomplir tous les actes ordinaires nécessaires à la poursuite de l'activité, comme par exemple, les actes de fourniture ou d'approvisionnement à la clientèle (vente des produits ou des marchandises, établissement et signature des devis, reprises éventuelles, règlements amiables des différends, arrêté des factures, octroi de ristournes, réception des paiements, octroi des facilité des règlements, etc.). Parallèlement, « le conjoint collaborateur peut établir, entretenir, voir dénouer des relations avec les partenaires de l'entreprise ». Parmi ces actes, se trouve la possibilité d'approvisionner l'entreprise en matériaux de fabrication, marchandises ou énergie, s'occuper des équipements en matériel de production ou d'installation, veiller au suivi des droits et obligations envers les administrations et autres institutions (compagnie d'assurances, caisses et fonds divers) y compris le dépôt de demandes et réclamations, la fourniture de dossiers ou justificatifs et la négociation de transactions éventuelles ; la recherche et la souscription des moyens de financement ainsi que la disposition des comptes bancaires de l'entreprise ; l'embauchage[859] et le licenciement de personnel etc. L'ensemble de ces actes est nécessaire à la vie de l'entreprise. Au-delà de leur

[857] Selon Monsieur le Professeur Dominique Randoux, le législateur s'est incontestablement inspiré des anciens articles 789-1 et suivants du code rural pour élaborer l'article 9 de la loi du 10 juillet 1982 : *D. Randoux*, *op. cit*., spéc. n°11 :
[858] A. KARM, *L'entreprise conjugale*, *op. cit*., pp ; 48 et 49, §. 55.
[859] CA Aix en Provence (Ch. 8 section A), 9 juin 2004, JurisData n°2004-255105. Selon la cour d'appel, les factures de fournisseurs et la lettre d'embauche constituent des actes d'administration. Ces actes doivent être accomplis au nom et pour le compte du chef d'entreprise mais en l'espèce ces actes ont été réalisés de manière isolée au nom du conjoint collaborateur et ne lui confèrent pas « la qualité de véritable dirigeant de fait dès lors qu'il n'est pas établi qu'il a exercé de façon continue et régulière une activité positive de direction et de toute souveraineté et indépendance ».

aspect juridique, ces actes revêtent une orientation économique non négligeable[860]. Pour l'accomplissement de tels actes, le conjoint collaborateur mentionné au registre du commerce et des sociétés, au répertoire des métiers ou au registre des entreprises tenu par les chambres de métiers d'Alsace et de Moselle, n'est pas tenu de présenter un mandat spécifique sauf en ce qui concerne la faculté d'ester en justice. Dans cette dernière hypothèse, l'époux doit produire un mandat l'habilitant à agir en justice au nom de l'entreprise de son époux[861].

b.- Les limites

L'intervention du conjoint collaborateur dans la gestion courante de l'entreprise concerne les actes les moins graves. Le conjoint collaborateur bénéficie « pour la gestion courante » des mêmes pouvoirs que ceux détenus par le chef d'entreprise. A contrario, la loi interdit au conjoint collaborateur d'accomplir des actes d'une particulière gravité dont la réalisation remettrait en cause l'organisation patrimoniale de l'entreprise.

354. **Actes de disposition**. Les actes ne pouvant pas être accomplis par le conjoint collaborateur sont des actes graves tels que les actes de disposition portant sur les biens de l'entreprise. A défaut, l'aliénation de tout ou partie de ses éléments serait susceptible d'engager la responsabilité du conjoint collaborateur. Cependant, le consentement du conjoint collaborateur peut être requis pour la passation de ces actes non pas en vertu de son statut professionnel mais en raison du régime matrimonial qui le lie au chef d'entreprise impliquant une cogestion conformément aux exigences légales[862].

---

[860] V. à ce sujet, VERDOT, *De l'influence du facteur économique sur la qualification des actes d'administration et de disposition*, *RTD civ.* 1968, p. 449.

[861] C.A.A. Paris (Ch. 2), 25 juin 1994, n°01PA03052 : dans cette affaire un époux, *Monsieur Boeres*, conjoint collaborateur de son épouse, a présenté une demande de réduction des rappels de taxe sur la valeur ajoutée réclamés à son épouse pour la période du 1er janvier 1990 au 31 décembre 1992, devant le tribunal administratif de Cergy-Pontoise au nom et pour le compte de celle-ci, sans produire un mandat spécial d'ester en justice en représentation de cette dernière. Seule l'épouse, chef d'entreprise, était redevable de la taxe sur la valeur ajoutée litigieuse. La Cour administrative d'appel a confirmé le jugement rejetant pour irrecevabilité la demande présentée au nom de la requérante au motif que *Monsieur Boeres* ne présentait pas un mandat l'habilitant à ester en justice au nom de son épouse conformément à l'article R. 197-4 du livre des procédures fiscales, aux motifs que la qualité de conjoint collaborateur « ne permettant en vertu des dispositions de la loi du 10 juillet 1982 à ce dernier que d'effectuer sans mandat spécifiques des actes d'administration et non d'ester en justice ».

[862] Tel est le cas notamment lorsque les biens affectés à l'activité poursuivie dépendent de la communauté. Ces biens sont soumis à la cogestion quelle que soit la nature de l'exploitation (C.civ., art. 1422 à 1424), comme nous le verrons ultérieurement.

355. **Lien objectif**. Il doit donc exister un « lien objectif » entre l'acte et l'exploitation. Le conjoint collaborateur ne doit agir que « dans le cadre de l'objet de l'entreprise ». A défaut, le conjoint collaborateur risque d'engager sa responsabilité. Au risque d'outrepasser ses pouvoirs et de se voir reconnaître la qualité de coexploitant, le conjoint collaborateur doit réaliser ces actes « pour les besoins de l'entreprise ».

356. **Sanction**. La requalification du conjoint collaborateur en coexploitant serait susceptible d'engendrer de graves conséquences. D'une part, le conjoint collaborateur pourrait voir engager sa responsabilité personnelle à l'égard des tiers et d'autre part, il pourrait voir ouvrir une procédure collective à son encontre ou être admis à la procédure collective de son époux. Dans cette hypothèse, il appartient au tiers de faire tomber la présomption légale de représentation et de prouver « qu'en réalité le conjoint collaborateur a agi en son nom personnel et qu'il remplit les conditions posées par l'article L. 121-3 du Code de commerce pour être réputé commerçant »[863]. En principe, il a été jugé que le conjoint collaborateur ne peut pas être admis à la procédure collective du chef d'entreprise[864] même à sa demande[865] en dépit de l'intérêt, qu'il peut y trouver en raison de l'extinction des poursuites à la clôture de la liquidation »[866]. Telle est la position

[863] CA Lyon (Ch. Civ. 3), 27 nov. 2002, JurisData n°2002-211992: en l'espèce, la cour d'appel a décidé de confirmer le jugement ayant prononcé la liquidation judiciaire de l'intéressé car en réalité, ce dernier « a exercé à titre habituel une activité commerciale séparée de celle de son épouse… il a accompli au sein de l'activité commune des actes de commerce de façon habituelle et indépendante et exercé des prérogatives excédant celles dévolues au conjoint collaborateur ». En l'espèce, « le conjoint disposait d'une procuration bancaire sur le compte professionnel, suppléait seul son épouse dans ses obligations, passait des marchés de travaux, avait des relations suivies avec l'expert comptable, et mettait en place des actions publicitaires. Par ailleurs, il était considéré par des fournisseurs ou tiers comme interlocuteur naturel en agissant en qualité de commerçant ».

[864] V. par exemple : CA Aix en Provence (Ch. 8 section A), 9 juin 2004, JurisData n°2004-255105. Dans cette décision, la cour d'appel a décidé que « doit être rejetée la demande tendant à voir étendre la procédure collective d'un entrepreneur individuel à son conjoint ». En l'espèce, le conjoint avait la qualité de conjoint collaborateur jusqu'à sa radiation du registre du commerce et des sociétés.

[865] Com. 11 fév. 2004, n° 01-00.430, JurisData n°2004-022272, *D.* 2004, n°8, p. 565, obs. A. Lienhard ; *BRDA* 2004, p. 243, n°1, obs. B. Saintourens ; *RJPF* n°6, juin 2004, p. 14, F. Vauvillé: dans cette affaire, la Cour de cassation rejette le pourvoi formé par l'épouse contre un arrêt de la cour d'appel de Montpellier rendu le 14 décembre 1999, au motif qu'épouse, conjoint collaborateur d'un commerçant, n'était pas elle-même immatriculée en qualité de commerçante au registre du commerce et des sociétés, mais seulement « mentionnée » en qualité de « conjoint collaborateur ». Celle-ci ne saurait être admise au bénéfice de la liquidation judiciaire. La Cour de cassation approuve la cour d'appel qui a rejeté « à juste titre la demande de l'épouse tendant à ce que lui soit étendue la procédure collective». En l'espèce, l'époux commerçant en vente de carburants et réparation de véhicules a été déclaré en liquidation judiciaire. Son épouse participait à son activité en qualité de conjoint collaborateur, mentionné au registre du commerce et des sociétés. Selon la Cour, l'épouse n'étant pas immatriculée en qualité de commerçante, elle ne pouvait, sur sa demande, être admise au bénéfice de la liquidation judiciaire. La Cour de cassation en conclut que « par ce motif de pur droit, l'arrêt se trouve justifié ». Dans sa note, Monsieur le Professeur Alain Lienhard fait remarquer que l'extension de la procédure « relève de sanction, et pas du tout de la protection ».

[866] V. N. COCQUEMPOT-CAULIER, *La protection du conjoint collaborateur… un leurre !, JCP N.* 2002, n°43 ou n° 1582, p. 1509.

généralement adoptée par la jurisprudence [867]. Le conjoint collaborateur n'est pas admis à la procédure collective ouverte à l'encontre de son époux, « à moins qu'il n'ait outrepassé ses pouvoirs et se soit comporté comme un commerçant de fait » ; en l'absence d'engagements propres qui lui soient imputables, le simple collaborateur relève des procédures de rétablissement personnel.

Il existe, en droit français, plusieurs causes de cessation du mandat légal. Lorsque le conjoint perd sa qualité de collaborateur, il conserve toutefois le pouvoir de gestion de la communauté qui ne cesse qu'avec celle-ci.

c.- La cessation du mandat

357. Le législateur a prévu plusieurs causes de cessation du mandat. La première cause classique de cessation du mandat repose sur la volonté dont l'initiative revient soit au conjoint collaborateur soit au chef d'entreprise. Dans ce dernier cas, il s'agira d'une révocation.

358. **Déclaration notariée** [868]. Chaque époux a la faculté de mettre fin à la présomption de mandat par déclaration faite devant notaire. Cette déclaration doit être réalisée à peine de nullité, l'autre époux étant présent ou dûment appelé (C. com. L. 121-6 al. 2). Il s'agit d'un acte grave respectant des conditions particulières, dérogatoires au droit commun. Le formalisme imposé par la loi exige l'intervention du notaire dans un souci de protection du conjoint collaborateur. Toutefois il n'appartient pas au notaire d'apprécier l'opportunité d'une telle décision. Lorsque l'initiative est prise par le chef d'entreprise, il s'agit d'un cas de révocation. L'initiative de la révocation est libre. Le chef d'entreprise peut fonder sa décision sur des motifs professionnels mais également pour des raisons familiales. Lors des débats soulevés à l'Assemblée nationale, un parlementaire a fait remarquer que le coût et les démarches imposées par un tel formalisme pouvaient constituer des éléments propres à dissuader le chef d'entreprise de toute révocation décidée légèrement[869]. Cette déclaration notariée prendra effet à l'égard des tiers trois mois à compter de sa mention sur le registre du commerce et des sociétés, ou au répertoire des métiers ou au registre des entreprises. A défaut de mention, l'opposabilité de cette déclaration aux tiers ne

[867] V. *supra* : partie 2, titre 2.
[868] A. KURGANSKY, *La déclaration notariée de cessation de mandat de conjoint collaborateur du chef d'une entreprise artisanale ou commerciale*, *JCP N* 1984, 14293.
[869] V. *J.O.* Déb. Ass. Nat., 14 avril 1982, p. 1099.

pourra être invoquée que s'il est établi qu'ils en ont eu connaissance (C. com. L. 121-6 al. 2 in fine). Il appartiendra au chef d'entreprise d'apporter la preuve de la mauvaise foi des tiers. Parallèlement, durant ce délai de trois mois, les créanciers de bonne foi n'auront pas à subir les effets de la révocation.

359. **Autres causes explicites de cessation**. La présomption de mandat peut également prendre fin de plein droit pour plusieurs causes citées à l'article L. 121-6 alinéa 3 du code de commerce. Cette présomption cesse en cas d'absence présumée de l'un des conjoints. Cette raison se comprend aisément à l'égard des tiers du fait de l'absence physique du conjoint dans l'impossibilité total d'agir au nom et pour le compte du chef d'entreprise. La cessation peut prendre également fin pour cause de séparation de corps ou de séparation de biens judiciaire. Enfin le mandat peut cesser lorsque les conditions prévues à l'article L. 121-6 alinéa 1er du code de commerce ne sont plus remplies, c'est-à-dire en cas de radiation de la mention de collaboration du conjoint au registre du commerce et des sociétés, au répertoire des métiers ou au registre des entreprises tenu par les chambres de métiers d'Alsace et de Moselle. Enfin, la dissolution du lien matrimonial entraîne la disparition du mandat légal entre époux. La disparition du lien matrimonial ne justifie plus le maintien d'un statut particulier au profit du conjoint du chef d'entreprise. Enfin, le statut de conjoint collaborateur ne peut plus exister lorsque l'entreprise change de statut. Tel est le cas notamment si l'E.U.R.L. ou la S.A.R.L. vient à compter plus de vingt salariés. En cas de cessation d'activité par le chef d'entreprise. Dans ce dernier cas de figure, le conjoint collaborateur pourrait voir sa situation évoluer en reprenant l'activité si les conditions le permettent. (Tel n'est pas le cas par exemple pour une SCP d'avocats où le conjoint collaborateur doit lui-même avoir la qualité d'avocat.)

360. **Cessation implicite**. Parallèlement à ces causes clairement définies de cessation de la présomption légale du mandat, l'attitude du conjoint collaborateur peut être interprétée comme une volonté de « sortir » du statut légal. Cette interprétation est réalisée par le juge du fond et suppose préalablement qu'une action en justice soit intentée contre le conjoint collaborateur [870].

[870] CA Douai, 13 mars 1997, *D.* 1997, p. 433, note D. Voinot. Dans cette affaire, les juges avaient considérés qu'il résultait de plusieurs pièces du dossier que le conjoint collaborateur avait voulu « sortir du cadre de la loi de 1982 précitée pour exploiter le fonds de commerce en commun avec son conjoint et qu'il a pris des engagements, non de caution, mais personnels tant envers le franchiseur qu'envers le prêteur de deniers pour l'achat du fonds de commerce ». Les différentes pièces ayant servi l'interprétation des juges étaient en particulier le contrat de franchise

Lorsque la collaboration cesse dans l'ignorance des tiers, ces derniers s'exposent à un risque, celui d'être exposé à des actes réalisés non pas au nom et pour le compte de l'entreprise mais en nom personnel de l'auteur de l'acte.

2.- En matière agricole

361. Le domaine agricole a été précurseur dans l'assimilation du pacsé et du concubin au conjoint collaborateur. Cependant, cette assimilation est limitée puisque la présomption de mandat reconnue au conjoint n'est pas applicable au pacsé et au concubin, créant ainsi une différence de traitement entre les unions. Or l'intérêt du mandat est de permettre au mandant et au mandataire d'intervenir de manière concurrente dans un même domaine délégué, sans que leurs interventions soient exclusives l'une de l'autre.

L'hypothèse de la collaboration visée à l'article L. 321-1 du Code rural s'appliquent indépendamment du régime matrimonial des époux. La loi vise à intégrer le conjoint dans l'entreprise ou l'exploitation agricole

a.- Les pouvoirs du conjoint collaborateur

362. **Collaboration et coexploitation**. Les pouvoirs du conjoint participant à l'entreprise familiale en matière agricole sont régis par deux textes spécifiques, qui distinguent les hypothèses de la coexploitation de celle de la collaboration[871]. Les pouvoirs attribués au conjoint résultent de la présomption de mandat légal, dont le caractère unilatéral ou réciproque est déterminé en fonction du degré de coopération conjugale. L'élément générant l'attribution de tels pouvoirs est le travail effectué par les conjoints, sans avoir égard à la qualité de propriétaire ou de preneur au bail rural des époux. Qu'il s'agisse d'une collaboration ou d'une coexploitation, le statut professionnel dessiné permet « d'asseoir l'indépendance des époux exerçant une activité

---

passé par les deux époux, l'acte d'acquisition du fonds de commerce conclu conjointement, la déclaration de cessation des paiements souscrite par les deux époux.

[871] La distinction entre collaboration et coexploitation est laissée à l'appréciation souveraine des juges du fond : Civ. 1er, 11 juin 1980, *D.* 1981, IR, 61, note Martine. V. par ex., le cas où la qualité de coexploitant a été déniée à l'épouse, qui la revendiquait afin de bénéficier de la procédure de redressement judiciaire ouverte contre son époux, au motif qu'elle était fonctionnaire de l'Etat et n'était pas affiliée à la mutualité sociale agricole. De plus, l'aide apportée était insuffisante à lui conférer la qualité d'agriculteur : Com., 5 avril 1994, *Cottin*, n°91-18766, *RD rur.* 1994, p. 386.

professionnelle en commun »[872]. Toutefois le conjoint collaborateur n'est pas coexploitant : il est inséré dans l'entreprise familiale agricole mais il ne contribue pas sur un pied d'égalité à la mise en valeur de l'exploitattion.

En effet, la coexploitation implique que les époux exploitent ensemble un même fonds agricole de manière égalitaire, pour lequel ils pourront accomplir des actes d'administration concernant les besoins de l'exploitation (C.rur., art. L. 321-1) [873]. En cas de collaboration, le mandat est unilatéral, le conjoint est présumé avoir reçu de l'exploitant le mandat d'accomplir les actes d'administration. Il s'agit d'une mesure protectrice accordée au conjoint collaborateur, qui exclut ainsi sa responsabilité pour les actes réalisés dans les limites de son mandat, au nom et pour le compte du chef d'entreprise.

Quelle que soit la nature réciproque ou unilatérale du mandat, les actes d'administration réalisés conformément à ce mandat doivent correspondre à la notion de « besoins de l'exploitation », tels que les achats d'approvisionnements ou les ventes de produits agricoles. Le champ d'action est étendu en raison de la large définition légale des activités agricoles. Chaque époux réalise donc en toute indépendance de tels actes nécessaires à la poursuite de l'activité. Toutefois le mandant n'est pas dessaisi, puisqu'il continue d'exercer ses propres pouvoirs.

363. **Causes d'extinction du mandat**. Les causes de cessation du mandat en matière agricole sont similaires à celle existant en matière commerciale, artisanale et libérale. La loi prévoit des « causes objectives » d'extinction du pouvoir de représentation attribué au conjoint. Conformément aux dispositions de l'article L. 321-2 alinéa 1er du Code rural, le pouvoir de représentation cesse de plein droit entre les époux en cas d'absence présumée de l'un d'eux, de séparation de corps ou de séparation de biens judiciaire. A l'égard des tiers, le mandat cesse à compter de l'accomplissement des mesures de publicité exigées pour l'opposabilité de ces situations elles-mêmes. Le mandat cesse également automatiquement lorsque les conditions de son attribution ne sont plus remplies[874].

---

[872] I. DAURIAC, *Les régimes matrimoniaux et le pacte civil de solidarité*, *LGDJ* 2010, 2e éd., p. 75.
[873] La Cour de cassation a jugé que la seule vie commune sur l'exploitation et l'absence d'activité distincte du conjoint sont insuffisants à caractériser la qualité de coexploitant : Civ. 1re, 28 janvier 1997, *Gellet*, n°94-19749, *RD rur*. 1998, p. 207.
[874] Cette hypothèse peut se rencontrer, par exemple, lorsque cesse l'exploitation en commun du fonds agricole.

Parallèlement à ces causes objectives de cessation du mandat, celui-ci peut prendre fin par la volonté du mandant (C.rur., art. L. 321-3) comme en matière commerciale, artisanale ou libérale : il s'agit d'une révocation soumise à un régime dérogatoire au droit commun du mandat. Pour être valable, la révocation doit être constatée par acte notarié mais elle n'a pas à être motivée, de sorte que le mandant n'a pas à expliquer les motifs de sa décision. Cette décision prend effet à l'égard des tiers dans un délai de trois mois à compter de sa publicité en marge de l'acte de mariage. Dépourvu de ces pouvoirs spécifiques, l'époux mandataire révoqué reste soumis aux règles issues du régime matrimonial.

364. **Participation à la vie de certains organismes professionnels**. Conformément aux dispositions de l'article L. 321-4 du Code rural, chacun des époux a le pouvoir de participer à la vie de certains organismes professionnels, lorsqu'ils participent ensemble et de façon habituelle à une exploitation agricole non constituée sous forme sociale. Les organismes visés par le texte sont les assemblées générales des organismes de coopération, de mutualité ou de crédit agricole. Ils sont éligibles aux organes ou conseils d'administration ou de surveillance de ces organismes.

b.- L'hypothèse particulière du pacsé et du concubin dans l'entreprise agricole en droit français

365. La loi du 5 janvier 2006, qui a étendu le statut de conjoint collaborateur au pacsé et au concubin en matière agricole, ne leur attribue pas formellement les mêmes pouvoirs que ceux accordés au conjoint ayant opté pour le même statut. En effet, il existe une absence de recours au mandat catégoriel dans les conditions prévues par les articles L. 321-1 à L. 321-3 du Code rural. Le pacsé ou le concubin du chef d'entreprise ayant opté pour le statut de conjoint collaborateur ne peut prétendre au bénéfice de la présomption de mandat entre époux agriculteurs. Ils ne peuvent donc prétendre à la protection accordée au conjoint dans le cadre de l'exercice de son activité de collaborateur. Il existe donc une différence de traitement entre d'une part, les époux et d'autre part, les pacsés et les concubins.

366. L'intérêt d'ouvrir le statut de conjoint collaborateur aux pacsé et au concubin se résume à l'attribution de droits tels que nous l'avons envisagé [875]. A défaut, d'attribution d'un mandat catégoriel, qui cesserait avec le statut de collaborateur, le pacsé et le concubin, ne sont pas

[875] V. *supra* : partie 1, titre 1, chapitre 1.

véritablement insérés dans l'entreprise et associé à sa gestion. Or cette situation est en complète contradiction avec l'article L. 121-4 du Code de commerce qui confère au pacsé collaborateur d'une entreprise commerciale, artisanale, ou libérale, un mandat catégoriel de gestion ordinaire. Il aurait été préférable d'étendre au pacsé et au concubin, le bénéfice des articles L. 321-1 à L. 321-3 du Code rural.

B.- Le recours au droit commun

En l'absence de disposition spéciale créant un mandat catégoriel en faveur du concubin en droit français, et dans le cadre de l'entreprise familiale en droit italien, il convient de se tourner vers le droit commun.

1.- En droit français

367. Le concubin ne peut pas bénéficier du statut de conjoint collaborateur. Etant exclu de ce statut, il ne peut bénéficier du mandat légal prévu à l'article L. 121-6 du Code de commerce. Cependant le chef d'entreprise peut décider de lui confier la réalisation de certains actes de gestion afin d'organiser le fonctionnement de l'entreprise. Ainsi il confie à son concubin le soin d'accomplir certains actes en son nom et pour son compte. Cette faculté est possible en utilisant la technique de représentation issue du droit commun : il s'agit du mandat exprès général ou spécial (C.civ., art. 1987). Le mandat est une opération complèxe qui se définit comme l' « acte par lequel une personne donne à une autre le pouvoir de faire quelque chose pour le mandant et en son nom » (C.civ., art. 1984 al. 1). Sa formation exige l'acceptation du mandataire (C.civ., art. 1984 al. 2), qui peut être tacite et donc résulter de son exécution[876]. Il est source de pouvoir, mais un pouvoir limité (C.civ., art. 1998) dans le temps, car pour être valable le mandat doit être temporaire, et dans son champ d'application. En contre-partie, le mandataire est tenu de rendre des comptes de sa gestion à moins que le mandant l'en dispense (C.civ., art. 1993)[877].

368. Ne bénéficiant pas d'une présomption légale de représentation, le concubin mandataire doit justifier de son pouvoir à l'égard des tiers lorsque ceux-ci en font la demande. Cette preuve doit être rapportée conformément aux articles 1341 et suivants du Code civil. Le concubin

[876] Civ. 1re, 24 nov. 1976, Bull. civ. I, n°368.
[877] V. par ex. : Ph. PETEL, *Les obligations du mandataire*, Th. Montpellier, 1987, *Litec*, 1988, préf. R. Cabrillac.

disposant d'un mandat général pourra accomplir des actes d'administration ou de conservation[878] comme le conjoint collaborateur en matière commerciale, artisanale et libérale (C.civ., art. 1988 al. 1). Le chef d'entreprise peut également autoriser son concubin à accomplir des actes d'une particulière gravité tels que « aliéner ou hypothéquer, ou de quelque autre acte de propriété » dans le cadre d'un mandat exprès.

L'avantage de recourir au mandat est de permettre au concubin d'être « associer » à la gestion de l'entreprise par une technique issue du droit commun. Cette solution temporaire est insatisfaisante dans le mesure où le concubin reste dépourvu d'un statut social, contrairement au conjoint collaborateur. Toutefois, un tel mandat[879] peut être rémunéré[880] contrairement au mandat légal attribué au conjoint collaborateur, qui lui est à titre gratuit. En pratique, il existe des situations où le concubin collabore constamment à l'activité de l'autre sans bénéficier de statut. Outre, la possibilité d'évoquer l'existence d'un mandat exprès voir, parfois tacite (C.civ., art. 1985), il peut être exposé au risque de voir invoquer à son encontre par les tiers un mandat apparent[881]. Mais le concubin ne pourra pas invoquer à son profit la présomption de non commercialité.

2.- En droit italien

369. Pour la majorité de la doctrine attribuant une nature individuelle à l'entreprise familiale, seul le chef d'entreprise assure la direction exclusive de celle-ci [882] et prend seul les décisions relatives à sa gestion ordinaire [883]. Les dispositions de l'article 230bis du Code civil n'envisagent pas l'hypothèse de la représentation du chef d'entreprise. Contrairement au droit français, il n'existe pas de mandat catégoriel créé au profit du collaborateur du chef d'une entreprise familiale. Par conséquent, le chef d'entreprise doit recourir au mandat issu du droit commun pour

[878] Exemples d'actes pouvant être accomplis : l'acquisition d'un bien, la conclusion d'une police d'assurance, le droit de poursuivre les débiteurs du mandant, le pouvoir de contracter des emprunts d'une manière générale : Civ. 1re, 21 nov. 1995, *Bull. civ.*, I, n° 258.
[879] Il est nécessaire de distinguer le mandat de gestion de la délégation de pouvoirs, qui sont deux notions juridiques distinctes aux effets différents, en particulier en ce qui concerne la limitation de responsabilité pénale du chef d'entreprise : v. à ce sujet : T. DALMASSO, A. BOURCEREAU, *Mandats de gestion et délégations de pouvoir, une nécessaire distinction*, *JCP E*, 2010, n°24, p. 31.
[880] Le mandat est en principe gratuit, sauf convention contraire (C.civ., art. 1986).
[881] V. *infra* : titre 2, chapitre 1.
[882] A plusieurs reprises, la Cour de cassation a affirmé que le chef d'entreprise constitue le vrai et l'unique gestionnaire de l'entreprise : v. not. en ce sens : Cass., 27 juin 1990, n°6559 ; Cass., 25 juill. 1992, n°8959.
[883] V. M. NUZZIO, *L'impresa familiare*, *op. cit.*, p. 487, §. 7.

les besoins de son activité. Une telle faculté peut être ouverte au conjoint mais le chef d'entreprise peut également décider de se faire représenter par son concubin. Sur ce point, il existe un alignement des situations de l'époux et du concubin.

a.- L'absence de mandat légal spécial

370. Le chef d'entreprise peut accorder une délégation de pouvoir à son conjoint au moyen du mandat légal issu du droit commun. A l'instar du droit français, le conjoint collaborateur ne bénéficie donc pas d'une présomption légale de représentation lui permettant d'agir pour les besoins de l'entreprise au nom et pour le compte du chef d'entreprise. Placé au même rang que les autres collaborateurs, seule la conclusion d'un mandat conventionnel lui permet d'accomplir les actes visés au nom et pour le compte du chef d'entreprise. Cependant le conjoint n'est pas le seul à pouvoir bénéficier de cette prérogative, il n'en a pas l'exclusivité. Une telle solution se comprend en raison de la pluralité des personnes pouvant bénéficier de la qualité de collaborateur au sein de l'entreprise familiale. Attacher un pouvoir spécial de représentation au statut de collaborateur risquerait d'entraîner un manque de cohésion dans le fonctionnement de l'entreprise. A moins que la loi n'organise expressément l'attribution d'un mandat spécial à l'un seulement des collaborateurs. Pour des raisons de stabilité, ce mandat pourrait être concédé, comme en droit français, pour la durée du statut. Le choix du bénéficiaire serait laissé à la libre appréciation du chef d'entreprise. Le conjoint pourrait en être le titulaire, encore faudrait-il que son travail soit exécuté au sein de l'entreprise et non au sein de la famille. Mais, pour des raisons de simplicité et à des fins d'information à l'égard des tiers, l'accomplissement de formalités serait nécessaire, comme par exemple des mesures de publicité. Pour ne pas avoir à justifier systématiquement de son pouvoir de représentation, mention pourrait être portée au registre des entreprises afin de faire peser, comme en droit français, une présomption de mandat sur la personne désignée et la protéger éventuellement des poursuites des créanciers professionnels. Or le fonctionnement interne de l'entreprise familiale est marqué par l'absence de formalités et repose sur le comportement des participants. De plus, attribuer un pouvoir spécial de représentation à l'un des collaborateurs, comme par exemple au conjoint, reviendrait à « rompre l'égalité » existant entre les différents membres de la famille bénéficiant du statut de collaborateur. En l'absence de mandat légal propre à l'entreprise familiale, le chef d'entreprise

peut tout de même déléguer une partie de son pouvoir de gestion au moyen d'un mandat conventionnel.

b.- L'utilisation du mandat conventionnel

371. La technique du mandat conventionnel avec représentation peut être utilisée par le chef d'entreprise afin de permettre à l'un de ses collaborateurs d'accomplir certains actes de gestion et le décharger un peu de sa tâche. Le conjoint peut accepter d'être partie à cet acte. La détermination du mandataire est laissée à la libre appréciation du chef d'entreprise. Issu du droit commun, le contrat de mandat [884] est défini à l'article 1703 du Code civil. Il s'agit « d'un contrat par lequel une partie s'oblige à accomplir un ou plusieurs actes juridiques pour le compte d'une autre ». Il appartient au chef d'entreprise de déterminer les actes dont il confie l'accomplissement au mandataire, qui sera lié par le contenu du contrat. Pour exécuter le mandat, le mandataire doit se comporter en « bon père de famille ». Ce critère de référence fondé sur la morale sera utilisé par le juge lors de l'appréciation du comportement du mandataire en cas de litige (C.civ., art. 1710 al. 1). Toutefois cette exigence est atténuée pour un mandat attribué à titre gratuit : lorsqu'un tel mandat est concédé, le chef d'entreprise est, en principe, informé de l'exécution du mandat dans la mesure où une obligation de rendre des comptes pèse sur le mandataire (C.civ., art. 1713). Comme en droit français, le chef d'entreprise, qui endosse la qualité de mandant, est tenu en principe de fournir au mandataire les moyens nécessaires pour l'exécution du contrat. Quant à l'extinction du mandat conventionnel, la loi énumère plusieurs causes à l'article 1722 du Code civil. Le mandat peut donc prendre fin par l'arrivée du terme ou la réalisation des buts poursuivis ; par la révocation expresse ou tacite du mandataire par le mandant ; pour cause de mort, d'interdiction ou d'incapacité du mandant ou du mandataire. Le mandat est présumé onéreux. En cas de litige entre les parties, à défaut d'accord sur le tarif concédé, la détermination de celui-ci revient au juge (C. civ., art. 1709).

372. A défaut de mesure propre à l'entreprise familiale concernant la représentation du chef d'entreprise, le droit commun offre des solutions pour pallier aux lacunes de la loi spéciale. Cependant, si le conjoint collaborateur n'est pas présumé détenir un pouvoir spécial de représentation à l'image de son homologue français, les dispositions relatives à l'entreprise

[884] V. R. CALVO, *Contratti e mercato*, G. *Giappichelli Editore Torino*, 2006.

familiale lui reconnaissent d'autres pouvoirs étroitement liés à ses droits patrimoniaux. Lorsque le conjoint collaborateur a agi dans le cadre du mandat, il n'engage pas sa responsabilité civile à l'égard des tiers. A défaut, s'il outrepasse ses pouvoirs, le mandataire reste tenu par l'acte à l'égard des tiers de bonne foi à moins que le mandant ne décide de le ratifier, lorsqu'il le juge nécessaire à l'exercice de son activité (C.civ., art. 1711 al. 1)[885].

II.- Les pouvoirs de gestion en droit italien

Il convient de distinguer les pouvoirs attribués au conjoint dans le cadre d'une collaboration *stricto sensu* de ceux attribués dans le cadre d'une coexploitation en raison de leur différence de régime.

A.- Le pouvoir de gestion extraordinaire dans la collaboration *stricto sensu*

373. Les pouvoirs attribués au conjoint collaborateur sont expressément prévus à l'article 230bis du Code civil. Cet article dispose en son alinéa premier : « les décisions concernant l'emploi des bénéfices et des accroissements ainsi que celles inhérentes à la gestion extraordinaire, et à la cessation de l'entreprise sont adoptées à la majorité des membres de la famille qui participent à cette entreprise ». Selon la majorité de la doctrine, de tels pouvoirs n'ont pas pour but de conférer à leur titulaire un pouvoir de gestion commune de l'entreprise. Les pouvoirs du conjoint collaborateur dans l'entreprise familiale sont attachés à ses droits patrimoniaux et de tels pouvoirs de gestion ne sont efficaces que dans les rapports internes à l'entreprise. Ainsi lorsque le chef d'entreprise prend une décision sans tenir compte de l'avis de ses collaborateurs, celle-ci est pleinement valable et opposable aux tiers [886]. Dans sa décision rendue le 17 mars 1984, le Tribunal de Rome[887] a décidé que « l'entreprise familiale ne constitue pas un nouveau modèle d'entreprise collective », les décisions prises à la majorité des collaborateurs familiaux ne sont valables et efficaces qu'au niveau interne, et sont sans incidence

[885] Sa responsabilité peut encore être recherchée, si en application de la théorie de l'apparence, le conjoint collaborateur accomplit des actes pour l'entreprise en apparaissant aux yeux des tiers comme le chef d'entreprise, apparence à laquelle ces derniers ont pu légitimement croire : Cass., 27 juin 1990, n° 6559, *GC*, 1991, I, 667 ; Trib. Roma, 3 Févr. 1990, *GI*, 1990, I, 2, 691. V. *infra* : titre 2, chapitre 1.
[886] Cass., 4 oct. 1995, n° 10412, *SI* 1996, 363.
[887] Trib. Roma, sent., 17 mars 1984, in M. DE MARCHIS, *L'impresa familiare nell'ordinamento giuridico italiano*, Excerptum theseos ad Doctoratum in Iure Civili, Romae, 2002, p. 66, §. 3.3.

au niveau externe, c'est à dire à l'égard des tiers. Mais le chef d'entreprise, qui ne respecte pas la volonté des collaborateurs familiaux, risque d'engager sa responsabilité à leur égard, dans la mesure où il n'a pas pris en considération leur décision soit pour ne pas les avoir consultés, soit qu'il ait agi contrairement à leur volonté exprimée. Ces derniers pourront demander des dommages et intérêts pour le préjudice réellement subi si la situation le justifie. Cependant, le comportement du chef d'entreprise doit être guidé par l'intérêt supérieur de l'entreprise. Son attitude ne doit pas être paralysée par la volonté de ses collaborateurs dans la mesure où il est le mieux à même de juger du bon fonctionnement de son activité.

374. Tous les collaborateurs ont le droit de participer à la prise de décision interne que le travail soit exercé au sein de l'entreprise ou au sein de la famille. Ainsi, l'époux, qui assure un travail domestique répondant aux exigences jurisprudentielles, déjà étudiées, détient un pouvoir décisionnel limité. La prise de décision a lieu par tête et non par quote-part. Une telle participation à la prise de décisions confiée aux collaborateurs familiaux nourrit entre autre la conception de certains auteurs, qui considèrent que l'entreprise familiale a une nature collective. Or le fonctionnement de celle-ci n'exige pas les mêmes rigueurs formelles que la société, car la prise de décision collective au sein de l'entreprise familiale ne nécessite pas l'accomplissement de formalités particulières à l'image de ce qui est exigé par le droit des sociétés. Dans l'hypothèse où l'un des collaborateurs familiaux ou le conjoint n'a pas participé à la prise de décision conformément à l'article 230bis du Code civil, la loi ne prévoit pas de sanction.

Selon la doctrine dominante à laquelle nous adhérons, la participation du conjoint à l'entreprise familiale en tant que conjoint collaborateur ne rend pas la gestion commune de celle-ci. Il est nécessaire d'exclure toute ingérence du conjoint à la gestion « ordinaire de l'entreprise ». Seuls les actes qui lui sont formellement reconnus peuvent être réalisés par lui. L'insertion dans l'entreprise familiale se concrétise donc par une participation aux décisions relatives à l'emploi des bénéfices et des accroissements, sur les directions de la production, jusqu'au possible veto concernant la cessation de l'entreprise. Cette situation doit être distinguée de l'hypothèse de la coexploitation.

B.- L'hypothèse de la coexploitation

375. La coexploitation entre époux correspond en droit italien à la notion d'entreprise conjugale. En cas de coexploitation, la loi a imaginé au profit des époux l'attribution d'un mandat réciproque d'accomplir les actes d'administration concernant les besoins de l'exploitation. Les époux assurent ensemble la gestion de l'entreprise. Tel n'est pas le cas lorsque le conjoint est investi de la qualité de collaborateur relevant des dispositions de l'article 230bis du Code civil. En cas de gestion commune de l'entreprise, l'un des conjoints peut être chargé par l'autre de réaliser tous les actes, même extraordinaires, nécessaires à l'activité de l'entreprise. La jurisprudence s'est concentrée sur les actes excédents l'administration ordinaire et sur les choix communs portant sur les actes ayant un incidence sur le patrimoine mobilier et immobilier des conjoints.

Les règles prévues à l'article 177 d) du Code civil ne trouvent application qu'en ce qui concerne l'entreprise gérée par les deux conjoints et constituée après le mariage. L'entreprise conjugale constitue l'un des objets de la communauté légale, elle est par conséquent soumises aux règles dictées à l'article 180 du Code civil qui attribuent aux deux conjoints l'accomplissement des actes de nature extraordinaire, prévoyant une administration séparée pour les actes courants[888].

Section 2 : Les pouvoirs résultant de l'organisation patrimoniale

A la différence des unions hors mariage, l'organisation matrimoniale des époux peut accroître leur pouvoir de gestion sur les biens de l'entreprise. Parallèlement, les pacsés et les concubins ne voient leurs pouvoirs augmenter qu'en raison de leur titre de propriété lié au caractère indivis du bien destiné à l'activité d'entreprise.

I.- En droit français

376. Il a été vu que les pouvoirs du conjoint, du pacsé ou du concubin du chef d'entreprise découlent directement du statut choisi pour l'exercice de sa collaboration professionnelle. Toutefois, il arrive qu'en matière de mariage, le droit des régimes matrimoniaux accorde des

[888] Pour un parallèle avec la société en commandite simple : v. à ce sujet, Carlo BASILI, « Aspetti civilistici », in *L'impresa Familiare*, da Giovanni AMOROSO, *CEDAM* 1998, spé. p. 15, §. 6.

prérogatives aux époux sur les biens professionnels indépendamment du statut juridique choisi pour exercer leur collaboration professionnelle. De telles prérogatives destinées à protéger les biens relevant du patrimoine familial ne concernent ni les pacsés, ni les concubins.

A.- Les pouvoirs résultant du régime matrimonial

377. Les pouvoirs reconnus au conjoint, en fonction du régime matrimonial pour lequel les époux ont opté, diffèrent en fonction de la nature du bien employé. Il est nécessaire de distinguer selon que l'entreprise est un bien propre de l'exploitant ou non. Dans l'affirmative, il résulte que le conjoint n'a aucun pouvoir de gestion ni de contrôle sur le fonds comme le dispose l'article 225 du Code civil : « chacun des époux administre, oblige et aliène seul ses biens personnels ». Cet article s'applique quel que soit le régime matrimonial des époux par le seul effet du mariage comme le dispose l'article 226 du même code.

1.- En régime de communauté légale

378. **Autonomie professionnelle**. L'égalité entre époux instaurée par la loi du 23 décembre 1985, prévoyant la suppression des biens réservés, fonde l'existence de pouvoirs concurrents et égaux pour administrer l'entreprise commune comme le dispose l'article 1421 al. 1 du Code civil[889]. Cette disposition contribue au renforcement du principe d'autonomie professionnelle prévue à l'article 223 du Code civil [890]. Le fonds agricole, artisanal, commercial ou libéral tombe en communauté s'il a été créé ou acquis par les époux, ensemble ou séparément au cours du mariage, et s'il provient de leur industrie personnelle ou sur les économies faites sur les fruits et revenus de leurs biens propres (C.civ., art. 1401).

379. Lorsque le fonds exploité est propre, le conjoint n'a pas de pouvoir de gestion ni de contrôle sur le fonds (C.civ., art. 225). L'époux exploite seul le fonds commun, il exerce donc une profession séparée de celle de son époux et bénéficie à ce titre d'un pouvoir exclusif sur ce

[889] L'article 1421 al 1er du Code civil 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 ».
[890] L'article 223 du Code civil relève du régime primaire et dispose « chaque époux peut librement exercer une profession, percevoir ses gains et salaires et en disposer après s'être acquitté des charges du mariage ».

bien conformément à l'article 1421 alinéa 2 du Code civil [891]. Ainsi, le conjoint salarié ou collaborateur du chef d'entreprise ne peut accomplir que les actes que son statut professionnel lui permet de réaliser ; seul l'époux chef d'entreprise détient un pouvoir exclusif de gestion. Toute ingérence du conjoint non chef d'entreprise est, en principe, interdite. Le chef d'entreprise peut demander l'annulation des actes réalisés par son époux en dépassement de pouvoirs (C.civ., art. 1427 al.1) dans un délai de deux ans à compter du jour où il a eu connaissance de l'acte sans pouvoir être jamais intentée plus de deux ans après la dissolution de la communauté (C.civ., art. 1427 al. 2). Etant une nullité relative, la loi permet au conjoint n'ayant pas donné son consentement de confirmer l'acte nul. Il existe donc une protection des biens de la communauté contre les actes graves pouvant être accomplis par un seul époux sans le consentement de l'autre. Parallèlement à cette autonomie professionnelle, la loi permet à chaque époux de percevoir librement ses gains et salaires et d'en disposer après s'être acquitté des charges du mariage (C.civ., art. 223)[892].

380. **Limite à l'autonomie professionnelle.** Le conjoint du chef d'entreprise peut avoir des droits sur les biens professionnels par le jeu des règles issues du régime matrimonial. Ainsi le conjoint, même s'il n'exerce pas l'activité professionnelle, peut intervenir dans la gestion des biens et être titulaires de pouvoirs sur ces biens, sous réserves de certains d'entre eux. L'actif professionnel se compose essentiellement, selon la nature de l'activité exercée, d'un fonds de commerce, d'un office ministériel ou d'une clientèle civile. [893] Conformément aux dispositions de l'article 1424 du Code civil, les époux ne peuvent l'un sans l'autre aliéner ou grever de droits réels les fonds de commerce ou exploitation dépendant de la communauté. Les époux détiennent un pouvoir de cogestion « rappelant l'association d'intérêt des époux »[894].

381. Le consentement des deux époux sera toujours exigé pour l'aliénation du fonds de commerce. L'autonomie professionnelle est donc limitée et le consentement du conjoint collaborant à l'entreprise familiale, comme tout conjoint, est requis pour les actes graves consistant à aliéner ou grever de droits réels les immeubles, fonds de commerce, les exploitations

[891] L'article 1421 al. 2 du Code civil 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.
[892] Sur ce point, v. *supra* : partie 2, titre 1, chapitre 1.
[893] Pour une étude sur l'actif professionnel et la protection des biens, v. J. LEPROVAUX, *La protection du patrimoine familial*, *Defrénois, coll. Doctorat et Notariat* 2008, t. 34, spéc. p. 198 à 206.
[894] V. *106e Congrès des notaires de France*, *op. cit.*, p. 390.

ainsi que les droits sociaux non négociables dépendant de la communauté. Pour de tels actes, le chef d'entreprise ne peut agir seul conformément à l'article 1424 du Code civil. S'il outrepasse ses pouvoirs, la nullité peut être soulevée par l'autre conjoint sur le fondement de l'article 1427 du Code civil.

