

Le divorce du chef d'entreprise individuelle marié sous le régime de la communauté des biens réduite aux acquêts

Ndèye Aminata Salla

► **To cite this version:**

Ndèye Aminata Salla. Le divorce du chef d'entreprise individuelle marié sous le régime de la communauté des biens réduite aux acquêts. Droit. 2014. <dumas-01175985>

HAL Id: dumas-01175985

<https://dumas.ccsd.cnrs.fr/dumas-01175985>

Submitted on 13 Jul 2015

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

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



UNIVERSITÉ DE REIMS CHAMPAGNE-ARDENNE - UFR Droit et Science Politique

MÉMOIRE

PARCOURS : Master 2 Droit des Affaires-Droit des PME/PMI

Le divorce du chef d'entreprise individuelle marié sous le régime de la communauté des biens réduite aux acquêts.

SALLA Ndèye Aminata

Sous la direction de : **Maître Christophe PIERRET**

JURY :

Maitre Christophe PIERRET : Notaire à Reims - Intervenant dans le Master 2 Droit des Affaires

Maitre Emmanuel BROCARD : Maître de conférence à l'université de Reims-Responsable Master 2 Droit des Affaires

Sommaire :

IntroductionPage 2

Première partie : Contexte général du divorce du chef d'entreprise

Chapitre 1: Un régime peu compatible avec le statut de chef d'entreprise individuelle

Section 1 : Conséquences du régime légal sur le patrimoine et le pouvoir de gestion

A- La propriété commune des biens.....Page 11

B- Une obligation de gestion concurrente des biens.....Page 14

C- Le passif commun des deux époux.....Page 15

D- S'agissant de la liquidation – partage.....Page 16

Section 2 : Outils de protection patrimoniale du chef d'entreprise contre les risques du divorce

A- L'adaptation du régime de la communauté réduite aux acquêts par voie contractuelle.....Page 17

B- Choix d'un mode d'organisation adapté à l'entreprise.....Page 18

Section 3 : Incidence du type de divorce.....Page 20

Chapitre 2 : La poursuite de l'exploitation après la cessation de la coopération conjugale

Section 1: Sort des droits successoraux, des donations et avantages matrimoniaux après le divorce.....Page 21

Section 2 : Incidence du divorce sur la participation à l'activité du conjoint de l'entrepreneur

A- Déstabilisation du pouvoir de l'époux dirigeant et risque d'immixtion du conjoint.....Page 23

B- La poursuite de l'exploitation fondée sur la qualité de conjoint ayant participé à l'activité....Page 24

1- Le sort de la propriété des biens à usage d'exploitation.....Page 26

2- Le sort de la titularité des droits d'exploitation.....Page 32

Partie 2 : Dissolution du mariage : difficultés consécutives à la liquidation et au partage

Chapitre I: Le sort de l'entreprise conjugale pendant l'indivision post-communautaire

A- Modalités de gestion de l'indivision.....	Page 35
B- Exclusion des revenus des époux et de leurs biens propres.....	Page 36
C- Rémunération du gérant et sort des plus-values générées par l'activité.....	Page 36
D- Emprunts et avances en capital.....	Page 37
E- Indemnité d'occupation pour la jouissance de l'entreprise individuelle comme bien indivis	
F- Sorts des créanciers de l'indivision.....	Page 39

Chapitre II : Partage de droit commun de l'entreprise individuelle

Section 1 : Sort de l'entreprise individuelle indivise

A- Modalités et conséquences civiles du partage.....	Page 41
B- Conséquences fiscales du divorce pour le chef d'entreprise.....	Page 42

Section 2 : Les difficultés majeures liées au partage

A- La délicate valorisation de l'entreprise.....	Page 44
B- L'évaluation de la prestation compensatoire.....	Page 46
C- Le sort des créanciers et des dettes professionnelles.....	Page 47

Conclusion	Page 50
-------------------------	---------

Remerciements :

En préambule à ce mémoire je souhaite adresser mes remerciements les plus sincères aux personnes qui m'ont apporté leur aide et qui ont contribué à l'élaboration de ce mémoire.

Ces remerciements vont tout d'abord au corps professoral et administratif de la Faculté de Droit et de Science Politique de REIMS pour la richesse et la qualité de leur enseignement. Je pense tout particulièrement à Monsieur Emmanuel BROCARD et à Mademoiselle Murielle LARGEN.

Je tiens à remercier sincèrement Maître Christophe PIERRET, qui, en tant que directeur de mémoire, s'est toujours montré à l'écoute et très disponible tout au long de la réalisation de ce mémoire, pour l'aide et le temps qu'il a bien voulu me consacrer.

Je n'oublie pas mes parents pour leur contribution, leur soutien et leur patience. Je leur dois tout... Merci Papa, merci Maman !

