

des incidences professionnelles de l'incapacité ²⁵ ;
- de l'allocation adulte handicapé ²⁶.

Les « ressources » non prises en compte – Il s'agit des prestations destinées aux enfants qui ne constituent pas des revenus bénéficiant aux parents ²⁷ : allocations familiales, aide à la famille pour l'emploi d'une assistante maternelle agréée (AFEAMA), allocation de garde d'enfant à domicile (AGED) ²⁸, prestation d'accueil du jeune enfant (PAJE), allocation de soutien familial (ASF), complément familial, allocation de rentrée scolaire.

■ L'évaluation du montant de la compensation

Une compensation dont l'importance est fonction du vécu des époux – Si l'évaluation de la disparité est objective, la compensation du déséquilibre doit prendre une ampleur plus ou moins importante selon que la disparité constatée résulte ou non du passé vécu des époux ²⁹.

Il faut rappeler qu'une différence sensible de revenus entre les époux préexistant au mariage et ne résultant pas des choix opérés en commun par les conjoints ne peut fonder le rejet d'une demande de prestation compensatoire, tout comme l'appartenance à des

catégories socioprofessionnelles différentes avant le mariage. Ainsi le principe de l'existence d'une disparité à compenser sera-t-il acquis.

Cependant, les circonstances listées dans l'art. 271 c. civ., plus particulièrement l'inflexion du parcours professionnel du conjoint demandeur à la prestation liée à la période de « vif mariage » donnent la mesure de la compensation. Ce seront le plus souvent les conséquences du choix d'élever les enfants, les contraintes liées à des déménagements multiples ou encore la mauvaise santé de l'un qui devront être pris en compte.

Signalons que la loi n° 2010-1330 du 9 nov. 2010 a précisé, au dernier alinéa de l'art. 271 c. civ., qu'il faut « estimer autant qu'il est possible la diminution des droits à la retraite » pour fixer le montant de la prestation compensatoire.

Évaluation des charges – Chaque époux doit pouvoir vivre et assumer ses responsabilités personnelles. Il faut d'abord identifier les charges qui correspondent aux besoins incompressibles des parties : se loger, se nourrir, s'habiller et pouvoir se soigner.

Il convient d'isoler ou de produire au juge :

- le coût de la mutuelle ;
 - l'impôt sur le revenu, l'ISF sera plus difficile à prendre en compte en raison des stratégies complexes de défiscalisation existantes ;
 - le coût du logement principal : loyers et charges ou crédit de remboursement, taxes associées.
 - il peut y avoir des charges spécifiques : contribution à l'entretien et à l'éducation d'enfants d'un autre lit ou précédente prestation compensatoire, pension alimentaire pour un parent âgé.
- Pour calculer la compensation, il convient de chercher à assurer à l'époux le plus faible « le vivre et le couvert » ; pour les plus fortunés, il convient d'amortir en outre la chute du niveau de vie.

* * *

En conclusion, patrimoine professionnel ne signifie pas nécessairement disparité dans les conditions de vie. La société dirigée par l'un des époux peut, en effet, dans certains cas, ne constituer qu'un outil de travail. Ce ne sera souvent que lors de la vente de l'entreprise, au moment du départ à la retraite du chef d'entreprise, la différence se fera dans les conditions de vie de chacun des ex-époux. Encore faudra-t-il que l'entreprise existe toujours à cette date.

Ainsi, déterminer la valeur de l'entreprise et réfléchir à la pérennité de ce patrimoine professionnel sont des préalables indispensables à leur prise en compte dans l'appréciation de la disparité des conditions de vie des époux et la fixation d'une prestation compensatoire.

(25) V., à propos d'une pension militaire d'invalidité, Civ. 1^{re}, 9 nov. 2011, n° 10-15.381, D. 2011. 2867 ; AJ fam. 2011. 606, obs. S. David ; RTD civ. 2012. 103, obs. J. Hauser. — Et, tout récemment, en ce qui concerne un agriculteur, V. Civ. 1^{re}, 26 nov. 2012, n° 10-10.781.

(26) Civ. 1^{re}, 28 oct. 2009, n° 08-17.609, D. 2009. 2744, obs. V. Egéa ; *ibid.* 2010. 522, chron. N. Auroy et C. Creton ; *ibid.* 1243, obs. G. Serra et L. Williatte-Pellitteri ; AJ fam. 2010. 39, obs. I. Gallmeister ; RTD civ. 2010. 91, obs. J. Hauser.