Il s'agit d'actes d'une particulière importance susceptibles de remettre en cause la consistance du patrimoine familial : tels que les actes à titre gratuit, les actes d'aliénation (vente, échange, dation en paiement, apport en société) qui portent sur le fonds de commerce, les fonds ruraux ou artisanaux, les droits sociaux non négociables [895] et les meubles corporels dont l'aliénation est soumise à publicité, ou les actes de constitution de droits réels sur certains biens désignés (démembrements ou sûretés réelles), et les actes de conclusion de baux qui relèvent du statut des baux ruraux[896] et des baux commerciaux[897]. En raison de la complexité de la définition du fonds de commerce, la question se pose de déterminer si le chef d'entreprise peut disposer seul d'un élément du fonds de commerce. La réponse à cette question délicate repose sur la détermination de l'importance de l'élément faisant l'objet de la cession. Si cet élément du fonds de commerce est essentiel dans la conservation de la clientèle, les règles de la cogestion s'imposeront[898]. Dans le cas contraire, le chef d'entreprise pourra librement en disposer. Il est important que la cession n'empêche pas la poursuite de l'exploitation du fonds. Quant à la location-gérance d'un fonds de commerce[899], la loi n'envisage pas expressément cette hypothèse. En effet, l'article 1425 du Code civil ne vise pas la location-gérance. Seule la cogestion est imposée par la loi pour le bail rural et la location d'immeubles à usage commercial ou artisanal. Ce point a fait l'objet des attentions du 106e Congrès des Notaires de France, qui a conclu à la possibilité pour le chef d'entreprise de donner seul en location-gérance le fonds de commerce. Il fonde sa position sur la « lettre même » de l'article 1424 du Code civil, en y voyant un acte

[895] V. *supra* : partie 1, titre 1, chapitre 2.
[896] En ce qui concerne les baux ruraux, ces biens relèvent de la catégorie des biens mixtes. Leur statut est soumis à un régime particulier. Selon la jurisprudence, ces baux ne peuvent tomber en communauté en raison de leur incessibilité et de leur caractère personnel (contrairement aux baux commerciaux conclus après le mariage à moins qu'ils soient relatifs à un fonds de commerce propre). En application de l'article L. 411-70 du Code rural, lorsque l'exploitation est assurée par les deux époux, le consentement des deux époux est exigé pour sa cession, même si le bail est au nom d'un seul. A défaut, la cession serait jugée nulle. Conformément à l'article L. 411-68 alinéa 2 du code rural, l'action en nullité est ouverte dans les deux ans à compter du moment où l'époux qui n'a pas donné son consentement « a eu connaissance de l'acte ». V. Ph. MALAURIE, L. AYNES, *Les régimes matrimoniaux*, *op. cit*., p. 167.
[897] Sur l'ensemble de ces actes, v. *106e Congrès des notaires de France*, *op. cit*., p. 388.
[898] En ce sens : v. CA Dijon, 14 oct. 1953, *Gaz. Pal*. 1953, 2, 379 ; Cass. Req. 9 nov. 1936, *Gaz. Pal*. 1936, 2, 913 ; CA Rennes, 28 mai 1946, *D*. 1946, jur., p. 408 ; *106e Congrès des notaires de France*, *op. cit*., pp. 390-391.
[899] Sur ce point v. F. DEKEUWER-DEFOSSEZ, E. BLARY-CLEMENT, *Droit commercial, op. cit*., p. 331 et sv.

d'administration « qui n'aliène en rien la propriété »[900]. Enfin, l'article 1425 du Code civil dispose que l'entrepreneur ne peut, sans le consentement de son conjoint, donner à bail les fonds ruraux et les immeubles à usage commercial, industriel ou artisanal. En revanche, il peut consentir seul une location-gérance sur le fonds. Toutefois, si le conjoint participe à l'exploitation du fonds, l'article L. 121-5 du Code de commerce s'applique et l'entreprise ne peut être donnée à bail sans son consentement exprès. L'apport en jouissance du fonds suit les mêmes règles.

382. Le Code de commerce confirme cette limite à l'autonomie professionnelle de l'exploitant en exigeant le consentement exprès du conjoint travaillant dans l'entreprise à l'aliénation ou à la constitution de droits réels portant sur les éléments du fonds ou de l'entreprise qui, par leur importance ou leur nature sont nécessaires à l'exploitation ainsi qu'au bail de ce fonds ou de cette entreprise (C.com., art. L. 121-5). Le conjoint doit également donner son consentement à la perception des capitaux provenant de ces opérations, à l'exception de la perception des redevances du contrat de location gérance auquel il aura dû cependant consentir : il s'agit en effet de revenus et non de capitaux. Cependant le chef d'entreprise peut sans le consentement de son conjoint prendre à bail commercial un bien en vue d'exploiter ou créer un fonds de commerce commun, ainsi que demander le renouvellement d'un bail commercial permettant l'exploitation d'un fonds commun[901]. Le texte fait référence aux actes nécessaires à l'exercice de l'exploitation. Toutefois le législateur n'a pas pris le soin de préciser les actes couverts par une telle notion.

383. **Intervention du juge**. La loi habilite le chef d'entreprise à passer outre l'absence de consentement ou de concours de son conjoint dans deux hypothèses clairement définies. Cependant cette faculté nécessite l'intervention du juge et sera soumise à son appréciation. Le premier cas de figure visé par l'article 217 du Code civil concerne le conjoint qui est hors d'état de manifester sa volonté. Le second cas de figure est celui dans lequel le refus du conjoint n'est pas justifié par l'intérêt de la famille. La preuve de l'une ou de l'autre de ces situations devra être rapportée par l'époux qui se prévaut de l'application de l'article 217 du Code civil. Il existe une exception à l'application de l'article 217 du Code civil, qui prévoit l'hypothèse où le refus du conjoint n'est pas conforme à l'intérêt de l'entreprise.

[900] V. *106e Congrès des notaires de France*, *op. cit.*, p. 392.
[901] V. *106e Congrès des notaires de France*, *op. cit.*, p. 388.

384. Ces pouvoirs concurrents et égaux sur l'entreprise commune doivent cohabiter avec le statut de conjoint collaborateur issu de la loi du 10 juillet 1982, qui limite l'action de ce dernier aux actes d'administration concernant les besoins de l'entreprise en vertu d'un pouvoir légal de représentation. Or la gestion de la communauté ne cesse pas avec l'existence de ce statut. Ainsi le champ d'action du conjoint collaborateur est étendu puisque en raison du jeu des règles du régime matrimonial choisi, le conjoint pourra également accomplir les actes de disposition. Sous la « casquette » de conjoint collaborateur, son champ d'action se limitera aux actes d'administration de l'entreprise, alors que par le jeu des règles propres à la communauté légale, le conjoint pourra également accomplir des actes de dispositions normalement interdits au conjoint collaborateur. Cependant sa responsabilité peut être engagée en cas de fautes commises dans sa gestion[902]. Les créanciers de l'entreprise auront tout intérêt à connaître le régime matrimonial des époux. Dans le but d'informer les tiers, un décret du 30 mai 1984 prévoyait la publication du régime matrimonial du commerçant au Registre du Commerce et des Sociétés. Mais cette information relative au régime matrimonial des commerçants ne pourra plus être obtenue par la consultation de ce registre. En effet, l'ordonnance n°2005-428 du 6 mai 2005[903] a supprimé les obligations particulières imposées aux commerçants de mentionner leur régime matrimonial au Registre du Commerce et des Sociétés. Cette suppression permet un alignement du régime des commerçants sur celui des agriculteurs, artisans et des professionnels libéraux qui ne sont pas soumis à de telles mesures de publicité[904].

385. **La gestion déléguée**. Parallèlement, les époux peuvent temporairement aménager leurs pouvoirs grâce à la technique du mandat afin de réaliser une modification de la répartition de ceux-ci. Dérogatoire au régime de droit commun, la gestion déléguée entre époux est précisément organisée par le droit des régimes matrimoniaux. Une distinction est nécessaire entre les biens propres et les biens communs, objet de la délégation. Dans le premier cas, la délégation peut être expresse (C.civ., art. 218 et 1431) ou tacite (C.civ., art. 1432). Lorsque le mandat est exprès, l'époux mandataire n'engage pas ses biens propres, que le mandat soit général (il recouvre tous

[902] V. *infra* : titre 2, chapitre 1.
[903] *JO* 7 mai 2005, p. 7925. Cette ordonnance a été prise en conformité avec l'article 28 de la loi n°2004-1343 du 9 décembre 2004 habilitant le gouvernement à simplifier le droit.
[904] Les deux objectifs poursuivis par cette suppression sont la simplification du droit et l'empêchement de la diffusion d'information erronée pour assurer la sécurité juridique des tiers.

les actes d'administration) ou spécial (il ne recouvre que des actes de disposition)[905]. Le mandataire n'est pas rémunéré, toutefois il est susceptible d'engager sa responsabilité en cas de faute, qui sera appréciée moins rigoureusement que s'il avait été salarié (C.civ., art. 1992, al. 2). Le mandat tacite prévu à l'article 1432 du Code civil n'existe que lorsque l'époux représenté a eu connaissance « de cette prise en main » et ne s'y est pas opposé. Cette présomption légale de représentation n'est applicable qu'aux actes d'administration. Les effets juridiques en résultant sont similaires à ceux produit par la mandat exprès[906]. Dans le second cas, le mandat peut être exprès et accordé de manière générale ou spéciale. Cependant, il arrive qu'en l'absence d'accord écrit, l'un des époux consente seul un acte alors que le consentement des deux était requis : il peut alors s'agir d'un cas de gestion d'affaire (C.civ., art. 219 al. 2) relevant des dispositions de l'article 1372 du Code civil, qui dispose « lorsque volontairement on gère l'affaire d'autrui, soit que le propriétaire connaisse la gestion, soit qu'il l'ignore, celui qui gère, contracte l'engagement tacite de continuer la gestion qu'il a commencée, et de l'achever jusqu'à ce que le propriétaire soit en état d'y pourvoir lui-même ; il doit se charger également de toutes les dépendances de cette même affaire. Il se soumet à toutes les obligations qui résulteraient d'un mandat exprès que lui aurait donné le propriétaire ». Cette situation ne doit pas se confondre avec l'hypothèse du mandat apprent, pouvant être retenu en l'absence de contrat écrit[907].

Il résulte donc de cette analyse que le conjoint collaborateur marié au chef d'entreprise bénéficie de pouvoirs plus étendus sur l'entreprise que le conjoint collaborateur pacsé au chef d'entreprise en raison de l'existence d'une communauté légale entre eux par l'effet du mariage. Ce même avantage sera conservé par le conjoint collaborateur marié par rapport au concubin en cas d'ouverture du statut de conjoint collaborateur à ce dernier.

2.- En régime de séparation de biens

386. A la différence du régime légal, l'époux entrepreneur bénéfice d'une entière liberté de gestion lorsque les époux ont opté pour un régime de séparation de biens (C. civ. Art. 1536 et sv.) ou de participation aux acquêts (C.civ. art. 1569 et sv.). Cette liberté d'action s'explique par le « cloisonnement » existant entre les différents patrimoines et offre en contrepartie une protection

[905] Civ., 1re, 29 juin 1983, *Defrénois* 1984, 33267, p. 38, obs., G. Champenois.
[906] V. sur ce point : *106e congrès des Notaires*, *op. cit.*, pp. 428-429.
[907] V. sur ce point : *106e congrès des Notaires*, *op. cit.*, p. 431.

réelle de l'autre époux contre les aléas résultant de la vie des affaires. En matière de séparation de biens ou lorsque les époux ont opté pour la participation aux acquêts (article 1569 et s. du code civil), le fonds d'exploitation constitue un bien propre du chef d'entreprise. En ce sens, l'autre conjoint ne bénéficie d'aucun pouvoir de gestion ni de contrôle sur ce bien. Ainsi, le chef d'entreprise est doté d'une « entière liberté de gestion ».

387. Cependant les conjoints sont libres de réaliser un projet commun. Dans cette hypothèse, les biens indivis sont gérés selon le droit commun de l'indivision, dont le régime de la cogestion est atténuée depuis la loi n°2006-728 du 26 juin 2006, qui a introduit une règle de majorité qualifiée des deux tiers au lieu de l'unanimité. L'avantage de la règle de la majorité est d'éviter les blocages pouvant naître dans le passé en application de la règle de l'unanimité. L'article 815-3 du Code civil énumère les actes soumis à la règle de la majorité : il s'agit des actes d'administration relatif aux biens indivis, l'attribution à l'un ou plusieurs des indivisaires ou à un tiers d'un mandat général d'administration, la vente des meubles indivis pour payer les dettes et charges de l'indivision, la conclusion et le nouvellement des baux autres que ceux portant sur un immeuble à usage agricole, commercial, industriel ou artisanal.

388. Mais l'unanimité reste exigée pour les actes d'administration et de disposition visés à l'article 815-3 du Code civil, qui dispose « 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° ». L'acte accompli en contravention de cette disposition est irrégulier. La sanction envisageable n'est pas la nullité mais l'inopposabilité aux autres indivisaires pendant toute la durée de l'indivision. Durant le 106e Congrès des Notaires de France [908], il a été préconisé d'imposer, en pratique, la preuve du consentement unanime des indivisaires, dans la mesure où il est exigé [909], comme par exemple en cas de changement d'affectation, la conclusion d'un bail rural, commercial, industriel ou artisanal[910], et le non-renouvellement d'un bail commercial [911]. Parallèlement, les mesures destinées à protéger les biens communs ne sont pas applicables aux biens indivis. De plus, les

[908] 106e Congrès des notaires de France, op. cit., p. 311.
[909] Civ. 1er, 7 juillet 1987, *époux Chabarot*, *Bull. civ.*, 1987, I, n°221, p. 163.
[910] Civ. 3e, 12 avril 1995, *Bull. civ.*, 1995, III, n°109 (Décision rendue en application de l'ancien article 815-3 du Code civil).
[911] Civ. 3e, 18 avril 1985, *Bull. civ.* 1985, III, n°65 (Décision rendue en application de l'ancien article 815-3 du Code civil).

époux peuvent choisir d'exercer leurs droits indivis dans le cadre d'une convention (C.civ., art. 1873-1).

B.- Les pouvoirs issus de l'organisation patrimoniale du PACS

389. La réforme du PACS introduite par la loi du 23 juin 2006 n'a modifié ni les conditions de fond ni les modes de dissolution du Pacs mais a nettement amélioré son aspect patrimonial. Les incertitudes suscitées par le régime de l'indivision appliqué jusqu'au premier janvier 2007 et imposé par l'ancien régime du pacs suscitait de nombreuses incertitudes quant à l'étendue de l'indivision née de la conclusion d'un tel contrat. Face aux difficultés nées de la pratique et à l'imperfection du régime dénoncée par la doctrine de manière unanime, le législateur a écarté l'indivision de principe. Le régime légal actuel du PACS impose donc le principe de la séparation des biens personnels (C.civ., art. 515-5 al. 1er)[912], qui devient le régime supplétif. Toutefois, les parties à un PACS peuvent décider d'écarter conventionnellement ce régime de type séparatiste.

390. Le dispositif prévu à l'article 515-5 alinéa 1er du Code civil[913] est similaire à celui prévu pour les époux mariés sous le régime de la séparation de biens pure et simple. La loi du 23 juin 2006 a instauré un « régime primaire » inspiré sur le modèle du mariage mais de portée réduite. Prévu à l'article 515-4 du Code civil, ce régime primaire impose aux pacsés une aide matérielle et une assistance réciproques. En principe, les pacsés exécutent ces obligations proportionnellement à leurs facultés respectives à défaut de dispositions contraires dans leur convention de PACS. La solidarité dans le couple induite de cette règle s'extériorise de différentes façons : une prise en charge des soins à apporter au partenaire, un partage du poids de la vie commune mais également une collaboration minimum au travail de l'autre. La solidarité dans le couple issue de l'article 515-4 du Code civil constitue un fondement juridique à la collaboration minimum apportée par

[912] L'article 515-5 alinéa 1er du code civil dispose : « Sauf dispositions contraires de la convention visée au deuxième alinéa de l'article 515-3, chacun des partenaires conserve l'administration, la jouissance et la libre disposition de ses biens personnels. Chacun d'eux reste seul tenu des dettes personnelles nées avant ou pendant le pacte, hors le cas du dernier alinéa de l'article 515-4 ».

[913] L'article 515-5 alinéa 1er du Code civil dispose : « sauf dispositions contraires de la convention visée au 2e alinéa de l'article 515-3, chacun des partenaires conserve l'administration, la jouissance et la libre disposition de ses biens personnels ».

un pacsé à l'activité professionnelle de l'autre sans que cette collaboration remplisse les conditions exigées pour le conjoint collaborateur[914].

391. Sauf dispositions contraires, chaque pacsé conserve l'administration, la jouissance et la libre disposition de ses biens personnels et reste seul tenu des dettes personnelles nées avant ou pendant le pacte, sauf pour les dettes contractées pour les besoins du ménage (C.civ., art. 515-5 al. 1). Pour les biens meubles détenus individuellement, le pacsé conserve à l'égard des tiers de bonne foi le pouvoir de faire seul sur ce bien tout acte d'administration, de jouissance ou de disposition (C.civ., art. 515-5 al. 3). Le pacsé doit rapporter la preuve de son droit de propriété sur les biens. A défaut de preuve contraire librement rapportée, il existe une présomption d'indivision pesant sur les biens « sur lesquels aucun des partenaires ne peut justifier d'une propriété exclusive » (C.civ., art. 515-5 al. 2 in fine). Lorsque cette présomption d'indivision ne peut être écartée, les biens ainsi indivis seront soumis aux règles du régime légal de l'indivision prévu aux articles 815 et suivants du Code civil réformé par la loi n°2006-728 du 23 juin 2006 sur les successions[915]. Toutefois aucun obstacle ne s'oppose à ce que les pacsés séparés en biens décident de soumettre certains biens à une indivision conventionnelle conformément aux règles des articles 1873-1 et suivants du Code civil.

392. Le « régime communautaire » induit de l'indivision ne peut résulter que de la volonté des époux matérialisée dans la convention initiale ou modificative de PACS. Le législateur accorde aux pacsés la faculté de se soumettre à une indivision optionnelle qualifiée « d'indivision des acquêts ». Inspiré des acquêts de communauté entre époux, cette indivision conventionnelle crée un « régime communautaire » entre les pacsés qui choisissent de rendre indivis les biens acquis ensemble ou séparément (C.civ., art. 515-5-1). Cette indivision conventionnelle sera régie par les articles 1873-1 et suivants du Code civil. Dans cette hypothèse, les biens acquis ensemble ou séparément seront réputés indivis pour moitié à compter de l'enregistrement des conventions, sans possibilité de recours de l'un des partenaires contre l'autre au titre d'une contribution inégale. La loi n'envisage pas la possibilité d'une clause contraire. Cela revient-il à considérer

[914] Si la contribution apportée par le pacsé à l'activité professionnelle de l'autre est jugée excessive, celle-ci peut faire l'objet d'une indemnisation sur le fondement de l'article 515-4 du Code civil.
[915] *JO* 24 juin 2006, p. 9513.

qu'il s'agisse d'une règle impérative ?[916] Certains auteurs se sont interrogés sur ce point et ont considéré qu'il s'agit d'une règle impérative.

Cependant la loi a restreint le champ de l'indivision en prévoyant qu'en sont exclus les biens cités de manière exhaustive à l'article 515-5-2 du Code civil. Il s'agit des deniers perçus par chacun des partenaires à quelque titre que ce soit, postérieurement à la conclusion du pacte et non employés à l'acquisition d'un bien ; les biens créés et leurs accessoires ; les biens à caractère personnel ; les biens ou portion de biens acquis au moyen de deniers reçus par donation ou succession ; les portions de biens acquises à titre de licitation de tout ou partie d'un bien dont l'un des partenaire était propriétaire au sein d'une indivision successorale ou par suite d'une donation.

A défaut de disposition contraire, chaque pacsé a la qualité de gérant de l'indivision et ses pouvoirs sont dictés par les articles 1873-6 à 1873-8 du Code civil. Mais la gestion des biens soumis à l'indivision peut être organisée dans le cadre d'une convention soumise aux règles des articles 1873-1 à 1873-15 du Code civil.

393. Au titre de cette indivision des acquêts, l'un de pacsés pourra financer seul l'acquisition d'un bien qui appartiendra pour moitié à l'autre sans que ce dernier n'ait consenti à l'acte. Cette opération fera naître un droit de créance entre les partenaires. L'effet produit sera le même quel que soit les fonds utilisés pour l'acquisition. La loi ne distingue pas. Il s'opèrera alors un transfert de propriété pour une part égalitaire sans recours possible de l'un contre l'autre au titre d'une contribution inégale (C.civ., art. 515-5-1 in fine). Considéré par certains comme un mode d'acquisition de la propriétaire par un pacsé, cette attribution de propriété permet un « enrichissement égalitaire » au sein du PACS à l'image de ce qui se produit entre époux soumis au régime de communauté d'acquêts. Dans le cadre de cette indivision, les époux seront soumis à une gestion concurrente « à défaut de disposition contraire » (C.civ., art. 515-5-3).

394. La question se pose de la composition de la masse indivise et de la nature des règles qui la régisse. Ces règles peuvent-elles être aménagées ? Les pacsés peuvent-ils choisir d'exclure certains biens de l'indivision comme par exemple les biens professionnels ou immobiliers ? Le législateur n'a pas prévu cette hypothèse. Permettre une telle faculté aux pacsés reviendrait à leur

[916] V. not. : V. LARRIBAU-TERNEYRE, *L'amélioration du PACS : un vrai contrat d'union civile. A propos de la loi du 23 juin 2006,* op. cit. spéc. p. 14 ; Selon Monsieur Yves Delecraz, l'article 515-5-2 du Code civil semble impératif : Y. DELECRAZ, *Le nouveau régime des biens dans le pacs*, *op. cit*.

accorder une grande liberté d'organisation patrimoniale non reconnue aux époux et pouvant être réalisée sans aucun contrôle. Une réponse négative semble ici s'imposer dans la mesure où l'article 515-5-2 du Code civil prévoit précisément les biens exclus de l'indivision conventionnelle tandis que l'article 515-5-1 du Code civil semble revêtir un caractère impératif.

Chaque partenaire est libre de gérer de manière autonome ses biens personnels. Si les deux partenaires exploitent ensemble un même fonds ou si celui-ci est indivis, un avis du Comité de coordination du registre du commerce et des sociétés, prescrit de le publier [917]. De plus, les Pacsés devraient s'immatriculer au Registre du Commerce et des Sociétés afin de se prévaloir de la qualité de commerçant et de bénéficier du statut des baux commerciaux.

Comme pour les concubins, il est loisible aux pacsés d'aménager leur convention initiale au moyen d'un mandat de droit commun [918] par lequel les pacsés délimitent les pouvoirs ainsi attribués. La représentation peut également résulter d'un mandat tacite ou de la gestion d'affaires[919].

II.- En droit italien

Les divergences relatives aux situations patrimoniales respectives des époux et des concubins nous amènent à distinguer le cas des époux de celui des concubins quant aux pouvoirs résultant de leur organisation patrimoniale.

A.- Les pouvoirs résultant du régime patrimonial des époux

395. Il n'existe pas en droit italien de régime primaire assimilable au régime impératif de base français prévu aux articles 214 à 226 du Code civil. C'est pourquoi certains ouvrages de référence concernant le régime patrimonial de la famille n'envisagent pas le cas d'un régime impératif de base [920]. Pour autant, le régime patrimonial des époux n'est pas dépourvu de dispositions impératives destinées à régir les effets fondamentaux du mariage. Ces mesures sont

[917] *JCP E* 2001, p. 537.
[918] V. *supra* dans le présent chapitre.
[919] V. *supra* dans le présent chapitre.
[920] V. par ex., V. DE PAOLA, *Il diritto patrimoniale della famiglia nel sistema del diritto privato*, *Giuffrè Editore*, t. 1 et 2 ; C. M. BIANCA, *Diritto civile, Famiglia, Le successioni*, *Giuffrè Editore*, 2005.

contenues aux articles 143 à 148 du Code civil[921] et peuvent se rapprocher de celles énoncées aux articles 212 à 214 du Code civil français. Contrairement au droit français, le principe de l'autonomie professionnelle des époux ne figure pas dans le Code civil mais il est énoncé à l'article 37 de la Constitution italienne, qui prévoit que la femme « travailleuse » a les mêmes droits et la même rémunération que le « travailleur » à travail égal[922].

Comme en droit français, il convient de distinguer les pouvoirs dévolus aux époux en fonction du régime patrimonial choisi et de la nature du bien sur lequel ils vont s'exercer.

396. **L'administration des biens communs**. Les articles 177 à 197 du Code civil sont relatifs au régime des biens communs. Selon les dispositions de l'article 180 alinéa 1er du Code civil, l'administration des biens de la communauté appartient séparément aux deux conjoints. Mais l'accomplissement des actes de gestion extraordinaire est attribué conjointement aux deux époux. Les actes d'administration ordinaire que peuvent accomplir les époux individuellement, sans l'intervention de l'autre consistent essentiellement en des actes de la vie courante, des actes qui permettent de conserver le patrimoine, et des actes qui ont une faible valeur économique proportionnelle à la situation patrimoniale des époux. Les actes d'administration extraordinaire sont essentiellement les actes de disposition[923].

Quels sont les biens considérés par le droit italien comme relevant de la communauté ? Sont notamment considérées comme des biens communs les entreprises [Aziende] gérées par les deux conjoints et constituées après le mariage (C.civ., art. 177 d)), mais l'entreprise appartenant à l'un des conjoints antérieurement au mariage et gérée par les deux ne tombent pas en communauté[924]. De même la loi exclut de la communauté, les biens destinés à l'exercice de l'activité d'entreprise de l'un des conjoints, lorsqu'elle est constituée après le mariage, à moins

[921] L'article 143 du Code civil est relatif aux droits et aux devoirs réciproques des conjoints; l'article 143bis du Code civil est relatif au nom de la femme mariée ; l'article 144 du Code civil est relatif à l'orientation de la vie familiale et de la résidence de la famille ; l'article 145 du Code civil concerne l'intervention du juge en cas de désaccord des conjoints sur l'orientation de la vie familiale ou de la résidence familiale ; l'article 147 du Code civil dispose des devoirs envers les enfants et l'article 148 du Code civil concerne la contribution des époux aux charges du mariage.
[922] Cependant l'article 37 de la Constitution italienne contient une disposition contraire à l'égalité homme-femme puisqu'il prévoit que l'activité professionnelle de la femme est subordonnée à l'accomplissement de sa fonction au sein de la famille, considérée comme essentielle.
[923] V. ACA STAGNARO-GÉNIN, *Italie, Régimes matrimoniaux, Fonds patrimonial, Entreprise familiale*, *J.-Cl. Comparé*, *op. cit.*, §. 206 et 207.
[924] Sur ce point, v. P. DI MARTINO, « La comunione légale tra coniugi : l'ogetto », in *Il diritto di famiglia*, Trattato diretto da G. Bonilini e G. Cattaneo, op. cit., pp. 127 et s.

qu'elle ne subsiste au moment de la dissolution du régime (C.civ., art. 178). Sont également exclus de la communauté les biens servant à l'exercice de la profession du conjoint, parmi lesquels ceux destinés à la conduite d'une entreprise faisant partie de la communauté (C.civ., art. 179 d)). Ces biens exclus de la communauté appartiennent en propre à l'un des conjoint, qui en a la gestion exclusive.

397. **Intervention du juge**. Comme en droit français, le recours au juge par l'un des époux est légalement prévu dans des cas limitativement déterminés. En cas de refus de consentir à un acte d'administration extraordinaire pour les besoins de la famille ou dans l'intérêt de l'entreprise gérée en commun (C.civ., art. 181), la loi confère à l'autre époux la possibilité de demander en justice l'autorisation d'effectuer seul un tel acte. Une telle possibilité est également reconnue en cas d'éloignement ou d'empêchement de l'un des conjoints (C.civ., art. 182). Ainsi, il peut être passé outre le défaut du consentement des deux époux lorsque l'intérêt de la famille ou de l'entreprise gérée conjointement l'exige, mais seulement lorsque les époux sont soumis au régime de communauté. La loi prévoit également, la possibilité de demander au juge l'exclusion de l'un des conjoints lorsque celui-ci n'a pas administré correctement la communauté. Cette interdiction dure tant que dure le motif de l'exclusion. Toutefois le conjoint exclu peut solliciter en justice « sa réintégration » dans l'administration des biens relevant de la communauté lorsque la cause de son exclusion a disparu (C.civ., art. 183).

398. **Les actes réalisés sans le consentement des deux époux**. La loi opère une distinction selon qu'il s'agisse d'actes soumis ou non à publicité. Lorsque l'un des époux réalise seul un acte relevant de la cogestion sans y être autorisé, cet acte, qui n'a pas été ratifié par l'autre conjoint, peut être annulé s'il porte sur des biens immobiliers ou sur les biens mobiliers visés à l'article 2683 du Code civil [925]. L'action en nullité relative peut être intentée par le conjoint qui n'a pas consenti à l'acte. Le délai pour agir à une durée inférieure à celle reconnue en droit français, puisqu'il est fixé à un an. Mais comme en droit français, ce délai commence à courrir à compter du moment où le conjoint a eu connaissance de l'acte et dans tous les cas dans le délai d'un an à compter de sa transcription (C.civ., art. 184 al. 1 et 2). Lorsque l'acte n'a pas été transcrit et que le conjoint n'en a pas eu connaissance avant la dissolution de la communauté, l'action en nullité

[925] L'article 2683 du Code civil est relatif aux biens soumis à une publicité particulière tels que les bateaux et les véhicules, ainsi que les actes concernant de tels biens.

peut être intentée au delà de l'année de la dissolution (C.civ., art. 184 al. 2 *in fine*). S'agissant des biens mobiliers non soumis à publicité, les actes pour lesquels le conjoint a outrepassé ses pouvoirs restent valables. Toutefois, sur demande écrite de l'autre conjoint, l'époux fautif doit replacer la communauté dans l'état dans lequel elle se trouvait avant que cet acte ne soit réalisé. Si l'époux fautif se trouve dans l'impossibilité de le faire, il est tenu de combler ce défaut par le versement d'une somme d'argent équivalente (C.civ., art. 184 al. 3).

399. **L'hypothèse de la séparation des biens**. En régime de séparation de biens, chaque époux conserve la libre administration des biens dont il est le titulaire exclusif (C.civ., art. 217). Il appartient à chaque époux de prouver par tout moyen sa propriété exclusive sur ce bien. A défaut, le bien est considéré comme étant un bien indivis revenant à parts égales à chaque époux (C.civ., art. 219).

400. **La gestion déléguée**. L'article 185 du Code civil relative à l'administration des biens propres du conjoint renvoie à aux dispositions prévues aux alinéas 2, 3 et 4 de l'article 217 du même code. En application de ces textes, comme en droit français, un époux peut donner à son conjoint le mandat d'accomplir les actes d'administration en son nom et pour son compte conformément à l'article 1703 et suivants du Code civil [926]. De même, en cas de séparation de biens, chaque époux a la faculté de demander à l'autre d'administrer ses biens personnels. En application du mandat visé à l'article 217 alinéa 2 du Code civil, la mandataire doit rendre compte des fruits de sa gestion. Cependant un tel mandat ne peut conférer à son titulaire la possibilité d'administrer seul les pouvoirs de la communauté au risque d'être contraire au principe d'égalité entre les époux[927].

Ce mandat librement révocable est également envisageable lorsque l'entreprise est gérée en commun : l'un des conjoints peut souhaiter conférer à l'autre la possibilité d'exécuter tous les actes nécessaires à l'activité de l'entreprise (C.civ., art. 182, al. 2). Comme en droit français, le mandat peut être exprès ou tacite.

B.- La situation des concubins

[926] V. *supra*.
[927] V. sur ce point, A. CASTEGNARO-GÉNIN, *Italie, Régimes matrimoniaux, Fonds patrimonial, Entreprise familiale*, *J.-Cl. Comparé*, *op. cit.*, §. 130.

401. Comme déjà affirmé, la loi n'organise pas le régime patrimonial des concubins, considérés comme deux tiers. Seule l'exploitation commune d'un bien indivis permet à chacun des concubins d'exercer sur ce bien les pouvoirs qui lui sont légalement conférer au titre de cette indivision (C.civ., art. 1100 et s.). Indépendamment de son statut professionnel, le concubin peut détenir un pouvoir sur l'entreprise ou sur les biens professionnels servant à l'exploitation de celle-ci, à l'activité de laquelle il collabore, lorsqu'il est propriétaire indivis de tels biens. Comme en droit français, l'indivision est dépourvue de personnalité juridique. Selon les dispositions de l'article 1110 du Code civil, les règles de l'indivision s'appliquent « quand la propriété ou tout autre droit réel appartient en commun à plusieurs personnes, si le titre ou la loi n'en dispose autrement, les règles suivantes s'appliquent ».

402. Contrairement à l'hypothèse de la communauté légale existant entre époux, il n'existe pas de solidarité entre les concubins : chacun est personnellement présumé détenteur d'une part égale C.civ., art. 1101). Chaque indivisaire participe à l'administration du bien indivis (C.civ., art. 1105 al. 1) : les actes d'administration ordinaire sont votés à la majorité des indivisaires, calculée en fonction de la valeur des parts détenues, encore faut-il que chaque indivisaire ait été prévenu de l'objet de la délibération (C.civ., art. 1105 al. 2 et 3). Comme en droit français, un gérant peut être désigné conformément aux règles de la majorité prévue à l'article 1105 du Code civil afin d'assurer une bonne administration de la chose indivise. Ce gérant peut être désigné parmi les indivisaires, mais ses pouvoirs et ses obligations doivent être préalablement déterminés (C.civ., art. 1106). Quant aux actes d'extraordinaire administration, ils peuvent être accomplis sur décision prise à la majorité des participants qui représente les deux tiers des valeurs : de tels actes sont destinés à améliorer la chose indivise sans porter préjudice aux droits des indivisaires. Toutefois l'accord de tous les indivisiaires est nécessaire pour les actes graves concernant l'aliénation ou la constitution de droits réels sur le bien indivis (C.civ., art. 1108).

Conclusion du Chapitre 2

403. Chacun des membres d'un couple est libre d'exercer de manière autonome son activité. Mais sur le plan des pouvoirs, une inégalité de traitement entre les différentes formes d'union ressurgit : la nécessité de protéger les biens de la communauté a conduit le législateur à encadrer l'autonomie professionnelle des époux, cette situation est d'autant plus vrai en droit français en raison des règles relatives au régime primaire. Mais, en droit français et italien, la loi limite la conclusion de certains actes graves devant être soumis à l'accord des deux époux. A u travers de l'organisation patrimoniale du couple, le législateur a limité les pouvoirs dévolus à chaque époux dans l'exercice de sa profession, lorsque ceux-ci sont de nature à mettre en péril le patrimoine familial. Un schéma similaire a été dessiné pour les pacsés. Il résulte de notre analyse que vêtu de ses habits d'époux, le conjoint intervient dans la gestion de l'entreprise en régime légal, qu'il ait la qualité de collaborateur, de salarié, ou d'associé . En droit français et italien, les concubins qui ont voulu se passer d'une organisation légale se privent à certains égards d'une sécurité juridique à moins qu'ils n'anticipent les effets négatifs de leur relation professionnelle au moyen de conventions issues du droit commun.

404. La collaboration professionnelle des membres du couple doit s'analyser à la lumière de leur organisation patrimoniale, qui interfère à des degrès différents sur la répartition de leurs pouvoirs quant aux biens professionnels employés. La seule détermination du statut professionnel des membres du couple est insuffisante à délimiter les pouvoirs de chacun. Le niveau d'intervention dans le gestion de l'entreprise par le conjoint, le pacsé ou le concubin va dépendre à la fois de son statut profesionnel et de son statut personnel. Il en résulte donc que la question de la situation personnelle du couple au regard de sa conjugalité est un critère essentiel à prendre en compte dans l'analyse de la collaboration du couple dans l'entreprise, à la fois en droit français et en droit italien.

Conclusion du Titre 1

405. A la lumière de notre analyse, il apparaît qu'en droit français et italien, la collaboration professionnelle du couple dans l'entreprise est soumise à deux corps de règles : le premier est relatif à l'organisation professionnelle de la relation de travail entre les membres d'un même couple, le second est relatif à leur organisation patrimoniale.

En droit français, la législation catégorielle accorde à l'époux, au pacsé ou au concubin des droits similaires dès lors qu'il remplit les conditions pour accéder au statut professionnel qui lui est légalement reconnu. En droit italien, le conjoint et le concubin ayant choisi le statut de salarié ou d'associé bénéficient des mêmes droits. Mais l'absence d'organisation légale du statut de conjoint collaborateur prive ce dernier du bénéfice des dispositions de l'article 230bis qui attribuent d'importants droits patrimoniaux au conjoint collaborateur en contrepartie de sa participation à l'entreprise familiale.

Au cours de la vie commune, les membres du couple contribuent ensemble à faire frustifier l'entreprise, qui constitue l'essentiel du patrimoine. Cette participation à l'apparence identique cache des « réalités juridiques différentes », tenant à l'organisation patrimoniale du couple. En organisant juridiquement leur union, les membres d'un couple acceptent d'aménager leur liberté et leur indépendance. En entrant dans le mariage, et à un moindre degrès dans le PACS, les membres du couple entendent se soumettre à un régime légale, qui déterminera les droits et les pouvoirs de chacun de manière plus ou moins étendue. Le degrès d'intervention dans la gestion de l'entreprise est également plus ou moins étendu. Or plus le régime choisi est contraignant, plus ce régime est protecteur.

TITRE 2 : LA PRÉSENCE DE DIFFICULTÉS LIÉES À L'ENTREPRISE OU AU COUPLE

406. L'investissement du conjoint, du pacsé ou du concubin dans l'entreprise de l'autre membre du couple peut être entravé par deux facteurs. Le premier extérieur à la volonté du couple est propre à l'exercice même d'une activité d'entreprise : il concerne la prise de risque pouvant engendrer de graves difficultés financières pour l'entreprise. Cette situation peut conduire à l'ouverture d'une procédure collective : lorsque le chef d'entreprise est confronté à des difficultés économiques, quelle va être la situation de son conjoint, de son pacsé et de son concubin ? Celui-ci peut-il être concerné par ces difficultés financières ?

407. Le second est relatif au couple : il concerne la séparation des membres du couple, qui peut avoir lieu du vivant des membres du couple ou en cas de décès de l'un d'eux. Le mariage, à la différence du PACS et du concubinage, est entièrement régis par la loi de sa célébration à sa dissolution. Seul le juge est habilité à prononcer le divorce, que ce soit en droit français ou en droit italien. La fin du PACS prend fin par la volonté des époux à l'image d'un contrat que les parties résilient (C.civ., art. 515-7), tandis que le concubinage prend fin par le comportement des époux sans l'accomplissement d'aucune formalité. A l'instar du droit français, le divorce rompt les liens du mariage en droit italien. Cependant, le divorce a été difficilement intégré en droit italien. En raison de l'existence du mariage religieux produisant des effets sur le plan civil, il était difficile pour le législateur de faire admettre l'idée de faire cesser le mariage du vivant des époux. Afin de faire accepter l'idée du divorce, le législateur eut la ruse de distinguer le mariage civil du mariage religieux. En matière de mariage civil, le divorce rompt le lien matrimonial, qui n'existe plus pour l'avenir. En matière de mariage religieux, le divorce ne s'applique qu'aux effets civils acquis par transcription sur les registres de l'Etat civil. La manière de procéder a été dénoncée par certains en saisissant la Cour constitutionnelle, qui a rejeté par deux fois les exceptions d'inconstitutionnalité soulevées. Cette loi a été approuvée à une majorité de 60 % par le peuple italien suite au référendum organisée les 12 et 13 mai 1974 sur proposition de certains groupes catholiques[928]. Tout comme en droit français, le divorce est une cause juridique de dissolution définitive du lien matrimonial. Son prononcé obéit aux règles du droit civil, qu'il s'agisse de la dissolution du mariage civil ou du mariage concordataire. Quant à ses effets, le divorce produit

[928] G. BRUILLARD, *op. cit*. p. 647.

un effet complet : il dissout le mariage civil tandis qu'en matière de mariage concordataire, le divorce fait cesser les effets civils du mariage[929] mais l'union religieuse subsiste devant Dieu. D'un point de vue terminologique, le mot « divorce » [divorzio] n'apparaît pas dans le Code civil italien. Le Code civil utilise préférablement le terme de «séparation » [separazione], mais les effets sont comparables au divorce en droit français (C.civ., art. 150 al. 2). A l'instar du droit français, la procédure de divorce est une procédure judiciaire dont l'issue emporte plusieurs effets personnels et patrimoniaux : les époux deviennent des tiers, ils cessent toute collaboration fondée sur les liens du mariage. Or la perte du statut d'époux se répercute-t-elle sur leur collaboration *lato sensu* ?

Chapitre 1 : Les difficultés liées à l'entreprise

Chapitre 2 : Les difficultés liées à la séparation du couple

[929] Art. 2, L. n°898/1970.

Chapitre 1 : Les difficultés liées à l'entreprise

408. Lorsque la collaboration professionnelle du couple s'inscrit dans le cadre d'une activité d'entreprise, la question des risques encourus par la conduite d'une telle activité se pose inévitablement. Le chef d'entreprise a le libre choix : exploiter son activité dans le cadre d'une entreprise individuelle ou d'une société. D'une part, la mise en société est une éventualité envisageable en raison de la protection offerte par certaines formes sociales quant à la responsabilité de ses associés. D'autre part, l'attractivité de l'entreprise individuelle peut être plus ou moins étendue en fonction de la possibilité pour le couple de constituer des patrimoines séparés. A cet égard, le droit français vient de connaître une évolution notable, tendant vers la soustraction des biens personnels du chef d'entreprise au gage des créanciers professionnels. L'organisation patrimoniale est essentielle aujourd'hui pour le chef d'entreprise, au point de relever de la « stratégie »[930] dans le but d'anticiper et de cantonner les risques pris, pouvant incidemment se répercuter sur le couple. Il convient de s'intéresser préalablement à la nature des risques liés à l'exercice de l'activité d'entreprise avant de s'attarder sur les mesures de protection du patrimoine du couple, quel que soit son mode de conjugalité.

Section 1: Les risques liés à l'exercice de l'activité

La prise de risques par le chef d'entreprise peut engendrer de graves difficultés économiques, qui conduisent à la sanction extrême de la cessation de l'activité liée à sa liquidation judiciaire. Lorsque l'entreprise est exercée sous forme individuelle, le chef d'entreprise est appelé à supporter l'ensemble des risques inhérents à l'activité développée[931]. Le conjoint travaillant dans l'entreprise familiale ne peut en principe voir sa responsabilité professionnelle engagée à moins qu'il n'ait outrepassé ses pouvoirs.

---

[930] Ce terme a été repris de l'intitulé de la conférence « Stratégie patrimoniale du couple », qui a eu lieu à Avignon le jeudi 11 octobre 2007, lors des ateliers Omnidroit : *Stratégie patrimoniale du couple*, *AJ fam*. Fév. 2008, p. 52 et sv.

[931] En droit français, sur les risques encourus par l'auto-entrepreneur, v. L. NURIT-PONTIER, *Dispense d'immatriculation de l'auto-entrepreneur : une simplification non dénuée de risques*, *D*. 2009, 585 ; A. BRUDER, *Les avantages du statut d'auto-entrepreneur en matière de création d'entreprise*, *JCP N* 2009, n°24, 1204 ; D. GALLOIS-CROCHET, *Micro-entreprise, micro-entrepreneur et auto-entrepreneur après la LME*, *JCP E* 2009, n°16, 1407.

I.- La procédure collective du chef d'entreprise

Pour une bonne compréhension de la notion, il convient d'appréhender la notion séparément en droit français et en droit italien.

A.- En droit français

En cas de difficultés économiques, le chef d'une entreprise individuelle peut être exposé aux risques d'ouverture d'une procédure collective[932] à son encontre, même après la cessation de son activité[933].