Enfin, j'adresse mes plus sincères remerciements à tous mes proches et amis, Carine et Babou qui m'ont toujours encouragée au cours de la réalisation de ce mémoire.

Merci à tous et à toutes.

Introduction :

L'étude de mon mémoire porte sur le divorce du chef d'entreprise individuelle marié sous le régime légal de la communauté de biens réduite aux acquêts.

Si l'entreprise correspond à une réalité économique, très souvent, on va évoquer le régime de la notion et les éléments qui la composent sans jamais au préalable définir ce qu'est une entreprise du point de vue juridique.

En fait, elle semble pouvoir être définie comme une structure sans personnalité juridique, composée d'un ensemble de biens et de personnes permettant la réalisation d'opérations qui caractérisent une activité professionnelle¹. Mais l'entreprise n'est pas pour autant dépourvue de valeur et celle-ci, au regard des régimes matrimoniaux est forcément propre ou commune.

Le choix de la forme juridique se fera entre l'immatriculation sous forme d'entreprise individuelle, ou sous forme de société.

La structure individuelle peut être une structure adaptée pour des activités naissantes, des activités de subsistance, des activités accessoires. Elle permet alors d'éviter les contraintes juridiques tant au moment de la création qu'au cours de la vie sociale de la société, et le coût élevé de la structure sociétaire.

Par ailleurs, elle demeure encore actuellement en France la forme la plus utilisée pour l'exercice du commerce. Et cela parce que ses modalités de constitution sont simples ou peu coûteuses, le chef d'entreprise conserve sa totale liberté de gestion et enfin son régime fiscal est simple.

Le premier handicap rencontré par l'entreprise individuelle est relatif au droit privé. En vertu du principe de l'unité du patrimoine, principe mis en relief par Aubry et Rau : toute personne a un patrimoine et une personne n'a qu'un patrimoine.

Dans l'entreprise individuelle, le patrimoine est celui de l'entrepreneur. Ceci est à l'origine des inconvénients de l'entreprise individuelle, sur le plan du droit privé, tant au niveau de son fonctionnement que de sa transmission..

Au niveau de son fonctionnement, il apparaît que l'entrepreneur est tenu des dettes de l'entreprise sur ses biens personnels, mais que surtout suivant le régime matrimonial choisi, le conjoint peut

¹ Voir. *JCI Ingénierie du patrimoine*, Fasc . 2320

être responsable des dettes de l'entreprise de l'autre conjoint .

La structure individuelle présente également des inconvénients sur le plan des droits social et fiscal. L'entrepreneur n'a pas par exemple la couverture sociale d'un salarié.

D'un point de vue fiscal, il est imposable au titre de l'impôt sur le revenu des personnes physiques sans possibilité de déduire son salaire. L'imposition aux bénéfices industriels et commerciaux présente des aspects défavorables : le taux d'imposition peut être élevé, il y a une méfiance accrue à l'égard de certaines charges déductibles, l'imposition particulière des plus-values est un peu plus forte.

D'autre part, pour redonner plus d'autonomie à l'entreprise individuelle il est possible de faire appel à la technique sociétaire. La personnification de l'entreprise permet de lui donner une autonomie patrimoniale et décisionnelle certaine. Elle contribue à l'amélioration de la condition tant de l'entrepreneur que de l'entreprise. L'entreprise individuelle prendra ainsi l'apparence d'une société (généralement une S.A.R.L. ou une S.A).

Le recours à la personnalité morale permet à l'entreprise de se détacher de l'emprise de la personne du propriétaire de ses éléments. Il évite le jeu des régimes matrimoniaux tout comme celui des successions, et limite d'autant les risques de dysfonctionnement et de disparition de son activité. Il lui donne aussi une vie propre, exempte de toutes les incidences extrapatrimoniales attachées à l'existence d'une personne physique du genre l'incapacité, le mariage, le décès, et surtout en ce qui nous concerne le divorce.

En effet, le divorce entraîne de nombreuses conséquences tant patrimoniales qu'extrapatrimoniales. L'entreprise, et plus particulièrement celle exploitée sous forme individuelle, n'échappe pas à cet événement. Dans le cadre des opérations de liquidation et de partage du régime matrimonial, l'entreprise constituera un des éléments d'actif ayant un sort particulier, notamment, quand son exploitation nécessite des compétences professionnelles ou un diplôme. La nature du régime matrimonial du chef de l'entreprise aura alors une incidence capitale. Dans l'hypothèse d'un régime séparatiste, l'entreprise constituera généralement un bien personnel du chef d'entreprise et à ce titre il est assuré de conserver la propriété de celle-ci. La situation sera en revanche plus délicate lorsque le chef d'entreprise n'aura pas signé de contrat de mariage et qu'il se trouvera dès lors soumis au régime légal de la communauté de biens réduite aux acquêts. Dans l'hypothèse la plus commune où l'entreprise a été créée ou acquise en cours d'union avec des économies du ménage, celle-ci constituera un bien de communauté devant alors être partagé entre les époux. A cette occasion, les époux prennent souvent conscience des

implications des règles du régime matrimonial et regrettent de ne pas avoir consulté leur notaire avant le mariage.