(27) Civ. 1^{re}, 6 oct. 2010, n° 09-12.718, D. 2010. 2431 ; AJ fam. 2010. 493 ; RTD civ. 2011. 112, obs. J. Hauser.

(28) Remplacée par la prestation d'accueil du jeune enfant (PAJE).

(29) Civ. 1^{re}, 18 mai 2011, n° 10-17.445, D. 2011. 2019, note E. Buat-Ménard ; *ibid.* 2012. 1033, obs. M. Douchy-Oudot ; AJ fam. 2011. 372, obs. S. David ; *ibid.* 429 ; RTD civ. 2011. 520, obs. J. Hauser ; *ibid.* 521, obs. J. Hauser.

LIQUIDATION DU RÉGIME DE COMMUNAUTÉ ET PÉRENNITÉ DE L'ENTREPRISE

par Jean-François Desbuquois

Avocat associé, FIDAL, président de la commission Droit du patrimoine de l'ACE

Le divorce d'un couple marié sous le régime légal de la communauté de biens réduite aux acquêts peut se

révéler particulièrement périlleux pour l'époux qui dirige une société ¹. La liquidation de la communauté est susceptible de déstabiliser son pouvoir (1^{re} partie), voire l'entreprise elle-même (2^e partie).

(1) Cette étude porte sur la situation de l'époux associé. Pour une analyse des risques dans la situation d'un époux entrepreneur individuel, que cet article ne nous permet pas d'intégrer. V. X. Boutiron et H. Lécuyer, Le divorce de l'entrepreneur, Dr. et patr. avr. 2012, p. 26 s.

■ Déstabilisation du pouvoir de l'époux dirigeant

La dissolution de la communauté peut conduire le chef d'entreprise à perdre le contrôle du capital social de la société qu'il dirige soit dans la phase antérieure au partage en raison d'une modification du titulaire du droit de vote lors des assemblées, soit lors du partage des titres sociaux, qu'il ait lieu en nature ou en valeur.

Risques d'immixtion du conjoint avant le partage

L'époux dirigeant est souvent le seul associé vis-à-vis de la société pour les titres sociaux dépendant de la communauté. S'il divorce, et avant même que ne se pose la question de leur partage, le

risque existe que son conjoint ne fasse irruption dans le capital social, bouleversant ainsi le contrôle majoritaire. Deux situations doivent être distinguées.

Titres non négociables

Dans les sociétés dont les parts sociales ne sont pas négociables (SARL, SNC, sociétés civiles), l'art. 1832-2 c. civ. impose une procédure particulière lorsqu'un

Dans les sociétés dont les parts sociales ne sont pas négociables (SARL, SNC, sociétés civiles), le conjoint peut revendiquer la qualité d'associé pour la moitié des parts tant que le jugement de divorce n'est pas passé en force de chose jugée

époux utilise des biens communs pour souscrire ou acquérir de telles parts. Il doit alors en avertir préalablement son conjoint qui peut revendiquer la qualité d'associé pour la moitié des parts; et ce, pendant toute la durée du mariage et tant que le jugement de divorce n'est pas passé en force de chose jugée². Lors d'un divorce difficile, cette faculté de revendiquer la qualité d'associé peut être utilisée comme un moyen de pression par l'époux non associé pour négocier certaines contreparties. Toutefois, lorsque le conjoint y a renoncé expressément lors de l'apport, il ne pourra plus revenir ensuite sur cette décision³.

L'époux dirigeant a donc tout intérêt à obtenir cette renonciation dès l'apport pour ne plus se trouver exposé à une telle menace de revendication ultérieurement.

Titres négociables

Pour les titres sociaux négociables (actions de sociétés anonymes ou de sociétés par actions simplifiées, par ex.), l'art. 1832-2 n'est pas applicable. L'époux commun en biens qui acquiert ou souscrit de telles actions n'est donc pas soumis à un risque de revendication de la qualité d'associé pour la moitié des titres de la part de son conjoint. En revanche, lorsque le divorce est prononcé, et avant que le partage n'intervienne, les actions deviennent indivises; ce qui implique que, pour les assemblées ultérieures, les deux époux se mettent d'accord pour désigner un mandataire commun pour les y représenter ou que, à défaut d'un accord, l'un d'eux demande judiciairement la désignation d'un tel mandataire⁴.