409. Avant la réforme du 10 juillet 1982, les juges « admettaient qu'une procédure collective pouvait être ouverte contre l'un ou l'autre des époux, indépendamment de la recherche et de l'existence d'une société créée de fait, quand le mari comme la femme accomplissaient des actes professionnels habituels dans l'exploitation commune, de manière indépendante »[934]. Le conjoint

[932] L'apparition du statut d'auto-entrepreneur a inéluctablement posé la question de l'application de la procédure collective à ce statut. Dans le silence de la loi, l'auto-entrepreneur sera-t-il soumis à l'ouverture d'une procédure collective ou, au contraire, à la procédure de surendettement ? Selon Monsieur le Professeur Frédéric Vauvillé, l'auto-entrepreneur détient une micro-entreprise, qui implique une micro-dette pouvant suffire à ouvrir une procédure collective. L'absence d'immatriculation de l'auto-entrepreneur n'est pas un obstacle dans la mesure où la loi du 26 juillet 2005 de sauvegarde des entreprises n'exige plus l'immatriculation du commerçant et de l'artisan. F. VAUVILLE, *Brèves observations sur le passif de l'auto-entrepreneur*, *Rev. proc. coll.*, janv.-fév. 2010, p. 17, v. spéc. p. 19.
De plus, l'auto-entrepreneur est considéré comme un professionnel indépendant, ce qui l'exclut des dispositions relatives au traitement des situations de surendettement. En effet, la Cour de cassation a clairement admis qu'une personne physique exerçant une activité professionnelle indépendante relève à compter du 1er janvier 2006 de la loi du 26 juillet 2005 aux conditions prévues par cette loi : Com. 30 sept. 2008, n°07-15.446 : JurisData n°2008-045.198, *Act. proc. coll.* 2008, comm. 277, obs. K. Salhi ; JCP E 2009, 1008, n°1, obs. Ph. Pétel; *Bull. Civ.* 2008, IV, n°163 ; *D.* 2008, p. 2749, obs. M.-L. Belaval ; *D.* 2008, p. 2501, obs. A. Lienhard.
[933] Civ. 2e, 2 juillet 2009, n°08-17.211, JurisData n°2009-04.8929, RJDA 12/2009, n°1103 ; Rev. proc. coll., mars-avril 2010, comm n°46, B. Saintourens, p. 41 : une personne physique dans l'impossibilité de payer une dette professionnelle née au titre d'une activité commerciale antérieure, relève des dispositions du Code de commerce, peu important la date à laquelle elle a été radiée du Registre du commerce et des sociétés. La survivance de la dette professionnelle après l'arrêt de l'activité empêche l'accès à la procédure de surendettement.
[934] In F. PASQUALINI et V. PASQUALINI-SALERNO, *La femme commerçante*, préc. Cité., p. 901 : Cass. Com., 6 juin 1977 : *RTD com.* 1977, 714, note J. DERRUPPÉ.
Cependant certains ont estimé que la nouvelle rédaction du Code de commerce avait condamné cette jurisprudence : v. B. MAUBRU, *La fin d'une jurisprudence : le nouvel article 4 du code de commerce*, *JCP G* 1983, I, 3109 ; D. MARTIN, *Le conjoint de l'artisan ou du commerçant*, Sirey 1984, n°151.
Pour d'autres auteurs la présomption de l'article L. 121-3 du Code de commerce est relative, confirmée par l'article L. 121-4 du code de commerce : v. not. D. RANDOUX, *Le conjoint du chef d'une entreprise artisanale ou commerciale, JCP* 1983, 13932 ; J. DERUPPÉ, *Commerçant marié*, RTDCom 1983, 210 ; J. BEAUCHARD, *Les difficultés d'application du nouvel article 4 du code de commerce*, D. 1984, Chron. 147.

collaborateur[935] ne se voit pas étendre, en principe, la procédure collective ouverte contre son conjoint chef d'entreprise. Pour autant, une telle procédure a des répercussions à l'égard du conjoint collaborateur comme à l'égard de tout conjoint en cas de régime de communauté. En effet, la Chambre commerciale de la Cour de cassation [936] a décidé dans un attendu de principe « qu'il résulte de la combinaison des articles 1413 du Code civil et L. 622-9 du Code de commerce qu'en cas de liquidation judiciaire d'un débiteur marié sous le régime de la communauté, les biens communs inclus dans l'actif de la procédure collective sont administrés par le seul liquidateur qui exerce pendant toute la durée de la liquidation judiciaire les droits et les actions du débiteur dessaisi concernant son patrimoine ; qu'il s'ensuit que les pouvoirs de gestion des biens communs normalement dévolus au conjoint *in bonis* en vertu des articles 1421 et suivants du Code civil ne peuvent plus s'exercer ». Cette décision assure la protection des créanciers du débiteur commerçant, qui ont le gage des biens communs. Elle a le mérite de mettre en évidence que c'est le couple qui est *de facto* concerné par la procédure collective. Le conjoint du commerçant, collaborateur ou non, est donc confronté incidemment aux risques du commerce par le jeu des règles du régime matrimonial et peut ainsi perdre ses propres pouvoirs sur les biens communs du couple. Par la combinaison des règles issues de la procédure collective et du régime communautaire[937], le conjoint entre dans la valse de la liquidation judiciaire en raison de l'absence de séparation étanche entre les patrimoines. La solution est sévère dans la mesure où l'ensemble des biens relevant de la communauté est engagé. Une telle incidence ne peut avoir

[935] Le conjoint collaborateur relève des procédures de surendettement et de rétablissement personnel en l'absence d'engagements professionnels propres qui lui soient imputables. Dans le cadre de son activité, le conjoint collaborateur ne peut pas bénéficier des mesures de surendettement réservées aux particuliers et non applicables aux dettes professionnelles sauf en cas de cautionnement des dettes de son époux lorsqu'il ne peut faire face « à l'engagement qu'il a donné de cautionner ou d'acquitter solidairement la dette d'un entrepreneur individuel ou d'une société dès lors qu'il n'a pas été, en droit ou en fait, dirigeant de celle-ci » (C.com., art. L. 330-1). V. F. LE PLAT, *De l'inégalité entre les débiteurs surendettés*, *Revue de droit bancaire et financière*, sept.-oct. 2006, p. 59

[936] Com., 4 oct. 2005, JurisData n°2005-030081, *JCP N* n°2, 13 déc. 2006, p. 73, Comm. n°1014, B. Beignier. Selon cet auteur, cette « décision était absolument inévitable compte tenu de la jurisprudence déjà fixée », dont la pierre angulaire a été posée par l'arrêt rendu par l'Assemblé plénière du 23 décembre 1994, selon lequel « il résulte de la combinaison des articles 1413 du code civil et L. 622-9 du Code de commerce qu'en cas de liquidation judiciaire d'un débiteur marié sous le régime de la communauté, les biens communs inclus dans l'actif de la procédure collective sont administrés par le seul liquidateur qui exerce pendant toute la durée de la liquidation judiciaire les droits et actions du débiteur dessaisi concernant son patrimoine ; qu'il s'ensuit que les pouvoirs de gestion des biens communs normalement dévolus au conjoint in bonis en vertu des articles 1421 du code civil ne peuvent plus s'exercer ». V. également, *JCP N* 1995, II, p. 423, note D. Randoux ; *JCP E* 1995, II, 660, note Ph. Pétel; *Defrénois* 1995, p. 445, obs. G. Champenois.

[937] V. à ce sujet, E. CHVIKA, *Droit privé et procédures collectives*, préf. Th. BONNEAU, Coll de Thèses Doctorat et notariat, *Defrénois*, 2003, p. 342 et s.

lieu en matière de PACS ou de concubinage où le principe est la séparation des biens accompagnée éventuellement d'une indivision.

410. Les créanciers de l'entreprise peuvent avoir un intérêt à rechercher la qualité de dirigeant de fait du conjoint. Contrairement au conjoint collaborateur, le conjoint du chef d'entreprise salarié par lui ou associé ne bénéficie pas d'une présomption de mandat catégoriel. En principe, le salarié et l'associé ne conduisent pas les affaires sociales. Plusieurs exemples jurisprudentiels écartent la qualification de dirigeant de fait. En effet, un associé qui exerce un simple contrôle sur la société en vertu de la loi ou des statuts ne peut être qualifié de dirigeant de fait [938], il en est de même lorsqu'il est associé majoritaire (même s'il détient la quasi-totalité du capital)[939]. Cette seule circonstance est insuffisante ; cette qualité a également été écartée lors de la réalisation d'une opération financière isolée[940] ou la seule détention de la signature de comptes bancaires est insuffisante en l'absence de preuve d'autres éléments positifs de gestion et de direction [941]. La simple aide apportée par l'épouse d'un associé majoritaire dans des tâches d'exécution [942] ne suffit pas à lui attribuer la qualité de dirigeant de fait. L'appréciation de la qualité de fait relève du pourvoir souverain d'appréciation des juges du fond, mais la Cour de cassation opère désormais un contrôle en vérifiant que les motifs utilisés par les juges du fond sont suffisamment pertinents, à défaut, la décision risque d'être censurée pour insuffisance de motifs ou défaut de base légale[943].

411. La qualité de dirigeant de fait a pu être reconnue à un associé ou à un salarié lorsque ces derniers sont « sortis de leur rôle normal »[944] et ont adopté le comportement de véritables dirigeants de droit. Une attitude similaire a été relevée à l'encontre de l'épouse du président actionnaire majoritaire d'une société anonyme, qui a exercé ses activités au service comptable de

---

[938] CA Paris, 3e ch., 7 mai 1975, *D*. 1975, som., p. 121 ; CA Paris, 3e ch. A, 12 mars 1996, RJDA 1996, n°638.
[939] Com. 20 janv. 1981, n°79-14.679. Tel est le cas également pour un associé détenant quarante cinq pour cent des parts et s'en tenant à son pouvoir normal de contrôle : CA Douai, 9 avr. 1993, JurisData, n°043841, *Dr. pén*. 1994, n°14 ; pour un associé détenant cinquante pour cent des parts : CA Paris 3e ch. A, 12 mars 1996, *op. cit* ; pour un associé minoritaire : Com., 24 avr. 2007, n°04-10.050, *RJDA* 2007, n°841. V. en sens contraire pour un actionnaire très fortement majoritaire vis-à-vis duquel la société n'a pas la moindre autonomie : T.com. Melun, 30 déc. 1987, *Bull. dict. perm.*, 21 mars 1988, n°39, p. 8959.
[940] CA Paris, 3e ch. A, 10 mai 1989, *JCP E* 1989, II, n°15558
[941] CA Paris, 3e ch. A, 7 oct. 1997, *RJDA* 1998, n°55 ; CA Paris, 3e ch., 16 déc. 1997, Feng, *Bull. Joly Sociétés* 1998, p. 369, *RJDA* 1998, n°292.
[942] CA Paris, 3e ch. B, 3 mars 2006, *Marandet* c. *SCP Perney*, *RJDA* 2006, n°904.
[943] V. D. TRICOT, *Les critères de la gestion de fait*, *op. cit*., p. 25.
[944] Lamy sociétés commerciales 2010, n°631.

la société sans que les documents de l'entreprise ne fassent mention de sa qualité de salariée et d'une rémunération versée à ce titre et donc en l'absence de tout lien de subordination [945] ou d'une épouse qui, « en pleine connaissance de cause, établit elle-même des effets de commerce de complaisance afin de maintenir artificiellement l'activité de la société »[946]. Cependant, un salarié qui a excédé le seuil normal d'intervention reconnu par son contrat de travail et a agi en toute indépendance, peut être qualifié par les tribunaux de dirigeant de fait soit en ayant été investi de tels pouvoirs[947], soit en s'investissant lui-même de ces pouvoirs[948].

412. **L'hypothèse de la coexploitation.** En cas de coexploitation, la question se pose de déterminer si les coexploitants sont tous les deux soumis à la même procédure collective ou s'ils doivent faire l'objet de procédures distinctes. Dans un arrêt de principe rendu le 15 mars 2005, la Chambre commerciale de la Cour de cassation [949] a tranché en fonction de l'ouverture de procédures distinctes. Dans cette affaire, la Cour a statué sur le pourvoi formé par l'épouse de l'exploitant d'un fonds de commerce, en raison de l'extension à son encontre de la liquidation judiciaire de son mari[950]. La Cour de cassation a décidé de rejeter l'extension de la procédure unique ouverte à l'encontre du mari au profit de l'ouverture de procédures distinctes à l'encontre de chaque personne. Au visa des articles L. 620-2 et L. 621-5 du Code de commerce, la Cour de cassation a décidé, dans un attendu de principe, que « les personnes qui exploitent en commun un fonds de commerce et qui remplissent les conditions fixées par l'article L. 620-2 du Code de commerce peuvent, chacune, faire l'objet d'un redressement ou d'une liquidation judiciaires ; qu'en l'absence de confusion des patrimoines, le tribunal doit, après avoir constaté l'état de cessation des paiements de chacune d'elle, ouvrir autant de procédures distinctes que de personnes ». En matière de société, seuls des associés indéfiniment et solidairement responsables d'une personne morale débitrices sont de plein droit déclarés en redressement ou en liquidation judiciaire et bénéficient de ce fait de l'ouverture d'une procédure autonome contre les intéressés, ce que certains qualifient de « fausses extensions »[951]. La collaboration constante d'un concubin

[945] Soc., 6 mars 1991, n°87-42.505
[946] Com., 8 oct. 1996, n°94-19.937, *Dr. sociétés* 1996, n°211.
[947] V. par ex., Com., 8 nov. 1973, n°72-13.604, D. 1974, I.R., p. 32.
[948] V. par ex., Com. 8 juin 1982, n°80-14.269 ; Com. 22 janv. 2002, n°98-21.181, RJDA 2002, n°502.
[949] Com., 15 mars 2005, *Mme Roselyne Berry, épouse Aubin c/ Mme Marie-Agnès Dumoulin*, *D.* 2005, p. 952 et les obs. ; *Revue des sociétés* 2005, p. 684, note P.- M. Le Corre.
[950] En l'espèce, le tribunal avait rejeté la demande du liquidateur d'étendre la liquidation judiciaire à l'épouse de l'exploitant du fonds de commerce. La cour d'appel, dans un arrêt infirmatif, avait accueilli cette demande.
[951] V. P.- M. LE CORRE, note sous Com. 15 mars 2005, *décision préc*.

à l'entreprise appartenant à l'autre permet aisément d'invoquer un mandat tacite et surtout la théorie du mandat apparent. Cependant cela peut présenter le risque de l'immixtion du concubin non chef d'entreprise dans la gestion de l'entreprise avec de graves conséquences : l'extension du passif social et de la procédure collective. La collaboration prolongée du concubin à l'activité de l'autre peut créer une situation ayant l'apparence d'un mandat. L'insertion du concubin dans l'entreprise de l'autre peut lui faire courir le risque de subir l'extension du passif de celle-ci ou d'une procédure collective [952]. Tout créancier professionnel a intérêt à établir la qualité de coexploitants des membres du couple afin de diriger ses poursuites contre chacun d'eux. Cependant, la seule participation des membres du couple à la même activité est insuffisante à établir la coexploitation. De plus, la preuve de la coexploitation peut être plus ou moins aisément rapportée par le créancier professionnel selon que l'activité exercée ait une nature civile ou commerciale. En effet, si l'activité a une nature civile, chacun des époux doit pour exercer l'activité civile concernée remplir les critères caractérisant l'activité agricole, artisanale ou libérale[953].

B.- En droit italien

413. Lorsque l'entreprise est exploitée sous forme individuelle, l'identification du chef d'entreprise permet d'identifier le patrimoine responsable au regard des tiers [954]. La procédure spéciale applicable à l'entrepreneur concerne l'ensemble du patrimoine de ce dernier. A l'instar du droit français, le chef d'entreprise est privé de l'administration et de la disposition de ses biens existant lors de la déclaration de faillite [dichiarazione di fallimento].

Le droit italien des procédures collectives, ou plus exactement de la faillite [il fallimento] a été réformé par le Décret-loi n°5 du 9 janvier 2006 [955] entré en vigueur le 16 juillet 2006, exceptés les articles 48 et 49 relatifs à l'obligation de correspondance du débiteur et l'obligation de communiquer son changement d'adresse, entrés immédiatement en vigueur. Les nouvelles mesures sont inapplicables au petit entrepreneur, à l'artisan et à l'entrepreneur agricole. En

[952] J.-Ph. HAEL, « Le concubinage dans le droit de l'entreprise », in *Les concubinages Approche socio-juridique*, t.2 II, Centre de droit de la famille, éd. CNRS, p. 127, spé. p. 132.
[953] Quant à l'activité libérale, le conjoint, le pacsé ou le concubin doit remplir les capacités professionnelles requises.
[954] M. SANDULLI, « Debiti d'impresa e patrimonio responsabile », in *Studi in onore di Gastone Cottino*, *op. cit*., p. 239.
[955] D. Lgs. 9 janv. 2006, n°5, Riforma organica della disciplina delle procedure concorsuali.

principe, seul le chef d'une entreprise[956] commerciale entendue au sens de l'article 2082 du Code civil, est concerné par l'ouverture d'une procédure collective.

414. En cas d'entreprise familiale et de collaboration *stricto sensu* du conjoint, la question s'est posée en droit italien de déterminer s'il fallait étendre la procédure collective à ce dernier. La récente réforme des procédures collectives n'a pas envisagé ce point. La Cour de cassation a statué sur le problème de l'extension de la procédure collective du chef d'entreprise à son conjoint. Dans sa décision rendue le 27 juin 1990[957], la Cour de cassation a décidé que « l'intention du législateur, en élaborant l'institution de l'entreprise familiale, n'a pas été de créer une société entre les membres de la « famille », mais de protéger les plus faibles du groupe à l'égard desquels, l'auteur de l'initiative et le pôle d'attraction des liens pour un temps professionnels, familiaux et entrepreneurials constitue le véritable et unique gérant de l'entreprise ». Par cet attendu, la Cour de cassation a cassé l'arrêt de la Cour d'appel de Rovereto[958] qui avait déclaré tous les collaborateurs familiaux « faillis ». Une telle position jurisprudentielle a permis à la doctrine[959] de reconnaître au conjoint collaborateur la possibilité de déclarer sa créance au cours de la procédure collective[960]. Toutefois, la Cour de cassation a décidé que lorsque le rapport entre les collaborateurs familiaux d'une entreprise familiale, parmi lesquels figure le conjoint, apparaît à l'égard des tiers comme un rapport sociétaire, tous les membres sont soumis à la procédure collective du chef d'entreprise[961]. La solution n'est pas la même en cas de coexploitation, car le conjoint est présumé réaliser des actes de commerce en son nom et pour son compte.

II.- Le sort des biens du conjoint *in bonis*

Le lien patrimonial créé entre les époux en raison de l'existence du régime matrimonial impose que l'on s'intéresse à leur sort particulier.

A.- En droit français

[956] Toutefois, les sociétés commerciales sont également visées par la loi.
[957] Cass. 27 juin 1990, n°6559, *Nuova giur. civ. comm.*, 1991, I, p. 67, note Lucchini.
[958] Trib. Rovereto, 10 luglio 1987, *Riv. Dir. Comm.*, 1990, II, p. 317.
[959] L. BALESTRA, *Attività d'impresa e rapporti familiari*, *op. cit.*, p. 535 et sv.
[960] V. par ex., S. FRASCAROLI, *Contraddizioni e bizzarrie in tema di impresa familiare e fallimento nell'orientamento di dottrina e giurisprudenza*, *Familia*, 2003, I, p. 595 et sv.
[961] Cass. 24 mars 2000, n°3520, *Fallimento* 2001, 281.

415. En cas de régime séparatif, les biens appartenant en propre au conjoint *in bonis*[962] ne sont pas concernés en principe par la procédure collective. L'assiette du gage des créanciers professionnels est étendue en régime de communauté car les biens appartenant en propre au chef d'entreprise et les biens communs peuvent être réunis à l'actif liquidé. Toutefois, un sort différent peut être réservé aux biens propres financés par le conjoint débiteur. La Chambre commerciale de la Cour de cassation a décidé dans un arrêt en date du 10 janvier 2006 [963], qu'il appartient aux juges du fond de décider souverainement si le bien appartenant au conjoint *in bonis* a été acquis avec des valeurs fournies par le débiteur. Il appartient au conjoint du débiteur de rapporter la preuve que les fonds que lui a fournis son époux pour acquérir un bien étaient la contrepartie d'une activité non rémunérée excédant la contribution aux charges du mariage. En l'espèce, la décision a été rendue sous l'empire de la loi ancienne du 13 juillet 1967 [964] dont les textes sollicités n'ont pas été modifiés par les réformes successives. Selon l'article L. 624-6 du code de commerce appliqué, « *le mandataire judiciaire ou l'administrateur peut, en prouvant par tous les moyens que les biens acquis par le débiteur l'ont été avec des valeurs fournies par celui-ci, demander que les acquisitions ainsi faites soient réunies à l'actif* ». Le but poursuivi par une telle règle est de déjouer une fraude aux droits des créanciers professionnels par interposition de personne. En l'espèce, deux époux étaient mariés sous le régime de la séparation de biens. L'épouse avait acquis un terrain nu avec des deniers provenant vraisemblablement de son époux commerçant sur lequel avait été ensuite érigée une construction à usage mixte. Les créanciers professionnels de l'époux soumis à une procédure de liquidation judiciaire avaient demandé à ce que seul le financement du terrain soit réuni à l'actif liquidé. Pour se défendre, l'épouse prétendait devant la Cour de cassation que le financement du terrain par son époux et acquis par elle se justifiait par l'aide apportée par elle à l'activité professionnelle du mari. Un transfert de fonds entre époux est tout à fait valable lorsqu'il a une cause licite comme la collaboration de l'épouse à l'activité de l'époux, par exemple. Or les juges du fond ont considéré que l'épouse n'apportait pas la preuve « d'une activité non rémunérée excédant la contribution aux charges du

[962] Pour un étude générale sur ce point, v. S. LAMBERT, *Le sort du conjoint in bonis engagé aux côtés de son époux surendetté ou soumis à une procédure collective*, *RTD com*., 2007, p. 485.

[963] Com., 10 janv. 2006, n°04-18.817, *Negro Epse Bernardi c/ Bernardi et a.*, RDBF Mai-Juin 2006, p. 27, note F.-X. L.

[964] Cette loi a abandonné la présomption dite « mucienne » consistant à faire présumer que tous les biens acquis pendant le mariage par le conjoint du débiteur failli devaient être réunis à la masse de son actif car supposés acquis avec des deniers provenant de l'exercice du commerce. Il appartenait alors au conjoint de combattre cette présomption en prouvant par tout moyen sa propriété sur ces biens ainsi que l'origine des fonds ayant servi à financer leur acquisition.

mariage » pouvant justifier cette remise de fonds. Ayant constaté qu'elle était « sans ressources et sans fortune », elle ne pouvait avoir réalisé seule cette acquisition. Partant de ces constatations, la Cour de cassation a rejeté le pourvoi de l'épouse in bonis, le bien lui appartenant étant ainsi réuni à l'actif du débiteur. La preuve pesait donc sur la tête de l'épouse ; à défaut, le bien devait être réuni à l'actif du débiteur.

416. A priori les biens du conjoint collaborateur et du salarié ne sont pas engagés dans l'entreprise. Une distinction doit être réalisée en ce qui concerne les biens communs et les biens propres. Lui-même dans l'exercice de sa collaboration n'engage pas ses biens personnels. Il n'en va pas de même pour les biens communs[965]. En effet, le patrimoine du conjoint collaborateur peut être concerné par le jeu de son régime matrimonial. De même pour les pacsés et les concubins, dont les biens indivis peuvent être engagés dans l'entreprise. Le concubin peut être inquiété par l'ouverture d'une procédure collective à son encontre en cas d'exploitation commune d'une même activité dans la mesure où il a effectué des actes de commerce de manière indépendante et à titre de profession habituelle, à moins d'être victime de l'extension de la procédure collective de l'autre en cas de confusion de patrimoine. Sans être exposé à l'ouverture d'une procédure collective, il peut être condamné solidairement à payer la dette. Quant au conjoint associé, l'atteinte portée à son patrimoine dépendra de l'étendue de sa responsabilité, qui peut-être limitée ou illimitée, selon la forme sociale choisie.

B.- En droit italien

417. A priori, seul le chef d'entreprise est concerné par la procédure collective. Cependant, le décret-loi prévoit une disposition spéciale en ce qui concerne les actes accomplis entre les conjoints. Cette mesure, contenue à l'article art. 69 al.1 de la loi sur la faillite, prévoit que tous les actes accomplis à titre onéreux et gratuit entre les conjoints durant la période au cours de laquelle le débiteur exerçait une activité d'entreprise commerciale sont présumés réalisés au préjudice de la « masse » des créanciers et sont révocables. Cependant, la loi prévoit une exception lorsque le conjoint est de bonne foi : il lui appartient de prouver qu'il n'avait pas connaissance de l'état d'insolvabilité du débiteur. La sanction est grave. Une telle règle n'est pas assimilable au

[965] Sur les voies de recours du conjoint commun en biens in bonis et du cessionnaire : Com. 10 mars 2009, n°07-20.718, JurisData n°2009-047448 ; Com. 28 avril 2009, n°08-10.368, JurisData n°2009-0479973, *Act. proc. coll.* 2009, n°11, comm. 176, note J. Leprovaux.

concubin du chef d'entreprise, à moins qu'il ne soit prouvé que certains actes aient été réalisés en fraude aux droits des créanciers.

Les biens personnels et propres au conjoint du débiteur ne sont pas concernés par la procédure collective. Mais, à l'instar du droit français, les biens communs peuvent constituer le gage des créanciers professionnels. Ainsi, le régime de communauté légale n'instaure qu'une protection relative en cas de procédure collective ouverte contre le conjoint, contrairement au régime de séparation de biens.

Section 2 : La protection du patrimoine du couple

418. Lorsque les activités artisanale, commerciale, agricole ou libérale ne sont pas exercées sous une forme sociétaire, le patrimoine professionnel se confond avec le patrimoine privé de sorte que l'ensemble du patrimoine personnel du chef d'entreprise est exposé aux engagements professionnels. Il est donc nécessaire d'envisager des mesures de protection du patrimoine familial. Aujourd'hui, la protection du patrimoine familial par rapport aux risques extérieurs apparaît comme la « face civile de la stratégie patrimoniale ». La collaboration professionnelle entre les membres du couple produit nécessairement des conséquences sur leurs biens. En fonction du statut juridique du couple, les modalités de protection des biens du couple seront différentes. Nous avons vu que le régime matrimonial encadre les pouvoirs de chacun des époux. Lorsque le couple est marié, il est nécessaire de distinguer selon le type de régime matrimonial pour lequel les époux ont opté. Le régime de la séparation de biens apparaît comme le plus protecteur pour la sauvegarde du patrimoine familiale[966]. Il peut être un outil de protection du patrimoine tout comme l'est la mise en société.

419. L'une des préoccupations essentielles de l'entrepreneur individuel est la protection de ses biens et de ceux de sa famille. Cette préoccupation est moindre lorsque l'activité est exercée sous forme de société en raison de la différenciation des personnalités et des patrimoines de la société et de son dirigeant. Afin de limiter leur responsabilité, certains chefs d'entreprise se tournent vers la société pour exploiter leur activité. Mais pour certains auteurs, le recours à la société « conduit à détourner cette forme d'entreprise de sa finalité, pour des raisons souvent limitées à des

[966] V. à ce sujet, J. LEPROVAUX, *La protection du patrimoine familial*, *op. cit.*, spéc. p. 50.

considérations fiscales et sociales »[967]. Or, la création d'un patrimoine dédié aux risques de l'entrepreneur permet à la société de recouvrer sont but premier : elle serait « réservée aux personnes mettant en commun moyens et/ou capitaux, ou à l'organisation d'un groupe avec ses filiales » et « permettrait l'accumulation des bénéfices ». Désormais, le droit français autorise la constitution d'un patrimoine d'affectation avec l'adoption de la loi n°2010-658 du 15 juin 2010 relative à l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée.

420. L'introduction du statut juridique de l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée[968] en droit français a pour effet de relancer le débat sur l'unicité du patrimoine en raison du « cloisonnement du patrimoine professionnel »[969] qu'il induit. Longtemps le législateur français a refusé l'éventualité de créer un patrimoine d'affectation en raison de la théorie classique de l'unité du patrimoine chère à *Aubry et Rau*. D'origine doctrinale, cette théorie n'existait historiquement ni en droit romain, ni en droit coutumier[970]. S'inpirant des travaux de l'allemand *Zachariae*, les deux auteurs Charles Aubry et Charles Rau[971] ont élaboré la théorie de l'unicité du patrimoine liée à celle de la personnalité, en application de laquelle, une personne ne peut avoir qu'un seul patrimoine et le patrimoine ne peut être envisagé qu'en fonction de la personne qui le possède. Il existe donc un lien étroit et direct entre le patrimoine et la personne qui le possède. Cette théorie, également désignée sous les termes de « théorie subjective du patrimoine » a fait l'objet d'importantes critiques par la doctrine[972] à partir de la deuxième moitié du vingtième siècle, qui l'a vivement combattue. Le législateur français a, à de nombreuses reprises, porté atteinte à cette théorie de l'unité du patrimoine, la fragilisant un peu plus à chaque fois. Le droit italien connaît également le principe d'unité du patrimoine. Toutefois, il est possible d'y déroger

[967] F. ROUSSEL, M.-Ch. LARCHER et a., *De la fiducie à l'entreprise individuelle à responsabilité limitée (EIRL)*, *JCP E* n°37, 12 septembre 2008, p. 29, v. spéc. p. 30.
[968] E. DUBUISSON, *EIRL L'entrepreneur à responsabilité limitée*, *Litec*, 2010.
[969] V. M. ROCHEDY, *L'EIRL, aspects fiscaux et comptables : le choix du patrimoine professionnel affecté*, *Revue Lamy droit des affaires* 2010, n°6, p. 62.
[970] P. DUPICHOT, *L'unité du patrimoine aujourd'hui*, *JCP N* 2009, 1356.
[971] Ch. AUBRY, Ch. RAU, *Cours de droit civil français*, 3e éd. 1857.
[972] V. par ex., H.-L. et J. MAZEAUD, *Leçons de droit civil, Introduction à l'étude du droit*, t. 1, éd. *Montchrestien* 1965, spéc. 15e leçon : dans cet ouvrage, les frères Mazeaud admettaient, qu'il était nécessaire de se diriger vers le patrimoine d'affectation conçu comme une universalité dès qu'il est destiné à un but. Sur ce point, v. C. LEBEL, *Adoption de l'EIRL et autres mesures relatives à l'entreprise individuelle*, *JCP E* 2010, actu. 362, p. 3, spéc. p. 5-6.

dans les seuls cas prévus par la loi (C.civ., art. 2740 al. 2). La stratégie de la séparation des patrimoines semble de plus en plus utilisée[973].

421. La protection patrimoniale varie selon la forme de l'entreprise au sein de laquelle collaborent les membres d'un couple. Dans l'hypothèse d'une collaboration conjugale, l'intérêt de la mise en société tient à la « plasticité du concept de la personne morale »[974]. En l'absence de patrimoine d'affectation, la mise en société pouvait apparaître comme un moyen alternatif pour résoudre les problèmes liés à son défaut. Il s'agit alors d'une technique juridique utilisée afin de structurer l'activité d'entreprise[975]. En ce sens, le législateur a multiplié les formes de sociétés[976] avec la création des sociétés unipersonnelles en 1985. L'adoption d'une forme sociétaire unipersonnelle attribue au chef d'entreprise la faculté d'affecter un patrimoine à une activité professionnelle tout en lui permettant de conserver la gestion de l'entreprise. Ainsi le patrimoine personnel du chef d'entreprise est protégé des créanciers professionnels. Une distinction est ainsi opérée entre les affaires sociales et les affaires personnelles. Désormais, l'abandon du principe d'unicité du patrimoine en droit français peut réduire l'intérêt de mettre en société les petites et moyennes entreprises. Cependant, la mise en société conserve l'avantage de permettre l'intégration future de nouveaux associés, décidés « à rejoindre celui qui a eu la volonté initiale »[977]. De plus, la contribution des associés aux pertes de la société va dépendre de la forme de celle-ci[978]. En effet, opter pour une société à risques limités, revient à réduire les pertes subis par l'associé sur son patrimoine. Celui-ci ne perd que son apport. En droit français, pour les initiateurs de la réforme de 1982, la société à responsabilité limitée permettait la protection de l'ensemble du patrimoine. A contrario, il est nécessaire de prendre garde aux pièges liés à la gérance de fait, aux incidences de la fictivité de la société et aux exigences des créanciers, qui peuvent demander le cautionnement des associés.

---

[973] R. QUADRI, *La circolazione dei beni del « patrimonio separato »*, *NGCC* 2006, II, p. 7.
[974] « L'entreprise face au bicentenaire du Code civil », note n°51.
[975] J. PAILLUSSEAU, *La société anonyme technique d'organisation de l'entreprise*, *Sirey*, 1967.
[976] V. Cl. CHAMPAUD, D. DANET, *Sociétés et autres groupements, Sociétés en général*, *op. cit.*, spéc. p. 350.
[977] « L'entreprise face au bicentenaire du Code civil », *op. cit.*, spéc. p. 189.
[978] Le chef d'une petite entreprise exploitant une activité à titre principale peut trouver un intérêt certain en optant pour une forme sociale unipersonnelle telles qu'une entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée ou une société par actions simplifiées unipersonnelle, dans la mesure où sa responsabilité se trouve limitée au montant de son apport : v., A. POMADE, *L'auto-entreprenariat : une solution à la création d'entreprise ? Mise en perspective avec la SASU, l'EURL et l'EIRL*, *RDS* 2010, p. 495, spéc. p. 500.

I.- Les mesures légales de protection du patrimoine familial

En droit français, la loi permet à l'entrepreneur individuel de protéger une partie de son patrimoine en procédant à une déclaration d'insaisissabilité ou en optant à compter du 1er janvier 2011 pour l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée. En droit italien, le chef d'entreprise peut avoir recours à la création d'un fonds patrimonial.

A.- L'entrepreneur individuel à responsabilité limitée

422. Cette théorie de l'unité du patrimoine a définitivement disparue[979] en droit français. La création du statut d'entrepreneur individuel à responsabilité limitée permet à l'entrepreneur individuel exerçant dans le domaine commercial, artisanal et même libéral d'isoler certains biens en les affectant à son activité professionnelle de sorte que ces biens soient distingués de son patrimoine personnel[980]. Une telle règle est énoncée à l'article 526-6 du Code de commerce, issu de l'article premier de la loi du 15 juin 2010, qui dispose « tout entrepreneur individuel peut affecter à son activité professionnelle un patrimoine séparé de son patrimoine personnel, sans création d'une personne morale ». La création du patrimoine d'affectation apparaît comme « une solution médiane entre les théories subjective et objective du patrimoine »[981], même s'il ne constitue pas un patrimoine parfaitement étanche. Le chef d'entreprise exploitant sous forme individuelle pourra, à compter de l'entrée en vigueur du dispositif, détenir plusieurs masses de biens composant des patrimoines différents. Dans notre contexte économique, la création d'un patrimoine d'affectation est une solution opportune à la protection de certains biens du chef d'entreprise.

---

[979] Selon l'expression utilisée par Monsieur le Professeur Bernard SOINNE « Aubry et Rau sont bien morts. L'unité du patrimoine n'existe plus au moins sous la vision globale de ce principe », v. B. SOINNE, *Au bonheur des juristes*, *Rev. Proc. Coll.*, mai-juin 2010, p. 1.
Selon Messieurs Claude Champaud et Didier Danet, « l'adoption du statut d'EIRL pourra être considérée comme le constat de décès officiel d'une idole qui régna sur notre droit français durant plus d'un siècle alors qu'il n'en était rien dans les droits étrangers », Cl CHAMPAUD et D. DANET, *Sociétés et autres groupements, Sociétés en général*, *RTD com* 2010 n°2, Chron. p. 349.
[980] Une récente réponse ministérielle a indiqué qu'il n'est pas prévu d'étendre le dispositif de l'EIRL aux associés d'une Société en Nom Collectif (SNC). En effet, bien que ces derniers soient responsables solidairement et indéfiniment des dettes professionnelles, ils restent associés d'une société et ne peuvent bénéficier, à ce titre, de l'E.I.R.L. : Rép. Min. n° 81046 du 14 sept. 2010, JOAN.
[981] C. LEBEL, *Adoption de l'EIRL et autres mesures relatives à l'entreprise individuelle*, *op. cit.*, v. spéc., p. 6.

423. Le dispositif[982] issu de la loi n°2010-658 du 15 juin 2010[983] relative à l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée[984] crée « un nouvel instrument de limitation de la responsabilité »[985] (C.com., art. L. 526-6 à L. 526-21), dont l'entrée en vigueur est fixée au 1er janvier 2011. Tandis que certains évoquent l'idée de la résurgence d'un « Serpent de mer »[986], cette loi constitue l'aboutissement d'une vieille discussion juridique sur la nécessité d'adopter un patrimoine d'affectation[987]. Cependant, il ne s'agit pas d'une nouvelle forme de société pour l'entrepreneur individuel[988], car l'entrepreneur exploite en son nom propre sans l'intermédiaire d'une personne morale, contrairement à la société unipersonnelle. Bien que le but d'une telle mesure soit de protéger l'entrepreneur des risques liés à l'exercice de son activité, certains soulignent déjà les effets pervers du système quant à l'obtention de garanties pour le financement de l'activité poursuivie.

424. La création d'une entreprise individuelle à responsabilité limitée permettra au chef d'entreprise de limiter sa responsabilité[989] en mettant son patrimoine professionnel à l'abri de ses créanciers professionnels[990] par la création d'un patrimoine d'affectation entraînant d'importantes conséquences fiscales[991]. L'entrepreneur individuel à responsabilité limitée[992] aura donc la faculté

---

[982] Ce dispositif est inséré dans le Code de commerce, au livre V, dans le titre II relatif aux garanties, sous le chapitre VI sur la protection de l'entrepreneur individuel et du conjoint.
[983] *JO* 16 juin 2010, p. 10984.
[984] L'emploi du sigle « E.I.R.L. » peut prêter à confusion : ce sigle peut à la fois désigner l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée ou l'entreprise individuelle à responsabilité limitée.
[985] V. S. PRIGENT, *Déclaration d'insaisissabilité et EIRL*, *Revue française de comptabilité*, n°434 Juill. – Août 2010, p. 9.
[986] J.-L. PIERRE, *La résurgence d'un « Serpent de mer »*, *JCP E* 2009, n°51-52, Chron. 2184.
[987] Cl. CHAMPAUD, *L'entreprise personnelle à responsabilité limitée*, *RTD com.* 1979, 21.
[988] A. F. ZATTARA-GROS, *L'entrepreneur à responsabilité limitée après première lecture*, *Journ. Sociétés*, mai 2010, p. 44.
[989] La responsabilité du chef d'entreprise étant ainsi limitée, la loi autorise le mineur à exploiter une entreprise sous forme d'E.I.R.L. ou d'E.U.R.L. et à devenir commerçant suite à son émancipation conformément à l'article 2 de la loi n°2010-658 du 15 juin 2010 relative à l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée.
[990] Tel n'est pas le cas de « l'auto-entreprise », car la responsabilité de l'auto-entrepreneur est illimitée pour les dettes professionnelles en raison de l'absence de séparation entre ses patrimoines professionnel et personnel : A. POMADE, *L'auto-entreprenariat : une solution à la création d'entreprise ? Mise en perspective avec la SASU, l'EURL, et l'EIRL*, *op. cit.*, p. 495.
[991] J.-L. PIERRE, *Régime fiscal de l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée*, *JCP E*, n°39, 1855, p. 49 ; V. M. ROCHEDY, *L'EIRL, aspects fiscaux et comptables : le choix du patrimoine professionnel affecté*, *op. cit.*: selon l'auteur, « la distinction entre le patrimoine personnel et le patrimoine professionnel est révélateur de l'autonomie du droit fiscal qui s'oppose ainsi à la théorie civiliste de l'unicité du patrimoine. Cette séparation est importante car elle entraîne un traitement spécifique en matière de déduction des charges, de taxation de produits courants et des plus ou moins values d'élément d'actif ». La déclaration d'affectation est « un fait générateur d'imposition » : v. spéc., p. 63. La loi a aligné le régime fiscal de l'entrepreneur à responsabilité limitée sur celui de l'entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée, et de l'exploitation agricole à responsabilité limitée selon les cas, conformément aux dispositions de l'article 1655 sexies du Code général des impôts.

de déclarer[993] au registre du commerce et des sociétés[994] ou, au répertoire des métiers[995], ou au registre du greffe tenu par le tribunal de commerce[996], la liste des biens qu'il affectera à son activité professionnelle. Il s'agira de l'ensemble des biens, droits, obligations ou sûretés dont l'entrepreneur individuel est titulaire et qu'il décide d'affecter. La loi impose comme limite un critère de destination des biens, ils doivent être nécessaires ou utiles à l'exercice de son activité professionnelle. De plus, un même bien, droit, obligation ou sûreté ne peut entrer dans la composition que d'un seul patrimoine affecté (C.com., art. L. 526-6). La loi prévoit un cas particulier pour les biens communs et indivis : la preuve de l'information et du consentement exprès du conjoint ou des coïndivisaires sera exigée de la même façon que pour la création d'une entreprise individuelle ou d'une entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée. Une obligation d'information du conjoint, du pacsé ou du concubin, propriétaires indivis incombera donc au chef d'entreprise[997]. Entrera dans le patrimoine affecté l'état descriptif « en nature, qualité, quantité et valeur » (C.com., art. L. 526-8, 1°) des différents biens et droits affectés. Il appartiendra à l'entrepreneur de réaliser l'évaluation de son patrimoine affecté. La loi prévoit, cependant, une procédure particulière pour les biens immobiliers affectés : ces biens devront être évalués par un notaire et la formalité sera publiée au bureau des hypothèques. Lorsque la valeur du bien sera supérieure à un seuil déterminé par décret, l'évaluation devra être effectuée par un commissaire aux comptes, un expert-comptable ou une association de gestion et de comptabilité. Si la valeur des biens composant le patrimoine affecté aura été surestimée, l'entrepreneur sera tenu responsable pendant cinq ans des dettes professionnelles sur la totalité de son patrimoine, à hauteur de la différence entre les deux valeurs, la valeur expertisée ou réelle (à défaut d'expertise) et la valeur déclarée (C.com., art. L. 526-10, al. 3 et 4).

425. L'entrepreneur individuel sera ainsi détenteur deux patrimoines, dont l'un sera exclusivement réservé aux biens destinés à l'exercice de son activité professionnelle. En cas de

---

Le régime de l'impôt sur les sociétés est étendu à l'E.I.R.L. sur option, à moins que l'entrepreneur ne préfère soumettre les revenus de l'activité professionnelle à l'impôt sur le revenu. Les réserves financières conservées par l'E.I.R.L. dans son entreprise ne seront pas soumises à impôt : sur ces points, v. E. DUBUISSON, *EIRL, un tournant du droit en procédure accélérée…*, *RLDA*, Juin 2010, 2894, p. 15, spéc. p. 16.

[992] E. DINH, *L'EIRL, un hybride en droit français*, *JCP E* 2010, 1979, p. 9.

[993] La déclaration d'affection est gratuite lorsqu'elle est effectuée au moment de la constitution de l'entreprise. Lorsqu'elle intervient postérieurement, le coût de ces formalités doit être fixé par décret.

[994] Tel est le cas pour les commerçants.

[995] Tel est le cas pour les artisans.

[996] Tel est le cas pour les agents commerciaux, les professionnels libéraux et les auto-entrepreneurs.

[997] I. DAURIAC, C. GRARE-DIDIER, *Projet d'EIRL : l'enjeu pour la famille*, *Defrénois* 2010, art. 39096.

défaillance de l'entreprise, le gage des créanciers professionnels sera limité au patrimoine affecté à l'exploitation. Une telle perspective conduit nécessairement à redéfinir, à la fois aux niveaux théorique[998] et pratique[999], les droits des créanciers professionnels afin de tendre vers un équilibre des rapports. Pour les créanciers, le patrimoine affecté constituera « un gage général séparé », qui ne sera opposable qu'aux seules créances nées postérieurement à sa création. Il s'agit donc d'une exception à l'article 2284 du Code civil, qui dispose « quiconque s'est obligé personnellement, est tenu de remplir son engagement sur tous ses biens mobiliers et immobiliers, présents et à venir ». Cependant, la loi prévoit la réunion des patrimoines personnel et professionnel de l'entrepreneur en cas de fraude, ou de manquement grave aux règles de l'affectation, à l'obligation de tenir une comptabilité autonome et d'utiliser un compte bancaire professionnel séparé. De plus, les créanciers non professionnels pourront saisir le bénéfice réalisé par l'E.I.R.L. en cas d'insuffisance du patrimoine non affecté (C.com., art. L.526-12). La simplicité du dispositif relatif à l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée permettra à ce dernier de protéger les biens qui ne sont pas affecté à l'exercice de son activité professionnelle, tout en préservant les intérêts de son couple et de sa famille. Certains craignaient que l'absence de coordination entre les dispositions propres à l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée et les règles des procédures collectives[1000] pouvait conduire à diminuer son attractivité [1001]. Or l'ordonnance n°2010-1512 du 9 décembre 2010 portant adaptation du droit des entreprises en difficulté et des procédures de traitement des situations de surendettement permet l'adaptation du droit des entreprises en difficulté à l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée[1002].

426. La loi nouvelle permet au chef d'entreprise d'opter pour le statut d'entrepreneur à responsabilité limitée, tout en bénéficiant de l'application d'une mesure légale de protection de certains biens de son patrimoine. En effet, l'entrepreneur individuel à responsabilité limité peut procéder à une déclaration d'insaisissabilité. Dans le projet de loi relatif à l'entrepreneur à

---

[998] A.-L. THOMAS-RAYNAUD, *Protection des biens personnels de l'entrepreneur individuel et droit des créanciers : vers quel équilibre ? 1er volet : la redéfinition du droit des créanciers de l'entrepreneur individuel*, *RLDA* Juin 2010, 2921, p. 51.
[999] L. PELLIZZA, *Protection des biens personnels de l'entrepreneur individuel et droit des créanciers : vers quel équilibre ? 2e volet : la redéfinition pratique du droit des créanciers de l'entrepreneur individuel*, *RLDA* Juin 2010, 2922, p. 54.
[1000] J. VALLANSAN, *Le sort de l'éventuelle entreprise à patrimoine affecté soumise à une procédure collective*, *JCP E* 2010, 1083, p. 34.
[1001] M.-C. MARIANI-RIELA, *Le devenir des mesures de protection du patrimoine individuel en cas de procédures collectives*, *RLDA*, Juin 2010, p. 57.
[1002] *JO* n°0286, 10 déc. 2010.

responsabilité limitée, le législateur avait jugé inutile le cumul de ces deux dispositifs dès l'entrée en vigueur du statut juridique de l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée[1003]. Mais cette limitation n'a pas été retenue dans le projet définitif. Le cumul est désormais possible en raison de leur champ d'application distinct, offrant ainsi la possibilité à l'entrepreneur individuel d'étendre sa sécurité juridique face à l'activité économique. L'instauration d'un patrimoine d'affectation a permis d'éviter les difficultés nées d'une nouvelle extension du champ d'application de la déclaration d'insaisissabilité.