Quelle que soit la situation, le divorce est une étape douloureuse. On a l'habitude d'entendre dire que l'on ne gagne jamais un divorce, on peut au mieux le réussir. Outre l'aspect humain et familial d'une séparation, la question du patrimoine peut également se révéler complexe. Le patrimoine professionnel peut se retrouver « victime » en cas de crise du couple. Encore faut-il examiner précisément de quoi il s'agit et qui sont ces véritables « victimes » :

- tout au long de notre développement nous nous sommes penchés sur les conséquences du divorce aussi bien du côté du chef d'entreprise que celui de son conjoint. A chaque instant nous avons voulu prendre en considération deux préoccupations opposées : celle ou l'entrepreneur souhaite conserver dans son patrimoine tous les biens professionnels nécessaires à son activité; et le fait que le conjoint du chef d'entreprise a pu à un moment donné participer à l'exploitation de l'entreprise bénévolement et qu'il soit tout aussi intéressé par l'exploitation de l'entreprise ou par une indemnisation pour les efforts qu'il a eu à fournir.

- la liquidation du régime matrimonial soulève des difficultés financières et techniques

- les effets du divorce ne sont pas négligeables sur le plan fiscal

Ainsi, les conséquences financières d'un divorce peuvent se révéler tout aussi dévastatrices que celles d'une procédure collective (redressement judiciaire, liquidation judiciaire) non seulement pour l'entreprise elle-même mais, avant tout, pour le dirigeant, pour son conjoint et ses collaborateurs.

Il s'agira d'expliquer dans un premier temps que **le sort de l'entreprise individuelle dépend de sa nature**. A savoir si elle est un bien propre au chef d'entreprise ou un actif de communauté. Il est vrai que l'on va très vite écarté l'hypothèse ou le bien serait propre au chef d'entreprise, l'intérêt étant ici mineur . Alors que, lorsque l'entreprise individuelle est indivise, elle est souvent le noeud central des affrontements des deux époux. Quels seront les droits du conjoint du chef d'entreprise sur l'entreprise ? Quels sont les biens qui seront engagés dans l'entreprise ? (Partie 1)

Il faudra prendre aussi en considération le **type de divorce** auquel l'on fait face .

A un moment ou la communauté n'existera plus, **comment sera gérée l'entreprise le temps de procéder au partage** ? Et cette question de la gestion de l'indivision est épineuse, parce que le

sort des biens non encore partagés et des revenus qu'ils génèrent est source d'interrogations (Partie 2) .

Par ailleurs, il peut s'avérer que le conjoint du chef d'entreprise individuelle participait avant le divorce à l'exploitation de l'entreprise. Comment seront évalués et partagés les biens dans ces conditions ou chacun des deux protagonistes a intérêt à se voir attribuer l'entreprise au moment du partage ? Quelles sont les conséquences d'un divorce sur la pérennité de l'entreprise ?

Pour répondre à ces questions les analyses juridiques et financières dont le champ d'investigation est l'entreprise familiale au sein de laquelle l'époux entrepreneur exerce son activité professionnelle sont indispensables.

Partie 1 : Contexte général du divorce du chef d'entreprise

Le choix du mode d'organisation patrimoniale du couple, dont l'un au moins de ses membres est un entrepreneur, est fondamental pour la pérennité même de l'entreprise. Le choix du régime matrimonial est particulièrement important pour le chef d'entreprise puisqu'il déterminera à la fois en partie sa liberté d'action dans l'exercice de son activité professionnelle et les risques que l'activité exercée est susceptible de faire courir à sa famille. En effet, le mariage, quel que soit le régime matrimonial choisi, modifie la situation patrimoniale du débiteur pour l'avenir et donc éventuellement la détermination du gage de ses créanciers.

C'est la raison pour laquelle il est nécessaire de commencer ce travail en passant au peigne fin tous les aspects du régime légal et surtout d'étudier les règles qui régissent la qualification des biens professionnels au regard de ce régime matrimonial. Parce qu'au fond tout l'enjeu est de pouvoir répondre à la question quel bien appartient à quel époux .

Chapitre 1 : Un régime peu compatible avec le statut de chef d'entreprise individuelle

Nous allons étudier d'abord, les conséquences d'un régime communautaire où le conjoint se trouve souvent « associé » et engagé aux côtés de son époux entrepreneur. Nous verrons ensuite que les époux conservent toujours la faculté de modifier leur régime matrimonial et l'organisation de leur entreprise pour que l'entrepreneur puisse s'adapter au mieux à ses évolutions professionnelles.