Pour se prémunir de ce risque, le chef d'entreprise pourra en amont faire intégrer dans les statuts de la société une clause soumettant à agrément les transmissions entre conjoints, ce qui est possible dans les sociétés par actions simplifiées pluripersonnelles (C. com., art. L. 227-14).

Comptes courants

Le conjoint non associé n'est pas recevable à demander à la société le remboursement du compte courant d'associé dépendant de la

communauté mais ouvert au nom du seul conjoint associé⁵.

Les risques du partage

Lors du partage, l'époux chef d'entreprise va, en général, tenter de se faire attribuer la totalité des parts ou actions de sa société; ce qui peut se heurter à deux séries de difficultés.

Le conjoint revendique concurrentement des titres en nature

La première hypothèse est celle où le conjoint non dirigeant revendique également l'attribution en nature d'une partie des titres sociaux. Deux situations sont à distinguer.

Titres non négociables - Lorsque le partage de communauté concerne des époux titulaires de parts sociales non négociables (SARL, SNC, sociétés civiles), la jurisprudence applique la distinction du titre et de la finance. L'indivision post-communautaire ne porte donc pas sur les parts sociales mais uniquement sur leur valeur⁶. L'époux associé est donc certain de conserver les parts sociales en nature sous réserve de pouvoir indemniser son conjoint de la valeur de ses droits (V. *infra* p. 508).

Titres négociables - Lorsque le partage de communauté porte sur des parts sociales négociables, la distinction du titre et de la finance n'est en général pas appliquée par la jurisprudence sauf exceptions⁷. Le chef d'entreprise devra alors chercher d'autres mécanismes s'il veut s'opposer à l'attribution en nature à son conjoint :

- attribution préférentielle : l'art. 831, al. 2, c. civ. ouvre, depuis la réforme du 23 juin 2006, la possibilité d'une demande d'attribution préférentielle portant sur des droits sociaux représentatifs d'une entreprise au profit de l'époux qui l'exploite. Elle n'est toutefois que facultative et non de droit (C. civ., art. 1476).
- maintien forcé dans l'indivision : l'art. 821 c. civ. peut permettre à l'époux, qui travaille dans l'entreprise, de demander le maintien dans l'indivision d'une entreprise ou des titres sociaux; ce qui demeure toutefois assez théorique.

(2) Com. 18 nov. 1997, n° 95-16.371, Bull. civ. IV, n° 298; D. 1998. 394, obs. J.-C. Hallouin; *ibid.* 1999. 238, obs. V. Brémont; RTD civ. 1998. 889, obs. J. Hauser.

(3) Com. 12 janv. 1993, n° 90-21.126, Rev. sociétés 1994. 55, note J. Honorat; JCP N 1993. II. 273.

(4) Paris, 20 oct. 1999, *Tadj Bachch et A. Macaigne*, RTD com. 2000. 651, obs. C. Champaud et D. Danet; RJDA 5/00, n° 543.

(5) Civ. 1^{re}, 9 févr. 2011, n° 09-68.659, D. 2011. 594; *ibid.* 2624, obs. C. Bourdair-Mignot, V. Brémont, M. Nicod et J. Revel; AJ fam. 2011. 217, obs. P. Hilt; Rev. sociétés 2011. 343, note E. Naudin; RTD com. 2011. 358, obs. A. Constantin.

(6) Civ. 1^{re}, 4 juill. 2012, n° 11-13.384, D. 2012. 1886; *infra*, p. 508, obs. P. Hilt.

(7) Pour de telles exceptions: Versailles, 7 déc. 2000 Bull. Joly 2001. 420; et Civ. 1^{re}, 16 mai 2000, n° 96-17.856, Dr. fam. 2000, Comm. 115, obs. Beignier.

Le conjoint demande à être désintéressé de ses droits en valeur

Si un accord a pu être trouvé sur la conservation de la totalité des titres sociaux par le seul époux dirigeant de la société, reste pour ce dernier à désintéresser son conjoint en valeur.

Recours à l'emprunt - Fréquemment, le chef d'entreprise ayant favorisé le développement de son entreprise au cours de sa vie professionnelle y aura beaucoup réinvesti, et son patrimoine personnel sera souvent trop faible pour permettre un équilibre lors du partage.

Le chef d'entreprise devra alors, sous réserve de la capacité financière de la société, lever un emprunt significatif pour procéder au rachat de la part de son conjoint.