427. Conscient des risques encourus par le couple, et de manière large, par la famille, en cas d'activité d'entreprise, le législateur a élaboré des mesures de protection du patrimoine familial. En droit français, il s'agit de la déclaration d'insaisissabilité, et en droit italien, il s'agit de la constitution d'un fonds patrimonial. Les deux dispositifs ont pour point commun d'être envisageables par tout chef d'entreprise, quelque soit l'activité exercée. Cependant, si dans le premier cas, la déclaration d'insaisissabilité [1004] permet à l'entrepreneur exerçant son activité à titre individuel de protéger une partie de son patrimoine quelque soit son mode de conjugalité, la situation n'est pas la même en droit italien, où le fonds patrimonial est réservé aux couples mariés.

B.- La déclaration d'insaisissabilité en droit français

428. L'une des atteintes majeures au principe de l'unité du patrimoine, avant l'élaboration du statut d'entrepreneur individuel, est la création du principe d'insaisissabilité des biens de l'entrepreneur. Ce dispositif est issu de la loi du 1er août 2003, qui a crée un nouveau chapitre dans le Code du commerce intitulé « De la protection de l'entrepreneur individuel et du conjoint » (C.com., art. L. 526-1 à L. 526-4). Cette loi avait pour but de permettre à l'entrepreneur individuel de rendre insaisissable sa résidence principale des aléas de son activité économique et des risques financiers liés à l'esprit d'entreprise en effectuant une déclaration notariée[1005]. Par cette mesure, la famille du chef d'entreprise conservait « son toit ». Pour en

[1003] V. S. PRIGENT, *Déclaration d'insaisissabilité et EIRL*, *op. cit*., p. 9.
[1004] V. S. LEBOVICI, « La déclaration d'insaisissabilité par l'entrepreneur individuel », in *Les outils de protection du patrimoine de l'entrepreneur*, *Dr. et patrimoine*, mars 2010, p. 49.
[1005] V. par ex. D. AUTEM, L'insaisissabilité de la résidence principale, Defrénois 2004, art. 37890, p. 327 ; J. CASEY, L'insaisissabilité du logement dans la loi du 1er août 2003 : aspect du droit des régimes matrimoniaux,

bénéficier, l'entrepreneur devait être un exploitant individuel et exercer une activité commerciale, artisanale, agricole ou libérale. Cette mesure est fermée au dirigeant de société[1006].

429. Le champ d'application du dispositif a été étendu par la loi n° 2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie[1007]. Deux modifications principales ont été apportées par l'article 14[1008] de la loi précitée. La première modification a permis d'étendre le domaine de la déclaration d'insaisissabilité à tout bien foncier, qu'il soit bâti[1009] ou non, dès lors qu'il n'est pas affecté à un usage professionnel. Ainsi l'entrepreneur individuel peut mettre à l'abri des risques de l'entreprise des éléments importants du patrimoine familial, comme par exemple sa résidence secondaire. En cas de décès du déclarant, un tel événement a pour effet d'emporter la révocation de la déclaration d'insaisissabilité. Dès lors, les créanciers pourraient intervenir sur le règlement successoral (C.com., art. L. 526-3).

430. La seconde amélioration concerne la renonciation à l'insaisissabilité. L'entrepreneur qui fait une déclaration d'insaisissabilité pouvait à tout moment, selon l'alinéa de l'article L. 526-3 du Code de commerce, renoncer à cette déclaration aux mêmes conditions de validité et d'opposabilité que la déclaration elle-même. Désormais, la renonciation peut porter sur tout ou partie des biens faite au profit d'un ou plusieurs créanciers déterminés dans l'acte authentique de renonciation. Lorsque le bénéficiaire de la renonciation cède sa créance, le cessionnaire peut se prévaloir de celle-ci. Ces règles apparaissent comme favorables à l'entrepreneur en ce qu'elles permettent de protéger l'ensemble de son patrimoine foncier non affecté à l'entreprise. Ces règles sont également favorables aux créanciers qui peuvent transférer le bénéfice de la renonciation à

RJPF 2003, n°12, p. 6 ; P.-M. LE CORRE, *Protection de l'entrepreneur individuel et déclaration d'insaisissabilité*, *AJPI* 2004, p. 179 ; F. VAUVILLE, *La déclaration d'insaisissabilité*, *Defrénois* 2003, art. 37813, p. 1197.

[1006] Ce dernier a la possibilité d'apporter à une société civile sa maison d'habitation ou sa résidence secondaire. En pareille hypothèse, les créanciers pourront saisir les parts reçues en rémunération des apports. Sur tous ces points, v. J. PRIEUR, *Le rôle de l'organisation patrimoniale*, *JCP E* 2009, 1224, spéc. p. 28.

[1007] *JO* 5 août 2008, p. 12471.

[1008] Cet article modifie la loi n° 2003-721 du 1er août 2003 pour l'initiative économique, qui a accordé à l'entrepreneur individuel (personne physique) la possibilité de rendre insaisissables les droits qu'il détient sur l'immeuble formant sa résidence principale (C.com., art. L. 526-1 et sv.).

[1009] Cependant, l'immeuble ne doit pas être détenu par l'intermédiaire d'une société civile : Rép. Min. n°52819, *JOAN* Q, 5 avr. 2005, p. 3540.

l'insaisissabilité au cessionnaire de leur créance. Ainsi la liquidité des créances est augmentée, en particulier pour les prêteurs de deniers[1010].

431. **Procédure collective et déclaration d'insaisissabilité**. La déclaration d'insaisissabilité visée à l'article L. 526-1 du Code de commerce est une mesure, qui permet d'identifier l'actif du débiteur, soumis à une procédure collective [1011]. Une telle déclaration suppose que l'entrepreneur dispose d'un patrimoine important avant de démarrer son activité [1012]. Elle permet d'affecter certains biens aux besoins de la famille, contrairement au statut d'entrepreneur individuel, qui permet la création d'un patrimoine d'affectation dédié aux besoins de l'entreprise. Elle a pour conséquence de diminuer « l'actif saisissable au susceptible d'être affecté en garantie » pouvant servir au redressement judiciaire de l'entreprise[1013]. La déclaration d'insaisissabilité n'a qu'un caractère relatif dans la mesure où elle n'est opposable qu'à l'encontre des créanciers professionnels dont la créance est née postérieurement à la déclaration. Ainsi les créanciers non professionnels comme les créanciers professionnels « antérieurs » à la déclaration d'insaisissabilité ne peuvent être affectés par cette déclaration. La protection accordée par la déclaration d'insaisissabilité est donc limitée en ce qu'elle ne résiste pas toujours à la procédure collective[1014].

La loi ne règle pas la coordination des règles relatives à la déclaration d'insaisissabilité et des procédures collectives. La question s'est posée en jurisprudence de déterminer si le liquidateur avait la qualité et l'intérêt à faire déclarer inopposable à la procédure collective la déclaration d'insaisissabilité afin de pourvoir réaliser les biens qui en sont l'objet et répartir le produit de vente aux créanciers selon leur rang. La Cour de cassation s'est prononcée pour la première fois le 3 février 2009 [1015] sur cette mesure de protection du patrimoine du chef d'entreprise. Statuant sur un plan purement procédural, la Cour de cassation ne lève pas pour

---

[1010] Sur l'insaisissabilité des biens de l'artisan, H. AZARIAN et B. SAINTOURENS, *Droit de l'artisanat*, *JCP E*, 9 oct. 2008, 2227, p. 18, spéc. p. 19.
[1011] V. C. SAINT-ALARY-HOUIN, *Droit des entreprises en difficulté*, *Montchrestien* 6e éd., coll. Domat, 2009, p. 482.
[1012] V. sur ces points, La protection du patrimoine du débiteur personne physique, Table ronde, Rev. proc. coll., mai-juin 2010, p. 99
[1013] C. SAINT-ALARY-HOUIN, *Droit des entreprises en difficulté*, *op. cit.*, p. 482.
[1014] CA Aix-en-Provence, 8e ch. A, 3 déc. 2009, n°2009/556, rôle n°08/22422, *Rev. proc. Coll.*, mai-juin 2010, p. 90 : le liquidateur peut procéder à la réalisation d'un bien en dépit d'une déclaration d'insaisissabilité, qui n'est pas opposable aux créanciers antérieurs et aux créanciers non professionnels, de sorte que la répartition du produit de la réalisation de l'immeuble leur est limitée.
[1015] Com., 3 févr. 2009, n°08-10.303, *Bull. civ.*, IV, n°15, D. 2009, p. 494, note A. Lienhard.

autant tout doute : l'action en inopposabilité ne rentrerait pas dans la mission incombant au liquidateur de défense de l'intérêt des créanciers. Cependant, il semblerait que la vente forcée du bien par le liquidateur ne soit pas écartée en présence de créanciers, détenteurs d'une créance antérieure à la publication de la déclaration[1016]. Cette solution amène à s'interroger sur la répartition du produit de l'opération à l'égard de tous les créanciers, lorsque celui-ci excède les sommes dues aux créanciers à l'égard desquels la déclaration d'insaisissabilité est inopposable[1017].

432. **Incidence quant à la nature du bien**. Cette mesure n'est efficace que lorsque le bien déclaré insaisissable appartient personnellement ou en propre au chef d'entreprise. A défaut, le bien peut être appréhendé par les créanciers. En effet, si la résidence est commune, les créanciers peuvent continuer à agir conformément à l'article 1413 du Code civil, qui 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, et sauf récompense due à la communauté s'il y a lieu ». Si le bien est indivis, les créanciers personnels de celui qui n'est pas entrepreneur, ne peuvent saisir sa part dans les biens indivis, meubles ou immeubles (C.com., art. 815-17). Toutefois, ils pourront provoquer le partage (C.civ., art. 815-17 al. 3), voir la vente aux enchères de l'immeuble, de manière à se rembourser par prélèvement sur les biens indivis.

Mais à bien des égards, la protection de l'entrepreneur individuel par la déclaration d'insaisissabilité ou par la création d'un patrimoine d'affectation s'apparente davantage à « une limitation des garanties »[1018], en restreignant le gage des créanciers professionnels à certains biens choisis par le chef d'entreprise. Or, il est probable que la pratique voit se développer des

[1016] V. CA Orléans, 15 mai 2008, *Act. proc. coll.* 2008, comm. 239, obs. P. Cagnoli ; TGI Nancy, 6 juill. 2009, *JCP E* 2010, 1229, note Ch. Lebel.
[1017] P. MARTIN, *Déclaration d'insaisissabilité et liquidation judiciaire*, *Procédures* 2010, étude 1, n°14 ; M.-C. MARIANI-RIELA, *Le devenir des mesures de protection du patrimoine individuel en cas de procédures collectives*, *op. cit.*, p. 58-59.
[1018] C. LEBEL, *Adoption de l'EIRL et autres mesures relatives à l'entreprise individuelle*, *JCP E* 2010, actu. 362, p. 3

mécanismes financiers tels que les assurances crédit ou les fonds mutuels de garantie afin de rassurer les partenaires financiers du chef d'entreprise[1019].

B.- Le fonds patrimonial en droit italien

433. Le fonds patrimonial est l'un des cas prévus par le législateur italien pour déroger au principe de l'indivisibilité du patrimoine. Issu de la loi du 19 mai 1975 portant réforme de la famille, le législateur a créé cet outil juridique en vue de protéger les intérêts de la famille. C'est pourquoi, le législateur a décidé que les fruits du fonds doivent être obligatoirement utilisés pour les besoins de la famille. La protection des intérêts de la famille est réalisée par la création d'un patrimoine séparé. Mais, la loi a strictement encadré cet instrument juridique doté de règles d'organisation particulières.

Le fonds patrimonial peut être constitué par les conjoints ou par un tiers, soit avant la célébration du mariage, soit au cours de celui-ci, qui décident d'affecter des biens déterminés, tels que des biens immobiliers, des biens mobiliers enregistrés ou des titres de crédit. L'acte constitutif doit obligatoirement revêtir la forme d'un acte public sous peine d'encourir la nullité. De plus, la mention de la constitution d'un fonds patrimonial doit être portée en marge de l'acte de mariage à des fins de publicité. A défaut de transcription, la constitution du fonds patrimonial est sans effet à l'égard des tiers[1020]. Les constituants d'un tel fonds sont libres de déterminer à qui reviendra la propriété des biens, qui lui sont dédiés. Ainsi, l'ensemble des biens, ou une partie seulement peut appartenir aux deux époux. A défaut de disposition contraire, la propriété des biens revient aux deux conjoints, qui deviennent cogérant du fonds. Cependant le juge peut décider en raison des circonstances et dans l'intérêt des enfants, de leurs attribuer en usufruit ou en propriété une part des biens affectés au fonds.

434. La gestion du fonds patrimonial est soumise aux règles de la communauté légales déjà étudiées (C.civ., art. 168). Mais, la loi a prévu deux aménagements pour les actes d'aliénation en fonction de l'existence d'enfants mineurs. En présence d'enfants mineurs, les actes d'aliénation

[1019] Sur ce point, v. L. PELLIZZA, *Protection des biens personnels de l'entrepreneur individuel et droit des créanciers : vers quel équilibre ? 2e volet : la redéfinition pratique du droit des créanciers de l'entrepreneur individuel*, *op. cit.*, spéc. p. 56.
[1020] Cass. 30 sept. 2008, n°24332, Giust. Civ. 2008, 1407 ; M. BALDINI, *Natura e pubblicità del'atto costitutivo del fondo patrimoniale : le ragioni di una decisione definitiva*, *Famiglia e diritto* 2010, n°6, p. 564.

doivent être autorisés par le juge, qui décidera en fonction de sa nécessité ou de son utilité. En l'absence d'enfants mineurs, l'aliénation des biens relevant du fonds est subordonnée au consentement des deux conjoints, à moins que les biens aient été déclarés aliénables dans l'acte constitutif du fonds patrimonial.

En pratique, le fonds patrimonial est rarement constitué. Toutefois son régime a été amélioré par le législateur suite à la réforme des procédures collectives[1021]. Désormais les biens affectés au fonds patrimonial ne peuvent constituer le gage des créanciers professionnels[1022]. Une telle solution avait déjà été adoptée par la jurisprudence[1023]. Seule la famille légitime est visée par ce dispositif. Ainsi, les concubins ne peuvent en bénéficier, il est une prérogative liée au mariage. Cependant, la séparation du patrimoine dans un souci de protection peut être envisagée dans le cadre d'une convention pour tous les modes de conjugalité.

II.- Les mesures conventionnelles de protection du patrimoine

Les droits français et italiens prévoient des mesures conventionnelles de protection du patrimoine applicables quel que soit le mode de conjugalité du couple. Cependant, ces mesures doivent être distinguées selon qu'il s'agisse du droit français ou du droit italien. Dans la première hypothèse, l'attention sera portée sur la fiducie, dans la seconde hypothèse, il est opportun d'étudier le trust, très fréquemment rencontré en droit italien.

A.- Le recours à la fiducie

L'entreprise individuelle à responsabilité limitée constitue avec la fiducie [1024], un nouvel outil juridique inspiré du droit anglo-saxon[1025] et destiné à diviser le patrimoine de l'entrepreneur.

[1021] V. ZANICHELLI, *La nuova disciplina del fallimento e delle alter procedure concorsuali dopo il d.lg. 12.9.2007 n°169*, *UTET* 2008, p. 101.
[1022] Cass., sez. 1, 22 janv. 2010, n°1112, *Notariato* 2010, n°3, p. 247.
[1023] Cass. Civ. sez. I, 20 juin 2000, n° 8379, *GC*, 2000, I, 2584 ; Cass. Civ. sez. 1, 28 nov. 1990, n° 11449, *MGC*, 1990, f. 11.
[1024] C. WITZ, *La fiducie en droit privé*, préface D. Schmidt, *Economica*, 1981 ; C. WITZ, A. PRUM, « L'essor de la fiducie hors de l'Hexagone : Les récentes réformes luxembourgeoise et libanaise », in *Mél. Dominique Schmidt*, éd. *Joly* 2005, p. 495.
[1025] L'entreprise à responsabilité limitée se rapproche du trust anglo-saxon dans lequel le constituant est également fiduciaire.

La fiducie est un mécanisme permettant d'isoler certains biens, ce dispositif semble complexe à pour le petit commerçant et l'artisan, qui exige l'intervention de professionnels du droit.

435. Dans un contexte de compétition du commerce international, la France a choisi de se doter de la fiducie au détriment du trust anglo-saxon, qui connaît un véritable essor dans les pays industrialisés. Son introduction en droit français a été réalisée par la loi n° 2007-211du 19 février 2007[1026]. La fiducie est définie comme « l'opération par laquelle un ou plusieurs constituants transfèrent des biens, des droits ou des sûretés, ou un ensemble de biens, de droits ou de sûretés, présents ou futurs, à un ou plusieurs fiduciaires qui, les tenant séparés de leur patrimoine propre, agissent dans un but déterminé au profit d'un ou plusieurs bénéficiaires » (C.civ., art. 2011), mais il ne doit pas procéder d'une intention libérale sous peine d'être entaché d'une nullité d'ordre publique (C. civ., art. 2013) [1027]. Le législateur français a exclu la « fiducie libéralité »[1028] pour deux raisons : préserver les dispositions d'ordre public relatives au droit des successions, en particulier à la réserve héréditaire, et éviter le détournement de l'institution à des fins fiscales[1029]. En droit positif, la fiducie peut être envisagée comme un moyen de gestion [1030] ou permettre de constituer des sûretés.

436. Le régime de la fiducie a été modifié par la loi n°2008- 776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie[1031], qui aboutit à lui conférer « une tout autre physionomie »[1032]. Désormais, les personnes physiques pourront elles aussi avoir la qualité de constituant, que ce soit pour constituer une fiducie à titre de garantie ou à des fins de gestion. L'opération est donc ouverte aux personnes physiques [1033]. Le contrat de fiducie doit clairement préciser les biens sur

---

[1026] *JO* 21 février 2007 ; Pour un commentaire sur les effets de la loi, v. par ex., F. BARRIERE, *La fiducie, Commentaire de la loi n°2007-211 du 19 février 2007 (deuxième partie)*, *Bull. Joly Sociétés* 2007, n°5, p. 555.
[1027] La loi n°2008-776 du 4 août 2008 dite de modernisation de l'économie ne modifie pas les articles 2011 à 2013 du Code civil.
[1028] F. TRIPET, *La prohibition de la fiducie-libéralité : pourquoi une telle démesure ?*, *Gaz. Pal*. 2006, p. 3092.
[1029] V. 106e Congrès des Notaires de France, op. cit., §.2561.
[1030] Selon Monsieur Jean-Philippe Dom, le fiducie-gestion est proche du contrat de société, bien qu'ils soient tous les deux soumis à des régimes différents. En effet, tous les deux offrent la possibilité de créer un patrimoine d'affectation et proposent les clés de sa gouvernance : J.-Ph. DOM, *La fiducie-gestion et le contrat de société - Eléments de comparaison*, *Rev. sociétés* 2007, p. 481.
[1031] Cette loi a autorisé le Gouvernement à prendre par voie d'ordonnance les dispositions complémentaires nécessaires à la mise en œuvre de ces aménagements. L'ordonnance n°2009-112 du 30 janvier 2009 (JO 31 janvier 2009, p. 1854) est entrée en vigueur au 1er février 2009.
[1032] J.-P. SORTAIS, *Du nouveau en matière de fiducie*, *RJC* nov.-déc. 2010, p. 434.
[1033] La loi n°2008-776 du 4 août 2008 dite de modernisation de l'économie a abrogé l'article 2014 du Code civil aux termes duquel, « seuls peuvent être constituants les personnes morales soumises de plein droit ou sur option à l'impôt sur les sociétés ».

lesquels il porte (C.civ., art. 2018). A peine de nullité, il fait l'objet de mesures de publicité conformément à l'article 2019 du Code civil[1034].

437. Le patrimoine d'affectation créé au moyen de la fiducie se caractérise par une séparation entre le patrimoine personnel du constituant et celui transféré au fiduciaire[1035]. Le patrimoine ainsi séparée est dévolu temporairement au fiduciaire et il ne peut se confondre avec le patrimoine personnel de celui-ci[1036]. Sur une période déterminée, le fiduciaire devient titulaire des droits sur les actifs qui constituent le patrimoine fiduciaire. Cependant, ses droits sont limités dans le contrat et ses pouvoirs peuvent varier entre actes d'administration et/ou de disposition.

Lorsque la fiducie est constituée par des époux ou des indivisaires, le contrat de fiducie doit, à peine de nullité, être établi par acte notarié lorsque les biens, droits ou sûretés transférés dans le patrimoine fiduciaire dépendent de la communauté existant entre les époux ou d'une indivision (C.civ., art. 2012, al. 2). Ce formalisme est imposé afin d'informer les époux mariés sous un régime de communauté et les indivisaires, des conséquences de la fiducie, lorsque la communauté ou l'indivision cesse avant le terme du contrat de fiducie. Cette mesure permet de renforcer la sécurité juridique des couples, qui choisissent de constituer une fiducie. De plus, lorsque la fiducie est constituée entre des époux mariés sous le régime de la communauté, l'article 1424, alinéa 2 du Code civil, soumet à la cogestion le transfert d'un bien de la communauté dans un patrimoine fiduciaire, considéré comme un acte de disposition. Aucune

---

[1034] L'article 2019 du Code civil dispose : « A peine de nullité, le contrat de fiducie et ses avenants sont enregistrés dans le délai d'un mois à compter de leur date au service des impôts du siège du fiduciaire ou au service des impôts des non-résidents si le fiduciaire n'est pas domicilié en France.
Lorsqu'ils portent sur des immeubles ou des droits réels immobiliers, ils sont, sous la même sanction, publiés dans les conditions prévues aux articles 647 et 657 du Code général des impôts.
La transmission des droits résultant du contrat de fiducie et, si le bénéficiaire n'est pas désigné dans le contrat de fiducie, sa désignation ultérieure doivent, à peine de nullité, donner lieu à un acte écrit enregistré dans les mêmes condistions. »

[1035] La loi n°2007-211 du 19 février 2007 prévoyait que seuls pouvaient être fiduciaires des personnes morales telles que: les établissements de crédit mentionnés à l'article L. 511-1 du code monétaire et financier, les institutions et services énumérées à l'article L. 518-1 du même code, les entreprises d'investissement mentionnées à l'article L. 531-4 du même code ainsi que les entreprises d'assurance régies par l'article L. 310-1 du code des assurances (C.civ., art. 2015). Ainsi, pouvait devenir fiduciaire le Trésor public, la Banque de France, la Poste, la Caisse des dépôts et consignations, une entreprise d'assurance sur la vie. Cependant, la loi n° 2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie a élargi la liste des personnes pouvant devenir fiduciaire. Désormais, la fiducie est étendue aux personnes physiques. Cet élargissement a pour but de « stimuler la croissance et redynamiser les entreprises » : v. F. ROUSSEL, M.-C. LARCHER, O. HOAREAU et A. DOBIGNY, *De la fiducie à l'entreprise individuelle à responsabilité limitée (EIRL)*, *JCP N* 2008, 1282.

[1036] S. BREUIL, *La fiducie se modernise… un outil à intégrer désormais dans la gestion des patrimoines professionnels et privés*, Actes prat. et stratégie patrimoniale, juil.-août-sept. 2008, p. 39 ; 106e Congrès des Notaires de France, *op. cit.*, §. 2561.

règle similaire n'a été prévue pour les partenaires « communautaires », qui ont opté pour le régime de l'indivision des acquêts.

438. La fiducie, conçue comme mode de protection du patrimoine du couple, nous amène à nous interroger sur l'opportunité d'un tel instrument pour l'entrepreneur. En effet, la protection du patrimoine du constituant est relative en raison de « l'enveloppe perméable »[1037] que constitue la fiducie, ce qui réduit l'intérêt d'un tel instrument. L'article 2025, alinéa 2 du Code civil dispose qu' « en cas d'insuffisance du patrimoine fiduciaire, le patrimoine du constituant constitue le gage commun des ses créanciers, sauf stipulation contraire du contrat de fiducie mettant tout ou partie du passif à la charge du fiduciaire ». A la lecture de cette disposition, il apparaît que le patrimoine du couple ne semble pas totalement isolé en cas de difficultés financières, à moins que le fiduciaire accepte expressément d'être personnellement responsable de la charge du passif fiduciaire d'une activité particulière menée pour le compte du chef d'entreprise, personne physique, dans le cadre d'une convention [1038]. La fiducie apparaît comme un outil complémentaire mais non exclusif pour cloisonner les patrimoines et limiter les poursuites des créanciers notamment professionnels[1039].

B.- Le recours au trust

Le trust est un instrument juridique d'origine anglo-saxonne, qui permet le dédoublement de la propriété. Conçu à l'origine pour mettre des biens à l'abri de m'impôt[1040], il connut rapidement un essor important. Sa flexibilité a permis de l'adapter à de nombreuses situations relavant de la vie des affaires[1041], et désormais, relevant de la vie privée.

1.- L'origine du trust

439. Toute définition du trust est difficile. Madame Marie - Pierre Papandreou-Deterville donne deux raisons à cela. La première tient au fait qu'il est plus judicieux d'expliquer « le *trust en mouvement,* dans les différents contextes où il a un rôle à jouer ». « La seconde tient à la

[1037] F. ROUSSEL, M.-C. LARCHER, O. HOAREAU et A. DOBIGNY, *De la fiducie à l'entreprise individuelle à responsabilité limitée (EIRL)*, *op. cit*., §.35.
[1038] Sur les liens entre le patrimoine fiduciaire et les procédures collectives, v. M.-C. MARIANI-RIELA, *Le devenir des mesures de protection du patrimoine individuel en cas de procédures collectives*, *op. cit*., spéc., pp. 57-58.
[1039] Telle est la conclusion retenue lors du 106e Congrès des Notaires de France, *op. cit*., p. 555.
[1040] J.Ph. DOM, *La fiducie-gestion et le contrat de société – Eléments de comparaison*, *op. cit*., spéc. p. 483.
[1041] V. par ex., B. OPPETIT, *Le trust dans le droit du commerce international*, Rev. crit. DIP 1973. 1.

difficulté réelle, voire à l'impossibilité, qu'il y a à définir de manière aussi précise un « concept aussi divers et multiforme »[1042]. Plusieurs auteurs anglais ont tenté de dire ce qu'est le *trust*. Il ressort de ces diverses tentatives des éléments fondamentaux communs identifiés par Marie - Pierre Papandreou-Deterville : « Le *trust* engendre à la charge du trustee une obligation équitable, c'est-à-dire reconnue et exécutée en *equity*, de détenir des biens et les gérer dans l'intérêt des bénéficiaires ou dans un but déterminé et charitable ou non. A cela il convient d'ajouter, d'une part, que les biens détenus par le *trustee* forment une universalité distincte de son patrimoine propre et, d'autre part, que les bénéficiaires jouissent non seulement de droits personnels, mais aussi de droits réels. En vertu des premiers, ils peuvent contraindre le *trustee* à agir conformément à l'acte constitutif. Les seconds leur permettent, à certaines conditions, de suivre les biens détenus en *trust* ». Point important, une distinction est opérée « entre le gestion qui revient au trustee et la jouissance qui est conférée au bénéficiaire ». « La dualité de propriété, de *common law* et d'*equity*, qui découle du *trust* trouve là sa véritable signification. Le *trustee* a la propriété-gestion ou fiduciaire tandis que le bénéficiaire a la propriété-jouissance »[1043]. En raison du dédoublement du titre de propriété entre la propriété légale (legal ownership) revenant au trustee et la propriété virtuelle (equitable ownership) attribuée au bénéficiaire, la notion de confiance existante entre le settlor et le trustee est très importante.

440. Le trust est un mode de détention des biens destiné à séparer la propriété fiduciaire de la propriété bénéficiaire. Sa flexibilité et son adaptation permet d'y recourir dans tous les domaines allant du droit patrimonial de la famille au droit commercial ou des fondations. Cela peut s'expliquer par la possibilité qu'il offre de réduire les impôts et taxes. Les avantages pouvant être tirés de la constitution d'un trust en matière de patrimoine familial sont au nombre de quatre[1044] : préserver l'anonymat du constituant (pourvoir à l'entretien d'un enfant naturel sans que personne ne connaisse l'origine des fonds), organiser sa succession, optimiser l'organisation d'une société (éviter le morcellement d'une société lors du décès du constituant), utiliser un compte bancaire *off shore* et constituer un trust détenant ce compte. Dans l'étude qui nous occupe, l'intérêt du trust tient à la possibilité d'organiser la séparation d'une partie du patrimoine de l'entrepreneur. Reprenant la distinction faite par Madame Marie – Pierre Papandreou-Deterville, en droit anglais,

[1042] M-P PAPANDREOU-DETERVILLE, *Le droit anglais des biens*, *LGDJ* coll. Bibliothèque de droit privé, Tome 418, 2004, p. 415, note 1.
[1043] M.-P. PAPANDREOU-DETERVILLE, *Le droit anglais des biens*, *op. cit*., §. 599, p. 417.
[1044] F. DOUET, *op. cit*. p. 418, §. 1489.

il existe différentes espèces de *trusts :* les trusts à but charitable, les trusts à but non charitable et les trusts privés. Dans cette dernière catégorie, une distinction peut être faite parmi les trusts exprès (expresse trusts), les trusts implicites (implied trusts), les trusts en retour (resulting trusts)[1045].

441. Comme l'Italie, la France est partie à la Convention de la Haye signée le 1er juillet 1985[1046] relative à la loi applicable au trust et à sa reconnaissance. Mais, à la différence de l'Italie, la France n'a toujours pas ratifié celle-ci. Par conséquent, seuls sont valables les trusts constitués à l'étranger respectueux de l'ordre public français.

2.- Les réticences du droit français

442. Contrairement à l'Italie, la France a préféré adopter la fiducie, qui apparaît comme « le fruit de la rencontre du trust et du droit français »[1047]. Seul le trust, constitué à l'étranger en conformité avec une loi choisie par le constituant connaissant cette institution, est reconnu en tant que tel en droit français »[1048]. Mais, il peut produire tous ses effets en France dans la mesure où sont respectées les dispositions impératives, comme par exemple, celles relevant de la loi successorale et de la protection des tiers sur les biens situés en France.

443. Les réticences à l'introduction du trust en droit français [1049] tiennent à la crainte du risque de fraude et de blanchiment d'argent. Or les interventions législatives sont nombreuses dans la lutte contre le blanchiment de capitaux. Le législateur français ne cesse d'améliorer le dispositif

---

[1045] M.-P. PAPANDREOU-DETERVILLE, *Le droit anglais des biens*, op. cit., §. 599, pp. 429 et s.

[1046] Selon l'article 2 de la Convention de la Haye, « le terme trust vise les relations juridiques créées par une personne, le constituant-par acte entre vifs ou à cause de mort- lorsque les biens ont été placés sous le contrôle d'un trustee dans l'intérêt d'un bénéficiaire ou dans un but déterminé. Le trust présente les caractéristiques suivantes :
a) le bien du trust constituent une masse distincte et ne font pas partie du patrimoine du trustee ;
b) le titre relatif aux biens du trust est établi au nom du trustee ou d'une autre personne pour le compte du trustee ;
c) le trustee est investi du pouvoir et chargé de l'obligation, dont il doit rendre compte d'administrer, de gérer ou de disposer des biens selon les termes du trust et les règles particulières imposées au trustee par la loi ; le fait que le constituant conserve certaines prérogatives ou que le trustee possède certains droits en qualité de bénéficiaire ne s'oppose pas nécessairement à l'existence d'un trust ».

[1047] V. J.-Ph. DOM, *op. cit.*, p. 486.

[1048] V. J.-P. BERAUDO, Trust, *Rép. Int. D.*, Fasc. n°39.

[1049] Une réponse ministérielle apparaît peu favorable à la ratification de la Convention de la Haye du 1er juillet 1985 relative à la loi applicable au trust et à sa reconnaissance: Rép. Min. n°55, *JO Sénat*, 24 janvier 2008, p. 160, *D.* 2007, chron. 1347. Selon cette réponse ministérielle, la décision de ratifier la Convention nécessité une réflexion approfondie, devant être menée en considération de l'adoption de la loi n°2007-211 du 19 février 2007 instituant la fiducie, dont les éléments sont proches de ceux envisagés par le trust dans cette Convention.

de lutte contre le blanchiment d'argent[1050]. L'un des professionnels au cœur même de cette lutte, qui intervient dans la vie privée et professionnelle des personnes physiques est le notaire. Son rôle dans la lutte contre le blanchiment d'argent joue à deux niveaux : la détection et l'alerte. Il lui incombe une obligation de vigilance à laquelle se greffe une obligation de déclaration en cas de soupçon. Lorsque la déclaration de soupçon est « émise de bonne foi et dans le respect des obligations de vigilance fixées par la loi » (p. 78), le notaire est couvert par une exonération de responsabilité pénale, civile et professionnelle. En cas de manquement à l'obligation de déclaration, le professionnel peut être soumis à une procédure disciplinaire sur le fondement de l'article L. 562-7 du code monétaire et financier et peut s'exposer à une sanction pénale pour des actes plus graves. Les réticences à l'introduction du trust s'expliquent également en raison de la nature de l'institution, qui est étrangère aux conceptions du droit français. En effet, le trust opère un démembrement particulier du droit de propriété, qui n'est pas connu des droits réels français.

L'article L. 562-1 du Code monétaire et financier prévoit la liste des personnes assujetties à l'obligation de soupçon. Les notaires sont nommément désignés au 12e alinéa de l'article L. 562-1 du Code monétaire et financier[1051]. Parallèlement, plusieurs organismes[1052] sont chargés de détecter les opérations de blanchiment d'argent.

3.- L'utilisation du trust en droit italien

[1050] Décret n° 2009-1698, 29 déc. 2009, relatif au contrôle interne des risques de blanchiment des capitaux et de financement du terrorisme et modifiant le code des assurances, le code de la mutualité et le code de la sécurité sociale, *JO* 31 déc., 2009, p. 23143.
Arrêté du 29 déc. 2009, fixant les conditions de mise en œuvre des procédures et dispositifs de contrôle du risque de blanchiment des capitaux et du financement du terrorisme.

[1051] Le notaire apparaît comme le représentant de l'état dans les conventions privées. Il est un observateur, idéalement placé pour détecter les comportements douteux : V. P. HAYE-ROSSELL, *Le rôle du notaire dans la lutte contre le blanchiment de capitaux*, préf. H. Lécuyer, *Defrénois* 2008, spéc. p. 67.
Dans son ouvrage, Madame Pascale Haye-Rossell définit le blanchiment d'argent comme l'opération qui « consiste à maquiller l'origine des sommes provenant d'activités criminelles et à les convertir en investissements légaux ». P. HAYE-ROSSELL, *Le rôle du notaire dans la lutte contre le blanchiment de capitaux*, *op. cit.*, p. 1.

[1052] Parmi ces organismes se trouvent : un organisme administratif (TRACFIN), service spécifique créé au sein des ministères de l'Economie et du Budget ; un organisme créé au sein du Ministère de l'intérieur, l'office central pour la répression de la grande délinquance financière (OCRGDF), compétent sur l'ensemble du territoire, il promeut, anime et coordonne l'action des services de police et de gendarmerie. Intervient de sa propre initiative ou à la demande des services locaux ou régionaux de police et de gendarmerie.
Le 20 juillet 1994, une sous-direction des affaires économiques et financières et de la lutte contre la criminalité a été organisée au sein du Ministère de la Justice. Son rôle se décompose en 3 fonctions : animer, contrôler et coordonner la mise en œuvre de l'action publique (enquêtes judiciaires initiées par l'OCRGDF ou résultant des dossiers transmis par TRACFIN) ; elle assiste les juridictions en matière économique et financière, cherche à élaborer des politiques criminelles en matières économique et financière, sociale et de lutte contre la corruption, ainsi qu'en cas de criminalité organisée : v. P. HAYE-ROSSELL, *Le rôle du notaire dans la lutte contre le blanchiment de capitaux*, *op. cit.*, spéc. p. 58 à 66

444. La loi n°364 du 16 octobre 1989 a rendu exécutif en Italie la Convention de l'Haye du 1er juillet 1985 en matière de reconnaissance du trust dans les systèmes juridiques qui ne prévoient pas cet instrument juridique. Le trust a connu en Italie un développement considérable grâce à sa flexibilité. Il apparaît comme un moyen de « valoriser l'autonomie privée dans les rapports familiaux »[1053] en permettant aux personnes privées de constituer des patrimoines séparés. Cependant, en pratique son application connaît quelques difficultés en raison de son articulation avec les règles de droit interne, à tel point qu'une partie de la doctrine préconise une intervention du législateur afin d'adapter complètement le trust au droit italien[1054] ou de s'orienter vers une solution de droit interne. L'un des problèmes tient à la compatibilité existante entre le trust et le principe d'indivisibilité du patrimoine, auquel il est possible de déroger seulement dans des cas prévus par la loi (C.civ., art. 2740 al. 2). Or, le droit italien ne prévoit pas expressément la possibilité de déroger au principe de l'indivisibilité du patrimoine par la constitution d'un trust.

Un autre problème est lié à la question de l'opposabilité aux tiers des effets du trust. Le trust doit-il faire l'objet d'une inscription ? Dans le silence de la loi, cette question est essentielle dans la mesure où les biens affectés à un trust ne peuvent être saisis par les créanciers du trustee, qui a réalisé une bonne gestion dans le but qui lui était imposé. Or selon une partie de la doctrine, le système de « publicité déclarative » italien n'a pas été adapté au trust et à ses particularités[1055].

445. En matière d'organisation patrimoniale, le trust peut avoir plusieurs utilités : le trust a une fonction équivalente, à celle attribuée au fonds patrimonial relevant des dispositions des articles 167 à 171 du Code civil, qui est d'assurer une séparation des patrimoines pour satisfaire les besoins de la famille[1056]. Mais le risque est réel de recourir au trust, plutôt qu'au fonds patrimonial afin de détourner les règles impératives.

Une partie de la doctrine a imaginé utiliser le trust comme un instrument servant à régir les rapports patrimoniaux en matière de concubinage. Le trust est admis comme une alternative valable en l'absence d'ouverture des règles relatives au fonds patrimonial aux situations de concubinage. Au moyen du trust, le constituant choisit d'affecter une partie de son patrimoine

[1053] V. F. VIGLIONE, *Vincoli di destinazione nell'interesse familiare*, Milano 2005, pp. 65 et s., spéc. p. 70.
[1054] Sur ce point, v. L. NONNE, *Trust e rapporti patrimoniali tra coniugi e conviventi*, *Rivista di diritto privato* 2008, n°1, p. 99.
[1055] V. en ce sens, L. NONNE, *Trust e rapporti patrimoniali tra coniugi e conviventi*, *op. cit.*, spéc. p. 102.
[1056] Trib. Alessandria, 5 avril 2000, *Trust e attività fiduciare* 2000, p. 376.

propre au bénéfice de l'union de fait. Par cette technique, l'un des concubins peut garantir à l'autre concubin défavorisé une vie digne sans toutefois porter atteinte aux intérêts de la famille légitime[1057]. La création de trust entre concubins est également préconisée par une partie de la doctrine pour leur efficacité post mortem. Cependant cette solution ne doit pas être systématique, mais être envisagée au cas par cas en raison des hypothèses de fraude.

[1057] Certains ont envisagé d'associer à la création d'un trust un contrat d'assurance sur la vie ou d'un compte bancaire : la désignation d'un fiduciaire, le bénéficiaire de la police sur la vie, garantirait au settlor que l'enrichissement du bénéficiaire se ferait à travers la perception des bénéfices produits grâce à une gestion prudente des sommes dues par l'assureur tandis que la propriété d'un dépôt bancaire confiée à un « bare trustee » au bénéfice du disposant puis du concubin survivant, résoudrait les problèmes relatifs au restant non prélevé au cours de la vie, et éliminerait le risque dérivant de la cotitularité du compte, puisque le concubin ne peut effectuer aucun prélèvement direct.

Conclusion du Chapitre 1

446. En droit positif, l'organisation patrimoniale du couple est conçue comme une stratégie en raison des risques encourus. Lorsque les membres du couple travaillent ensemble au sein de la même entreprise, il leur appartient d'organiser leurs rapports patrimoniaux en vue d'anticiper les éventuelles défaillances de l'entreprise. Dans un contexte économique fragile, les législateurs français et italien tentent d'apporter des solutions afin de limiter les risques liés à l'activité d'entreprise. Bien que cette initiative soit louable dans son intention d'encourager l'esprit d'entreprise, il est nécessaire de concilier les intérêts du couple et de la famille et de rassurer les créanciers. Les mesures de protection peuvent être envisagées à deux moments distincts, soit lors de l'instauration du mode de conjugalité, soit au cours de l'union. Le conjoint marié sous le régime de la communauté semble plus fragile dans la mesure où il peut être concerné par la procédure collective de son époux-chef d'entreprise en raison de l'existence de la masse commune. Cette situation ne se rencontre pas dans les autres cas de conjugalité, hormis l'hypothèse restrictive de l'existence de biens indivis.

Chapitre 2 : Les difficultés liées à la séparation du couple

447. Au cours du mariage, du PACS ou du concubinage, deux événements principaux peuvent engendrer des difficultés de nature à entraver la collaboration professionnelle du couple : la séparation du vivant des membres du couple et la mort du chef d'entreprise. Sans aborder les règles relatives au droit des successions[1058], il s'agit d'appréhender les incidences que peuvent produire la fin du mariage et du concubinage, la résiliation du Pacs, ou la mort du chef d'entreprise sur la collaboration professionnelle du couple. Nous n'envisagerons ni les conséquences pour l'entreprise des déchirements du couple ni des comportements pouvant mettre l'entreprise en péril.

La collaboration du couple dans l'entreprise peut cesser de manière autonome en l'absence de difficultés liées au couple : le salarié démissionne, l'associé se retire de la société, le conjoint collaborateur décide de mettre un terme à son statut[1059]. Les causes autonomes de cessation de la collaboration ne retiendront pas notre attention. Dans une approche comparative, l'attention sera portée sur la pérennité de la collaboration professionnelle après la disparition du mode de conjugalité. Puis, nous analyserons les solutions proposées en droit positif afin de remédier à l'absence de rémunération de la collaboration professionnelle de l'un des membres du couple.

Section 1 : La pérennité de la collaboration professionnelle en cas de séparation

448. Dans l'hypothèse d'une collaboration professionnelle du couple, la question se pose de savoir si les événements de la vie privée tenant à la séparation[1060] se répercutent sur la participation du conjoint, du pacsé ou du concubin à l'activité professionnelle de l'autre membre du couple. En effet, l'existence d'un lien d'affection entre les membres du couple a pu engendrer

[1058] Pour le droit italien, v. par ex. : *Diritto delle successioni*, sous la direction de Roberto Calvo et de Giovanni Perlingieri, Tomes I et II, *Edizioni Scientifiche Italiane*, 2008.
[1059] Sur les causes de cessation du statut de conjoint collaborateur, v. *supra* : partie 1, titre 2, chapitre 1 et partie 2, titre 1, chapitre 1.
[1060] Nous écartons volontairement de notre étude le cas de l'absence présumée de l'un des membres du couple puisque par hypothèse la coopération professionnelle disparaît en pareille circonstance.

un rapport professionnel entre eux venant se superposer à leur relation privée. *A contrario*, la dislocation du couple impose-t-elle la disparition de la collaboration professionnelle *lato sensu* ? La poursuite de la collaboration professionnelle dans le couple est-elle menacée par la fin de l'union? La réponse à cette question va dépendre de la nature du rapport juridique dans lequel va s'inscrire la collaboration professionnelle *lato sensu*. Il convient de nous intéresser à la pérennité de la collaboration professionnelle en cas de séparation du couple selon que la participation est exécutée dans le cadre d'un contrat ou non, avant de voir dans quelle mesure la loi permet de poursuivre l'activité d'entreprise en cas de cessation de la collaboration du couple.

I.- Les incidences de la séparation sur le maintien de la collaboration *lato sensu*

Le conflit personnel né du divorce ou de la séparation du couple peut « anéantir *l'animus lavorandi* »[1061]. La répercussion de la séparation du couple sur la poursuite de la collaboration professionnelle entre ses membres n'est pas la même selon que le statut choisi par l'époux, le pacsé ou le concubin du chef d'entreprise est contractuel ou légal.

A.- Les statuts de nature contractuelle

449. Lorsque le conjoint, le pacsé ou le concubin du chef d'entreprise bénéficie du statut de salarié ou du statut d'associé dans l'entreprise de ce dernier, sa collaboration juridique est inscrite dans le cadre d'un contrat, qui va déterminer les rapports entre les parties [1062]. Les rapports professionnels du couple s'inscrivent dans le cadre d'un contrat de travail ou des statuts de la société[1063], qui appellent l'application des règles spécifiques relevant respectivement du droit du travail et du droit des sociétés. A défaut, il convient de se référer aux lois et règlements. Ainsi, le cadre contractuel dans lequel s'exécute la collaboration professionnelle *lato sensu* du couple protège, en principe, le conjoint, le pacsé ou le concubin du chef d'entreprise que la séparation intervienne en fait ou en droit. En principe, la séparation du couple n'intervient pas comme une cause directe de cessation du rapport juridique mais elle peut appeler des exceptions selon qu'il s'agisse du statut de salarié ou du statut d'associé.