Section 1 : Conséquences du régime légal sur le patrimoine et le pouvoir de gestion

Ce régime est très peu adapté pour un couple dont l'un d'eux est chef d'entreprise, notamment pour les raisons suivantes :

A- La propriété commune des biens

Lors de la vie commune, aucun des époux ne se préoccupe de réfléchir à la qualification juridique des biens composant le patrimoine, seulement il en va autrement lors de la dissolution du lien matrimonial. Au-delà des considérations financières et de la détermination des droits de chacun des époux, le partage au regard des dits droits peut provoquer des situations inquiétantes pour un chef d'entreprise qui n'a pas agi avec prudence.

Il s'agira d'expliquer que dans le régime matrimonial légal, le sort de l'entreprise individuelle dépend évidemment de la qualification que l'application des règles du régime aura permis de reconnaître à la dite entreprise.

Dans ce régime, la communauté est seule propriétaire des biens acquis après le mariage. En effet, l'article 1401 du Code Civil précise que « *la communauté se compose activement des acquêts faits par les époux ensemble ou séparément durant le mariage, et provenant tant de leur industrie personnelle que des économies faites sur les fruits et revenus de leurs biens propres. Tout bien, meuble ou immeuble, est réputé acquêt de communauté si l'on ne prouve qu'il est propre à l'un des époux par application d'une disposition de la loi* ».

Il existe donc présomption de communauté pour tous les biens acquis à titre onéreux après la date du mariage sauf à établir que les biens existaient avant le mariage ou ont été acquis par la suite moyennant des fonds propres existants au jour du mariage ou reçus par succession, donations ou legs durant la vie commune. La question qu'il faut se poser est la suivante : quels sont les biens propres qui permettent d'échapper à la présomption de communauté ?

Nous avons d'abord, **les biens propres par leur origine (art. 1405 CCiv)**, à savoir les biens dont les époux avaient la propriété ou la possession au jour du mariage ou qu'ils acquièrent durant le mariage par succession, donation ou legs sont ceux qui sont le plus facilement identifiables sous réserve de préserver les documents qui permettent d'en justifier. S'agissant d'une libéralité reçue durant le mariage, il faut s'assurer qu'elle ne contenait pas une stipulation de mise en communauté et qu'elle n'ait pas été faite aux deux époux conjointement. Dans ces hypothèses, les fonds entrent en communauté.

Ensuite, certains biens sont propres par nature (art. 1404 CCiv), du genre les actions en réparation d'un dommage corporel ou moral, les créances et pensions incessibles, et, plus généralement, tous les biens qui ont un caractère personnel et tous les droits exclusivement attachés à la personne doivent également susciter des précautions. Il s'agit par exemple des indemnités reçues d'une compagnie d'assurance après un accident (utilisées pour créer un fonds ou constituent l'apport pour la création d'une société), ou encore les pensions ou indemnités destinés à réparer une atteinte à l'intégrité physique, les baux commerciaux et les baux ruraux. En matière de propriété intellectuelle, le droit moral demeure propre à l'auteur alors que les produits pécuniaires sont communs.

En matière de parts sociales détenues par un des époux ou de clientèle civile (notaires, huissiers de justice, avocats), le principe de la distinction entre le titre et finance doit être retenue.

La Cour de Cassation a réaffirmé la distinction entre le titre et la finance dans son arrêt en date du 4 juillet 2012 que seule la valeur des parts entre en communauté, les droits attachés à la qualité d'associé appartiennent au seul époux qui a cette qualité.

Lors de la liquidation, les parts ne peuvent être attribuées qu'aux titulaires des droits sociaux. Le conjoint non associé ne peut se prévaloir de l'attribution préférentielle de l'article 833 du Code civil, mécanisme que nous allons approfondir un peu plus loin dans nos développements et qui n'est possible que si le conjoint est copropriétaire en pleine propriété ou en nue-propriété.

Si l'époux associé a fait un apport de biens propres lors de l'acquisition des parts sociales, ces dernières sont propres.

Il convient, toutefois, de rappeler que les fruits de biens propres sont communs : quelle serait donc la nature des bénéfices procurés par la détention des parts sociales. Ils sont communs dès lors qu'ils ont été distribués même si non versés, ou s'ils sont mis en réserve ou en capital.

Les sommes versées sur le compte courant qui proviennent de ces bénéfices sont communes.

Il faut aussi dire que **les instruments de travail nécessaires à la profession de l'un des époux**, sont propres à moins qu'ils ne soient l'accessoire d'un fonds de commerce ou d'une exploitation faisant partie de la communauté sauf récompense. (**art. 1404 CCiv**).

Sont également propres les biens acquis à titre d'accessoires d'un bien propre ainsi que les valeurs nouvelles et autres accroissements se rattachant à des valeurs mobilières propres sauf récompense s'il y a lieu (art. 1406 CCiv).