Création d'une société holding - Pour des raisons à la fois financières et fiscales, si sa société est imposable à l'impôt sur les sociétés, il lui sera en général conseillé de créer une société *holding* elle-même imposable à l'impôt sur les sociétés. Il lui fera apport de la quote-part des titres de sa société qu'il aura reçue lors du partage. L'apport aura lieu à titre pur et simple, et en sursis d'imposition des plus-values (CGI, art. 150-0 B). Il sera rémunéré en titres de la *holding*.

La *holding* souscrira alors un emprunt bancaire et rachètera les titres attribués à l'autre conjoint dans le partage.

La *holding* pourra ainsi recevoir ultérieurement des remontées de dividendes de sa filiale en régime mère/fille (CGI, art. 145), si elle détient plus de 5 %, et donc avec une imposition très réduite sur ce flux financier destiné à lui permettre de rembourser ses échéances d'emprunt. Ce schéma s'apparente à un LBO familial.

Risque de démantèlement de l'entreprise

Dans certaines hypothèses, le divorce peut avoir des effets encore plus catastrophiques portant atteinte à la pérennité même de l'entreprise.

Désintégration du capital social

Un divorce conflictuel entre deux époux associés peut conduire à une réduction des moyens financiers mis à disposition de l'entreprise, voire à sa disparition⁽⁸⁾.

(8) Peuvent également avoir lieu, dans un tel contexte, des péripéties contentieuses de nature variée entre les époux associés: V. J. Prieur, E. Naudin et R. Cotrel, *Couples et situations de crise, Actes pratiques et stratégie patrimoniale* 1/2012. 42 s.

(9) Civ. 3^e, 17 déc. 2008, n° 07-14.601, AJDI 2009, 319; Dr. sociétés mars 2009, n° 45.

(10) Paris, 13 mars 2008, Bull. Joly 2008. 670.

Retrait

L'art. 1869 c. civ. prévoit la possibilité pour l'associé d'une société civile de se retirer de la société sur décision des associés, ou sur autorisation judiciaire en cas de justes motifs. Il a alors droit en principe au remboursement de la valeur de ses droits sociaux; ce qui conduit corrélativement à réduire d'autant l'actif social.

Exemple: Un arrêt de la Cour de cassation⁹ donne un exemple de mésentente entre des époux associés, en instance de divorce, se traduisant par une telle perte de confiance et une absence de tenue des assemblées révélant la disparition de l'*affectio societatis*, que les Hauts magistrats ont approuvé la cour d'appel d'avoir autorisé le retrait judiciaire d'un des époux sur la base de l'art. 1869 c. civ. Le désaccord des époux a ainsi conduit à amputer partiellement l'actif mis à disposition de la société, pour rembourser l'époux retrayant.

Dissolution pour justes motifs

En application de l'art. 1844-7 c. civ., la dissolution anticipée d'une société peut être prononcée par une décision judiciaire s'il existe de justes motifs, tels qu'une mésentente entre associés paralysant son fonctionnement.

Exemple: Un arrêt de la Cour d'appel de Paris¹⁰ a ainsi prononcé la dissolution judiciaire dans une situation proche de dissensions existant entre deux concubins associés détenant chacun 50 % du capital d'une SARL et empêchant toute prise de décision collective et la tenue des assemblées. La rupture du couple a ici entraîné la disparition de l'entreprise!

Séparation des actifs nécessaires à l'entreprise

La société ne dispose pas toujours de la pleine propriété des biens nécessaires à son activité. Il n'est pas rare, dans les sociétés familiales, qu'elle utilise également des biens ou droits dont l'un ou l'autre des époux sont personnellement titulaires. Ainsi, l'immobilier professionnel peut avoir été acquis par une SCI dont l'autre conjoint est associé, la dénomination de la société peut correspondre au nom patronymique de l'un des conjoints, des brevets ou des marques peuvent avoir été déposés à titre personnel.

Le divorce, en faisant cesser la communauté d'intérêts entre les deux ex-époux, risque de fragiliser ces mises à disposition, souvent non formalisées en raison de la confiance qui prévalait alors dans un contexte familial serein.

Le chef d'entreprise devra donc être attentif en période non conflictuelle à établir au profit de sa société des contrats écrits, équilibrés et protégeant cette dernière. À défaut, elle risque de perdre en cas de divorce la jouissance d'éléments indispensables à son activité, ce qui peut remettre en cause sa pérennité.

* * *

Conclusion - Le régime de communauté peut se révéler risqué tant pour l'époux dirigeant que pour la société elle-même, ce qui ne plaide pas pour son application dans la situation d'un entrepreneur.