[1061] J. CHARLIN, *Le couple dans l'entreprise familiale, Quel couple ? Quelle entreprise?*, *Defrénois*, 15 fév. 2001, n°3, p. 141.
[1062] Sur ces points, v. *supra* : partie 1, titre 1, chapitres 1 et 2.
[1063] Sur la nature contractuelle du contrat de société, v. *supra* : partie 1, titre 1, chapitre 2.

1.- Le statut de salarié

450. A la différence du décès, les droits du travail français et italien n'envisage pas la rupture du lien affectif (divorce, rupture du PACS ou du concubinage). La fin du salariat peut avoir lieu pour deux raisons. La première tient à la démission du conjoint, du pacsé ou du concubin qui souhaite ne plus s'investir dans l'entreprise familiale en raison de la disparition du lien affectif qui le lie au chef d'entreprise. Dans le silence des textes, la procédure devant être suivie par l'époux, le pacsé ou le concubin démissionnaire est identique : il s'agit de la procédure applicable à tout salarié. La seconde cause pouvant mettre fin au salariat est le licenciement du conjoint, du pacsé ou du concubin. Mais la séparation ne peut pas être le seul motif de licenciement au risque que celui-ci soit requalifié aux dépens du chef d'entreprise. La seule perte de confiance inhérente à la cessation du rapport affectif ne peut constituer un motif de licenciement en droit français depuis l'arrêt rendu le 29 mai 2001 par la Chambre sociale de la Cour de cassation [1064]. La séparation du couple doit produire un trouble caractérisé au sein de l'entreprise résultant du comportement du seul salarié. Le trouble caractérisé est apprécié par les juges du fond en fonction de la nature de la tâche à accomplir par le salarié et la finalité de l'entreprise : le juge opère un contrôle de proportionnalité [1065]. Il a été jugé que la séparation du couple produit un trouble caractérisé dans l'entreprise lorsqu'elle instaure un climat de tension du fait de la mésentente du couple[1066], lorsque l'attitude et les propos de la concubine étaient de nature à nuire à la bonne marche de l'entreprise par le discrédit qu'ils portaient sur l'employeur [1067], ou lorsque la mésentente de la salariée avec son époux gérant majoritaire de la société avait eu des répercussions sur ses relations professionnelles, à tel point que la femme, associé minoritaire, avait demandé la dissolution de la société au cours de la procédure de divorce[1068].

Comme en droit italien, lorsque la fin du salariat donne naissance à un litige entre les époux, les pacsés, ou les concubins, son règlement relève de la compétence de la juridiction prud'homale indépendamment de la procédure de divorce.

[1064] Soc., 29 mai 2001, *Bull. civ*. V., n°183 ; *RJS* 2001, 689, n°999.
[1065] J. BOUTON, « L'incidence de la rupture du couple sur l'existence du contrat de travail », in *Le droit social – Le droit comparé*, *Etudes dédiées à la mémoire de Pierre Ortscheidt*, *Presses universitaires de Strasbourg* 2003, p. 45, v. spéc. pp. 52-53.
[1066] C. MARRAUD, S. SCHIMTT, *Les désaccords du cadre avec l'employeur*, *RJS* 1994, 730.
[1067] Nîmes, 11 mai 1998, JurisData, n°030666.
[1068] Aix-en-Provence, 3 janv. 1990, JurisData n°043549.

2.- Le statut d'associé

451. Dans le cadre du contrat de société, la fin de la collaboration dépend de causes statutaires ou d'ordre public auxquelles il ne peut être dérogé. A priori la séparation des époux, des pacsés ou des concubins ne devrait pas produire de conséquences à l'égard du fonctionnement d'une société composée des membres d'un couple. La société peut continuer à exister en dépit de la mésentente liée à la cessation de la vie commune de deux associés. Toutefois en pratique, la séparation du couple appartenant ensemble à la même société peut produire des conséquences sur le fonctionnement de celle-ci. La disparition de la vie commune peut avoir un effet individuel : l'un des deux peut décider de quitter la société. Dans ce cas, il perd la qualité d'associé et tout droit dans cette société.

452. Cependant, la séparation peut avoir une incidence collective dans la mesure où les difficultés, qui en découlent, vont rejaillir sur la vie sociale. Toutefois en pratique, cette situation se rencontre dans des cas exceptionnels, lorsque la société n'est composée que par les membres d'un couple. La mésentente entre associés peut entraver la prise de décision collective et la tenue des assemblées dans le cadre de société ayant un fort *intuitu personae*. Cependant, la mésentente n'est pas propre à la situation du couple et l'élément affecté lorsque survient un grave désaccord est *l'affectio societatis*[1069]. La dissolution anticipée de la société constitue la sanction classique de la disparition de *l'affectio societatis*. Cette dissolution peut être conventionnelle (rare en pratique) ou judiciairement anticipée. Dans cette dernière hypothèse, elle est décidée par le juge lorsque ce dernier constate qu'« une mésentente entre les associés paralyse le fonctionnement de la société » (C.civ., art. 1844-7, 5°). De jurisprudence constante, la seule disparition de *l'affectio societatis* ne suffit pas à provoquer la dissolution anticipée de la société. Encore faut-il que la preuve du disfonctionnement durable de la société soit rapportée [1070]. La mésentente se double donc de la paralysie de la société voir de sa ruine[1071].

[1069] V. *supra* : partie 1, titre 1, chapitre 2.
[1070] La Chambre mixte de la Cour de cassation a décidé de rejeté la demande de dissolution anticipée en raison de l'absence de preuve de la paralysie due à la mésentente des associés. Ch. mixte, 16 déc. 2005, *Dr. Sociétés* 2006, comm. n°36, obs. F.-X. Lucas.
[1071] V. P. CANIN, *La mésentente entre associés, cause de dissolution judiciaire anticipée des sociétés*, *Dr. Sociétés*, 1998, chron., p. 4.

453. En France, une décision de dissolution anticipée d'une société constituée uniquement entre deux concubins a été prononcée par la Cour d'appel de Pau [1072]. Dans cette affaire, les deux concubins exploitaient ensemble un fonds de commerce dans le cadre d'une SARL. Chacun des concubins détenait des parts égales du capital social et l'un d'eux était le gérant de la poissonnerie. Suite à leur séparation, l'entente s'est détériorée et a conduit à la dégradation du fonctionnement social. Constatant la situation entre les concubins, la Cour d'appel de Pau a relevé que « *l'affectio societatis* n'a pas pu survivre à la cessation de la vie commune des associés, chacun étant libre d'y mettre un terme sans violer le pacte social en rendant impossible toute prise de décision collective mais aussi la tenue même d'assemblée générale » avant de conclure que « la disparition de *l'affectio societatis* aurait dû conduire les associés à décider la dissolution anticipée de la société, la persistance de leur grave mésentente […], paralysant le fonctionnement social commande de confirmer le jugement entrepris en ce qu'il a ordonné la dissolution judiciaire de la *Société Poissonnerie Saint-Pauloise* et désigné *M.J.* en qualité de liquidateur qui devra procéder aux formalités de publicité légale ». En l'espèce, la mésentente est d'autant plus caractérisée que la société n'est composée que par deux concubins ayant apporté la preuve du dysfonctionnement social. Dans cette affaire, la dissolution du groupement apparaissait *a priori* la solution la plus favorable juridiquement et économiquement.

454. Nous ne reviendrons pas sur le sort des parts sociales ou actions relevant de la masse commune[1073], toutefois, en droit français, une distinction doit être réalisée entre la société à responsabilité limitée, la société par actions et la société en nom collectif lorsque la liquidation intervient suite à un divorce. Dans la société à responsabilité limitée, les parts sont librement transmissibles en cas de liquidation de la communauté (C.com., art. L. 223-13). Celles-ci peuvent donc être librement attribuées à l'un ou à l'autre des époux. Mais il se peut que les statuts soumettent l'entrée de l'époux non associé à un agrément des autres associés et écartent ainsi le partage. Dans les sociétés par action, la liquidation du régime matrimonial peut entraîner l'attribution des actions communes aux conjoints en cas de partage. Dans cette hypothèse, les clauses statutaires prévoyant l'agrément des nouveaux titulaires d'actions seront inapplicables au conjoint (C.com., art. L. 228-3, al. 1). Dans les sociétés en nom collectif, le fort *intuitu personae* présent dans ces sociétés va soumettre cette transmission entre époux à l'agrément unanime des

[1072] Pau, 2e ch. 1re sect., 13 mars 2008, n°06/03795, *Bull. Joly* août 2008, p. 670, note A. Lecourt.
[1073] V. *supra* : partie 1, titre 1, chapitre 2 et partie 2, titre 1, chapitre 1.

associés. Cette règle d'ordre public n'admet aucune disposition contraire (C.com., art. 221-13)[1074].

B.- L'hypothèse de la collaboration juridique *stricto sensu*

La question se pose de déterminer si la fin de la vie commune entraîne la fin de la collaboration professionnelle conçue *stricto sensu*.

1.- En droit français

455. Le divorce, la séparation de corps des époux, la résiliation du PACS et la fin du concubinage sont trois causes qui justifient la cessation du statut de conjoint collaborateur, lorsque celui-ci est autorisé. En effet, l'existence du lien matrimonial justifiait qu'un traitement particulier soit accordé à l'époux. Lorsque les membres d'un couple décident de mettre un terme à leur union juridique en raison de la disparition des sentiments particuliers qui les liaient, ce traitement spécifique perd sa cause : la modification de la situation familiale entraîne la fin de l'option pour le statut de conjoint collaborateur (C.rur., art. R. 321-1). Le conjoint collaborateur n'est plus titulaire du mandat spécial de représentation du chef d'entreprise (C.com., art. L. 121-6). Toutefois, lorsque le PACS cesse en raison du mariage des partenaires (C.civ., art. 515-7 al. 1), il y a lieu de considérer que le statut de conjoint collaborateur continue à s'appliquer au partenaire en raison de la substitution de la condition du PACS par celle du mariage.

456. Quelle que soit la nature de l'activité exercée, lorsque le conjoint, le pacsé ou le concubin ne remplit plus les conditions pour bénéficier du statut de conjoint collaborateur, il doit faire l'objet d'une radiation. En matière agricole, la déclaration de radiation doit intervenir dans les deux mois à compter de la cessation du respect des conditions légales prévues à l'article L. 321-5 du Code rural notamment en cas de cessation d'activité ou de modification de sa situation civile ou familiale (C.rur., art. R 321-1)[1075]. Dès que la caisse de mutualité sociale agricole ou la caisse générale de sécurité sociale constate que ces conditions ne sont plus réunies, elle avise l'intéressé qu'en l'absence de contestation de sa part dans un délai d'un mois à compter de cette notification, il cesse de bénéficier de la qualité de collaborateur d'exploitation ou d'entreprise agricole.

[1074] Sur l'entrée du conjoint dans une société et l'application des clauses d'agrément : v. *supra* : partie 1, titre 1, chapitre 2.
[1075] V. *supra* : partie 1, titre 2, chapitre 2 et partie 2, titre 1, chapitre 1.

En matière commerciale, artisanale ou libérale, le centre de formalités des entreprises notifie au conjoint, au pacsé ou au concubin, la réception de la déclaration de radiation du statut de conjoint collaborateur par lettre recommandée avec demande d'avis de réception (C.com., art. R. 121-5)[1076].

2.- En droit italien

457. La fin de la collaboration *stricto sensu* du conjoint à l'entreprise familiale est du point de vue formel semblable à sa constitution. Aucune formalité n'est exigée. Le statut cesse avec la cessation de l'investissement du conjoint dans l'entreprise familiale. Or en cas de divorce ou de séparation de corps, ce statut cesse-t-il automatiquement ? Dans le silence de la loi, le conjoint divorcé ou séparé peut-il continuer à participer à l'entreprise familiale et bénéficier du statut de collaborateur ? Un courant jurisprudentiel majoritaire considère que l'application de l'article 230bis du Code civil suppose l'existence du statut de conjoint. Ainsi, en cas d'annulation du mariage[1077] ou de prononcé du divorce, le conjoint perd cette qualité, et donc le bénéfice du statut de collaborateur. Toutefois le conjoint peut continuer à être collaborateur en cas de séparation de corps en raison de l'absence de dissolution du lien matrimonial[1078]. Lorsque l'entreprise familiale comprend le conjoint et d'autres collaborateurs familiaux, le divorce du chef d'entreprise ne fait pas perdre le caractère de l'entreprise, puisqu'il subsiste une collaboration continue des autres membres de la famille conformément à l'article 230bis du Code civil. L'entreprise continue ainsi d'être soumise au régime fiscal des entreprises familiales.

458. La fin de la collaboration entraîne pour le conjoint le droit de demander la liquidation de sa créance existant au moment de la rupture du lien matrimonial. L'époux adresse cette demande au juge lors de la liquidation du régime matrimonial. Fréquemment cette demande est formulée lorsque cesse le mariage. En effet, au cours de l'union l'époux entendait profiter des richesses acquises par le couple. Cependant, le juge doit constater l'existence d'une telle créance entre les époux. Dans une décision rendue le 4 janvier 1995 par la Cour de cassation italienne[1079], *Madame Roberta Comuzzi*, séparée de son époux, demandait à que lui soit reconnu le droit de participation conformément aux dispositions de l'article 230bis du Code civil. A cette fin, elle a soutenu avoir

[1076] V. *supra* : partie 2, titre 1, chapitre 2.
[1077] Cass., 29 mai 1992, n°6531, *Riv. dir. com*. 1995, II, 67.
[1078] Cass., 22 mai 1991, n°5741, *FI*, 1993, I, 942.
[1079] Cass., Sez. Un., 4 janv. 1995, n. 89, *Vita Notarile* n°2, 1997, p. 699, note R. Buttita.

collaboré à l'entreprise de son ex-époux, de manière continue pour s'être toujours occupée des démarches administratives et comptables tout entretenant des rapports avec les clients et les banques. Sa demande a été rejetée par les juges, qui ont constaté que sa participation à l'activité de l'entreprise se limitait à répondre au téléphone et à prendre d'éventuels messages pour son époux. Selon la Cour de cassation, les juges du fond ont considéré à juste titre que l'activité de l'épouse s'apparentait à un travail domestique sans présenter de lien fonctionnel à l'activité de l'entreprise et ne se traduisait pas en un service directement exploitable par l'entrepreneur [1080]. Selon les juges, les actes réalisés par l'épouse sont l'émanation des obligations liées à la solidarité conjugale résultant de l'article 143 du Code civil. La Cour de cassation considère que les juges du fond ont décidé à bon droit de rejeter la demande de l'épouse de bénéficier des droits relatifs à sa participation à l'entreprise familiale. En l'espèce la collaboration de l'épouse ne répondait pas à la condition d'une « participation régulière » au sens de l'article 230bis du Code civil.

II.- La poursuite de l'activité postérieurement à la séparation

459. La rupture du lien conjugal par le décès de l'exploitant, le divorce, ou la séparation de corps peut entraîner la cessation de la collaboration juridique [1081] et priver l'autre membre du couple de tout titre d'intervention dans l'entreprise. Or, s'il a participé à l'activité, il peut souhaiter poursuivre l'exploitation bien que le décès ou le divorce ait fait disparaître sa propriété exclusive sur les biens et les droits par lesquels elle est assurée [1082]. En l'absence de toute organisation conventionnelle de manière à anticiper la poursuite de l'exploitation par le conjoint survivant, divorcé ou séparé de corps, l'un des moyens offert par la loi est l'attribution préférentielle. Cette technique permet la poursuite de l'exploitation et s'applique à toutes les activités sans distinguer la forme sous laquelle elle est exercée dans la mesure où certaines conditions sont remplies. Ouverte depuis peu au pacsé, l'attribution préférentielle est réservée en droit français aux unions juridiques en cas de décès, de divorce ou de séparation de corps. Cette faculté est refusée au concubinage, créant ainsi un nouvel écart entre les unions juridiques et

[1080] Sur ce point, v. *supra* : Partie 1, chapitre 1, titre 2.
[1081] Nous n'envisagerons pas le cas du départ en retraite de l'exploitant, ou de manière générale, le retrait de la vie des affaires de l'exploitant pour motif personnel.
[1082] V. A. KARM, *L'entreprise conjugale*, *op. cit.*, pp. 123-129.

l'union de fait. En droit italien, l'attribution préférentielle est reconnue au conjoint survivant mais elle est refusée au concubin du *de cujus*.

A.- L'attribution préférentielle en droit français

460. L'attribution préférentielle permet d'écarter le principe du partage en nature et la technique du tirage au sort en cas de partage judiciaire[1083]. Cette technique permet au conjoint de poursuivre l'exploitation et ne tient pas compte du titre juridique servant à la mise en valeur du fonds. La loi n°2006-728 du 23 juin 2006 portant réforme des successions et des libéralités[1084] a modifié le régime de l'attribution préférentielle dans le but de faciliter la transmission des entreprises[1085]. Désormais, l'attribution préférentielle s'applique à toute entreprise, partie d'entreprise, quote-part indivise, ou droits sociaux, quelle que soit la nature de l'activité poursuivie (C.civ., art. 831) [1086] : agricole[1087], artisanale, commerciale ou libérale. Le caractère familial n'est plus exigé.

461. En cas de décès de l'exploitant, la décision judiciaire d'attribution préférentielle de l'entreprise n'a pas d'effet translatif de la propriété du bien mais a pour effet de le placer dans le lot du bénéficiaire[1088]. Tant que le partage n'a pas lieu[1089], le bien attribué est indivis. Le conjoint, qui bénéficie de l'attribution de l'entreprise ou d'une partie de celle-ci, n'en devient propriétaire exclusif qu'au jour du partage définitif (C.civ., art. 834). S'il en a jouit privativement jusqu'au jour du partage, il sera redevable d'une indemnité d'occupation à l'indivision (C.civ. art. 815-9 al. 2). Cependant, le *de cujus* peut décider de priver le conjoint de l'attribution préférentielle au moyen d'une disposition expresse[1090]. Plusieurs conditions cumulatives doivent être remplies par le conjoint pour prétendre bénéficier de l'attribution préférentielle (C.civ., art. 831) : le conjoint survivant doit être copropriétaire de l'entreprise et il doit participer ou avoir participé

[1083] F. TERRE, Ph. SIMLER, *Droit civil Les régimes matrimoniaux*, *op. cit*., n°705.
[1084] *JO* 24 juin 2006, p. 9513.
[1085] V. F.-J. PANSIER, *La réforme de l'attribution préférentielle*, *AJFam*, sept. 2006, p. 318.
[1086] La loi prévoit désormais quatre cas d'attribution préférentielle : de l'entreprise ; en vue de consentir un bail à un cohéritier ; du local d'habitation et du local à usage professionnel, en matière agricole.
[1087] L'article L. 321-24 du Code rural renvoie aux articles 831 à 834 du Code civil.
En matière agricole, lorsque le conjoint souhaite poursuivre personnellement l'activité, il peut exiger que le partage soit conclu sous la condition qu'un bail à long terme lui soit consenti par les copartageants sur les terres qui lui reviennent (C.civ., art. 832-2).
[1088] Civ., 24 janv. 1990, n°87-18575.
[1089] Contrairement à l'attribution préférentielle, la créance de salaire différée intervient préalablement au partage.
[1090] Civ. 1re, 30 oct. 1962, *D*. 1963, somm. p. 66; *RTD civ*., 1963, p. 387, obs. R. Savatier.

effectivement à l'exploitation de celle-ci. La loi ne précise pas cette notion « d'exploitation effective ». Outre le fait que le conjoint survivant, divorcé ou séparé de corps doit contribuer personnellement et concrètement à la mise en valeur de l'exploitation, il doit justifier d'une aptitude à gérer correctement le bien [1091] et à s'y maintenir[1092]. A défaut, il ne remplit pas les conditions pour prétendre bénéficier de l'attribution préférentielle.

462. L'attribution préférentielle peut être facultative ou de droit. Dans le premier cas, à défaut d'accord amiable entre les copartageants, le tribunal est compétent pour se prononcer en prenant en compte les « intérêts en présence ». La demande relève donc du pouvoir d'appréciation des juges du fond, qui est encadré par les dispositions de l'article 832-3 du Code civil en cas de demandes concurrentes. Dans le second cas, l'attribution préférentielle est de droit lorsqu'il s'agit d'attribuer un local d'habitation au conjoint survivant ou d'attribuer une exploitation agricole de petite superficie : il appartient au tribunal de vérifier que les conditions prescrites par la loi sont remplies sans apprécier l'opportunité de la demande. Cependant, l'attribution préférentielle n'est jamais de droit en cas de divorce ou de séparation de corps (C.civ., art. 1476 al. 3).

Les biens attribués selon ces modalités, doivent faire l'objet d'une évaluation (C.civ., art. 832-4 al. 1) « 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 » (C.civ., art. 829 al. 1), et la plus proche possible du partage (C.civ., art. 829 al. 2), à moins que le juge choisisse de fixer la jouissance divise à une date plus ancienne de manière à favoriser la réalisation de l'égalité (C.civ., art. 829 al. 3). En contrepartie, l'attributaire doit verser une soulte payable comptant (C.civ., art. 1476 al. 2 *in fine*) à défaut d'accord amiable des copartageants (C.civ., art. 832-4 al. 2). Toutefois, lorsque l'attribution préférentielle est de droit, l'attributaire peut exiger un délai limité à dix ans pour payer une fraction de la soulte, qui ne peut excéder la moitié. A moins qu'il n'en soit disposé autrement, les sommes restants dues portent intérêt au taux légal. Si l'attributaire vend l'ensemble des biens reçus, la soulte est immédiatement exigible. Si la vente est partielle, le résultat de ces ventes revient aux copartageants et en diminue pour autant la soulte encore due par l'attributaire.

[1091] Jugé en ce sens en matière agricole sous l'empire du droit ancien : Civ. 1er, 23 avr. 1985, *Bull. civ*., I, n°126, p. 83.
[1092] F.-J. PANSIER, *La réforme de l'attribution préférentielle*, *op. cit*., spéc. p. 320.

463. Depuis la loi du 23 juin 2006 [1093], le partenaire d'un PACS peut également invoquer à son profit les règles de l'attribution préférentielle quelle que soit la nature de l'activité poursuivie par l'entreprise[1094]. A cette fin, il devra être copropriétaire des biens qu'il veut se voir attribuer sur le fondement des articles 831 et suivants du Code civil. A l'instar du conjoint, le pacsé peut bénéficier de l'attribution préférentielle facultative ou de droit.

B.- L'attribution préférentielle en droit italien

464. En cas de mort de l'exploitant, l'article 720 du Code civil attribue au conjoint survivant la faculté de demander l'attribution de toute l'entreprise. Ce droit lui est reconnu même si le conjoint survivant est appelé à la succession avec d'autres membres de la famille. En contrepartie, la loi impose au conjoint survivant de payer une soulte[1095], calculée en fonction de la valeur de l'entreprise. La valeur de l'entreprise doit être évaluée après avoir déduit les droits de participation des collaborateurs familiaux, dont ceux du conjoint collaborateur, conformément à l'article 230bis du Code civil. A l'instar du droit français, ce droit n'est pas réservé au conjoint, qui peut l'exercer avec d'autres cohéritiers. Dans ce cas de figure, le bien entre en indivision [1096]. Le droit à l'attribution préférentielle relevant des règles successorales ne doit pas être confondu avec le droit de préemption[1097] reconnu à tous les collaborateurs familiaux, dont le conjoint, par l'article 230bis alinéa 5 du Code civil prévu en cas de transfert de l'entreprise ou de division héréditaire[1098].

La cessation du rapport professionnel nous amène à envisager les remèdes juridiques existant afin de pallier aux difficultés nées de la séparation.

Section 2 : Les remèdes à la fin de la collaboration professionnelle

---

[1093] La loi du 23 juin 2006 attribue au partenaire certains droits successoraux. Toutefois, le pacsé ne devient pas un héritier excepté si le *de cujus* a établi un testament à son profit. Il appartient donc aux partenaires d'organiser leur succession.
[1094] V. D. COIFFARD, *Le partenaire survivant*, *AJFam*. Janv. 2007, p. 16.
[1095] Cass. 26 avril 1983, n°2861, *Giust. Civ*., 1983, I, 1957 ; Cass. 7 mai 1987, n°4233, *Mass. Giur. It.*, 1987.
[1096] M. E. BOTTIGLIERI, *L'entreprise familiale et l'entreprise conjugale en droit italien*, *op. cit*., spéc. p. 186.
[1097] Dans l'hypothèse de la cession de l'entreprise, le chef d'entreprise devra notifier aux collaborateurs familiaux la proposition de vente en indiquant le prix de la cession : v. par ex., CORSI, « Il regime patrimoniale della famiglia », in *Trattato Cicu-Messineo*, Milano, 1984, p. 213 et s., spéc. p. 229.
[1098] Sur ce point, v. M. NUZZO, *L'impresa familiare*, *op. cit*., pp. 491-495.

465. Le conjoint, le pacsé ou le concubin ayant participé à l'entreprise familiale peut se trouver dans une situation économique difficile lorsque le couple se disloque. Cependant, tel n'est pas toujours le cas, il convient donc de distinguer plusieurs hypothèses. En droit français et italien, les statuts de salarié et d'associé étant deux modes de collaboration professionnelle dotés d'une contrepartie pécuniaire au profit de leur bénéficiaire [1099], il n'y a pas lieu de les étudier ici. De même, la situation du conjoint collaborateur en droit italien sera écartée ici pour avoir déjà été étudiée, dans la mesure où ce dernier bénéficie d'une créance au titre de l'article 230bis du Code civil, dont il pourra exiger le recouvrement au moment de la séparation judiciaire, ainsi que la moitié du partage de l'actif restant dans la masse commune en cas de régime de communauté[1100].

Notre attention se portera donc sur l'hypothèse de la participation non rémunérée de l'époux et du pacsé en droit français, ainsi que du concubin en droit français et italien du chef d'entreprise à l'activité de ce dernier, avant d'analyser la protection spéciale accordée par le législateur au conjoint du chef d'entreprise en cas de divorce pour celui qui ne poursuit pas l'activité.

I.- Les remèdes pécuniaires à l'absence de rémunération de la collaboration

466. Différents moyens leurs sont offerts pour obtenir une indemnisation dans le cadre des règlements pécuniaires nés postérieurement à la séparation du couple ou au décès du chef d'entreprise. Ces différents moyens sont issus de la loi ou sont le fruit d'une œuvre prétorienne, qui a puisé dans le droit commun les mesures permettant de rétablir une certaine équité dans le couple. Cependant, les solutions admises en droit positif ne sont pas les mêmes selon le mode de conjugalité choisi par le couple. En droit français, certaines solutions sont communes à tous les modes de conjugalité de sorte qu'il existe une égalisation des moyens d'indemnisation du conjoint, du pacsé ou du concubin non rémunéré au titre de sa collaboration professionnelle dans l'entreprise familiale. L'analyse comparative révèle l'emploi de telles solutions au profit du concubin en droit italien. D'autres solutions sont spécifiques à la situation des époux, offrant ainsi à ces derniers un traitement préférentiel au vue de leur situation matrimoniale.

[1099] V. sur ce point, *supra* : partie 2, titre 1, chapitre 1.
[1100] V. sur ce point, *supra* : partie 2, titre 1, chapitre 1.

A.- Les remèdes propres aux époux

467. En pratique il arrive fréquemment que le conjoint du chef d'entreprise se trouve dans une situation précaire après le prononcé du divorce. Le divorce[1101] a pour conséquence de bouleverser les relations personnelles des époux entre eux, à l'égard de leur famille mais également à l'égard des tiers. Non seulement les relations personnelles s'en trouvent modifiées mais également les relations pécuniaires. Le prononcé du divorce entraîne la dissolution du régime matrimonial, sa liquidation[1102] et le partage des biens, tout comme le décès de l'un des époux. Le conjoint dont la collaboration professionnelle n'aura pas été rémunérée [1103], trouvera des réponses différentes en fonction du régime matrimonial auquel il aura été soumis durant le mariage.

468. A défaut du statut de salarié ou d'associé, le conjoint ne peut espérer récolter les fruits de son industrie qu'à la dissolution du régime matrimonial. Durant la phase de liquidation et de partage[1104] de la communauté consécutivement à un divorce, les époux mariés sous le régime de la communauté réduite aux acquêts sont soumis à une indivision post-communautaire de droit commun, tandis qu'en cas de décès de l'un d'eux, celle-ci se double d'une indivision successorale regroupant l'ensemble des héritiers au nombre desquels figure le conjoint survivant. Afin de réaliser ces opérations de liquidation [1105] et de partage, il est nécessaire d'établir la consistance de la communauté selon une procédure commune à la dissolution du régime pour cause de divorce ou de décès. Pour cela, il convient de déterminer au préalable le caractère propre ou commun de l'actif et du passif connu. Chaque époux reprend ses biens propres. Lorsque la

[1101] Il est légitime de penser que cette mesure s'insère dans l'esprit actuel du législateur, qui après avoir dédramatisé le divorce avec la réforme de 1975, a simplifié et pacifié le divorce par la récente réforme du 26 mai 2004.
[1102] La liquidation peut se définir comme « la détermination des droits des parties » : M. DAGOT, *Changement de régime matrimonial et liquidation*, *JCP N* 2008, 1217, v. spéc. p. 24.
[1103] V. *supra*, section 1 du présent chapitre.
[1104] Les difficultés liées à la liquidation et au partage des intérêts patrimoniaux des époux en cas de divorce relèvent à compter du premier janvier deux mille dix de la compétence du juge aux affaires familiales. Sur ce point, voir l'intéressante méthodologie proposée aux juges du fond : É. BUAT-MENARD, *Méthodologie de la liquidation et du partage d'un régime matrimonial de communauté légale ou de séparation de biens après divorce*, Bull. inf. n°721, 1er mai 2010, Communications.
Ces deux opérations doivent être distinguées : selon la doctrine quasi-unanime, « liquider n'est pas partager » : v. F. VAUVILLÉ, *Changement de régime matrimonial : la question de la liquidation*, *RJPF*, mars 2009, p. 19. En ce sens s'est prononcé le Garde des Sceaux : Rép. Min. n°28464, *JOAN* Q 23 déc. 2008, p. 11172 : « la liquidation et le partage sont deux phases séparées et le partage est réalisée dans un second temps ».
V. toutefois : J. REVEL, *Le changement de régime matrimonial : quelle déjudiciarisation ?*, *D*. 2006, p. 2591.
[1105] En principe, le recours à un notaire n'est pas obligatoire sauf lorsque la communauté comprend un ou plusieurs biens immobiliers. Cependant en pratique, il convient de solliciter son intervention dès que le patrimoine commun est important : s'il comprend par exemple des titres de sociétés.

nature du bien ne permet pas de prouver son caractère propre, l'époux revendiquant doit démontrer sa propriété exclusive dans le but de faire tomber la présomption de communauté (C.civ., art. 1402 al. 1). A défaut, le bien tombe dans la communauté. Cette masse commune peut comprendre, comme nous l'avons déjà vu, de nombreux biens tels que, le fonds de commerce, les biens professionnels, les revenus et les salaires (*etc.*)[1106] revenant ainsi aux deux époux. Une fois que chaque époux aura pris ses biens propres, il faut établir pour chacun un compte de récompense, destiné à récapituler les sommes qu'il doit à la communauté (C.civ., art. 1468) selon des règles de calcul fixées à l'article 1469 du Code civil. En effet, le fonctionnement de ce régime matrimonial implique un mouvement de fonds entre un patrimoine propre et la communauté : des dépenses personnelles ont pu être financées par des fonds communs et des dépenses incombant à la communauté ont dû être payées par des fonds propres[1107]. Il s'agit d'avances réalisées au cours du fonctionnement du régime, pour lesquelles chacun doit être dédommagé (C.civ., art. 1470 et 1471). Il a été jugé par exemple, qu'un époux doit récompense à la communauté lorsqu'il a remboursé avec les revenus de l'entreprise lui appartenant en propre le capital d'emprunts souscrits pour l'acquisition de matériels nécessaires à l'exploitation de cette entreprise[1108]. Le Code civil régit le mécanisme des récompenses mais ces règles ne sont pas d'ordre public. Les époux peuvent donc y déroger par contrat de mariage ou par convention[1109] au moment des opérations de liquidation. Le partage de la communauté[1110] se fait à valeur égale à moins que certains avantages matrimoniaux modifient cette répartition (C.civ., art. 265) ou qu'il y ait recel de communauté (C.civ., art. 1477)[1111]. Selon Monsieur Stéphane Valory, en raison des difficultés laissant subsister beaucoup d'incertitudes quant au sort des biens professionnels dans le régime

[1106] V. *supra* : partie 2, titre 1.

[1107] Par exemple, lorsque les revenus d'un bien propre sont affectés à l'amélioration de ce bien propre, la communauté a droit à récompenses : Civ. 1re, 20 fév. 2007, n°05-18066, *D* 2007, p. 1578, note M. Nicod. Toutefois la communauté peut être privée de tout droit sur les fruits et revenus affectés à l'amélioration de ce bien lorsque l'époux met en société ce bien propre : Civ. 1er, 12 déc. 2006, n°04-20663, *Bull. Joly* 2007, p. 363, §. 83, note Th. Revet.

[1108] Civ. 1er, 14 nov. 2007, n°05-18.066, *Mariage-Pacs-Union libre*, *op. cit*, p. 446 (Extrait).

[1109] Pour une étude sur les aménagements conventionnels du régime des récompenses : v. F. TERRE, Ph. SIMLER, *Les régimes matrimoniaux*, *op. cit.*, pp. 577-581.

[1110] En principe, la valeur des biens composant l'actif à partager est évaluée au jour de la jouissance divise, contrairement à la consistance de l'actif à partager déterminée au jour de la dissolution du régime matrimonial : Civ. 1re, 19 janv. 1999, n°96-21.150, www.legifrance.gouv.fr.
Cependant, les époux ont la faculté d'évaluer leurs biens ou seulement certains d'entre eux à une date différente. V. Cass. Ass. Plén., 22 avril 2005, n°02-15.180, *Bull. civ*. I, n°5 : dans cette affaire, l'Assemblée plénière de la Cour de cassation a refusé de prendre en compte le prix auquel un bien a été vendu dès lors que les ex-époux l'avaient, d'un commun accord, estimé à un autre montant.

[1111] Le recel est caractérisé lorsque l'un des époux prive volontairement la communauté de l'un de ses biens dans le but de porter atteinte aux droits de son conjoint dans le partage ou dissimule l'existence d'une dette commune.

de communauté légale, la séparation de biens apparaît comme une solution adaptée afin de mettre les biens professionnels hors d'atteinte du conjoint [1112]. Cependant, le conjoint, auteur d'une collaboration non rémunérée, ne pourra espérer trouver dans la liquidation d'un tel régime matrimoniale de contrepartie financière.

Quand les époux sont soumis à un régime de séparation de biens, le conjoint collaborateur ne peut, en principe, espérer tirer avantage ni du fonctionnement, ni de la fin de ce régime[1113]. En pareille hypothèse, deux techniques juridiques distinctes peuvent être utilisées par l'époux lors du divorce[1114] afin d'obtenir une indemnisation ou de conserver un avantage patrimonial.

1.- Le versement d'une prestation compensatoire

469. Suite au divorce, l'un des conjoints peut se trouver démuni en raison de l'aide apportée sans aucune contrepartie à l'entreprise exploitée par l'autre, alors qu'il profitait durant le mariage de l'activité professionnelle développée avec son conjoint. Le divorce modifie totalement ses conditions de vie, et l'époux divorcé est contraint de recherche une activité professionnelle ailleurs. La collaboration prend fin avec le divorce [1115]. Dans ces conditions, le conjoint peut

[1112] Toutefois, en régime de communauté, les biens professionnels peuvent être protégés par la stipulation d'une clause d'exclusion de la communauté de ces biens. Une mesure protectrice similaire est envisageable dans un contrat de participation aux acquêts : une clause pourra stipuler l'exclusion des biens professionnels du calcul de la créance de participation : S. VALORY, *Les biens professionnels dans le régime de communauté légal*, *op. cit*.

[1113] Cependant ce principe peut être atténué si les époux séparés de biens ont constitué une société d'acquêts, qui comprend par exemple le fonds de commerce exploité par les époux, ou tout ou partie de leurs revenus. Dans ce dernier cas, une récompense sera due au titre de tous les investissements sur leurs biens personnels qu'ils auront financé avec leurs revenus : v. *Mariage-Pacs-Union libre*, *Dossiers pratiques Francis Lefebvre* 2008, p. 84.

[1114] En cas de décès de l'époux chef d'entreprise, le conjoint survivant séparé de biens ayant collaboré sans rémunération peut invoquer les deux techniques prétoriennes traditionnellement admises contre la succession du défunt : l'enrichissement sans cause et la société créée de fait : v. infra.

[1115] Sur me fait que la cessation de la cohabitation fait présumer la cessation de la collaboration : v. Civ. 1er, 8 juill. 2010, n°09-12238 : en l'espèce, un mariage ayant duré trente trois ans entre Monsieur *Etienne Y* et Madame *Louisiane Z* a été dissolu par le divorce sur le fondement de l'article 233 du Code civil. Pendant vingt-sept ans, ils ont exploité ensemble et successivement deux fonds de commerce. Ayant travail des années à côté de son mari sans statut, l'épouse ne peut prétendre à une retraite à taux plein, même s'il lui est possible de l'améliorer en travaillant encore plusieurs années. Elle a donc demandé le versement d'une prestation compensatoire tenant compte de sa collaboration non rémunérée. La cour d'appel (CA d'Angers, 20 oct. 2008) condamne l'époux à verser à son épouse une prestation compensatoire sous la forme d'un capital de vingt milles euros. L'arrêt de la cour d'appel est censuré sur la date arrêtée pour fixer les effets du divorce. Selon la Cour de cassation, il appartient à la cour d'appel de relever les éléments justifiant de la réalité de la collaboration des époux après la date de leur séparation de fait.
Au visa des articles 262-1 du Code civil, la Cour de cassation a décidé que « lorsqu'il est prononcé pour acceptation du principe de la rupture du mariage, le jugement de divorce prend effet dans les rapports entre époux, en ce qui concerne leurs biens, à la date de l'ordonnance de non-conciliation ; qu'à la demande de l'un des époux, le juge peut fixer les effets du jugement à la date à laquelle ils ont cessé de cohabiter et de collaborer ; que la cessation de la cohabitation fait présumer la cessation de la collaboration ».

invoquer au cours d'une procédure de divorce le rétablissement « d'une certaine équité » par le versement d'une prestation compensatoire[1116]. La prestation compensatoire[1117] revêt alors un caractère indemnitaire afin de combler les disparités nées de la collaboration non rémunérée.

470. Instaurée par la loi n°75-617 du 11 juillet 1975, la prestation compensatoire est propre au divorce[1118]. Aucune solution similaire n'est envisagée lors de la cessation du PACS ou du concubinage pour compenser la disparité dans les conditions de vie respectives des ex-pacsés ou des ex-concubins [1119]. La motivation du législateur était guidée par la volonté d'instaurer un équilibre entre les patrimoines des ex-époux en raison des disparités nées du fait de leur séparation. La prestation compensatoire est un effet patrimonial du divorce [1120]. Indépendante du cas de divorce ou de la répartition des torts, son application a été généralisée par le législateur. L'attribution d'une prestation compensatoire n'est pas automatique ; elle est soumise à la

[1116] Civ. 1re, 6 oct. 2010, n°09-12.731 : JurisData n°2010-017661, *JCP G* 2010, act. 1024, p. 1937, note H. Bosse-Platière : Prenant le contrepied des dispositions de la convention laissant planer le doute quant à la disparition de l'obligation ou sa simple suspension pendant la durée du concubinage, la Cour de cassation a décidé que « si les époux avaient entendu lier le versement de la prestation compensatoire à la situation de fait que constituait le concubinage notoire du bénéficiaire de cette prestation, il n'avait pas prévu en ce cas la suppression définitive de la prestation compensatoire que M. X s'était engagé à verser sa vie durant et qui était à nouveau due en cas de cessation du concubinage ».

[1117] Depuis la dernière réforme du divorce, la pension alimentaire n'est due que durant l'instance en divorce et prend fin avec le prononcé de celui-ci. Son but est de maintenir le niveau de vie d'un des époux. Son montant, susceptible d'être révisé, est déterminé en fonction des revenus et charges de chacun des époux : Civ. 1er, 1er juillet 2009, n°08-16.636, *AJ Fam*. 2009, p. 349 : dans cette affaire, une cour d'appel a rejeté la demande de suppression de la pension alimentaire due en exécution du devoir de secours dans le cadre d'un divorce pour rupture de la vie commune. Au soutien de cette demande, le mari invoquait l'article 283 alinéa 2 du code civil aux termes duquel il est mis fin à cette pension lorsque le créancier vit en état de concubinage notoire. Pour la Cour d'appel, ce texte ne pouvait toutefois pas recevoir application suite à son abrogation par la loi du 26 mai 2004 et que la requête du mari était postérieure à l'entrée en vigueur de cette loi. Cette décision a été censurée par la Cour de cassation aux motifs que « en l'absence de dispositions spécifiques, la loi qui régit le prononcé du divorce en régit aussi les effets ».

[1118] Le droit italien prévoit une mesure similaire : la cessation des effets du mariage peut entraîner le versement d'une indemnité, dénommée « *pensione di fine rapporto* » instaurée par la loi n°898 du 1er décembre 1970 relative à la réglementation des cas de dissolution du mariage.

[1119] Il existe désormais un rapprochement entre les trois formes d'union conjugale en droit français : l'article 14 de la loi n°2009-526 du 12 mai 2009 a donné de nouvelles compétences au juge aux affaires familiales telles que les demandes d'homologation judiciaire du changement de régime matrimonial, des demandes relatives au fonctionnement des régimes matrimoniaux et des indivisions entre les personnes liées par un PACS ou entre concubins : v. par ex., L. MAUGER-VIELPEAU, *Procédure devant le juge aux affaires familiales en matière de régimes matrimoniaux et d'indivisions, D. n°2009-1591, 17 déc. 2009*, *JCP N*. 2010, act. n°102, p. 9.

[1120] Sur le report de la date des effets du divorce : v. Th. GARÉ, Le statut de conjoint collaborateur ne fait pas obstacle au report de la date des effets du divorce, RJPF 2010, n°11, p. 18.

demande de l'un des époux. Il appartiendra au juge aux affaires familiales d'apprécier sa nécessité en se fondant sur l'équité[1121], sans tenir compte du concubinage *ante nuptial*[1122].

471. **Forme de la prestation compensatoire**. Celle-ci est versée sous la forme[1123] d'un capital, en principe, car la rente viagère est devenue l'exception. Les époux sont libres de déterminer la forme du paiement. En cas d'accord, ils peuvent déroger aux principes généraux prévus aux articles 274 à 276 du Code civil et déterminer ainsi librement le montant et les modalités de paiement de la prestation. Pour fixer son montant, les époux, ou à défaut le juge, peuvent tenir compte de l'indemnité à verser en contrepartie de la collaboration professionnelle non rémunérée de l'époux bénéficiaire. Le capital peut donc consister en le versement immédiat d'une somme d'argent ou l'attribution d'un bien en propriété ou d'un droit temporaire ou viager d'usage d'habitation ou d'usufruit. Si le débiteur se trouve dans l'impossibilité de verser immédiatement l'intégralité de la somme fixée, alors le capital peut être fractionné sur une période n'excédant pas huit ans. Le versement se fera donc périodiquement.

Présentant un caractère forfaitaire, la prestation compensatoire ne peut être révisée. Cependant, le débiteur peut, exceptionnellement demander la révision des modalités de paiement du capital échelonné. Le juge pourra donc décider l'échelonnement du versement sur une durée supérieure à huit ans. Dans un arrêt rendu le 23 juin 2010 [1124], la Première Chambre civile de la Cour de cassation a jugé qu'il résulte de l'article 271 du Code civil que le juge doit se prononcer par une même décision sur le divorce et sur la disparité que celui-ci peut créer dans les conditions

---

[1121] Dans un arrêt rendu le 8 juillet 2010, la Première chambre civile de la Cour de cassation a approuvé une cour d'appel, qui a refusé d'allouer à la mère, aux torts exclusifs de laquelle, le divorce avait été prononcé, une prestation compensatoire en se déterminant à partir de différents critères tels que l'emploi, les choix professionnels faits par les époux, et les charges engendrées par l'entretien et l'éducation des enfants : Civ. 1re, 8 juill. 2010, n°09-66.186, D. 2010, n°44, 2952.

[1122] Civ. 1er, 1er juill. 09, n°08-18.147, *AJ Fam.* 2009, p. 491 : la Cour de cassation a censuré une cour d'appel sur le fondement des articles 271 et 272 du Code civil, dans leur rédaction antérieure à la loi n°2004-439 du 26 mai 2004 aux motifs que « les juges du fond n'ont pas à tenir compte de la vie commune antérieure au mariage pour déterminer les ressources et les besoins des époux en vue de la fixation de la prestation compensatoire ». En l'espèce, la cour d'appel avait condamné un mari à verser à son épouse une prestation compensatoire en capital d'un montant de 80000 euros en précisant au soutien de sa demande que la créancière avait vécu en concubinage avec son futur ex-mari durant les trois années ayant précédé leur mariage et participé, durant cette période, à l'entretien et à l'éducation des enfants mineurs de ce dernier.

[1123] Civ. 1er, 12 novembre 2009, n°08-19.166 (CA Versailles, 2 juin 2008), n°542: pour l'attribution de bien en propriété à titre de prestation compensatoire, l'accord de l'époux débiteur n'est exigé que pour les biens qu'il a reçus par succession ou donation.