Le bien acquis qui s'unit et s'incorpore au bien propre est propre par l'accession. Cela concerne par exemple:

- un bien affecté à une exploitation propre : un véhicule automobile acquis à titre d'accessoire d'un cabinet d'assurance lui-même propre
- un bien incorporé à un bien propre : un fonds de commerce acquis au cours du mariage, mais incorporé à un fonds propre.

Le texte vise également l'accroissement des valeurs mobilières propres dont les droits d'attribution et de souscription.

Sont également propres, les biens acquis durant le mariage par subrogation réelle automatique ou conventionnelle. La subrogation est l'hypothèse d'un bien propre qui en remplace un autre et prend la qualification juridique de celui qui le remplace.

Aux termes de la loi, la subrogation est soit automatique, soit dépend de manifestation de volonté.

Une clause d'emploi ou de remploi doit être prévue dans l'acte et elle doit préciser l'utilisation de fonds propres et la volonté de faire emploi ou remploi donc de faire du bien acquis un bien propre.

Au regard de ces règles, le patrimoine professionnel du chef d'entreprise crée à compter du mariage est présumé commun sauf à établir le caractère propre des fonds investis par ce dernier lors de la création du fonds de commerce ou de la société. Il est donc très important lors de la constitution de la société ou du début de l'activité de l'entrepreneur individuel de s'assurer de la nature propre ou commune des fonds investis et donc des apports ainsi réalisés.

Concrètement, si Jean Dupuis, 30 ans, chef d'entreprise et Monique Durand, 24 ans (qui souhaite se consacrer aux soins du ménage et à l'éducation des enfants à naître) se marient , la situation sera la suivante :

Les rémunérations professionnelles du mari sont appelées à constituer l'exclusivité des ressources du ménage. L'activité de la femme, pour n'être pas rémunérée, n'en sera pas moins essentielle. Elle jouera le rôle de maîtresse de maison, pourvoira à l'éducation des enfants. Sur deux plans différents, mais aussi importants l'un que l'autre, les deux époux contribueront à la prospérité du couple.

Il serait injuste que le mari soit le seul à en bénéficier. Ce serait le cas si les époux venaient à faire choix de la séparation de biens. Aussi préféreront-ils un régime leur permettant de mettre en commun les économies et les placements qui auront pu être réalisés au cours du mariage tout en conservant personnellement les biens qu'ils recevront en héritage, de leurs parents par

exemple.

B- Une obligation de gestion concurrente des biens

Les époux disposent d'un pouvoir de gestion concurrente sur les biens de la communauté (article 1421 du Code civil), sauf deux dérogations :

- l'époux qui exerce une profession séparée se voit reconnaître un pouvoir de gestion exclusive sur ses biens professionnels
- les actes les plus graves sont soumis à cogestion (article 1422 du Code civil).

Une situation conflictuelle entre époux pourra donc conduire à un blocage de certaines opérations soumises à cogestion concernant l'entreprise.

En fait , lorsque le conjoint ne participe pas à l'exploitation, l'exploitant est relativement libre dans la gestion et l'administration de son entreprise. Cependant, et même si l'acte est indispensable à l'entreprise, le conjoint exploitant doit requérir l'autorisation de son conjoint pour une cession du fonds de commerce ou de l'immeuble affecté à sa profession ou encore pour affecter un bien commun dans le patrimoine d'affectation d'un entrepreneur individuel à responsabilité limitée (EIRL) ou les donner en garantie. Il faut parfois nécessairement, l'intervention du conjoint dans certains cas particuliers. Par exemple, dans le cadre de sa création ou de son développement, toute entreprise a besoin du concours d'un établissement bancaire, notamment pour financer l'achat ou la location de matériel, d'un local, d'un véhicule. La banque est bien souvent le créancier le plus important de l'entrepreneur individuel. Et l'existence de risques sérieux sur le patrimoine des époux inhérents aux actes de cautionnement et d'emprunt, a conduit le législateur à prendre des dispositions particulières à ce sujet.

Ainsi, l'article 1415 du Code Civil précise que "chacun des époux ne peut engager par un cautionnement ou un emprunt que ses biens propres et ses revenus, sauf si ces engagements ont été contractés avec l'accord exprès de l'autre conjoint ; dans ce cas la communauté est engagée mais le conjoint qui a donné son consentement n'engage pas ses biens propres". Sont également visés selon la jurisprudence les garanties autonomes, les avals, les crédits immobiliers ...

Dans le prolongement de ce que nous venons de dire, l'article 1425 du code civil édicte également la règle suivante : "les époux ne peuvent l'un sans l'autre , donner à bail un fonds

rural ou un immeuble à usage commercial, industriel ou artisanal appartenant à la communauté”.

La difficulté est plus grande à notre avis si le conjoint participe à l'activité, dans la mesure où la gestion est en principe concurrente entre les deux époux. La subtilité qui consiste à distinguer chez un conjoint un exécutant d'un dirigeant se heurte à la réalité de la loi du 10 juillet 1982 donnant au conjoint qui participe à l'exploitation un peu plus de pouvoirs que le conjoint qui ne participe pas à l'exploitation.

C- S'agissant du passif professionnel

La communauté répond des dettes nées de l'un ou l'autre des époux, notamment d'origine professionnelle. Ce principe fait courir au conjoint de l'entrepreneur des risques financiers et peut rendre la liquidation de communauté plus difficile en cas de divorce, si les créanciers refusent de décharger l'époux non exploitant.

Par ailleurs, la création de l'entreprise peut avoir été financée par un prêt bancaire et comme les banques exigent en règle générale que le conjoint soit co-emprunteur, celui-ci est tenu personnellement à l'obligation de remboursement.

Également les organismes prêteurs exigent souvent une mesure de sûreté qui engage l'autre époux, tel une caution ou le patrimoine commun, comme une hypothèque ou un gage sur des biens communs, ou parfois même sur des biens propres à l'autre époux. Dans ce cas, il y a également un engagement personnel de l'autre époux.

Enfin, en cas de procédure collective sur l'entreprise individuelle, ce sont l'ensemble des biens communs qui sont touchés, exposant en partie le conjoint étranger à l'activité. Seuls les gains et salaires de ce dernier sont protégés dans une certaine mesure : ils échappent à la saisie s'ils n'ont pas encore été économisés. Depuis la loi Dutreil pour l'initiative économique du 1^{er} août 2003, l'habitation principale peut également être mise à l'abri si les époux effectuent une déclaration d'insaisissabilité devant notaire.

En résumé, les “ mauvaises affaires ” d'un des époux sont susceptibles de mettre en péril tout le patrimoine commun et mettre en difficulté son conjoint, si certaines précautions ne sont pas prises.

D- S'agissant de la liquidation - partage

Nous reviendrons plus amplement sur cette question. Juste dire que le partage des biens communs s'effectue en principe par moitié pour chaque époux. L'entreprise créée pendant le mariage fait partie de cette masse commune et en constitue souvent la part la plus importante si elle est florissante. Si le professionnel avait choisi d'exercer dans une structure d'exercice qui n'est pas dotée de personnalité morale (association d'avocats, société en participations), la valeur de la clientèle civile qu'il se constitue pendant le mariage doit également figurer à l'actif de la communauté. Ce qui peut poser problème : « *Si Roméo décide de prendre sa retraite ou de céder sa clientèle, Juliette peut considérer que cet acquêt de communauté n'est pas évalué à son juste prix et vouloir intervenir dans la procédure. Sans oublier qu'en cas de divorce, la valeur de cette clientèle est partagée en deux* », explique Jérôme Casey, avocat et professeur au centre de formation des notaires de Paris.

Mais il faut aussi dire qu'en cas de conflit, l'évaluation des éventuelles récompenses dues sera délicate.

Avant que ne survienne une éventuelle crise du couple, le dirigeant doit donc identifier les risques patrimoniaux qui peuvent mettre en péril la pérennité de sa société. La solution : anticiper et sécuriser contractuellement son régime matrimonial et l'organisation de son entreprise. Même pour le conjoint il est préférable de faire en sorte d'isoler ses revenus pour les protéger en cas de défaillance de son époux afin d'éviter de ne les voir disparaître au profit des créanciers.

On l'a déjà dit, on peut le redire ce régime légal de communauté des biens est très peu compatible avec le statut de chef d'entreprise. Même s'il correspond aux aspirations du plus grand nombre de nos concitoyens et à l'idée qu'ils se font du mariage ce régime est tout simplement incompatible à chaque fois que l'un des époux ou les deux exercent des professions indépendantes. A contrario, il convient parfaitement aux époux dont seul l'un des deux envisage d'avoir une vie professionnelle ou quand aucun des époux ne souhaitent exercer une profession indépendante pouvant présenter des risques financiers.

Du coup, au moment de se marier le régime de la séparation des biens devrait être une évidence pour les futurs époux et celui de la participation des acquêts, une alternative à étudier. Pourtant en France, un seul couple sur dix pense à établir un contrat de mariage.

Section 2 : Outils de protection patrimoniale du chef d'entreprise contre les risques du divorce

Si le divorce marque la « faillite » du couple, il ne faudrait pas qu'il devienne également celle de l'entreprise. Aussi est-il est préférable pour le chef d'entreprise d'avoir anticipé la séparation et donc d'avoir fait le choix du bon régime matrimonial et de l'organisation juridique adéquate de son entreprise. Il pourrait bien tout perdre sinon : son conjoint et son entreprise, ce serait bien dommage ...