[1124] Civ. 1er, 23 juin 2010, n°09-13.812, JurisData n°2010-010392, *D.* 29 juill. 2010 n°28, p. 1786 ; *Dr. fam.* sept. 2010, comm. n°128 V. LARRIBAU-TERNEYRE, p. 33.

de vie respectives des époux. Dans cette même affaire, la Cour de cassation a décidé que le juge peut déroger aux modalités d'exécution de la prestation compensatoire prévues par les articles 274 et 275 du Code civil avec l'accord des parties. Ces deux textes au visa desquels la cour a statué sont issus de la loi du 26 mai 2004 portant réforme du divorce. Dans cette affaire, la cour d'appel avait alloué à l'épouse une prestation compensatoire payable sous la forme de la prise en charge par son ex-époux de la part des créditS de communauté incombant à son épouse. Or l'épouse s'y était opposée dans ses conclusions mais la cour d'appel était passée outre cette opposition. L'arrêt est sanctionné par la Cour de cassation, car une telle forme ne rentre pas dans les cas prévus à l'article 274 du Code civil. Cependant, le juge peut imposer aux époux une modalité même si les époux ne sont pas d'accord, mais celle-ci doit être prévue par le texte.

472. **Fin de la prestation compensatoire**. La fin du versement de la prestation compensatoire peut être prévue par les époux dans la convention de divorce homologuée par le juge. Ainsi les époux peuvent décider que le versement de la prestation compensatoire sera temporaire et donc prendra fin automatiquement. Ils peuvent également décider que l'accomplissement d'un événement déterminé tels que retraite, remariage du créancier mettre fin à son versement. Toutefois le décès du débiteur n'entraîne plus la transmissibilité de la prestation compensatoire à ses héritiers : elle devient une dette de la succession. Le montant de la prestation compensatoire restant dû sera automatiquement prélevé sur la succession dans la limite de l'actif de celle-ci conformément à l'article 280 du Code civil. Si le juge a décidé de fixer la prestation sous la forme d'un capital échelonné, alors le solde indexé sera immédiatement exigible.

2.- La donation rémunératoire

473. La donation rémunératoire[1125] est une technique d'origine prétorienne issue du droit commun. Cette technique juridique est applicable à l'hypothèse des époux séparés de biens, et permet la compensation des effets négatifs d'un tel régime. Elle se définit comme « l'acte consenti en contrepartie d'un service rendu et échappant aux règles des libéralités dans la mesure où il s'apparente à un paiement »[1126]. Pour retenir la qualification de donation rémunératoire, les

[1125] Sur cette notion, v. D. FAUCHER, *Donations rémunératoires entre époux*, *JCP N* 2006, n°35, 1276.
[1126] Civ. 1re, 16 juin 1970, *Bull. civ*. I, 202.

juges du fond doivent constater que le conjoint du donateur a contribué dans une proportion, qui excède son obligation aux charges du mariage[1127], tout en étant sources d'économie pour l'autre.

474. Le problème de la qualification de l'acte repose sur l'intention libérale ayant motivé le geste, sachant que l' *animus donandi* ne se présume pas[1128]. En effet, l'acte se caractérise par l'absence d'une intention libérale du disposant, qui « tenu d'une obligation naturelle, entend manifester sa reconnaissance pour les services qui lui ont été rendus »[1129]. Avant la réforme résultant de la loi n°2004-439 du 26 mai 2004, le chef d'entreprise, qui avait consenti une donation de biens présents, pouvait souhaiter le révoquer sur le fondement de l'article 1096 du Code civil. La preuve de l'intention libérale devait être rapportée par l'époux donateur[1130]. Si l'activité de la femme bénéficiaire correspondait à ce que les époux se doivent entre eux au titre du mariage, alors l'intention libérale pouvait être retenue, et l'acte pouvait être révoqué[1131]. Le critère de référence de « la contribution aux charges du mariage » est un élément peu précis qu'il appartient au juge du fond dans son rôle traditionnel de préciser pour chaque espèce[1132]. Or, si la collaboration de l'époux ou l'épouse avait excédé sa contribution aux charges du mariage (C.civ., art. 214), il ne pouvait s'agir d'une simple donation en raison de l'absence d'intention libérale[1133]. En effet, le bien était remis au conjoint en remerciement de sa participation à l'activité professionnelle de l'exploitant réalisée dans des proportions excédant les devoirs normaux du mariage[1134]. La collaboration constituait la cause du versement de fonds. La jurisprudence refusait de manière constante la qualification de libéralité et y voyait une véritable contrepartie à

[1127] Civ. 1re, 2 oct. 1985, *D.* 86, 325 ; *Bull. Civ*., 1985, I, n° 244; Civ. 1er, 20 mai 1981, n°80-11.544, *Bull. Civ*. 1981, I, n°175 ; Civ. 1er, 3 juill. 1996, *Dr. et patrimoine* 96, 1467 ; *RTDC* 97, p. 495.
[1128] Civ. 1re, 19 nov. 2002, *Bull.* I, n°276, « La seule conscience de s'appauvrir au profit d'autrui ne fonde pas l'intention libérale ».
[1129] V. D. FAUCHIER, *Donations rémunératoires entre époux*, *JCP N* 2006, n°35, 1276 (www.lexisnexis.com)
[1130] Sur la validité des libéralités entre concubins pleinement reconnue aujourd'hui par la Jurisprudence : v. Civ. 1er, 3 fév. 1999, D. 1999, 267, rapp. X. Savatier, note Langlade O'Sughrue ; *JCP 1999*, II, 10083, note M. Billiau et G. Loiseau ; Y. LEQUETTE, « Quelques remarques à propos des libéralités entre concubins », in *Mélanges J. Ghestin*, *LGDJ* 2001, p. 547 et s.
[1131] Civ. 1re, 2 oct. 1985, dame *Dominique*, *Bull. civ.*, I, n°244 ; *D*. 1986.325, note A. Breton.
[1132] Ph. MALAURIE, L. AYNES, *Les régimes matrimoniaux*, *Defrénois* 2e éd., 2007, p. 13, §.23.
[1133] Tel est le cas lorsque l'épouse séparée de biens a renoncé à sa profession pour aider son mari dans l'exploitation d'un domaine horticole acquis en commun mais payé par le mari seul. En l'espèce, la Cour de cassation a approuvé la cour d'appel qui a souverainement retenu que le mari ne prouvait pas son intention libérale puisqu'il pouvait avoir voulu rétribuer à l'avance la collaboration de l'épouse
[1134] Civ. 1re, 8 févr. 2000, *Bull. Civ.*, I. n°44; *JCP. G.*, 2000, I. 245, n°1, obs. Wiederkehr ; *D*. 2000. 428, obs. Nicod ; Civ. 1re 19 mai 1976, *Bull. Civ*., I, n°183.

l'activité professionnelle du chef d'entreprise allant au-delà de la simple obligation de contribuer aux charges du mariage[1135].

475. Pour les donations consenties depuis le 1er janvier 2005, leur régime est différent depuis la loi n°2004-439 du 26 mai 2004 relative au divorce. Désormais les époux peuvent se consentir des donations par contrat de mariage (C.civ., art. 1091) ou postérieurement, qui soient directes, indirectes ou même déguisées[1136]. Toutefois, la loi a instauré le principe d'irrévocabilité des donations de biens présents entre époux prenant effet pendant le mariage. Par conséquent, un époux ne peut plus obtenir la révocation du bien donné à l'autre en prouvant que son geste était motivée par une intention libérale. La loi prévoit toutefois des cas limités de révocation (C.civ., art. 1096 al. 2), qui se révèleront rares en pratique. En effet, la donation entre époux de biens présents ne pourra être révoquée que pour cause d'inexécution des charges ou pour cause d'ingratitude. La solution est différente en ce qui concerne la donation de biens à venir faite entre époux pendant le mariage, qui est toujours révocable (C.civ., art. 1096 al. 1).

476. Dans le silence du texte, la question se pose en pratique de déterminer si le principe d'irrévocabilité des donations de biens présents entre époux est d'ordre public. L'enjeu est important, puisque la pratique pourrait voir se multiplier les clauses stipulant que la donation n'est consentie que sous la condition résolutoire que le divorce ne soit pas prononcé ou qu'aucune instance en divorce ne soit engagée[1137]. Selon une réponse ministérielle, le principe d'irrévocabilité des biens présents entre époux est d'ordre public[1138]. Dans un arrêt rendu le 13 décembre 2005, la Cour de cassation s'est prononcée sur la validité de la clause résolutoire de non-divorce contenue dans une donation au dernier vivant[1139]. Elle a approuvé les juges du fond qui ont souverainement estimé que cette clause n'était pas motivée par le désir d'empêcher le conjoint de divorcer.

[1135] Pour une activité exceptionnelle exercée au sein du foyer, Civ. 1er, 20 mai 1981, n°80-11.544, *Bull. civ*. I, n°175. Pour une collaboration professionnelle : Civ. 1er, 16 juin 1981, n°80-11. 923, *Bull. civ*., I, n°217.
[1136] En effet, la réforme du divorce a supprimé la nullité des donations déguisées entre époux (C.civ., anc. art. 1099, al. 2).
[1137] V. *Mariage-PACS-Union libre*, *op. cit*., p. 112-113.
[1138] Rép. Min. Dumas n°66046 du 7 mars 2006, *JOAN* mars 2006, p. 2575.
[1139] Civ. 1re, 13 décembre 2005, n°02-14.135, www.legifrance.gouv.fr.

477. L'époux bénéficiaire peut donc rétribuer la collaboration de son conjoint par l'acquisition d'un bien au nom de ce dernier [1140] ou la remise d'un capital. La donation rémunératoire permet d'accorder une contrepartie financière à l'époux du fait de sa collaboration à l'entreprise familiale. Cet acte à titre onéreux a pour effet de modifier la « répartition des richesses » entre les membres du couple. Le chef d'entreprise entend ainsi « récompenser un service rendu » évaluable en argent et donnant naissance à une obligation naturelle de manière irrévocable. La donation rémunératoire n'existe que pour le montant de la libéralité proportionnel au service rendu et échappe aux droits de mutation à titre gratuit. La part excédentaire de la libéralité sera analysée comme un acte à titre gratuit[1141].

3.- L'attribution d'une partie de la plus-value d'un bien

478. Un arrêt de principe rendu par la Première Chambre civile de la Cour de cassation le 12 décembre 2007 [1142] a apporté une solution nouvelle en matière de collaboration non rémunérée entre époux. Cette solution s'applique à l'époux séparé de biens, dont la collaboration sans rémunération à l'activité professionnelle de l'autre a servi à acquérir, conserver ou améliorer un bien figurant dans le patrimoine de ce dernier au jour de la liquidation du régime matrimonial. La Cour de cassation a reconnu à l'époux collaboré sans rémunération un droit de créance à l'encontre de l'autre époux. L'époux créancier est habilité à réclamer sous forme d'indemnité une partie de la plus-value réalisée par le bien, évaluable selon les règles prescrites aux articles 1543 et 1469 du Code civil. Afin de comprendre la position adoptée par la Cour de cassation, il est nécessaire de rappeler, dans un premier temps, les faits ayant conduit à la naissance du litige.

479. **Rappel des faits**. Dans cette affaire, Monsieur *Frédéric X* avait épousé en seconde noces Madame *Jacqueline Z* sous le régime de la séparation de biens. Suite au décès de *Frédéric X*, Madame *Jacqueline Z* a demandé à ce que lui soit reconnu un droit de créance sur le fondement des articles 1543 et 1469 du Code civil, en raison de sa collaboration sans rémunération dans l'entreprise de son mari. Dans un premier temps, un arrêt irrévocable du 18 juin 1991 a constaté le principe de la créance de Madame *Jacqueline Z* au titre de sa collaboration professionnelle non

[1140] Civ. 1re, 25 juin 2002, n°98-22.882, www.legifrance.gouv.fr.
[1141] F. DOUET, *Précis de droit fiscal de la famille*, *LITEC*, 7e éd., 2008, pp. 664-666.
[1142] Civ. 1er, 12 déc. 2007, JurisData n°2007-041899, *JCP N* n°30-35, 25 juill. 08, p. 14, note n°1252, R. LE GUIDEC ; R. LE GUIDEC, *Conjoint collaborateur : une meilleure considération ?*, *Dr. rural* n°363, Mai 2008, repère 5.

rémunérée pendant le mariage. Pour statuer ainsi, la Cour d'appel avait repris une solution classique selon laquelle l'existence de créances entre époux suppose, pour l'application des articles 1543 et 1469 du Code civil, des transferts de valeurs entre les patrimoines propres de chacun d'eux. Pour cela, il était nécessaire de prouver la fourniture de fonds propres par un époux et leur utilisation par l'autre époux au profit de son patrimoine propre, ce qui n'était pas le cas en l'espèce. Après avoir écarté l'application de ces textes, la Cour d'appel avait appliqué la théorie de l'enrichissement sans cause.

480. **Solution de principe adoptée par le Cour de cassation**. En rejetant la solution retenue par la Cour d'appel, la Cour de cassation adopte délibérément une position nouvelle. Le conjoint collaborateur est désormais fondé à réclamer dans le cadre de la liquidation du régime matrimonial de séparation de biens, le paiement d'une créance qui doit être évaluée par rapport à la plus-value réalisée par le bien à l'exploitation duquel il a collaboré. Le principe de la créance étant établi, la Cour de cassation ne précise pas de quelle manière sont montant devra être déterminé, se contentant de rappeler que l'indemnité devra être évaluée selon les règles prescrites aux articles visés, c'est-à-dire les articles 1543 et 1469 du Code civil servant de fondement à toute évaluation de créance entre époux.

481. Deux éléments nouveaux résultent de cette analyse [1143]. Le premier élément est implicite. Il consiste dans le fait que l'absence de rémunération de la collaboration apportée par un époux à l'activité professionnelle du conjoint, fonde une créance entre époux. Or, les créances entre époux sont exigibles dès leur naissance et leur règlement peut être poursuivi sans forcément attendre la liquidation du régime matrimonial. Toutefois en pratique, il est fréquent que la réclamation du paiement de cette créance ait lieu lorsque la relation sentimentale cesse au moment du divorce ou du décès. De plus, en l'espèce, lors de la liquidation de la succession, *Jacqueline Z* se trouve face à des descendants, son fils issu de son union avec le défunt et les trois enfants du défunt issus d'un premier lit. Le second élément consiste en la possibilité de recouvrer cette créance sur le fondement des articles 1543 et 1469 du Code civil lors de la liquidation du régime matrimonial au cours de la succession. Toutefois, il ressort de cette analyse que cette indemnisation n'est possible qu'en cas de régime de séparation de biens.

[1143] V. note de R. LE GUIDEC, *op. cit.* ; Du même auteur, *Conjoint collaborateur : une meilleure considération ?*, *Dr. rural* n°363, mai 2008, repère 5.

4.- La créance de salaire différé

Lorsque la séparation est due *de facto* par le décès du chef d'entreprise, le conjoint survivant peut demander à bénéficier au cours du règlement de la succession du chef d'entreprise du salaire différé [1144] en matière agricole, ou du droit de créance en matière commerciale, artisanale et libérale[1145].

482. En matière agricole, cette faculté, initialement réservée aux descendants d'un exploitant agricole, a été ouverte au conjoint survivant du chef d'une exploitation agricole ou de l'associé exploitant d'une société dont l'objet est l'exploitation agricole par l'article 35 de la loi n°99-574 du 9 juillet 1999 (C.rur., art. L. 321-21-1) [1146]. Une solution similaire a été adoptée en matière artisanale, commerciale ou libérale par l'article 14 de la loi n°89-1008 du 31 décembre 1989 relative au développement des entreprises commerciales et artisanales et à l'amélioration de l'environnement économique, juridique et social[1147]. Ces deux textes ont pour objet l'instauration d'un droit de créance sur la succession[1148] au profit du conjoint de l'exploitant qui a travaillé gratuitement dans l'entreprise en cas de décès de ce dernier. Cette créance sur la succession est reconnue afin de lui assurer une compensation financière et augmenter sa part dans la succession au-delà d'un simple droit en usufruit : il s'agit d'une « rémunération *a posteriori* d'un travail sur l'exploitation du conjoint »[1149].

483. Le bénéfice d'un tel droit est soumis à une triple condition : le conjoint survivant du chef d'entreprise doit justifier avoir participé directement et effectivement à l'activité de l'entreprise, sa participation doit avoir duré au moins dix ans sans qu'il ait bénéficié du statut de salarié ou d'associé. En d'autres termes, le conjoint, qui a contribué à la mise en valeur du fonds, n'a pas perçu de salaire, ni été associé aux bénéfices et aux pertes de l'entreprise pendant au moins dix années. Alors le droit de créance sera d'« un montant égal à trois fois le salaire minimum interprofessionnel de croissance annuel en vigueur au jour du décès dans le limite de vingt-cinq

[1144] C. rur., art. L. 321-21-1.
[1145] L. n° 89-1008, 31 déc. 1989, art. 14-I et L. n°2005-882, 2 août 2005, art. 16.
[1146] Ce texte a été modifié par l'article 54 de l'ordonnance n°2006-346 du 23 mars 2006 (JO, 24 mars 2006).
[1147] *JO* 2 janv. 1990, p. 9 ; Cet article n'a pas été codifié.
[1148] Sur la situation du conjoint survivant en matière artisanale : v. H. AZARIAN, *Artisanat*, J.- Cl. Commercial, vol. 1, *op. cit*. n°121 et 122
[1149] V. S. CASTAGNÉ, *Le conjoint du chef d'entreprise*, *LITEC* coll. Litec Professionnels 2008, spéc. p. 131, n° 433 et 434.

pour cent de l'actif successoral ». Ce droit de créance est garanti sur la généralité des meubles par le privilège inscrit au 4° de l'article 2331 du Code civil, sur la généralité des immeubles par le privilège inscrit au 2° de l'article 2375 du Code civil et sur les immeubles par une hypothèque légale. Le montant des droits propres du conjoint survivant dans les opérations de partage successoral peut éventuellement être diminué du montant de cette créance [1150]. Conformément à l'article 14 de la loi n°89-1008 du 31 déc. 1989, cette créance s'ajoute à la part du conjoint survivant pour la liquidation des droits de succession.

484. En l'absence de précision législative, la question s'est posée en doctrine de déterminer si ces mesures sont envisageables par les époux mariés sous un régime autre que celui de la séparation de biens ? Selon Madame Anne Chamoulaud-Trapiers, le législateur n'a envisagé que le cas des époux séparés de biens afin d'assurer un minimum à celui qui a travaillé sans être rémunéré et non lui accorder une rémunération différée du travail effectué [1151]. Cependant, l'article L. 321-21-1 du Code rural est contenu dans une sous-section intitulée « le contrat de travail à salaire différée ». Par une interprétation purementlittérale, il semblerait que le législateur ait bien voulu accorder une « rémunération différée » au conjoint survivant, sans pour autant lui faire bénéficier de s règles régissant le contrat de travail, ainsi que de toutes les dispositions de la législation du travail (C.rur., art. L.321-20).

B.- Les remèdes empiriques applicables à toute forme de conjugalité

La séparation réveille le sentiment d'égalité au sein du couple : chacun veut récupérer ce qu'il a investi, partagé ou aurait pu avoir. Faisant apparaître les regrets, les rancœurs existantes au sein du couple, la procédure de divorce, la réconciliation du PACS ou la rupture du concubinage, révèle les discordances patrimoniales pouvant résulter de la collaboration professionnelle dans le couple. Celui qui estime avoir trop apporté à l'activité professionnelle de l'autre se tourne vers le juge afin d'obtenir une contrepartie financière.

485. Il arrive qu'un époux marié sous le régime de séparation de biens contribue davantage à l'activité professionnelle de l'autre époux que ce qu'il était en devoir d'apporter selon sa

[1150] V. H. AZARIAN, *Artisanat*, *op. cit.*, n°122.
[1151] A. CHAMOULAUD-TRAPIERS, *Les fruits et revenus en droit patrimonial de la famille*, PULIM 1999, spéc. §. 909 à 912.

contribution aux charges du mariage[1152] résultant du régime primaire. La contribution aux charges du mariage peut être acquittée en numéraire, en nature (apport d'un bien) ou constituer un apport en industrie, caractérisé par l'activité au foyer d'un époux ou la collaboration d'un époux à l'activité professionnelle de son conjoint. Dans cette hypothèse, son industrie personnelle permet à l'époux bénéficiaire d'en tirer une économie voire un gain direct. En raison de la fin du mariage, cet époux, qui s'est investi sans contrepartie, souhaite désormais obtenir une compensation. L'investissement prodigué à son époux, l'a privé d'un quelconque enrichissement ou il souhaite obtenir le partage du résultat de son investissement.

486. En matière de concubinage, la communauté de sentiments motive généralement l'un des concubins a apporté sa collaboration à l'activité professionnelle de l'autre. Toutefois, en l'absence de régime primaire entre les concubins, le bénéficiaire ne peut invoquer la contribution aux charges du ménage (et l'extension par analogie de l'article 214 du code civil) pour se défendre. Dans ce contexte, deux techniques issues du droit commun sont fréquemment invoquées devant les tribunaux par l'époux séparé de biens ou par le concubin : l'enrichissement sans cause et la société créée de fait. Ces solutions classiques peuvent également être invoquées par le pacsé.

1.- L'action *de in rem verso*

487. La notion d'enrichissement sans cause existe à la fois[1153] en droit français et en droit italien[1154]. Nous ne reviendrons pas sur les règles relatives à l'enrichissement sans cause et au régime de son action. Nous rappellerons simplement que l'enrichissement sans cause se caractérise par la réunion de trois conditions cumulatives exigées de manière similaire dans les deux droits : l'enrichissement d'un patrimoine, l'appauvrissement corrélatif d'un autre patrimoine

[1152] Les charges du mariage est une notion civile. Non définies par la loi, son contenu est imprécis. Cependant sa répartition est décidée par les époux soit de manière expresse dans la convention de mariage ou par une convention ultérieure soit de manière tacite et informelle. A défaut d'accord, celle-ci sera répartie en fonction des facultés respectives de chacun des époux, qui tiennent compte de leurs ressources financières, de leurs potentialités et éventuellement de leur état de santé.

[1153] Rappelons que la France et l'Italie avait en 1927 un projet commun de Code des obligations qui n'a pas abouti. Ce projet franco-italien contenait l'action d'enrichissement sans cause : V. J.-A. AUGUSTIN, « Introduction historique à l'enrichissement sans cause en droit français », in *L'enrichissement sans cause La classification des sources des obligations*, Etudes réunies par Vincenzo Mannino et Claude Ophèle, *LGDJ*, p. 31, v. spéc. p. 42.

[1154] Contrairement au droit français, le Code civil italien contient la définition de l'enrichissement sans cause à l'article 2041 qui dispose : « Qui, en l'absence d'une juste cause, s'est enrichi au détriment d'une autre personne est tenu, dans les limites de l'enrichissement à indemniser cette dernière pour la diminution corrélative de son patrimoine ».

et l'absence d'une juste cause entre l'enrichissement et l'appauvrissement corrélatif[1155]. Fondée sur le principe d'équité, elle permet la correction d'un déséquilibre né entre deux patrimoines. Bien que son régime soit similaire en droit français et italien, il semblerait que son utilité ne soit pas la même. A priori, cette technique, admise comme alternatif à l'absence de rémunération pour le conjoint collaborateur en régime de séparation de biens, et également utilisée en droit italien, lorsque l'époux ne peut invoquer l'application de l'article 230bis du Code civil. Conformément au droit français, cette action est exclue dans tous les cas où une autre action serait envisageable en vertu au principe de subsidiarité [1156], qui lui est attaché. De plus, elle occupe « une place marginale » en droit italien[1157] où elle est rarement admise par les tribunaux.

488. En droit français, les époux mariés sous un régime communautaire sont privés de la possibilité de demander une indemnité pour enrichissement sans cause à l'époux exploitant [1158]. La technique de l'enrichissement sans cause est invoquée subsidiairement généralement après le prononcé du divorce lorsque l'époux estime que sa participation à l'activité de l'autre est allée au-delà de son obligation de contribuer aux charges du mariage de manière à créer à la fois un appauvrissement pour le travail fourni et un enrichissement corrélatif du conjoint[1159]. Cependant, elle peut également être invoquée en droit français et en droit italien par le concubin en cas de rupture de la vie commune [1160]. La jurisprudence est stricte en ce qui concerne les conditions de l'action *de in rem verso*. Lorsque cette action aboutie, elle permet l'obtention d'une indemnité, dont le montant est bien souvent inférieur à la rémunération qui aurait été accordée à un salarié pour l'exercice d'une même activité exécutée dans le cadre d'un contrat.

489. Dans un arrêt rendu le 3 décembre 2008 par la Première chambre civile de la Cour de cassation, *Madame Max* sollicitait à titre subsidiaire, que son ex-époux, *Monsieur Bellissen*, soit

---

[1155] Sur les conditions d'application de l'enrichissement sans cause et le régime de l'action *de in rem verso*, v. *supra* : partie 1, titre 2, chapitre 2.

[1156] V. par ex. Cass. 21 fév. 2007, n°4099 ; Cass. 15 janv. 2007, n°621, in P. RESCIGNO, *Codice civile*, Art. 2042, Tomes I et II, VII, *Giufrè Ed*., 2008, p. 3707.

[1157] E. MOSCATI, « L'azione di arricchimento nelle codificazioni moderne », in *L'enrichissement sans cause La classification des sources des obligations*, *op. cit*. p. 81, v. spéc. p. 88.

[1158] V. E. WAGNER, *La rémunération de la collaboration professionnelle du conjoint*, *D*. 1985, Chron. p. 1, n°20 ; J. REVEL, *L'article 214 du Code civil et le régime de la séparation de biens*, *D*. 1983, Chron. p. 21 ; A. Sinay-Citermann, *Enrichissement sans cause et communauté de vie – Incidences de la loi du 10 juillet 1982*, D. 1983, Chron., p. 159.

[1159] A. SINAY-CYTERMANN, *Enrichissement sans cause et communauté de vie. Incidences de la loi du 10 juillet 1982*, *D*. 1983, chron. p. 159.

[1160] Pour le droit français, v. par ex. : Civ. 1re, 25 janv. 1965, *Gaz. Pal*. 1965, I, 198 ; 19 mai 1969, *Bull. civ*., I, n°187.

condamné à l'indemniser sur le fondement de l'enrichissement sans cause au titre de sa collaboration professionnelle. Pour faire droit à sa demande, *Madame Max* invoquait dans les moyens de son pourvoi la violation de l'article 1371 du Code civil par la Cour d'appel. *Madame Max* prétendait que « sa collaboration professionnelle a excédé son obligation normale de contribuer aux charges du mariage » et que « le dévouement et les sentiments d'un époux à l'égard de l'autre, qui se développent dans la perspective durable du mariage et de la communauté en résultant, ne pouvait donner en cas de divorce, de cause à un enrichissement exorbitant de ce dernier ». Mais la Cour de cassation rejette le pourvoi aux motifs que « la Cour d'appel a souverainement estimé que *Madame Max* avait agi dans une intention libérale et que son investissement dans le commerce de son mari avait pour cause les liens d'affection qui l'unissaient à lui ». L'enrichissement de l'époux et l'appauvrissement corrélatif de l'épouse n'étaient donc pas dépourvu de cause. En effet, la Cour d'appel a estimé que l'investissement de *Madame Max* dans le commerce de son mari résultait d'une intention libérale née de « l'élément affectif » : cet investissement était donc la conséquence de son dévouement et de ses sentiments à son égard. Prenant en considération la présentation donnée par *Madame Max* de sa personnalité et de sa capacité à se sacrifier pour son époux pour, la Cour d'appel en a déduit qu'elle a agi pendant de nombreuses années bénévolement et donc sans la volonté d'être rémunérée. Or, la Cour d'appel a jugé que la disparition de l'élément affectif ne pouvait permettre de revenir sur cette intention libérale. Cependant, l'intention libérale n'est pas retenue comme l'unique cause de l'enrichissement et de l'appauvrissement corrélatif. En effet, la Cour d'appel retient au surplus que l'enrichissement allégué de l'époux trouve également sa justification dans l'application des règles du régime de séparation des biens librement choisi et accepté par l'épouse. La solution est sévère pour l'épouse : elle ne peut donc obtenir de contrepartie en raison du don de soi et du sacrifice de sa « personne » réalisés volontairement au profit de son époux, et cet investissement est d'autant moins justifié en raison du jeu du régime matrimonial, car l'épouse savait n'avoir aucun droit sur les biens appartenant à l'époux. Une telle situation est l'illustration d'un cas extrême auquel la loi a entendu mettre un terme. Mais le résultat n'est pas à la hauteur des attentes puisque le statut de conjoint collaborateur est par essence dépourvu de rémunération. L'entraide ou la collaboration est possible lorsqu'elle est ponctuelle mais elle ne doit pas être le fruit du sacrifice d'une carrière professionnelle au profit de l'exploitant en particulier dans l'hypothèse d'une séparation de biens des époux. Le droit à l'indemnisation sur le fondement de

l'enrichissement sans cause dépend de conditions d'application strictes soumis à l'appréciation souveraine des juges du fond. Le bénéfice d'une telle indemnisation au titre de la collaboration professionnelle est donc restreint. Le droit français limite aujourd'hui cette dérive de l'entraide conjugale en rendant obligatoire l'adhésion à l'un des statuts prévu par la loi.

490. En matière de concubinage, l'appréciation des conditions de l'enrichissement sans cause par les juges du fond est tout aussi sévère [1161]. En cas de collaboration professionnelle entre les concubins, les juges recherchent non seulement l'enrichissement d'un patrimoine (celui du chef d'entreprise) et l'appauvrissement corrélatif d'un autre patrimoine (le concubin participant à l'activité sans statut), mais également l'absence de cause entre l'enrichissement et l'appauvrissement. Or l'appréciation de l'absence de cause relève du pouvoir souverain des juges du fond : son examen contient une part de subjectivité, dans la mesure où les juges apprécient le devoir d'entraide entre les concubins dépourvu de tout encadrement législatif. Les juges perçoivent une cause lorsqu'ils y considèrent qu'il existe une intention libérale de la part de l'appauvri. En pareille hypothèse, le concubin appauvri ne peut bénéficier des règles sur l'enrichissement sans cause [1162]. Comme en droit français, l'action *de in rem verso* est envisagée par le concubin en droit italien au titre de sa participation régulière à l'activité professionnelle de l'autre. Cependant, une telle action aboutie rarement, dans la mesure où le juge considère qu'il ne peut y avoir un enrichissement injustifié lorsqu'il subsiste une juste cause en raison de l'intention libérale de l'auteur, qui a effectué spontanément une prestation. De même, les règles de l'enrichissement sans cause ne s'applique par lorsque les juges considèrent que l'enrichissement et l'appauvrissement corrélatif est le résultat de l'exécution d'une obligation naturelle [1163]. De telles positions excluent l'application des règles de l'enrichissement sans cause entre les concubins[1164].

2.- La société créée de fait

[1161] V. *supra* : partie 1, titre 2, chapitre 2.
[1162] Sur la part de subjectivité dans l'appréciation de la cause ou de l'absence de cause : v. G. LOISEAU, « Les sources des créances et des dettes », in *Régime de l'obligation*, *JCP G* 2010, chron. 1040, §. 1.
[1163] V. M. MONTEVERDE, *La convivenza more uxorio*, *op. cit.*, spéc. pp. 960-961.
[1164] V. *supra* : partie 1, titre 2, chapitre 2.

491. L'analyse de la jurisprudence révèle que la technique de la société créée de fait a été invoquée indifféremment par les époux et les concubins [1165]. Lorsqu'elle est constatée, la société créée de fait est immédiatement liquidée. La qualité d'associé est reconnue *a posteriori,* d'où son aspect éphémère.

Moins fréquemment utilisée que dans les rapports entre concubins [1166], la société créée de fait a été usitée notamment dans les rapports entre époux séparés de biens et plus rarement pour des époux communs en biens[1167]. En droit français, cette technique présentait un intérêt avant que le législateur n'impose le choix d'un statut au conjoint souhaitant participer à l'entreprise familiale. Lorsque des époux exploitaient ensemble un fonds de commerce et que l'un des deux venait à décéder ou en cas de séparation, l'autre avait tout intérêt à prouver contre les héritiers du défunt ou de l'époux séparé, l'existence d'une société créée de fait afin de bénéficier d'une partie de la liquidation de cette société, soit la moitié de la valeur du fonds exploité. En pratique, une telle revendication était non négligeable. Mais, l'existence d'une telle société n'est pas sans danger[1168]. En droit italien, cette technique se rencontre fréquemment, lorsqu'une entreprise exploitée apparemment individuellement est requalifiée en société créée de fait entre conjoints, en raison de la participation d'un époux à la gestion de celle-ci ou en raison de l'aide économique apportée grâce au paiement des dettes de l'entreprise. Sur le plan pratique, cette existence se révèle au niveau de la gestion ou des rapports patrimoniaux existant entre les associés ou avec les tiers.

492. La reconnaissance d'une société créée de fait entre époux n'a pas eu lieu sans obstacle en raison de l'interdiction faite aux époux d'être ensemble associés dans une même société où ils seraient susceptibles d'engager leur responsabilité solidaire et indéfinie[1169]. Or, en fonction de la nature de l'activité exercée, la société créée de fait pouvait engendrer de telles conséquences. D'où la réticence d'une partie de la doctrine[1170] à reconnaitre la validité des sociétés créées de fait

---

[1165] En France, la Cour de cassation a tenté très tôt de limiter l'usage de la société créée de fait dans les relations d'affaires pour en conserver l'emploi dans les relations privées, en particulier en cas de collaboration professionnelle, mais la technique tend à se généraliser notamment en cas d'acquisition commune de biens immobiliers ou mobiliers par les concubins en raison des solutions qui en découlent.
[1166] V. *supra* : partie 1, titre 2, chapitre 1.
[1167] V. not., Civ. 1re, 19 avril 1961, *Bull. Civ*. I, n°216.
[1168] F. DEKEUWER-DEFOSSEZ, *Illusions et danger du statut de sociétés créées de fait*, *D*. 1982, chron., p. 83.
[1169] V. *supra* : partie 1, titre 1, chapitre 2.
[1170] A. COLOMER, *Les sociétés commerciales et les régimes matrimoniaux*, Defrénois, 1984, n°543, p. 315.

entre époux. En dépit des réticences soulignées, la jurisprudence a tout de même appliqué cette technique aux époux [1171]. Les éléments de nature à faire échec à la reconnaissance de la qualité d'associé de fait tenaient au « défaut de preuve de la volonté des époux de s'associer sur un pied d'égalité et de participer aux bénéfices et aux pertes »[1172]. La notion d'entraide normale entre époux apparaissait comme un argument contre la reconnaissance de la communauté d'intérêts résultant de la collaboration professionnelle. Seul le dépassement du seuil de l'aide conjugale justifiait l'application de la société créée de fait à la collaboration professionnelle entre époux. La preuve de la société créée de fait entre époux a subi une évolution jurisprudentielle[1173]. D'abord la jurisprudence a considéré qu'elle pouvait se faire par présomptions[1174] avant de retenir le recours à l'apparence [1175] lorsque celle-ci était trompeuse pour les tiers [1176] qui croyaient sincèrement conclure avec une société.

493. En droit français et italien, les décisions de justice constatant l'existence d'une société créée de fait entre les concubins et les époux pour le droit français sont rares. Le constat est tel qu'en droit français certains vont jusqu'à déclarer « la mort annoncée des sociétés créées de fait entre concubins »[1177]. La difficulté tient à l'appréciation des faits sur laquelle doit reposer la qualification juridique laissée à l'appréciation souveraine des juges du fond, conduisant à divers courants jurisprudentiels. En effet, comme il l'a déjà été évoqué à mainte reprise, la seule mise en commun des ressources ne suffit pas à caractériser l'intention de s'associer[1178]. De plus, les juges du fond font prévaloir l'équité pour éviter des situations manifestement injustes de sorte qu'il existe une grande disparité dans leurs décisions [1179]. Un tel exemple a été récemment donné en droit français dans un arrêt rendu par la Chambre commerciale de la Cour de cassation, qui a sanctionné les juges du fond pour ne pas avoir recherché si l'intention de s'associer à un projet

---

[1171] V. not., Com. 16 décembre 1975, *R.S.* 1976, p. 502, *Rép. Defrénois* 1977, I, art. 31422, p. 785 s., note A. Honorat, D. 1978, p. 292 s., note H. Temple.
[1172] A. KARM, *L'entreprise conjugale*, *op. cit*, p. 174, §282; v. notamment Civ. 1re, 17 février 1976, *Bull. Civ*. I, n°71, Civ. 1er, 27 novembre 1985, *Bull. civ.* I, n°323.
[1173] A. KARM, *L'entreprise conjugale*, *op. cit*., p. 175 s.
[1174] Civ. 1er, 4 novembre 1987, *Bull. civ*. I, n°283.
[1175] M. de GAUDEMARIS, *Théorie de l'apparence et sociétés*, *Rev. Des sociétés* 1991, p. 465s.
[1176] Civ. 1er, 13 novembre 1980, D. 1981, p. 541 s., note J. Calais-Auloy, *RDS* 1981, p. 788, note C. Philippe ; Com., 3 novembre 1988, Rép. Defrénois 1989, I, art. 34518, p. 551 s., note J. HONORAT, *Rev. Des sociétés* 1990, p. 242, note J. Prieur : « si l'existence d'une société créée de fait exige la réunion des éléments constitutifs de toute société, l'apparence d'une telle société s'apprécie globalement indépendamment de la révélation de ses divers éléments ».
[1177] J. VALLANSAN, *La mort annoncée des sociétés créées de fait entre concubins*, *Bull. Joly* 2010, p. 448, §. 87, obs. ss. Civ. 1re, 20 janv. 2010, n°08-13.200.
[1178] Civ. 1re, 12 mai 2004, *op. cit*.
[1179] V. 100e Congrès des notaires de France, *Code civil : les défis d'un nouveau siècle*, *op. cit*., n°4148.

commun et participer aux bénéfices et aux pertes du domaine agricole pour un couple de concubins ayant vécu 20 ans ensemble et ayant géré une exploitation agricole, ne résultait pas des éléments qu'ils avaient retenus[1180].

494. **La société créée de fait et le statut de conjoint collaborateur en droit français**. Dans un arrêt dont la diffusion a été limitée, la Chambre commerciale de la Cour de cassation a reconnu dans son arrêt du 10 juillet 2007 [1181] que l'exercice de l'option pour le statut de collaborateur, tel qu'il est défini par l'article L. 321-5 du Code rural, n'est « incompatible » ni avec l'existence d'une société créée de fait entre les coexploitants ni avec l'intention de créer une telle société[1182]. Cette solution, pour le moins originale, a le mérite de souligner les faiblesses du statut de conjoint collaborateur tenant au défaut de rémunération[1183], que les juges ont tenté, en l'espèce, de combler au moyen de la société créée de fait. Les juges ont ainsi admis le cumul de la fonction de conjoint collaborateur et le statut d'associé de fait. Or la collaboration *stricto sensu* relève de l'assistance tandis que dans le cadre de la société créée de fait, les deux conjoints assurent réellement la direction de l'entreprise. Ce recours à la technique de la société créée de fait apparaît ici comme un mécanisme correcteur (du statut de conjoint collaborateur) évoluant davantage vers le domaine des quasi-contrats que des sociétés[1184].

495. Ces palliatifs jurisprudentiels invoqués par l'un des membres du couple qui a collaboré à l'activité de l'autre sans percevoir de rémunération apparaissent comme une solution incertaine, mais parfois utiles à faire face aux défaillances de certaines situations.

Parallèlement à ces remèdes prévus pour remédier à la collaboration professionnelle non rémunérée, le législateur français a imaginé mettre un terme à la contribution par le conjoint divorcé de la dette professionnelle ou la mise en oeuvre d'une sûreté profitant à l'entreprise, alors que celui-ci ne participe plus à l'entreprise familiale. Il en résulte une protection spéciale du conjoint divorcé fondée sur l'équité.

[1180] Com., 15 déc. 2009, n°08-18.301, JurisData n°2009-050891, *R.D. rur.*, 2010, n°4, p. 29, comm. 42, C. Lebel.
[1181] Com., 10 juillet 2007, n°06-11.938 (www.legifrance.gouv.fr). En l'espèce, l'époux d'une exploitante agricole avait assigné en dissolution et en liquidation la société créée de fait qui, selon lui, avait existé entre eux au cours de leur vie commune alors qu'il avait bénéficié du statut de conjoint collaborateur du 6 avril 1996 au janvier 1998.
[1182] J.-J. BARBIÉRI, *Couple et travail en commun : persistance des ambiguïtés*, *Dr. rur.*, oct. 2007, comm. 322.
[1183] V. *supra* : titre 1, chapitre 1.
[1184] En ce sens, v. R. MORTIER, *Compatibilité de la société créée de fait avec le statut de collaborateur*, *Dr. sociétés* 2008, n°2, comm. 24.

II.- La protection spéciale du conjoint divorcé

496. La loi n°2005-882 du 2 août 2005 relative aux petites et moyennes entreprises[1185] a inséré l'article 1387-1dans le Code civil[1186]. Ce texte se situe dans les dispositions du titre V du livre III du Code civil intitulé « du contrat de mariage et des régimes matrimoniaux »[1187]. Cette disposition[1188] vient s'ajouter aux articles du Code civil permettant de régler l'organisation passive du divorce. Issue d'un amendement parlementaire, la mesure est destinée « à donner au juge le pouvoir de régler, au cas par cas, les situations personnelles difficiles nées de la sortie du statut du conjoint, suite à un éclatement du couple »[1189]. Il instaure une protection spéciale du conjoint après le prononcé du divorce. En dépit de sa conformité à la Constitution, certains auteurs ont soulevé la contradiction du texte avec la Déclaration des Droits de l'Homme et le Protocole Additionnel à la Convention Européennes des Droits de l'Homme[1190], en son article 1er qui protège les créances et les sûretés, considérées comme des biens. Ce texte a fait l'objet de nombreuses critiques : bien qu'il assure la protection du conjoint de manière plus efficace que par le passé, le texte contient des limites à cette protection[1191].

497. Jusqu'à cette modification législative, un conjoint pouvait être tenu, après le prononcé du divorce, de payer les dettes professionnelles de son époux ou être poursuivi pour les sûretés

---

[1185] *J.O.* 3 août 2005, p. 12639.

[1186] L'article 1387-1 du Code civil dispose : « Lorsque le divorce est prononcé, si des dettes ou sûretés ont été consenties par les époux, solidairement ou séparément, dans le cadre de la gestion d'une entreprise, le tribunal de grande instance peut décider de n'en faire supporter la charge exclusive au conjoint qui conserve le patrimoine professionnel ou, à défaut, la qualification professionnelle ayant servi de fondement à l'entreprise ».
Selon Monsieur Pierre-François Cuif, le texte est unanimement critiqué : P.-F. CUIF, *Le nouvel article 1387-1 du code civil : sens et devenir d'un texte contesté, Revue Lamy Droit Civil*, Déc. 2005, p. 23.

[1187] La volonté première était d'insérer ce texte dans la section II du chapitre 1er du livre 1er du code de commerce intitulé "du conjoint du chef d'entreprise travaillant dans l'entreprise familiale".

[1188] V, P. CROCQ, *Les bons sentiments de font pas les bons textes*, *D*. 2005, p. 2025 ; S. PIEDELIEVRE, *Le nouvel article 1387-1 du Code civil ou de l'utilisation d'un pavé par un ours*, *D*. 2005, p. 2139 ; V. LARRIBAU-TERNEYRE, *« Le créancier se trouva fort dépourvu quand le divorce fut venu »… Ou le nouvel article 1387-1 du Code civil*, *Dr. Fam*. oct. 2005, Etude n°21 ; P.-F. CUIF, *Le nouvel article 1387-1 du code civil : sens et devenir d'un texte contesté*, *RLDC* n°22, déc. 2005, p. 23 s.

[1189] Amendement n° 411du 4 juillet 2005 de la Commission des affaires économiques de l'Assemblée nationale, in P.-F.-CUIF, *Le nouvel article 1387-1 du Code civil : sens et devenir d'un texte contesté*, *op. cit*., p. 23.

[1190] Selon Monsieur Frédéric Vauvillé, ce texte est "en flagrante contradiction, non seulement avec l'article 17 de la D.D.H.C. mais aussi avec l'article 1er du Protocole additionnel à la C.E.D.H.". F. VAUVILLE, *" l'institutrice et l'artisan"*, *RJPF* 2005, 11/20.

[1191] P.CROCQ, *Les bons sentiments ne font pas les bons textes*, *op. cit.* : Selon cet auteur, l'article 1387-1 du code civil permet une expropriation du créancier. Monsieur le Professeur Rémy Cabrillac ne partage pas entièrement cet avis : il justifie sa position en expliquant que « *le créancier dispose, au moins en théorie, d'un droit de poursuite contre le conjoint exerçant l'activité professionnelle pour la totalité de la dette* » : R. CABRILLAC, *Le nouvel article 1387-1 du Code civil*, *RLDC*, Mars 2006, supplément au n°25, p. 36.

issues de l'exploitation de l'entreprise [1192] alors même qu'il ne conservait ni le patrimoine professionnel ni la qualification professionnelle ayant servi de fondement à l'entreprise. Il semble injuste de considérer qu'un époux puisse continuer à payer les dettes professionnelles de son ex-époux alors que le lien matrimonial est dissous et que tout lien avec cette activité professionnelle est rompu? Pour remédier à cette situation, le législateur est intervenu et a édicté une disposition qui permet désormais d'y mettre un terme. Cette solution résulte du prononcé de l'extinction de la dette ou de la sûreté au profit du conjoint divorcé, qui ne conserve aucun lien avec l'activité professionnelle. La dette ou la sûreté ne disparaît pas pour autant puisque l'autre conjoint divorcé, en a la charge.