A- L'adaptation du régime de la communauté réduite aux acquêts par voie contractuelle

Le chef d'entreprise doit anticiper ces risques avant de contracter mariage et, en cas de création d'entreprise en cours de mariage, il doit se protéger sans cesse. La logique communautaire qui tend à accroître les biens communs plus que les biens propres et à tout partager n'est pas la plus adaptée au couple dont l'un des membres est chef d'entreprise, sauf à l'aménager.

Par ailleurs, on peut se poser la question à savoir quels sont les moyens offerts au conjoint dirigeant souhaitant poursuivre l'exploitation, dès lors qu'il n'est pas propriétaire exclusif des biens et droits par lesquels est assurée l'activité ?

Il faut savoir que le droit commun conjugal et la pratique notariale offrent aux époux la faculté de régler par anticipation le sort des biens nécessaires à la poursuite de l'exploitation jusqu'alors menée en couple au moment du divorce. Concrètement, le régime de la communauté réduite aux acquêts va être adapté en fonction de la situation patrimoniale du couple, par la signature d'un contrat de mariage, apportant des avantages matrimoniaux non prévus par le régime légal, qui s'appliquera en parallèle.

On peut citer quelques clauses dont nous étudieront certains plus en détail au peu plus loin dans nos développements :

- une clause prévoyant que les biens professionnels même acquis en cours de mariage restent propres à l'un des époux ;
- ou permettant à l'un des époux de prélever dans la communauté avant le partage les biens correspondant à l'entreprise qu'il dirige à charge de l'imputer sur ses droits dans la masse commune;

- une liquidation alternative de la communauté en cas de dissolution par divorce ou par décès ;
- la reprise en cas de divorce des biens propres apportés en communauté ;
- la suppression de certaines causes de récompenses ou la modification de leurs modalités de calcul.
- l'attribution préférentielle permettant au conjoint divorcé du chef d'entreprise, par voie de partage, s'il remplit certaines conditions de poursuivre l'exploitation .

Il faut dire qu'en dehors même de toute crise conjugale, ces clauses n'étant assorties d'aucune indisponibilité des biens dont elles font l'objet, leur bénéficiaire n'a pas la certitude de pouvoir, le moment venu, voir exercer effectivement la faculté stipulée. Et cela faute pour lesdits biens de figurer dans l'actif partageable.

Ensuite, la volonté de permettre à l'époux exploitant divorcé la poursuite de l'exploitation est doublement menacée. D'abord, la faveur accordée quant aux biens professionnels acquis en cours de régime pourrait constituer un avantage matrimonial. Si cette qualification est retenue en jurisprudence, la clause d'exclusion des biens professionnels de la liquidation subissait l'aléa de la déchéance ou de sa révocabilité en cas de divorce jusqu'en 2006 (en présence d'une clause alsacienne par exemple).

D'autre part, les biens nécessaires à l'exploitation exercée en couple avant que ne survienne le divorce peuvent avoir été acquis de manière hétérogène, les époux s'en répartissant la charge financière. Si la clause étudiée doit pouvoir bénéficier pareillement à chacun des époux, il n'est pas sur que la répartition des acquêts professionnels selon leur origine aboutisse à ce que chaque époux se trouve finalement à la tête d'un ensemble professionnel fonctionnel, lui permettant de poursuivre de manière autonome une exploitation cohérente.

Section 2 : Choix d'un mode d'organisation adapté à l'entreprise

L'entrepreneur individuel est propriétaire du fonds de commerce qu'il exploite, c'est-à-dire d'un ensemble d'éléments assez divers : clientèle, droit au bail, marque, brevet, licence, matériel, stock, etc. Ils font partie de son patrimoine personnel. S'il est responsable indéfiniment de ses engagements sur l'ensemble de ses biens, il peut toutefois protéger sa résidence principale en effectuant une déclaration d'insaisissabilité de ses biens immeubles non affectés à son usage professionnel, devant un notaire. Mais, sauf option pour le régime de l'EIRL, ses autres biens resteront engagés.

La société constitue, quant à elle, une entité distincte des associés qui la créent. Elle est dotée d'un patrimoine propre. Les dettes de la SARL ou de la SA ne peuvent pas faire l'objet de poursuites sur le patrimoine personnel des associés ou du dirigeant (sauf faute de gestion pour ce dernier). Même si dans la pratique, ce principe de limitation de responsabilité est atténué : le banquier exige, dans la plupart des cas, un engagement personnel du gérant pour accorder, par exemple, un prêt à une SARL aux capitaux faibles.