A.- Les conditions d'application de la protection

Cette protection peut être sollicitée lors d'une procédure en divorce et en dehors de toute procédure collective[1193] contre une dette professionnelle ou une sûreté.

1.- La rupture définitive du lien conjugal : le divorce

498. Il est désormais nécessaire de distinguer le mode de conjugalité de la personne qui a fourni la garantie, selon qu'il s'agit du conjoint du chef d'entreprise ou de son concubin ou du signataire d'un P.A.C.S. [1194]. L'article 1387-1 du Code civil ne s'applique qu'aux personnes mariées. Le juge du tribunal de grande instance compétent pour appliquer cette norme est le juge aux affaires familiales (J.A.F.)[1195], amené à se prononcer sur la base de cet article dans le cadre d'une procédure en divorce [1196] ou après son prononcé [1197]. La cause du divorce est indifférente, elle ne constitue pas une condition d'application de la règle de droit. Ainsi, la demande fondée

[1192] V. par exemple le cas d'un conjoint, qui s'étant porté caution, a été tenu de payer à la place de son ex-conjoint protéger des poursuites des créanciers professionnels en raison d'un jugement de liquidation judiciaire : Com. 8 juin 1993, n°91-13.295, *Bull. civ*. IV, n°230.
[1193] Sur ce point v. *supra* : partie 2, titre 2, chapitre 1.
[1194] La Loi n°2005 - 882 du 2 août 2005 ne concerne que le conjoint du chef d'entreprise. Elle ne vise ni le concubin ni le signataire d'un PACS.
[1195] Préalablement appelé le juge aux affaires matrimoniales (J.A.M.) institué par la loi du 11 juillet 1975, le J.A.M. est devenu le juge aux affaires familiales (J.A.F.) suite à la loi du 8 janvier 1993.
[1196] Monsieur Pierre-François CUIF souligne que vont apparaître en pratique des divorces dont le seul but est d'anéantir les droits de certains créanciers, bien que le juge soit là pour prévenir ce risque. L'article 1387-1 du Code civil remet en cause des principes bien établis, avec une portée très large, et risque d'être source de nombreuses fraudes.
[1197] Le texte étant peu clair en la matière, il soulève des hésitations quant au moment à retenir pour l'intervention du juge, c'est-à-dire « lorsqu'il prononce le divorce ou une fois le divorce prononcé » : v. P.-F. CUIF, *Le nouvel article 1387-1 du Code civil : sens et devenir d'un texte contesté*, *op. cit*., spéc. p. 24.

sur l'article 1387-1 du Code civil peut être introduite quels que soit le type de divorce engagé, l'auteur de la demande ou de la faute commise. Le juge aux affaires familiales acquiert ainsi le pouvoir de libérer l'un des époux du poids de la dette professionnelle ou de la charge d'une sûreté en les faisant supporter à celui qui demeure propriétaire de l'entreprise. Cette faculté va relever de son pouvoir souverain d'appréciation, dénoncée par certains comme un pouvoir discrétionnaire[1198]. Le juge devra vérifier que l'engagement pris par le conjoint était relatif à la gestion de l'entreprise.

2.- L'existence d'une dette professionnelle ou d'une sûreté

499. Le texte semble avoir vocation à s'appliquer à tous les conjoints pour toutes les dettes et toutes les sûretés liées à l'activité de l'entreprise. La formule employée est large. Il peut donc s'agir de dettes ou de sûretés consenties par les deux époux ou par un seul d'entre eux, engageant solidairement le couple ou seulement celui qui l'a consenti. Tel peut être le cas pour les emprunts ou cautionnement contractés par les époux ensemble ou séparément pour les besoins de l'entreprise. L'engagement en question doit être impérativement lié à l'activité de l'entreprise ou à la qualification professionnelle. La nature de la dette contractée ou de la sûreté consentie est indifférente. Le terme «dette » suppose que tout remboursement, quel que soit son origine, est concerné par la disposition dans la mesure où cette dette est liée à l'activité professionnelle. En cas d'emprunt commun, l'époux co-emprunteur pourra être ainsi déchargé de la dette professionnelle. L'absence de précision du texte, nous amène à considérer qu'entrent dans son champ d'application les sûretés réelles ainsi que les sûretés personnelles : il peut s'agir, par exemple, d'un cautionnement, d'une hypothèque, ou de toute autre garantie légale ou conventionnelle. En cas de cautionnement, le conjoint, ayant sollicité l'application de l'article 1387-1 du Code civil, pourra être déchargé de cette caution à l'égard du tiers bénéficiaire avant même d'avoir réglé le créancier.

B.- Les conséquences d'une telle protection

Il convient de nous intéresser aux conséquences relatives au conjoint bénéficiaire de la mesure et aux créanciers de l'entreprise.

[1198] Selon Monsieur Pierre - François CUIF, l'article 1387-1 du Code civil donne un pouvoir discrétionnaire au juge.

500. **Conséquences à l'égard du conjoint bénéficiaire**. L'une des conséquences essentielles liées à l'application de la protection pour le conjoint, qui ne conserve ni le patrimoine professionnel ni la qualification professionnelle ayant servi de fondement à l'entreprise, est qu'il est libéré des dettes liées à l'activité professionnelle conservée par son époux après le divorce. Le texte ne distingue pas selon la nature de l'activité professionnelle exercée, il a donc le mérite de viser tous les conjoints de chef d'entreprise en matière commerciale, artisanale ou libérale, qui sont ainsi traités de manière égalitaire. Enfin ce texte tend à accroître la protection du conjoint du chef d'entreprise par rapport à la situation des partenaires d'un PACS et des concubins.

501. Ainsi le conjoint divorcé pourra se retrouver déchargé d'un passif professionnel, dont il n'aurait pu ou difficilement s'acquitter[1199]. En réalité, le texte n'apporte rien de nouveau dans la mesure où il ne fait que consacrer une pratique déjà existante. Bien que cette pratique ne se soit pas généralisée, elle existait déjà dans certains tribunaux lors des opérations de liquidation et de partage du régime matrimonial. Aujourd'hui, le surendettement survient de plus en plus à la suite de la perte d'emploi, de la maladie ou d'un divorce. Cette disposition contribue donc à éviter ce genre de situation grave, dont une personne divorcée se relève difficilement.

502. A l'égard des créanciers professionnels. Il est intéressant de se pencher du côté des créanciers de l'entreprise, titulaires des créances ou sûretés, car l'application d'une telle mesure n'est pas sans incidence à leur égard. L'article 1387-1 du Code civil ne prévoit pas l'opposabilité aux tiers du transfert de la charge de la dette ou de la sûreté. Celle-ci a été supprimée par l'amendement du gouvernement[1200]. L'application d'une telle mesure pose le problème de l'information des créanciers d'un tel transfert de la charge de la dette ou de la sûreté, afin que ceux-ci n'intentent pas inutilement une action en recouvrement de leur créance ou actionne la mise en œuvre de leur sûreté à l'égard de celle ou celui qui n'en a plus la charge. Pour certains

[1199] V. en ce sens, J.-P. CHAZAL, S. FERRE-ANDRE, *L'incroyable destin de l'article 1387-1 du code civil*, *D.* 2006, p. 316.C'est pour pallier aux situations dramatiques qui pouvaient naître lorsque cette pratique n'était pas appliquée, que le député Monsieur Yves Simon a relaté devant l'Assemblée Nationale une situation grave arrivée à une jeune femme de sa circonscription, « qui remboursait depuis sept ans les prêts de son ex-époux-ayant entre-temps ouvert une boulangerie-et, ayant perdu son travail, a dû demander à sa mère et à sa sœur de continuer à le faire ». La loi nouvelle tend donc à généraliser et reconnaître cette pratique déjà existante. Aujourd'hui, la protection visée par le texte n'est pas automatique puisque soumise à l'appréciation souveraine des juges du fond. Pour déterminer l'efficacité de ce texte, il convient de patienter pour mesurer les conséquences de son application et de son interprétation par les juges.

[1200] Selon le sénateur Jean-Jacques Hyest, une telle suppression rend inopérant l'article 1387-1 du Code civil, qu'il a qualifié de « O.J.N.I. » : « objet juridique non identifié ».

auteurs, le divorce devient une nouvelle cause d'extinction des cr éances et des sû retés, ce qui affaiblit l'article 1134 d u Code civil et la forc e obligato ire du contrat. Cependant on ne peut retenir une telle argumentation, car le créancier aura toujours en théorie la possibilité de récupérer sa créance ou d'utiliser sa gara ntie pour être remboursé. La dette n'est pas éteinte, la sûreté ne disparaît pas, simplement le débiteur à solliciter n'est plus le même.

Lorsqu'il apparaît qu'aucune des solutions propres aux conjoints n'est envisageable, l'époux peut recourir à l'application de rem èdes em piriques applicab les à toute for me de conjugalité.

Conclusion du Chapitre 2

503. La séparation du couple implique nécessairement la fin de la collaboration professionnelle. L'appréhension des conséquences liées à la séparation doit se faire en fonction du statut professionnelle dans le cadre duquel est exercée la collaboration entendue *lato sensu*. Le conjoint, le pacsé et le concubin, qui participe à l'entreprise familiale dans le cadre d'un contrat de travail ou de société est « protégé » par les dispositions propres à ces différents types de contrat. La situation diverge lorsque le conjoint, ou le pacsé en droit français endosse la qualité de collaborateur stricto sensu. En pareille hypothèse, le régime prévu à l'article 230bis du Code civil permet au conjoint de recouvrer les droits pécuniaires dont il est le bénéficiaire sans recourir à des solutions prétoriennes, applicables *a posteriori* et dont l'issue est incertaine. Or, en droit français, tel est le triste sort du conjoint séparé de biens, du pacsé collaborateur et du concubin. La situation du concubin en droit italien est tout aussi précaire. Le recours à ces solutions de « comblement » apparaît aujourd'hui trop incertain dans ce contexte de rapport conjugal temporaire.

Conclusion du Titre 2

504. Le couple lié professionnellement à l'activité d'entreprise voit ses rapports professionnels menacés par deux causes distinctes. La première est liée aux risques inhérents à l'activité d'entreprise. Ces risques de nature économiques peuvent engendrer de graves conséquences au regard du patrimoine du couple. Le législateur tend désormais à réduire ces risques en autorisant le chef d'entreprise à créer un patrimoine d'affectation, comprenant des biens dédiés à l'activité d'entreprise ou à l'activité domestique. Cependant cette « dépatrimonialisation » entraîne la réduction du gage des créanciers professionnels, qui nécessairement souhaiteront obtenir des garanties financières en contrepartie de leur engagement. La pratique va ainsi voir se développer de nouvelles techniques dans les relations d'affaire. La seconde tient à la vie privée du couple. Les couples sont libres de « se faire » et de « se défaire ». Conscient de la précarité dans laquelle peut être plongé le conjoint en cas de divorce, le législateur a imaginé des mesures pour établir un équilibre. Or de telles mesures ne sont pas applicables au pacsé et au concubin. Cette précarité est d'autant plus injuste lorsqu'elle survient après de nombreuses années de collaboration professionnelle dans le couple, où l'un des membres participant à l'activité d'entreprise de l'autre n'a pu enrichir son patrimoine. Ce constat est d'autant plus vrai en droit français, où le législateur ne reconnaît pas au conjoint un droit pécuniaire en contrepartie de sa collaboration régulière. Il convient désormais d'y remédier.

Conclusion de la Partie 2

505. L'analyse des incidences découlant de la collaboration du couple dans l'entreprise révèle d'importantes différences selon le choix de la forme sociale au travers de laquelle l'activité est poursuivie. Sur ce point, il existe une similitude en droit français et italien. En effet, lorsque l'activité est exercée sous forme de société, il apparaît que la situation de l'époux, du pacsé ou du concubin est davantage marquée par sa condition d'associé que par sa situation personnelle. Comme nous l'avons vu, le droit des sociétés définit les droits et obligations des membres du groupement *ès qualitès*. La situation n'est pas la même lorsque l'entreprise est exploitée de manière individuelle. L'état de conjugalité des membres du couple va influer sur leur degré de coopération. De ce choix va dépendre la place du conjoint, du pacsé ou du concubin dans l'entreprise et la détermination de ses prérogatives.

506. En droit français, l'interventionnisme étatique a été guidé par la nécessité d'améliorer la situation de l'époux, qui est désormais intégré à la gestion de l'entreprise et bénéficie d'un véritable statut professionnel en l'absence d'un contrat de travail ou de société. Son activité régulière est désormais juridiquement encadrée et considérée de manière à lui conférer un véritable statut social, synonyme de « protection ». Mais celui-ci présente une faiblesse importante liée à l'absence de toute contrepartie financière étroitement attachée à la prestation réalisée. Or son rôle consiste à faire fructifier l'entreprise individuelle, qui constitue généralement l'essentiel du patrimoine du couple : le conjoint collaborateur (contrairement au conjoint salarié ou associé) peut espérer constituer un patrimoine propre soit grâce à la générosité de son conjoint chef d'entreprise, soit par les acquêts de communauté.

Désormais le Pacsé bénéficie du même sort que le conjoint quant aux modes de collaboration envisageables et par conséquent, des mêmes prérogatives, qui leurs sont étroitement liées. Mais de notables différences subsistent en raison du régime patrimonial distinct de ces deux formes de conjugalité, dont le jeu interfère à des degrès différents. L'alignement réalisé entre ces deux formes d'union juridique n'a pas été étendu au concubin, de sorte que ce dernier reste exclu de tout statut juridique et social en matière commerciale, artisanale et libérale s'il n'est ni salarié, ni associé, ni coexploitant. Or au cours de la vie commune, qu'il s'agisse d'époux, de pacsés ou de concubins, les membres de chaque couple peuvent contribuer ensemble à l'activité d'une entreprise à des niveaux égaux ou différents.

En apparence, la situation est la même. Mais quand survient l'heure de la rupture, les concubins payent un lourd tribut à la liberté, dont ils ont souhaité jouir, comme si celle-ci ne faisait pas bon ménage avec « la vie des affaires ».

507. En droit italien, le législateur a particulièrement soigné la participation régulière du conjoint à l'entreprise familiale en lui octroyant de nombreuses prérogatives, dont celle de participer aux fruits de l'activité à laquelle il a contribué. Fondée sur une notion d'équité, la loi accorde non seulement une place au conjoint dans l'entreprise familiale mais également la possibilité de s'enrichir directement et personnellement. Comme en droit français, le statut de collaborateur *stricto sensu* n'est pas généralisé au concubin, de sorte qu'il reste privé de tout statut, et donc de toutes prérogaties, en l'absence de contrat de travail conclu avec le chef d'entreprise ou à défaut d'être l'associé de son concubin.

508. Lorsque l'activité est commune aux membres d'un couple, celle-ci constitue en principe l'unique source de revenus. Il importe alors non seulement de protéger ce patrimoine mais également de protéger le conjoint, le pacsé ou le concubin du chef d'entreprise des aléas de l'activité par des mesures appropriées. Conscient de la nécessité impérative d'encourager la création et la poursuite d'activité d'entreprise dans un contexte social difficile, les législateurs français et italien ont multiplié ces mesures, qui relèvent du libre choix. Parallèlement, l'autre facteur de risques auquel est confronté le couple et en particulier le conjoint, le pacsé ou le concubin du chef d'entreprise est celui de la séparation. Il est l'élément révélateur des inégalités présentes en droit français et italien entre les différentes formes d'union. En effet, si le conjoint, la pacsé ou le concubin participant à l'activité de l'autre membre du couple risque de se trouver placé dans une situation précaire en cas de séparation, ils ne disposent pas des mêmes armes pour remédier à cette situation. Seuls les époux bénéficient en droit français et italien de mesures spécifiques.

CONCLUSION GÉNÉRALE

509. L'approche comparative de la collaboration du couple dans l'entreprise nous a conduit à rechercher quels étaient les modes de coopération offerts au conjoint, au pacsé ou au concubin du chef d'enreprise. Notre étude a été réalisée sous l'angle d'une comparaison croisée : d'une part il s'agissait de comparer les droits français et italien, d'autre part, il s'agissait de comparer les différents modes de conjugalité au regard de la collaboration professionnelle du couple. Cette comparaison nous amène à conclure qu'il existe de notables convergences liées à l'origine commune du Code civil de 1804 et à une volonté similaire d'encadrer la coopération conjugale dévolue dans le cadre de l'entreprise familiale. Cependant, il existe d'importantes divergences parmi les solutions dégagées quant aux modalités de la collaboration *lato sensu* et à ses conséquences, mais également quant aux modes de conjugalités.

510. Conscient des excès qu'une telle collaboration impliquait au regard de la situation personnelle des femmes, les législateurs italiens puis français sont intervenus pour remédier à ces situations précaires[1201]. Toutefois la démarche n'a pas été la même. En Italie, le législateur s'est non seulement préoccupé de l'épouse, mais également d'autres membres de la famille. En érigeant une disposition spéciale relative à l'entreprise familiale, il entendait faire cesser les dérives nées de l'entraide familiale en élaborant le statut de « collaborateur familial », assimilé pour le conjoint au regard du droit français au statut de « conjoint collaborateur »[1202]. Sa démarche était la suivante : accorder des droits pécuniaires aux collaborateurs familiaux, dont le conjoint, en contrepartie de leur implication effective et régulière dans l'entreprise familiale à défaut de tout autre statut. Le législateur reconnaissait ainsi implicitement la possibilité de fonder la coopération conjugale sur un rapport juridique, que la doctrine a interprété comme étant le contrat de travail[1203], la société [1204] ou l'association en participation[1205]. En droit français, le législateur a également souhaité permettre aux époux de collaborer ensemble dans une même entreprise. Après avoir légiféré dans le domaine agricole, il est intervenu en matière artisanale et commerciale afin d'offrir un choix au conjoint qui

[1201] V. *supra* : introduction.
[1202] V. *supra* : partie 1, titre 2, chapitre 1.
[1203] V. *supra* : partie 1, titre 1, chapitre 1.
[1204] V. *supra* : partie 1, titre 1, chapitre 2.
[1205] V. *supra* : partie 1, titre 2, chapitre 1.

souhaitait participer à l'activité de son époux : le conjoit pouvait devenir collaborateur[1206], salarié[1207] ou associé[1208]. Mais à la différence du droit italien, les statuts offerts au conjoint ont été progressivement et fortement améliorés. Les conditions de mise en œuvre du statut de salarié et d'associé ont été adaptées en tenant compte de la situation personnelle des époux. Le statut de salarié a l'avantage de procurer un véritable statut social au conjoint, au pacsé ou au concubin, indépendamment de leur mode de conjugalité. Bien que placé volontairement dans un rapport juridique inégalitaire, l'époux, le pacsé ou le concubin bénéficie de la protection sociale dévolue à tout salarié[1209]. De plus, l'époux, le pacsé ou le concubin est en mesure de constituer un patrimoine propre, sous réserve pour les unions juridiques du respect des dispositions impératives issues de leur organisation patrimoniale. L'exploitation de l'entreprise en société permet aux membres du couple d'opter pour une exploitation égalitaire et d'utiliser cette forme juridique pour constituer un patrimoine d'affectation, de manière à constituer une « société écran »[1210]. Pour les époux, elle présente également l'avantage de se soustraire aux règles issues de leur organisation matrimoniale afin d'envisager une répartition différente des résultats de l'exploitation et des pouvoirs de chacun grâce au contrat de société. Cependant en droit français, l'utilisation de la société comme technique de création d'un patrimoine d'affectation est concurrencée par la possibilité d'opter, à partir du 1er janvier 2011, pour le statut d'entrepreneur individuel à responsabilité limitée[1211]. L'entreprise étant alors exploitée sous forme individuelle, le statut d'associé est fermé au conjoint, au pacsé ou au concubin du chef d'entreprise, qui peut seulement opter pour le statut de salarié ou de collaborateur. En droit italien, l'absence de coordination entre les dispositions propres au droit des sociétés et celles relatives à l'organisation matrimoniale des époux créent de nombreuses incertitudes quant à l'entrée en société des époux, à leurs pouvoirs et aux sorts des résultats de l'exploitation[1212]. Les concubins étant dépourvus de toute organisation patrimoniale, l'exploitation d'une entreprise en société par eux ne posent pas de difficultés similaires.

511. Parallèlement en droit français, le statut de conjoint collaborateur est devenu un véritable statut professionnel. A l'instar du droit italien, le régime est désormais impératif. Cependant, le statut de conjoint collaborateur présente une importante faiblesse en droit

[1206] V. *supra* : partie 1, titre 2, chapitre 1.
[1207] V. *supra* : partie 1, titre 1, chapitre 1.
[1208] V. *supra* : partie 1, titre 1, chapitre 2.
[1209] V. *supra* : partie 2, titre 1, chapitre 1.
[1210] V. *supra* : partie 2, titre 2, chapitre 1.
[1211] V. *supra* : partie 2, titre 2, chapitre 1.
[1212] V. *supra* : partie 1, titre 1, chapitre 2.

français : par essence, il est dépourvu d'un droit personnel à rémunération[1213]. Or, quand survient la fin de la collaboration, l'époux, le pacsé ou le concubin, ayant opté pour un tel statut, peut se trouver démuni car, en se consacrant à l'entreprise de l'autre, il n'a pas constitué un patrimoine propre. Seul l'époux peut espérer obtenir une rémunération indirecte par le jeu du régime matrimonial communautaire dans la mesure où cette possibilité n'est pas limitée par des dispositions conventionnelles [1214]. Or cette rémunération indirecte est illusoire pour les pacsés ou pour les concubins en raison de l'absence de « régime matrimonial ». Seule la perspective d'une action en justice intentée sur le fondement de la société créée de fait, ou à titre subsidiaire, sur l'enrichissement sans cause, paraît envisageable. Cependant, cette solution est peu satisfaisante, dans la mesure où les exemples jurisprudentielles en la matière démontrent que les juges accordent rarement une indemnisation sur ces fondements au titre de la collaboration professionnelle des membres du couple[1215]. De plus, ces solutions présentent toutes les deux l'inconvénient d'être actionnées a *posteriori* dans le cadre d'une procédure en justice, qui peut s'avérer à la fois longue et coûteuse, et l'indemnisation espérée s'avère nettement inférieure à celle attribuée en application d'un contrat de travail. L'amélioration du sort du conjoint collaborateur n'est donc que relative.

512. En droit italien, le concubin n'est pas intégré à la sphère des collaborateurs familiaux au sens de l'article 230bis du Code civil. Sa collaboration au sein de l'entreprise de l'autre concubin n'est pas assimilée à celle de l'époux, de sorte que seul l'établissement d'un rapport juridique de droit commun permet l'attribution d'un statut. A l'instar du droit français, les tribunaux italiens accordent rarement une indemnisation au concubin participant à l'entreprise de l'autre sur le fondement de la société créée de fait ou l'enrichissement sans cause[1216]. En droit français, le concubin intègre l'entreprise familiale en matière agricole, mais il en est privé dans les autres domaines d'activité : sa situation est donc comparable en matière commerciale, artisanale et libérale à celle du concubin en droit italien[1217].

513. Face à ces diffultés, il apparaît opportun au jourd'hui de reconnaître au conjoint collaborateur un droit de participation sur les résultats de l'entreprise, sans que celui-ci soit assimilable à une rémunération. Une telle solution aurait pour avantage d'améliorer considérablement le sort du conjoint collaborateur créant ainsi un alignement entre les

[1213] V. *supra* : partie 2, titre 1, chapitre 1.
[1214] V. *supra* : partie 2, titre 1, chapitre 1.
[1215] V. *supra* : partie 2, titre 2, chapitre 2.
[1216] V. *supra* : partie 2, titre 2, chapitre 2.
[1217] V. *supra* : partie 1, titre 2, chapitre 2.

différents modes de conjugalité. Il appartient également au législateur français d'ouvrir le statut de conjoint collaborateur au concubin en matière commerciale, artisanale et libérale de manière à faire cesser toute discrimination entre les différentes unions en fonction du secteur d'activité concerné. En raison des mesures de publicité attachées au statut de conjoint collaborateur, cette ouverture peut être envisagée à l'égard du concubin.

514. En droit italien, l'extension des dispositions de l'article 230bis du Code civil apparaît une solution opportune. Mais cette ouverture ne peut être envisagée en l'absence de définition précise du concubinage. En droit positif italien, le concubinage est une situation de fait non défini légalement. Les incertitudes actuelles encadrant la notion ne permettent pas d'envisager sereinement l'entrée du concubin dans la sphère de l'article 230bis du Code civil.

BIBLIOGRAPHIE NON EXHAUSTIVE

Les auteurs sont présentés par ordre alphabétique

I. - OUVRAGES GÉNÉRAUX

BONILINI (G.), CATTANEO (G.), *Il diritto di famiglia*, Trattato t. 1 & 2, I grandi temi 2007, *UTET* 2e éd.

CALVO (R.) et PERLINGIERI (G.), *Diritto delle Successioni*, t.1 et t. 2, *Edizioni Scientifiche Italiane*, *Napoli*, 2008 et 2009.

CAPITANT (H.), TERRÉ (F.), LEQUETTE (Y.), *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, t. 1, *D*. 12e éd., 2007.

COEURET (A.), GAURIAU (B.), MINE (M.), *Droit du travail*, *Sirey* 2e éd., 2009.

COLLART DITILLEUL (F.), DELEBECQUE (Ph.), *Contrats civils et commer ciaux*, *D*. 2007.

COTTINO (G.), *Diritto commerciale*, Vol. 1er, t.1, 3e éd., p. 104.

CORNU (G.), *Droit civil La famille*, *Montchrestien* 9e éd. 2006.

CORNU (G.) [sous la direction de], *Vocabulaire juridique de l'Association Henri CAPITANT*, PUF, 2007.

COURBE (P.), *Droit de la famille*, *D. SIREY* 5e éd., 2008

COZIAN (M .), VIANDIER (A.), DEBOISSY (F.), *Droit des sociétés*, *Litec* 22e éd., 2009.

DAURIAC (I.), *Les régimes matrimoniaux et le PACS*, *LGDJ* 2e éd., 2010.

FAVENNEC-HERY F., VERKINDT P.-Y., *Droit du travail*, *LGDJ* 2e éd., 2009.

GALGANO (F.) [sous la direction de], *Trattato di diritto commerc iale e di diritto pubblico dell'economia*, vol. 29, *Il Nuovo diritto societario* , 3e éd., t. 1, *Le nuove società di capitali e cooperative*, *CEDAM* 2006.

GERMAIN M., *Traité de droit com mercial. Les sociétés co mmerciales*, t.1 vol. 2, *LGDJ* 19e éd., 2009.

GHERA (E.), *Diritto del Lavoro*, *Cacucci Editore*, 2006.

HENRY (X.), JACOB (F.), TISSERAND-MARTIN (A.), *Mégacode civil*, *Dalloz* 2009.

LE CANNU (P.) et DONDERO (B.), *Droit des sociétés*, *Montchrestien* 3e éd., 2009.

LEGEAIS (R.), *Grands systèmes de droit contemporains, Approche comparative*, *Litec* 2004.

LÉVY (J.-Ph.) et CASTALDO (A.), *Histoire du droit civil*, *D.*, 1er éd., 2002

MALAURIE Ph., FULCHIRON H., *La famille, Defrénois* 2e, 2006.

MAZEAUD (A.), *Droit du travail, Montchrestien* 5e éd., 2006, coll. Domat Droit privé.

MERLE (Ph.), *Droit commercial Sociétés commerciales*, D. 12e éd., 2008.

MESTRE (J.), PANCRAZI (M.-E)., *Droit commercial, Droit intern e et aspects de droit international*, *L.G.D.J.*, 28e éd. 2009

MONTANIER (J.-Cl), *Les régimes matrimoniaux*, *PUG*. 5e éd., 2006.

PELISSIER (J.), SUPIOT (A.), JEAMMAUD (A.), *Droit du travail* , *Précis Dalloz*, 24e éd., 2008.

SAINT-ALARY-HOUIN (C.), *Droit des entreprises en difficulté*, *Montchrestien* 6e éd., coll. Domat, 2009.

TERRÉ (F.) et SIMLER (Ph.), *Droit civil Les régimes matrimoniaux*, *D*. 5e éd. 2008.

TRIMARCHI P., *Istituzioni di diritto privato*, 9e ed., *Giuffrè Editore* 1991, p. 833.

VOIRIN (P.) et GOUBEAUX (G.), *Droit civil*, t. 1, L.G.D.J., 2007, 31e éd.

II.- OUVRAGES SPÉCIAUX ET THÈSES

ATIAS (Ch.), *Philosophie du droit*, *PUF* coll. Thémis droit privé, 2e éd. refondue, 2004.

AUBERT-MONPEYSSEN (Th.), *Subordination juridique et relation de travail* , *Editions du C.N.R.S.*, 1988.

AZARIAN (H.), *L'artisanat*, coll. Pratique professionnelle, *Litec*, 2006.

BALESTRA (L.), *Attività d'impresa e rapporti familiari*, *CEDAM*, 2009.

BARABE-BOUCHARD V., *Les contrats on éreux et les re lations famillialeс*, Thèse dactyl. Rennes 1, 1994.

BARREAU (C.-Th.), *L'apport en société d'une valeur de communauté*, Thèse dactyl. Rennes 1, 1988.

BICHEL (O.-Ph.), *Le statut juridique et social du conjoint de l'exploitant agricole* , Thèse dactyl. Paris II, 1996.

BLAISE (H.), *L'apport en société*, Thèse Rennes, Sirey, 1955.

CALVO (R.) :
- *La successione del coniuge Garanzie individuali e nuovi scenari familiari*, IPSOA 2010 ;

- *La famiglia e le successioni. Casi e problemi, G. Giapichelli Torino, 2004.*

Centre français de droit comparé :
- *L'entreprise et le droit comparé*, Colloque du 25 novembre 1994, préf. J.-M. Fauve, *Société de législation comparée* ;

- *Le droit comparé aujourd'hui et demain*, Colloque du 1er décembre 1995, *Société de législation comparée*.

CHAMOULAUD-TRAPIERS (A.), *Les fruits et revenus en droit patrimonial de la famille*, thèse dactyl, Limoges, 1997 ; *PULIM* 1999.

CHAUVIÈRE (M.) et BUSSAT (V.), *Famille et codification Le périmètre du familial dans la production des normes, La documentation française*, Mission de recherche « Droit et justice », 2005.

CHIARITO (P.) et a., *La solidarietà post coniugale*, CEDAM, 2009.

CIATTI (A.) [sous la direction de], *Famiglia et minori*, *G. Giappichelli Editore*, 2010.

Comparer les droits, résolument, sous la direction de P. Legrand, *PUF* 2009.

COSTI (R.), *Lavoro e impresa nel nuovo diritto di familia*, *Milano*, 1976.

COTTRAU (G.), *Il lavoro familiare*, *Milano*, 1984.

DECHAUX (J.-H.), *Sociologie de la famille*, éd. *La Découverte*, coll. Repères, , Paris, 2007.

DE MARCHIS (M.), *L'impresa familiare nell'ordinamento giuridico italiano*, Excerptum theseos ad Doctoratum in Iure Civili, Romae 2002.

DEKEUWER (Fr.), *L'entr'aide familiale*, thèse dactyl. Lille II, 1992.

DEKEUWER-DEFOSSEZ (Fr.), *Droit des femmes*, *Dalloz*, 1985.

FAUCHEUX (M.), CHAMPENOIS-MARMIER (M.-P.), *Le mariage et l'argent*, Travaux et recherches de l'Université de Paris II, *P.U.F.*, 1981, préface J. Carbonnier.

FENOUILLET (D.), de VAREILLES-SOMMIERES (P.) [sous la direction de], La *contractualisation de la famille*, Colloque organisé par la faculté de droit Jean Monnet (Sceaux, 3 et 4 février 2000), *Economica*, 2001.

FERRE-ANDRE (S.-C.), *Indépendance et solidarité des époux dans leur vie professionnelle*, thèse dactyl. Lyon III, 1991.

FORTINO (M.), *Diritto di Famiglia, I valori, i principi, le regole*, *Giuffre Editore* 1997.

GALGANO (F.), *Diritto Privato*, 10e éd., *CEDAM* 1999.

GAUTHIER (P.-Y.), *L'union libre en droit international privé*, Th. Paris I 1986.

GERMAIN (M.), *Les sociétés co mmerciales*, *Traité de droit commerc ial G. R ipert et R. Roblot*, *L.G.D.J.*, 19e éd. 2009

GILLES (A .-M .), *Le couple en droit social*, Economica, coll. « Droit civil », Série : « Etudes et Recherches », 1997, préface J.-P. Laborde.

GANGHOFER (R.) [sous la direction de], *Le droit de la famille en Europe son évolution depuis l'Antiquité jusqu'à nos jours*, *Presses Universitaires de Strasbourg*, 1992.

HUGUENEY (J.), *Le pouvoir disciplinaire du Chef d'entreprise*, Th. Paris, 1948.

JAEGER (P.G.), *L'interesse sociale*, *Milano*, 1963.

JECHERS (J.-L.) [sous la direction de], *Les contrats entre époux*, ouvrage collectif du Conseil régional francophone de la fédération royale des notaires de Belgique, *Bruylant*, 1995.

Jurisclasseur : civil ; commercial ; sociétés ; comparé.

KARM (A.), *L'entreprise conjugale* , *Defrénois*, coll. de Thèses, Doctor at et Notariat, t. 5, 2004, préface P. Catala.

KESSLER (G.), *Les partenariats enregistrés en droit international privé*, Thèse, *LGDJ* 2004.

LABBEE (X.), *Les rapports juridiques dans le c ouple sont-ils contractuels ?,* Presses Universitaires du Septentrion, 1996, préface J. Hauser.

LE BRIS (R. Fr.), *La relation de travail entre époux* , *L.G.D.J.*, coll. « Bibliothèque de droit privé », t. LV, 1965, préf. P. Catala.

LEPROVAUX (J.), *La protection du patrimoine familial*, *Defrénois*, coll. Doctorat et Notariat 2008, t. 34, spéc. P. 198 à 206.

LEVENEUR (L.), *Situations de fait et droit privé* , *L.G.D.J.*, coll. « Bibliothèque de droit privé », t. CCXII, 1990, préface M. Gobert.

LEVIS (M.), GROMIS DI TRANA (E.), *L'impresa familiare*, *Il sole 24 ore*, 1999.

L'entreprise familiale en Europe, Colloque organisé par l'Institu t de Droit Comparé des Pays Latins de l'Université de Toulouse (25-26 m ars 1993), travaux reproduits dans les Anales d e l'Université des Sciences sociales de Toulouse, t. XLI, 1993.

MANSUY (F.), *Les relations familiales et le droit des sociétés*, Thèse Nancy, 1985.

MARCHETTI (P.), A. BIANC HI (L.), GHE ZZI (F.), NOTARI (M.), *Commentario alla riforma delle società*, Giuffrè Editore, 2008.

OBERTO (G.), *Le prestazioni lavorative del convivente more uxorio*, *CEDAM* 2003.

PAPANDREOU-DETERVILLE (M.-P.), *Le droit anglais des biens*, *LGDJ* coll. Bibliothèque de droit privé, Tome 418, 2004, Préface de Geoffrey Samuel.

PANUCCIO, *Impresa familiare*, *Milano*, 1981.

PÉTEL (Ph.), *Les obligations du mandataire*, Thèse Montpellier, 1987, *Litec* 1988, Préf. R. Cabrillac.

PHILIPPE (C.), *Le devoir de secours et d'assistance entre époux. Essai sur l'entraide conjugale*, L.G.D.J., coll. « Bibliothèque de droit privé », t. CLXX, 1981, préface G. Wiederkehr.

PORTALIS, *Naissance du Code civil*, *Travaux préparatoires du Code civil*, Extraits choisis et présentés par François EWALD, *FLAMMARION* 2004.

RAVONINJATOVO (R.), *La collaboration professionnelle entre époux en matière commerciale,* Thèse dactyl., Aix-Marseille III, 1990.

RESCIGNO (P.), *Codice civile*, t. 2 (artt. 1754-2969), *Le Fonti del diritto privato, Giuffrè Editore*, 7e éd., 2008.

RUBELLIN-DEVICHI (J.), [sous la direction de], *Les concubinages. Approche socio-juridique*, Ouvrage collectif du Centre de droit de la famille, éditions du C.N.R.S., 1986.

SIMLER (Ph.), « La loi n°85-1372 du 23 décembre 1985 relative à l'égalité des époux dans les régimes matrimoniaux et de sparents dans la gestion des biens des enfants mineurs », J.-Cl. Civ., n°3 spécial de 1986.

SPERA (P.), *La società di fatto. Recenti orientamenti giurisprudenziali*, *Giuffrè Editore*, 2008.

SUPIOT A. [sous la direction de], *Au-delà de l'emploi. Transformation du travail et devenir du droit du travail en Europe*, *Flammarion*, 1999.

TEYSSIÉ (B.), [sous la direction de] *Les notions fondamentales du droit du travail*, éd. Panthéon-Assas 2009.

THAUVRON (A.) [coordination de], *Gestion de patrimoine, Stratégies juridiques, fiscales et financières*, éd. DUNOD, 2009

TISSERAND-MARTIN (A.) et a., *Le guide des divorces*, *D.* 2e éd., 2007-2008.

VALLANSAN (J.) et DESMORIEUX (E.), *Société en participation et société créée de fait*, éd. *GLN JOLY*, coll. « Pratique des affaires », 1996, préface M. Cozian.

ZALEWSKI (V.), *Familles, devoirs et gratuité*, éd. *L'Harmattan*, 2004.

106e Congrès des notaires de France, *Couples, patrimoine les défis de la vie à 2*, Bordeaux du 30 mai au 2 juin 2010.

100e Congrès des notaires de France, *Code civil : les défis d'un nouveau siècle*, *Litec* 2004.

III.- ARTICLES, RAPPORTS ET CHRONIQUES

ALPA (G.) et FERRANDO (G.), « Les concubinages dans l'expérience italienne », in *Les concubinages en Europe, Aspects socio-juridiques*, *CNRS* 1989, p. 205.

ALPA (G.) :
- Le Code civil en Italie, RIDC 2005, n°3, p. 571.
- *Le Code de commerce en Italie*, *RIDC* 2007, n°2.

AUZERO (G.), *Les dispositions à caractère social de la loi n°2005-882 du 2 août 2005 en faveur des petites et moyennes entreprises*, *BJS* 2005, §. 242, p. 1083.

AMIEL-DONAT (J.), « La femme du boulanger, dix ans plus tard », in *Mélanges offerts à André Colomer*, *Litec*, 1993, p. 7.

ANTONOMATTEI (P.-H.) : « Dix ans après : quelques mots sur des maux en droit du travail », in *Mélanges Philippe Malaurie, Liber Amicorum*, *Defrénois* 2005, p. 1.

ATIAS (C.) :
- « Le quotidien et l'involontaire en régime légal », in *Mélanges offerts à André Colomer*, *Litec*, 1993, p. 21 ;
- *Philosophie du droit*, *PUF*, coll. Thémis droit privé, 2004.

BALDINI (M.), *Natura e pubblicità dell'atto costitutivo del fondo patrimoniale : le ragioni di una decisione definitiva*, *Famiglia e diritto* 2010, n°6, p. 564.

BARDOUL (J.), *Les conjoints associés : commentaire des articles 12 et suivants de la loi n°82-596 du 10 juillet 1982 relative aux conjoints d'artisans et de commerçants travaillant dans l'entreprise familiale*, *Rev. Sociétés* 1983, p. 5.

BARREAU (C.-T.), « La société par actions simplifiées entre conjoints », in *Mélanges Jean Paillusseau*, *Dalloz* 2003, p. 1.

BEIGNIER (B.) :
- « Pacte civil de solidarité et indivision : visite aux enfers », *Rép. Def.*, 2000, art. 37175, p. 620 ;
- « PACS : l'heure du droit. Proposition pour un statut unitaire du concubinage », *Dr. famille*, avril 1999, Chron. 7, p.10.

BEIGNIER (B.), COMBRET (J.) et FOUQUET (A.), « Pacte civil de solidarité : formule de convention », *Droit de la famille*, avril 2000, Chron., n°9.

BESNARD-GOUDET (R.), *Réflexions sur le Pacs et le droit des sociétés*, *JCP E* 2001, p. 1128.

BLARY-CLÉMENT (E.), *De quelques mesures protectrices du conjoint du chef d'entreprise*, *RJPF* 2006, n°1, p. 6.

BLONDIL (F.), *Permanence et évolution du concept de société : du contrat à l'institution ?, in L'entreprise face au bicentenaire du code civil*, sous la direction de Georges Virassamy, Travaux du C.E.R.J.D.A., vol. 5, pp. 87 et s.

BONILINI (G.), « Il matrimonio », in *Il diritto di famiglia*, vol. 1, t. 1, Trattato diretto da G. Bonilini et G. Cattaneo, 2007, *UTET* 2e éd., p. 67.

BOSSE-PLATIÈRE (H.), *Le droit rural et le pacte civil de solidarité*, *Dr. Famille* 2006, comm. 86.

BOUBLI (B.), *Statut social du conjoint collaborateur d'un artisan ou d'un commerçant*, Sem. Soc. Lamy, 1984, suppl. au n°195.

BOULANGER (J.), *La femme mariée commerçante*, *RTD com*. 1967, p. 413.

BOUTON (J.), « L'incidence de la rupture du couple sur l'existence du contrat de travail », in Le droit social-Le droit comparé Études dédiées à la mémoire de Pierre Ortscheidt.

BOSSE-PLATIÈRE (H.), « Indivision et communauté dans le régime des biens du Pacs aujourd'hui », in *Mélanges Gilles Goubeaux, Liber amicorum*, *Dalloz-LGDJ*, 2009.

BRUNETTI-PONS (C.), *L'émergence d'une notion juridique du couple*, *RTD civ*., 1999, pp. 27 et s.

CABRILLAC (R.), *Le nouvel article 1387-1 du Code civil*, *RLDC*, mars 2006, supplément au n°25, p. 36.

CALAIS-AULOY (J.), « De la notion de commerçant à celle de professionnel », in *Etudes de Droit privé, Mélanges offerts à Paul DIDIER*, *Economica* 2008, p. 86.

CALVO (R.), Il « trust » testamentario, in *Diritto delle successioni*, t. 1, Edizioni Scientifiche Italiane, 2008.

CAPPELLINI (P.), « Voyage en Italie. Code Napoléon et historiographie : une esquisse inachevée », in *Mélanges offerts à Jacques Vanderlinden, Le code napoléon, un ancêtre vénéré*, éd. *Bruylant* 2004, pp. 61-75

CANIN (P.), « La mésentente entre associés, cause de dissolution judiciaire anticipée des sociétés », *D.S.*, janvier 1998, Chron., p.4.

CASTAGNARO-GENIN (A.), *Les régimes matrimoniaux en droit français et en droit italien*, Th. Paris 2, 2002, p. 461.

CASTAGNÉ (S.), *Le statut de conjoint collabo rateur : presque une réalité !*, *JCP N* 2006, n°51-52, p. 2442.

CARBONNIER (J.), :
- « L'apport du droit comparé à la sociologie juridique », in Livre du Centenaire de la Société de législation comparée, I, 1969, p. 75 ;

- « Les lieux de m émoire », t. 2, « La Nation, l'Etat », in *Naissance du Code civil*, *Gallimard*, 1986, p. 293

CATALA (P.), « L'indivision entre époux », in *Mélanges P. Hébraud*, 1981, p.185.

CAUTIER (A.-S.), *La fiducie et le principe d'unité du patrimoine*, *Gaz. Pal*., 14-15 fév. 2007, p. 3.

CHALVIGNAC (F.), *Les incidences du régime matrimonial sur la gestion du fonds de commerce* , *JCP N*. 1999, p. 322.

CHAMPAUD (Cl.), *L'entreprise personnelle à responsabilité limitée*, *RTD com*. 1979, 21.

CHAMPENPOIS (G.), *Régimes matrimoniaux, libéralités, successions*, *Defrénois* 2008, n°3, Chron. n° 38719, p. 307.

CHAZAL (J.- P.), FERRE-ANDRE (S.), *L'incroyable destin de l'article 1387-1 du code civil*, *D*. 2006, p. 316.

CIATTI (A.), « Il beneficio d'inventario e la separazione dei beni del defunto », in *Diritto delle successioni*, t. 1, *Edizioni Scientifiche Italiane*, 2008.

COCQUEMONT-CAULIER (N.), *La protection du conjoint collaborateur… un leurre !*, *JCP E*, n°16-17, 18 avril 2002, p. 705, Etude n°676.

COIFFARD (D.), *Le partenaire survivant*, *AJFam*., Janv. 2007, p. 16.

COILLOT (J.), *Les spécificités de l'entreprise familiale*, *LPA*, 27 juill. 1994, n°89.

COLUSSI :
- *Impresa familiare*, *Nov. Dig. It*., *Appendice*, vol. IV, Torino, 1983, p. 63 ;

- *Impresa familiare*, *Rivista di Diritto Civile*, 1981, I, p. 636.

COMI, *L'impresa familiare, otto anni dopo, è ancora un mistero ?*, *Vita not*., 1983, II, p. 1261.

CORPART (I.), *A la recherche des familles et de leur(s) droit(s)*, *Les Affiches Moniteurs*, 16 mars 2004, p. 2.

CORSI, « Il regime patrimoniale della famiglia », in *Trattato Cicu-Messineo*, Milano, 1984, VI, p. 233.

COZIAN (M.), *Et pourquoi ne pas penser à la SARL de famille ?*, *JCP E* 2006, 2423.

DAHAN (F.), « Le créanc ier d'un concubin », *Gaz. Pal*., 19 au 21 novem bre 2000, doc., p.1958.

DAGOT (M.), *L'information du conjoint du commerçant*, *JCP N* 2004, n°13, 1165, p. 561.

DE BENAL CAZAR (S.), *Eloge de la raison juridique, ou la remontée des enfers. Sur la réforme du régime légal du Pacs*, *Dr. fam*., 2007, n°1, Etudes n°2, p. 16.

DUQUESNE (F.), *Le nouveau droit du travail*, *Gualino* 3e éd. 2008.

DEKEUWER-DÉFOSSEZ (F.) :

- PACS et famille, *RTD civ.* 2001, p. 529 ;

- « Mariage et sociétés », in *Mélanges R. Roblot*, *LGDJ* 1984, p. 271 ;

- « L'unification des sociétés civiles et commerciales vers un droit comm un : les sociétés en participation », *RTD com*., 1984, p. 569 ;

- « Illusions et dangers du statut des sociétés créées de fait », *D.*, 1982, Chron., p.83 ;

- « L'indivision dans les sociétés en participation », *JCP G.*, 1980, I, 2970.

DELATTRE (C.), *L'inlassable travail de la Cour de cassation quant à la détermination de la notion de direction de fait*, *JCP E* 2007, 1872.

DESPAX (M.), *L'évolution du rapport de subordination*, *Dr. Soc*., 1982, p.11.

DEREU (Y.), *Réflexions sur les qualifications donn ées à certains types de sociétés* , *BJS*, 1998, p. 607, §. 204.

DERRIDA (F.), « Le sort du passif né du chef du conjoint en cas de re dressement judiciaire d'un époux sous le régim e de communauté légale », in *Mélanges offerts à André Colomer* , *Litec*, 1993, p. 153.

DERRUPPÉ (J.) :

- « L'altération du régim e de comm unauté avec l'extension des propres par nature », in *Mélanges offerts à André Colomer*, *Litec* 1993, p. 161;

- *Les droits s ociaux acqu is avec d es biens communs selon la loi du 10 juillet 198 2*, *Defrénois* 1983, art. 33053, n°3.

DIDIER (P.), « Une définition de l'entreprise », in *Etudes offertes à Pierre CATALA*, *Le droit privé français à la fin du XXe siècle*, *Litec* 2001, p. 849.

DI MAIO (R.), *I registri delle unioni civili, Famiglia, Persone e Successioni* 2007, n°1, p. 59.

DINH (E.), *L'EIRL, un hybride en droit français*, *JCP E* 2010, 1979, p. 9.

Dossiers internationaux Francis Lefèbvre, Italie, 2001, n°601.

DREYFUS F.-G., « La Ve République et la Famille », in *Le droit de la famille en Europe. Son évolution de l'Antiquité à nos jours*, sous la direction de Roland Ganghofer, *Presses universitaires de Strasbourg*, 1992, p. 203 et s.

DUBUISSON (E.) :
- *L'EIRL est adopté ! En attendant l'entrée en vigueur…*, *JCP E* 2010, n° 22, act. 303, p. 3 et s. ; JCP N 2010, n°20, act. 423 ;

- *EIRL, un tournant du droit en procédure accélérée…*, *RLDA*, Juin 2010, 2894, p. 15.

ESMEIN (P.), *L'union libre*, *D.H.*, 1935, Chron., p. 49.

FLOUR (Y.) :
- « La qualité d'actionnaire et l'indivision », *R.S.*, 1999, p. 569 ;

- « Brèves remarques sur l'indivision entre partenaires d'un pacte civil de solidarité », *Gaz. Pal.*, 1999, 1, doc., p. 284 ;

- « Pot-pourri autour d'un arrêt », *Rép. Def.*, 1975, art. 30854.

FORTE (M.), *Le persone dei coniugi nella famiglia e la comunione legale*, *Famiglia e diritto* 2005, n°5, p. 473.

FRASCAROLI (S.), *Contraddizione bizzarrie in tema di impresa familiare e fallimento nell'orientamento di dottrina e giurisprudenza*, *Familia* 2003, I, p. 595.

FRIEDEL (G.), « A propos de la notion d'entreprise », in Etudes *dédiées à René Roblot Aspects actuels du droit commercial français*, *LGDJ* 1984.

FULCHIRON (H.), *Le nouveau PACS est arrivé !*, *Defrénois* 2006, n°21, p. 1621.

GALLOIS-CROCHET (D.), *Micro-entreprise, micro-entrepreneur et auto-entrepreneur après la LME*, *JCP E* 2009, n°16, 1407.

GAUDU (F.), *La participation des salariés*, *R.S.*, 1996, p.471.

GHESTIN (J.), « Le mandat d'intérêt commun », in *Mélanges J. Derruppé*, *Joly Litec*, 1991, p.105.

GABRIELLI (C.), La *collaborazione familiare nell'esercizio di attività professionali*, *Riv. Dir. Civ.*, 1979, I, 585.

GHEZZI (G.), *Ordinamento della famiglia, impresa familiare e prestazione di lavoro*, *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 1976.

GOUBEAUX (G.), « La cogestion en régime de communauté : le commencement de la fin ? », in *Mélanges offerts au Doyen Philippe Simler*, *Litec Dalloz*, 2006, p. 113.

GOUTTENOIRE-CORNUT (A.), *Collaboration familiale et ESC*, *Dr. famille* 1999, chron. n°19.

GRAZIANI, « L'impresa familiare », in *Trattato di diritto privato* (sous la direction de RESCIGNO), *UTET*, 1982, vol. 3, t. 2, p. 551.

HAUSER (J.), *Le Pacte civil de solidarité est-il un contrat consensuel ou un contrat solennel ?*, *Defrénois* n°11/01, p. 673.

HERAIL, *Les contrats à titre onéreux des concubins*, *JCP N.* 1988, I, 165.

HOVASSE (H.), *La loi n°2005-842 du 26 juillet 2005 pour la confiance et la modernisation de l'économie et les sociétés par actions*, *Dr. sociétés*, nov. 2005, p. 20.

IEVA (M.), *L'impresa familiare tra diritto civile e diritto tributario*, *Rivista del Notariato*, XLVII, 1993, p. 1137.

JOBERT (L.), *L'obligation des associés aux dettes à l'égard du créancier associé*, *JCP E*, 2005, 445.

JOURDAIN (M)., « Les règlements amiables des intérêts patrimoniaux des époux dans les ruptures contentieuses », in *Regards croisés sur les droits de la famille et du patrimoine, Mélanges en l'honneur d'Alain Le Bayon*, *L'Harmattan* 2005, p. 131.

KESSLER (G.) :
- « Société créée de fait : les leçons du droit comparé », *D. Aff.* 2005, n°1, p.86.
- « L'objectivisation de l'affectio societatis », *D.* 2004, n°18, p.1305.

LABBÉE (X.) :
- « Le droit du couple à l'heure de la déjudiciarisation », in *Reconstruire la famille : un droit commun pour le couple ?* Colloque du 11 mai 2007, *LPA* 20 déc. 2007 ; *AJ Fam.*, mars 2008, p. 112 ;
- *La judiciarisation du PACS et du concubinage*, *D.* 2009, p. 2053.

LAMBERT (S.), *Le sort du conjoint in bonis engagé aux côtés de son époux surendetté ou soumis à une procédure collective*, *RTD com.*, Juil./Sept. 2007, p. 485.

LAMBOLEY (A.), *Entreprise libérale et régimes matrimoniaux, un droit encore incertain*, in *Mélanges offerts à André Colomer*, *Litec* 1993, p. 197.

LARROUMET (C.), *La fiducie inspirée du trust*, *D* 1990, Chron., p. 119 et s.

LARRIBAU-TERNEYRE, *L'amélioration du Pacs : un vrai contrat d'union civile. A propos de la loi du 23 juin 2006*, *JCP Fam. 2007*, n°1, p. 9.

LAURINI (G.), *Le convivenze extra-familiari. Una proposta di disciplina rispettosa dei principi etici e costituzionali*, *Notariato* 2008, n°4, p. 361.

LEBEL (Ch.), « Le principe de l'unité du patrimoine à l'épreuve des procédures collectives », in *Mélanges Gilles Goubeaux Liber amicorum*, *Dalloz-LGDJ*, 2009.

LEDER (S.), *Les effets de la collaboration commerciale entre concubins*, thèse dactyl., Nice 1987.

LE GUIDEC (R.), *EIRL en agriculture*, *Dr. rural*, avril 2010, Repère n°4.

LE GUIDEC (R.) et FORGIT (M.), « Le recul de la gratuité dans la sphère familiale», in *Le Travail en perspectives*, sous la direction de Alain Supiot, *LGDJ* 1998, p. 237.

LEPROVAUX (J.), *La protection du patrimoine familial*, t. 34, *Defrénois*, coll. de Thèses, préf. Annick Batteur, 2008.

LETELLIER H., « La stratégie patrimoniale du couple », *AJ fam*. 2008, n°2, p. 55.

LIENHARD (A.), *Adoption définitif du projet de loi « PME »*, *D*. 2005, p. 1930.

LIBRANDO (V.), « Le divorce en droit italien », in *Le droit de la famille en Europe Son évolution depuis l'Antiquité jusqu'à nos jours*, sous la direction de Roland Ganghofer, Presses universitaires de Strasbourg, 1992, p. 625.

LUCAS (F.-X.), *La société dite « créée de fait »*, in Mélanges Yves Guyon, p. 737.

MALECKI (C.), *La loi du 2 août 2005 en faveur des PME et les bons offices de la location d'actions et de parts sociales*, *D*. 2005, p. 2382.

MALLET-BRICOURT (B.), « Fiducie et propriété », in *Liber Amicorum Christian Larroumet*, *Economica* 2010, p. 297

MOCCIA (L.) *Les bases culturelles du juriste européen : un point de vue continental*, *RIDC* 1997, p. 799.

MONNET (J.), *Conjoint du gérant associé unique ou associé majoritaire*, *Dr. sociétés* 2005, n°12, comm. 222.

MIRABAIL (S.), « Les obligations personnelles au sein du couple », in *Les Etats généraux du mariage : l'évolution de la conjugalité*. Actes du colloque de Toulouse organisé par le Centre de Droit Privé- EA 1920, le 21 juin 2007, sous la direction de Claire Neirinck, *PUF d'Aix-Marseille* 2008, p. 117.

MARTIN (D.R.), *Propriété et dividende*, *D.* 2008, p. 1113.

MAUGER-VIELPEAU (L.), *Procédure devant le juge aux affaires familiales en matière de régimes matrimoniaux et d'indivisions (D. n°2009-1591, 17 déc. 2009)*, *JCP N* 2010, n°1, 102, p. 9.

MAURY (J.), *Le principe participatif en régime matrimonial séparatiste*, in *Mélanges offerts à André Colomer*, *Litec* 1993, p. 243.

MAURY (J.), « Le droit patrimonial de la famille dans le roman français du dix-neuvième siècle », in *Mélanges Michel CABRILLAC*, *Litec-Dalloz* 1999 p. 785 .

MAZZÙ (C.), *Nuove regole di circolazione del patrimonio familiare e tutela dei legittimari*, *Notariato* 2008, n°4, p. 419.

MICHA-GOUDET (R.), *La nature juridique des dividendes*, *JCP E* 1998, p. 68.

NONNE (L.), *Trust e rapporti patrimoniali tra coniugi e conviventi : osservazioni sistematiche e profili operativi*, *Rivista di diritto privato* 2008, n°1, p. 99.

PAILLUSSEAU (J.), *La société anonyme technique d'organisation de l'entreprise, Sirey* , 1967.

PANSIER (F.-J.), *La réforme de l'attribution préférentielle*, *AJFam*, sept. 2006, p. 318.

PASQUALINI (F.) et PASQUALINI-SALERNO (V.), *La femme mariée commerçante*, in Etudes offertes à Pierre CATALA, *Le droit privé français à la fin du XXe siècle* , *Litec* 2001, p. 895.

PASQUALINI (F.) et PASQUALINI-SALERNO (V.), *Les sociétés entre époux* , *JCP E* 1999, p. 1858 ; *JCP N* 2000, p. 499

PATTI (S.), *Evoluzione della famiglia e convivenze : limiti di una regolamentazione unitaria* , *Famiglia, Persone e successioni* 2007, n°3, p. 247.

PÉTEL (Ph.), *Le nouvel article 4 du code de commerce : dix ans après*, in Mélanges offerts à André Colomer, *Litec*, 1993, p. 365.

PETIT (B.), « Les sociétés : des sociétés de commerçants aux groupes de société », in *Bicentenaire du Code de commerce : la Transformation du droit commercial sous l'impulsion de la jurisprudence 1807/2007*, *D* 2007, p. 123.

PHILIPPE (C.), *Un droit de la famille résolument tourné vers la diversité* , *JCP G* 2007, n°1 p. 21.

PIERRE (J.-L.), *La résurgence d'un « Serpent de mer »*, *JCP E* 2009, n°51-52, Chron. 2184.

POMADE (A.), *L'auto-entreprenariat : une solution à la création d'entreprise ? Mise en perspective avec la SASU, l'EURL et l'EIRL*, *RDS* 2010, p. 495.

PRIEUR (J.), « Le rôle de l' organisation patrimoniale », in *La responsabilité des dirigeant : quelle protection ?*, *JCP E* 2009, n°10, Etude n°1224.

PRIGENT (S.), *Déclaration d'insaisissabilité et EIRL*, *Revue française de comptabilité*, Juill. – Août 2010, n°434, p. 9.

QUADRI (R.), *La circolazione dei beni del « patrimonio separato »*, *NGCC 2006*, II, p. 7.

RADÉ (C.), *Le code du travail nouveau est arrivé*, *D* 2008, n°18, p. 1214.

RANDOUX (D.), *Le conjoint du chef d'une entreprise artisanale ou commerciale : collaborateur, salarié ou associé ? (Loi n° 82-596 du 10 juillet 1982)*, *JCP* 1983, I, 3103.

RAYNOUARD (A.), *Fiducie, Lorsque le Conseil constitutionnel sauve le Code civil d'un alinéa inutile et inefficace… tout en mettant la fiducie (encore) sous les feux de la rampe*, *JCP N* 2010, n°3 p. 32.

RICHARD (J.), *La femme mariée commerçante*, *JCP CI* 1966, II, 79751. BONNEAU (Th.), *Retour en arrière (ou révolution ?) : les dividendes participent à nouveau à la nature des fruits (civils ?)*, *Dr. sociétés* 2000, Chron. 1.

ROCHE-DAHAN (J.), *Les devoirs nés du mariage. Obligations réciproques ou obligations mutuelles ?*, *RTD civ*. 2000, p. 735.

ROVELLI (L.), *Il ruolo del trust nella composizione negoziale dell'insolvenza di cui all'art. 182 bis 1. f.*, *Trusts e attività fiduciarie*, Juillet 2007, p. 398.

ROUSSEL (F.), LARCHER (M.-C.), HOAREAU (H.), DOBIGNY (A.), *De la fiducie à l'entreprise individuelle à responsabilité limitée (EIRL)*, *JCP E* n°37, 12 septembre 2008, p. 29.

SACCO (R.), « Sulla società di fatto », in *Studi in onore di Gastone Cottino*, vol. 1, *CEDAM* 1997, p. 251.

SANDULLI (M.), « Debiti d'impresa e patrimonio responsabile », in *Studi in onore di Gastone Cottino*, *CEDAM*, 1997, p. 239.

SALVATORE (L.), *L'utilizzazione del Trust al servizio dell'impresa*, *Notariato* 2006, p. 1

SUPIOT (A.), « Travail et pouvoir privé », in *Au-delà de l'emploi : transformation du travail et devenir du droit du travail en Europe*, Flammarion 2009.

QUADRI (R.), *La circolazione dei beni del « patrimonio separato »*, *NGCC* 2006, II, p. 7.

QUETANT G.-P., *À propos du contrat de travail entre époux*, *Defrénois* 2005, 486.

RADE (C.), *Le code du travail nouveau est arrivé*, *D* 2008, n°18, p. 1214

REBOUL (N.), *Remarques sur une notion conceptuelle et fonctionnelle, l'affectio societatis*, *Rev. Sociétés* 2000, p. 425.

REVEL (J.), *L'article 214 du Code civil et le régime de la séparation de biens*, *D*. 1983, Chron. p. 21.

REVET (T), *L'acquisition du dividende*, *BJS* 2008, p. 938.

SAINTOURENS (B.), *L'extension à la personne liée au commerçant par un pacte civil de solidarité du statut de conjoint du chef d'entreprise (N°2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie*, *JO 5 août 2008, p. 12471)*, *RTD com* 2008, p. 688.

SERRA (Y.), *La non-industrie personnelle des époux dans la communauté légale*, in Mélanges offerts à André Colomer, *Litec*, 1993, p. 449.

SEVERI (C.), *Impresa coniugale ed impresa familiare*, *Famiglia, Persone e Successioni 2*, UTET, p. 133, Febbraio 2007.

SIMLER (Ph.), *L'indivision entre époux séparés de biens, une quasi-communauté ?*, Etudes offertes à Pierre CATALA, *Le droit privé français à la fin du XXe siècle*, *Litec* 2001, p. 461.

SOINNE (B.), *Au bonheur des juristes*, *Rev. Proc. Coll.*, mai-juin 2010, p. 1

STORK (M.), URBAN (Q .), RIASSETTO (I.), *Chronique de droit des sociétés*, *Banque & Droit* n°109, Sept.-Oct. 2006, p. 79.

TARSAC, *La femme commerçante*, *Banque* 1961, p. 139.

TAURAN (T.), *L'influence de la loi d'orientation agricole sur la protection sociale des agriculteurs*, *Dr. rural* 2006, n°2, Etude 7, §. 20.

TEILLIAIS (G.), *La collaboration non statutaire entre époux : le conjoint assistant ou coexploitant*, *LPA* 1996, n°144, p. 14.

TISSERAND-MARTIN (A.) :
- « Réflexions autour de la notion d'avantage matrimonial », in *Droit et actualité, Etudes offertes à Jacques Béguin*, *Litec*, 2005, p. 753 ;

- « La protection légale du logement familial : modèle pour un droit commun des couples ? », in *De Code en Code, Mélanges en l'honneur du Doyen Georges Wiederkehr*, *D*. 2009, p. 829 ;

- « Réflexions sur le régime de l'option successorale après la réforme du 23 juin 2006 », in *Mélanges en l'honneur du Professeur G. Goubeaux Liber amicorum*, *Dalloz LGDJ*, 2009, p. 533.

VAUVILLÉ (F.) :
- *L'institutrice et l'artisan*, *RJPF* 2005, n° 11, p. 20 ;

- *Quand droit de l'entreprise et droit des régimes matrimoniaux ne font pas bon ménage (brèves observations sur les travaux du 98e Congrès des notaires de France*, *RJPF* 2003, n° 2, p. 6 ;

- *Les lois Dutreil et Borloo modifient la situation du conjoint de l'entrepreneur qui cautionne les dettes de son époux*, *RJPF* 2003, n° 9, p. 17 ;

- *La déclaration notariée d'insaisissabilité, Defrénois* 2003, art. 37813, p. 1197.

VIANDIER (A.), *La notion d'associé*, *LGDJ*, 1978, p. 77.

VIALLA (F.), *Autonomie professionnelle des époux et droit des sociétés*, *RTD civ*. 1996. 841.

WAGNER (E.), *La rémunération de la collaboration professionnelle du conjoint*, *D* 1985, chron., p. 1.

WITZ (C.) :
- « Les traits essentiels de la fiducie et du trust en Europe », in *La fiducie et ses applications dans plusieurs pays européens, Bulletin Joly*, n° spécial, 1991, p. 9 et s ;

- « L'avant-projet de loi sur la fiducie à la lumière des expériences étrangères », Rapport de clôture du colloque *Pratiques bancaires du trust et de la fiducie en Europe* organisé le 28 mars 1991 par l'Office de coordination bancaire et financière, *Rev. Banque et Droit* 1991, p. 225 et s.

ZATTARA- GROS (A. F.), *L'entrepreneur à responsabilité limitée après première lecture, Journ. Sociétés*, mai 2010, p.44.

ZENATI (F.), *Mise en perspective et perspectives de la thérorie du patrimoine*, *RTD civ*. oct./déc. 2003, p. 667.

IV NOTES, OBSERVATIONS ET CONCLUSIONS :

ANTINOLFI (M.), *L'uso fraudolento del fondo patrimoniale. Il Fisco « creditore involontario ? »*, commentaire sur : Cass. Sez. III pén., 7 oct. 2009, n°38925, *Notariato* 2010, n°3, p. 262.

ARLIE (D.), note sous : Pau, 7 juin 2004, *Defrénois* 2005, JP. 1804.

BALESTRA (L.), note sous : Cass., 2 mai1994 n° 4202, *GI*, 1995, I, 1. 844.

BARBIÈRI (J.-F.), note sous : Com. 27 févr. 1996, *Epoux Pignon*, *RDS* 1996, p. 549.

BARTHÉLÉMY, (J.), note sous : Soc. 13 nov. 1996, *JCP* E 1997, II, 911.

BILLIAU (B.), LOISEAU (G.), note sous : Civ. 1er, 3 fév. 1999, *JCP 1999*, II, 10083.

BEIGNIER (B.) :
- note sous : Civ. 1er, 18 nov. 1997, *Dr. fam*. 1998, n°11 ;

- observations sur : Civ. 1re, 16 mai 2000, *Dr. Fam*. 2000, Comm. 115 ; Civ. 1er, 31 mai 2005, n°02-20.553. *Dr. Fam*. 2005, n°168.

BONTEMPI, note sous : Cass., 25 juill. 1992, n ° 8959, *Nuova giur. Civ. Comm.*, 1993, I, p. 408.

BONNEAU (Th.) :
- note sous : Civ. 1er, 18 juill. 1995, *Dr. sociétés* 1995, n°207.

- note sous : Civ. 3e, 20 fév. 2002, *JCP E*, 2002, 814.

BRETON A. , note sous : Civ. 1re, 2 oct. 1985, *Dame Dominique*, *D*. 1986, 325.

BUTTITTA (R.), note sous : Cass., Sez. Un., 4 gennaio 1995, n. 89, *Vita Notarile* n°2, 1997, p. 699.

CABANNES, conclusions sur : Cass. Ass. Plén. 4 mars 1983, *D*. 1983, 381.

CARBONE, note sur Corte const., 13 mai 1998, n°166, *Fam. Dir*. 1998, 205.

CORRIGNAN-CARSIN (D.), commentaires sur : Soc., 6 nov. 2001, *Mme BOUVARD et a*. c/ *Zanaria et a*., n° 99-40.756, *JCP G* n°7, 13 fév. 2002, II 10030.

COURET (A.), note sous : Civ. 1er, 15 juillet 1999, *BJS* 1999, §. 261.

DAIGRE (J .-J.), *Société créée de fait, apport en industrie, liquidation, remboursement* , observations sur : Civ. 1er, 19 avril 2005, *BJS* 2005, §. 281, p. 1276.

DEREU (Y.) :
- note sous : Com., 7 avril 1998, 06-13400, *Augière c. Bastier-Bancheton*, *Bull. Joly*, 1er juill. 1998, n°7-8, p. 792 ;

- note sous : Civ. 1re, 12 mai 2004, *Bull. Joly*, oct. 2004, p. 1284, §. 260.

DE VALIGNANI, note sous : Cass. 23 sept. 2002, n°13849, *Famiglia* 2003, II, p. 877.

DUPEYROUX (J.-J.), note sous : Soc. 13 nov. 1996, *Dr. Social* 1996, 1067.

FAVENNEC-HERY (F .), *Les relations professionnelles entre époux ou le travail sans la subordination*, comm. sur Soc. 6 nov. 2001, Bouvard c/ Zanaria, *Dr. soc.*, avril 2002, p. 403.

FIMMANÒ (F.), *Destinazione patrimoniale e separazione delle masse* , commentaire sur : Cass., sez. I, 22 janv. 2010, n°1112, *Notariato* 2010, n°3, p. 247.

GARÉ (Th.), note sous : Civ. 1er, 11 févr. 1997, *JCP G* 1997, II, 22820.

GODON (L.), note sous : Civ. 1er , 4 nov. 2009, n°09-80.818, *Millemann*, *RDS* 2010, n°9, p. 381.

HALLER (M.- C.), note sous : Soc., 16 févr. 1999, *JSL* 1999, n°32, pp. 14-16.

HILT (P.), observations sur : Civ. 1re, 31 mai 2005, n°02-20.553, *AJ Fam*. 2005. 325.

HONORAT (J.), note sous : Com., 3 novembre 1988, *Defrénois* 1989, I, art. 34518, p. 551 s.

LAHALLE (T.) :
- note sous : Soc. 13 décembre 2007, n°06-45.243, *Hervé*, divorcé *Brunelat* c/ *Brunelat*, JurisData n°2007-041915, *JCP S,* 15 avril 2008 ;

- note sous : Soc., 24 juin 2007, n°05-44.346, *Kechacha*, épse *Maachi* c/ *Maachi*, JurisData n°2007-037056, *JCP S* 2007, n°13, 1200, p. 16.

LARDY-PELISSIER (B.), note sous : Soc. 13 décem bre 2007, n°06-45.243, *Hervé*, divorcé *Brunelat* c/ *Brunelat*, JurisData n°2007-041915, *Dr. Trav.* 2008, n°2, p. 100.

LE CANNU (P.), note sous : Soc., 5 juill. 1995, 93-16129, *Despinoy* c/ *A.S.S.E.D.I.C. de la Réunion*, *LPA* 1996, n°2, p. 9.

LE CORRE (M.), note sous : Com., 15 m ars 2005, *Mme Roselyne Berry , épouse Aubin c/ Mme Marie-Agnès Dumoulin*, *RDS* 2005, p. 684.

LECOURT (A.), note sous : C.A. PAU, 2 e ch. 1 re sect., 13 m ars 2008, n°06/03795, *BJS*, août 2008, p. 670.

LE CANNU (P.), note sous : Civ. 1re, 9 juillet 1991, *Defrénois* 1991, p. 1333.

LÉCUYER (H.), observations sur : Paris, 16 novembre 1999, *Dr. famille* 2000. Comm. 56.

LUCAS (F.-X.), note sous : Civ. 3e, 20 fév. 2002, *Bull. Joly*, 2002, p. 718, §. 162.

LUCAS (F.-X.), *Société créée de fait, apports en industrie et liquidation d'une société de fait*, note sous : Civ. 1re, 19 avril 2005, *Dr. sociétés*, juillet 2005, p. 21.

MAUGER-VIELPEAU, note sous : Civ. 1er, 8 juill. 2010, n°09-66.186, *D*. 2010, n°44, 2952.

MESTRE (J.), observations sur : CJCE, 10 mars 1992, *RTD civ*, 1992, p. 757.

Patti di con vivenza Le ultime prop oste della XV Legislatu ra, Nota redazionale, *Notariato* 2008, n°4, p. 459.

PENNEAU (J.), observations sur : Com., 8 janv. 1991, *D*. 1993. Somm. 31.

PETIT (B.), note sous : CA Versailles, 13 sept. 2001, *Bull. Joly* 2002, p. 66.

PRIEUR (J.) , note sous : Com., 3 novembre 1988, *RDS* 1990, p. 242.

ROSSI (P.), note sous : Soc., 6 nov. 2001, *Mme BOUVARD et a. c/ Zanaria et a* ., n° 99-40.756, *D.* 2002, n°12, p. 987.

SAINTOURENS (B.) :

- note sous : Versailles, 14 oct. 1999, *BJS* Fév. 2000, p. 164, n°30 ;
- note sous : Soc., 5 juill. 1995, 93-16129, *Despinoy* c/ *A.S.S.E.D.I.C. de la Réunion* , *BJS*, 1er nov. 1995, n°11, p. 990 ;
- note sous Soc., 6 nov. 2001, *Mme BOUVARD et a. c/ Zanaria et a.* , n° 99-40.756, JurisData n°011594, *RTDCom* 2002, p. 36.

SAVATIER (R.), obs. sur : Civ. 1 re, 30 oct. 1962, *D*. 1963, somm. p. 66; *RTD civ*., 1963, p. 387.

SCHOLER (P.), note sous : Com., 22 Fév. 2005, *BJS., 2005*, §. 201, p. 894.

STOPPIONI, note sous : Cass., 15 mars 2006, n° 5632, *FPS*, 2006. 998.

STORCK (M.), observations sur : Civ. 1re, 29 mai 2001, *JCP G* 2002, I, 103, n°22.

TERRÉ (F.), note sous : Civ. 1er, 26 octobre 1982, *JCP G* 1983, II, 1992.

TISSERAND-MARTIN (A.) :

- note sous Civ. 1 re, 3 mars 2010, n°08-15.832, JurisData n°2010-001111, *JCP G* 2010, n°17, chron. 487, p. 911, n°18 ;

- note sous Civ. 1er, 31 mars 1992, *JCP N* 1993, II, p. 21.

TISSERAND (A.), observations sur : Civ. 1er, 18 nov. 1997, *JCP G* 1998, I, 135, n°14.

VALLANSAN (J.) :

- note commune sous : Com. 23 juin 2004 (3 arrêts) et 3 nov. 2004, *BJS*, 2005, p. 295, §. 52 ;

- note commune sous : Civ. 1 re, 20 janv. 2010, n°08-13.200 ; n°08-13.400 ; n°08-16.105, BJS, mai 2010, §. 87.

VIANDIER (A.) :

- note sous : Civ. 1er, 18 juill. 1995, *JCP E* 1995, I, 505, n° 5 ;

- note sous : Cass. Civ. 1er, 6 fév. 1980, n°78-12.513, *Rev. sociétés* 1980, p. 521.

V DIVERS :

BALZAC (H), *La physiologie du mariage*, 1830, in *La Comédie humaine*, Bibliothèque de la Pléiade, nouvelle édition sous la direction de P. -G. Castex, t. XI : Etudes analytiques (début), Gallimard, 1980, spéc. p. 910.

DENÈFLE (S.), « De la vie privée au monde du travail : changements de regard sur les femmes dans le dernier tiers du XXe siècle », in *Les parcours de vie des femmes, Travail, familles, et représentations politiques*, sous la direction de A. GUILLOU et S. PENNEC, *L'Harmattan*, 1999, p. 13

DECHAUX (J.-H.), *Sociologie de la famille*, Ed. *La Découverte*, coll. Repères, Paris, 2007.
De l'amour (et du mariage) en Asie , *Courrier international* n°1028 du 15 au 21 juillet, p. 26 et s.

GUILLOU (A.) et PENNEC (S.) (sous la direction de), *Les parcours de vie des femmes. Travail, Familles et représentations publiques*, *L'Harmattan* 1999.

Hommes et Femmes face à l'emploi , Les dossiers thématiques, *INSEE Liaisons sociales DARES*, n°17, 2000.

La famille et le travail en tête des valeurs, *Républicain Lorrain*, Lundi 17 août 2008, p. 2.

LAZAU (M.) [sous la direction de], *L'Italie contemporaine de 1945 à nos jours*, *FAYARD* 2009, coll. Les grandes études internationales.

Lo scioglimento delle unioni di fatto e degli accordi di convivenza nel diritto privato italiano, *Riv. Dir. int*., 2005, p. 957.

MIGNARD (J.-P.), « Familles, contrats d'union, pourquoi avoir peur ? » in *Famille, nouvelles unions, bonheur privé et cohésion sociale*, Témoin / 12, Ed. Balland, Mai/Juin 1998, p. 15.

RINAUDO (E.), *Italie*, *Collection Guides d' Affaires*, 1992, *CFCE* (Centre français du commerce extérieur).

Rép. Min. Dumas n°66046 du 7 mars 2006, *JOAN* mars 2006, p. 2575.

Rép. Min. Leclerc, *JO* 23 sept. 1999, Sén. quest, p. 3156.

Rép. Min. n°28464, *JOAN* Q 23 déc. 2008, p. 11172.

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION……...11

PARTIE 1 : LES MODES DE COLLABORATION *LATO SENSU* EN DROIT F RANÇAIS ET ITALIEN 29

TITRE 1 : LES STATUTS COMMUNS À TOUS LES MODES DE CONJUGALITÉ 31

Chapitre 1 : Le statut de salarié 32

Section 1 : L'entrée du salariat dans le couple 34
I.- L'entrée du salariat dans la « sphère » du couple 34
A.- Le déclin de la gratuité dans le couple 35
B.- La consécration légale du salariat dans les rapports professionnels entre époux 37
1.- En France 37
2.- En droit italien 40
C.- Le contrat de travail au sein du couple de fait 41
II.- Approche de la définition du contrat de travail 42
A.- Des conditions similaires en droit français et italien 43
B.- Une différence terminologique pour une conception similaire 44
C.- L'indifférence de la qualification juridique donnée par le couple 46

Section 2 : Les conditions de fond du salariat 48
I.- Le problème lié à l'existence du lien de subordination 48
A.- Le lien de subordination dans le contrat de travail entre époux 50
1.- En droit français 51
a.- L'exigence initiale du lien de subordination simplement présumé 51
b.- La disparition de l'exigence du lien de subordination 54
c.- Le lien de subordination dans l'entreprise exploitée sous forme de société 58
2.- En droit italien 61
B.- Le lien de subordination dans le contrat de travail entre pacsés. 62
C.- Le lien de subordination dans le contrat de travail entre concubins. 64
II.- Les autres critères du contrat de travail communs aux droits français et italien 65
A.- La réalisation d'un travail effectif 65
B.- Le versement d'une rémunération 66
C.- Sanction du défaut de ces conditions en France 68
Conclusion du Chapitre 1 70

Chapitre 2 : Le statut d'associé 72

Section 1 : La nécessaire conciliation des notions de mariage et de société 75
I.- Approche de la qualification juridique de la notion de société 75
A.- Définition 75
B.- La nature juridique de la société 79
1.- Le concept de société-contrat 79
2.- L'atteinte à la conception contractuelle de la société 81
II.- Le cas particulier des sociétés entre époux 83
A.- Une prohibition sans texte 83

B.- La légalisation des sociétés entre époux 84

Section 2 : L'attribution *de jure* de la qualité d'associé 87

Sous-section 1 : L'hypothèse de l'associé marié 88
I.- L'acquisition de la qualité d'associé par l'époux en droit français 88
A.- L'attribution *ab initio* de la qualité d'associé 89
1.- L'autonomie des époux 89
2.- L'emploi de biens propres ou personnels 90
3.- L'emploi de biens communs 93
a.- L'acquisition de la qualité d'associé dans les sociétés aux titres non négociables 93
b.- L'acquisition de la qualité d'associé dans les sociétés aux titres négociables 94
c.- Conséquences de l'utilisation de biens communs 95
B.- La revendication de la qualité d'associé 96
a.- Les conditions de l'action en revendication 97
b.- La faculté de renoncer à l'action en revendication 99
II.- La conception italienne de l'entrée en société de l'époux 100
A.- Le régime de séparation de biens 101
B.- L'hypothèse de la communauté de biens 102

Sous-section 2 : L'hypothèse du pacsé et du concubin 104
I.- La situation du Pacsé 104
A.- L'absence de dispositions particulières en droit des sociétés 104
B.- Les conditions de droit commun applicables aux pacsés 105
1.- L'attribution de la qualité d'associé avant la loi du 23 juin 2006 106
2.- L'attribution de la qualité d'associé après la loi du 23 juin 2006 106
C.- Les dérogations conventionnelles 108
II.- Le concubin en droit français et italien 109

Section 3 : L'attribution *de facto* de la qualité d'associé 110
I.- Le régime juridique de la société en participation 112
A.- En France 112
B.- En Italie 113
II.- L'utilisation de la société en participation par le couple en droit français 114
A.- L'intérêt de l'utilisation de la société en participation par le couple 115
B.- L'intérêt de la distinction entre la société en participation et la société créée de fait pour le couple 115
Conclusion du Chapitre 2 118

Conclusion du Titre 1 118

TITRE 2 : LES MODES DE COLLABORATION NON COMMUNS 119

Chapitre 1 : Le statut de conjoint collaborateur 121

Section 1 : Approche historique de la création du statut de conjoint collaborateur 123
I.- Le passage d'un système facultatif à un système impératif en droit français 124
A.- La situation du conjoint du chef d'entreprise agricole, commerciale et artisanale 124
B.- L'ouverture aux professions libérales 127
II.- La stabilité du système depuis 1975 en droit italien 128
III.- La distinction entre collaboration et coexploitation 131
A.- En droit français 131
B.- En droit italien 133

Section 2 : Le statut de conjoint collaborateur en droit positif 134
I.- Le cadre juridique 137
A.- L'entreprise individuelle 137

B.- L'entreprise exploitée en société 138
II.- Les conditions positives 140
A.- L'existence d'une union juridique 141
2.- La solution italienne 145
B.- Les caractères de la participation 148
1.- Une participation à titre régulier 148
a.- En droit français 148
b.- En droit italien 149
2.- L'activité domestique en Italie 151
III.- Les conditions négatives 155
A.- L'absence de rémunération 155
B.- Un statut par défaut 156
Conclusion du Chapitre 1 157

Chapitre 2 : La collaboration professionnelle au sein de l'union de fait 158

Section 1 : La place du concubinage en droit civil français et italien : une possible explication de la place du concubin dans l'entreprise 159
I.- De la marginalisation à la considération du concubinage en droit français 160
A.- L'apparition des unions hors mariage dans le Code civil 162
1.- Le concubinage légalement défini 162
2.- L'absence de régime juridique propre au concubinage 164
a.- Les rapports personnels des concubins 164
b.- Les rapports patrimoniaux 165
II.- La notion de concubinage en droit civil italien 168
A.- Approche de la définition du « convivente more uxorio » 169
1.- Le concubinage analysé comme une « formation sociale » digne d'être protégée 170
2.- Eléments d'identification du concubinage en droit italien 171
B.- Les rapports entre concubins 172
C.- Propositions d'enregistrement d'un partenariat italien 174
1.- L'échec du « Dico » 174
2.- Les « Patti di convivenza » 175

Section 2 : Les solutions à la collaboration professionnelle des concubins 177
I.- Les solutions actuelles 177
A.- La société créée de fait 178
1.- La reconnaissance juridique des sociétés créées de fait 180
2.- La conception juridique de la société créée de fait en droit français et italien 180
3.- Le détournement de l'institution par les concubins 182
a.- En droit français 183
b.- En droit italien 186
B.- L'enrichissement sans cause 187
1.- Définition 187
2.- L'action de in rem verso 188
II.- Les solutions envisageables 189
A.- La généralisation du statut de conjoint collaborateur à tous les secteurs d'activité en France 190
B.- Le cas de l'Italie : l'ouverture de l'entreprise familiale au concubin 192
Conclusion du Chapitre 2 194

Conclusion du Titre 2 195

Conclusion de la Partie 1 197

PARTIE 2 : LES INCI DENCES DE LA COL LABORATION P ROFESSIONNELLE AU SEIN DU COUPLE ... 198

TITRE 1 : L'ABSENCE DE DIFFICULTÉ LIÉE À L'ENTREPRISE OU AU COUPLE ... 200

Chapitre 1 : Les droits liés à la collaboration *lato sensu* de l'époux, du pacsé ou du concubin du chef d'entreprise ... 200

Section 1: Les droits extrapatrimoniaux ... 201
I.- La question de la qualité professionnelle en droit français ... 201
A.- La qualité de commerçant ... 202
1.- La présomption de non-commercialité au profit du conjoint collaborateur ... 203
2.- Une présomption simplement établie ... 203
3.- L'hypothèse de la coexploitation. ... 205
B.- Les autres qualités professionnelles ... 205
C.- Reconnaissance de l'expérience professionnelle et accès à la formation professionnelle ... 207
II.- La question de la qualité professionnelle en droit italien ... 209
A.- L'attribution de la qualité de chef d'entreprise ... 209
B.- L'attribution d'autres qualités professionnelles ... 210

Section 2: Les droits patrimoniaux ... 211
I.- La collaboration *lato sensu* inscrite dans le cadre d'un contrat ... 211
A.- Le droit à rémunération ... 212
1.- Le salariat ... 212
2.- Les statuts de collaborateur et d'associé ... 213
a.- En droit français ... 213
b.- En droit italien ... 215
B.- Les droits patrimoniaux de l'associé ... 216
C.- L'influence de l'organisation patrimoniale ... 217
1.- En droit français ... 217
2.- En droit italien ... 222
II.- La collaboration professionnelle *stricto sensu* en l'absence de contrat ... 226
A.- Les droits patrimoniaux accordés au conjoint collaborateur en Italie ... 226
1.- Les droits déterminés par la législation civile ... 227
a.- Le droit à l'entretien [*il diritto al mantenimento*] ... 227
b.- Les droits de participation ... 228
2.- La législation fiscale ... 232
3.- L'articulation des règles générales et spéciales ... 233
B.- Les droits patrimoniaux du conjoint collaborateur en France ... 235
1.- Le recours aux règles générales ... 235
2.- La reconnaissance d'un droit de participation ... 240
III.- La Protection sociale en droit français ... 242
A.- L'Assurance maternité ... 243
B.- Assurance vieillesse ... 244
C.- Assurance chômage ... 246
Conclusion du Chapitre 1 ... 247

Chapitre 2 : Les pouvoirs liées à la collaboration *lato sensu* de l'époux, du pacsé ou du concubin du chef d'entreprise ... 248

Section 1 : Les pouvoirs issus des dispositions spéciales ... 249
I.- Le pouvoir légal de représentation ... 250
A.- La création de mandats catégoriels en droit français ... 250
1.- En matière commerciale, artisanale et libérale ... 251
a.- Les actes visés ... 251
b.- Les limites ... 253

c.- La cessation du mandat 255
2.- En matière agricole 257
a.- Les pouvoirs du conjoint collaborateur 257
b.- L'hypothèse particulière du pacsé et du concubin dans l'entreprise agricole en droit français .. 259
B.- Le recours au droit commun 260
1.- En droit français 260
2.- En droit italien 261
a.- L'absence de mandat légal spécial 262
b.- L'utilisation du mandat conventionnel 263
II.- Les pouvoirs de gestion en droit italien 264
A.- Le pouvoir de gestion extraordinaire dans la collaboration *stricto sensu* 264
B.- L'hypothèse de la coexploitation 265

Section 2 : Les pouvoirs résultant de l'organisation patrimoniale 266
I.- En droit français 266
A.- Les pouvoirs résultant du régime matrimonial 267
1.- En régime de communauté légale 267
2.- En régime de séparation de biens 272
B.- Les pouvoirs issus de l'organisation patrimoniale du PACS 274
II.-En droit italien 277
A.- Les pouvoirs résultant du régime patrimonial des époux 277
B.- La situation des concubins 280
Conclusion du Chapitre 2 282

Conclusion du Titre 1 283

TITRE 2 : LA PRÉSENCE DE DIFFICULTÉS LIÉES À L'ENTREPRISE OU AU COUPLE 283

Chapitre 1 : Les difficultés liées à l'entreprise 286

Section 1: Les risques liés à l'exercice de l'activité 286
I.- La procédure collective du chef d'entreprise 287
A.- En droit français 287
B.- En droit italien 291
II.- Le sort des biens du conjoint *in bonis* 292
A.- En droit français 292
B.- En droit italien 294

Section 2 : La protection du patrimoine du couple 295
I.- Les mesures légales de protection du patrimoine familial 298
A.- L'entrepreneur individuel à responsabilité limitée 298
B.- La déclaration d'insaisissabilité en droit français 302
B.- Le fonds patrimonial en droit italien 306
II.- Les mesures conventionnelles de protection du patrimoine 307
A.- Le recours à la fiducie 307
B.- Le recours au trust 310
1.- L'origine du trust 310
2.- Les réticences du droit français 312
3.- L'utilisation du trust en droit italien 313
Conclusion du Chapitre 1 316

Chapitre 2 : Les difficultés liées à la séparation du couple 317

Section 1 : La pérennité de la collaboration professionnelle en cas de séparation 317
I.- Les incidences de la séparation sur le maintien de la collaboration *lato sensu* 318

A.- Les statuts de nature contractuelle 318
1.- Le statut de salarié 319
2.- Le statut d'associé 320
B.- L'hypothèse de la collaboration juridique *stricto sensu* 322
1.- En droit français 322
2.- En droit italien 323
II.- La poursuite de l'activité postérieurement à la séparation 324
A.- L'attribution préférentielle en droit français 325
B.- L'attribution préférentielle en droit italien 327

Section 2 : Les remèdes à la fin de la collaboration professionnelle 327
I.- Les remèdes pécuniaires à l'absence de rémunération de la collaboration 328
A.- Les remèdes propres aux époux 329
1.- Le versement d'une prestation compensatoire 331
2.- La donation rémunératoire 334
3.- L'attribution d'une partie de la plus-value d'un bien 337
4.- La créance de salaire différé 339
B.- Les remèdes empiriques applicables à toute forme de conjugalité 340
1.- L'action de in rem verso 341
2.- La société créée de fait 344
II.- La protection spéciale du conjoint divorcé 348
A.- Les conditions d'application de la protection 349
1.- La rupture définitive du lien conjugal : le divorce 349
2.- L'existence d'une dette professionnelle ou d'une sûreté 350
B.- Les conséquences d'une telle protection 350
Conclusion du Chapitre 2 353

Conclusion du Titre 2 354

Conclusion de la Partie 2 347

CONCLUSION GÉNÉRALE 349

BIBLIOGRAPHIE NON EXHAUSTIVE 361