Mais il faut dire que la société est l'instrument le mieux adapté pour la transmission d'une entreprise à des héritiers (autorise les partages ou montages afin d'assurer la pérennité de l'entreprise). En effet, en cas de décès de l'exploitant par exemple, l'entreprise individuelle risque d'être paralysée. Elle appartient en indivision aux héritiers qui doivent à l'unanimité donner mandat à l'un d'entre eux pour gérer l'affaire familiale. L'entreprise individuelle prendra l'apparence d'une société (généralement une S.A.R.L. ou une S.A).

L'entreprise sociétaire apporte des remèdes aux handicaps de l'entreprise individuelle. Elle constitue sur le plan du droit privé une réponse aux handicaps de la structure individuelle : permettre de limiter la responsabilité. Par exemple, dans les SARL en cas de difficultés, les associés perdront uniquement les apports qu'ils ont effectués à la SARL et ne seront pas tenus au passif social lorsque leurs apports ne permettent pas d'y faire face. Même si cet avantage demeure théorique puisque cette limitation de responsabilité est presque systématiquement contournée par le recours aux sûretés personnelles et réelles.

La société est aussi mieux adaptée pour pallier les risques du type divorce. D'abord, parce que le recours à la forme sociale permet la création d'une personne morale dotée d'un patrimoine propre, ensuite au moment du partage celui ne va porter que sur des droits sociaux assurant ainsi la pérennité de l'entreprise. Enfin, comme la nature commune ou propre du patrimoine professionnel est fonction du régime matrimonial des époux, il peut y avoir des difficultés dans la qualification. Si le patrimoine professionnel est détenu de manière directe comme c'est le cas lorsque l'un des époux, voire les deux, exerce son activité sous la forme de l'entreprise individuelle, la qualification de bien propre ou commun est souvent plus délicate.

S'agissant de la gestion, les clauses statutaires (par exemple clause d'agrément) peuvent également être mises à contribution, si la forme sociale le permet, pour prémunir le dirigeant d'une immixtion de son conjoint.

Différentes formes sociales sont offertes à l'entrepreneur. On pense d'abord à l'entreprise uni-

personnelle à responsabilité limitée (EURL), société par action simplifiée uni-personnelle (SASU) et l'entreprise individuelle à responsabilité limitée (EIRL). Il y' a aussi la pratique de la fiducie gestion ou l'entrepreneur va isoler dans le patrimoine fiduciaire des éléments d'actifs professionnels. L'association d'un régime de communauté et d'une mise en société peut assurer une indépendance de gestion à l'entrepreneur avec pour avantage, si tel est le souhait de l'entrepreneur, d'optimiser la protection du conjoint. Ainsi, une habile combinaison du droit de sociétés et des régimes matrimoniaux permettra à l'entrepreneur de réaliser la plupart de ses souhaits.

Le souci est qu'aujourd'hui, le curseur n'est pas placé vers une optique de prévention. Nous sommes confrontés à une situation de divorce avec peut être antérieurement une situation de collaboration conjugale . N'empêche nous avons tenu à rappeler toutes ces règles, qui font que de nos jours les divorces ne sont plus aussi dramatiques qu'autrefois et ne supposent pas forcément la “ faillite ” des ex-époux, heureusement d'ailleurs...

Section 3 : Incidence du type de divorce

La répartition du patrimoine en cas de divorce dépend il est vrai du régime matrimonial mais il dépend aussi du mode de divorce choisi et surtout quand il s'agit d'un divorce par consentement mutuel.

Ce type de divorce qui permet en une seule opération la dissolution du lien matrimonial et l'organisation de l'intégralité des conséquences de cette dissolution, le couple décide ensemble d'une répartition du patrimoine en rédigeant une convention décrivant le partage. Acceptée par les deux époux, cette convention n'a pas l'obligation légale d'être équitable : l'un des deux époux peut décider de favoriser l'autre. Les époux peuvent décider dans cette convention du sort des donations et avantages qu'ils s'étaient consentis par exemple. Cette convention doit être homologuée par le juge, puis sert de base au calcul des droits de partage. Ce divorce a un avantage très important, en ce qu'il supprime toute période d'indivision post-communautaire. En effet dès le divorce prononcé, le partage est effectif et tous les intérêts pécuniaires entre les époux sont définitivement réglés.

Mais il est vrai que ce type de divorce porte à notre avis, un nom bien trompeur. La simplicité et

l'harmonie que ce type de divorce évoque ne sont qu'apparentes, si bien que la "déjudiciarisation" souhaitée par certains pourrait bien ne jamais avoir lieu. Les difficultés étant nombreuses : intangibilité relative de la convention, incertitudes quant à la possibilité d'octroyer des dommages-intérêts à l'un des époux du fait de la rupture ou de la faute de l'autre, rapidité des audiences, anticipation des conséquences patrimoniales...

Il existe par ailleurs, trois cas de divorce contentieux mais la procédure sera toujours identique pour tous ces cas : le divorce accepté, le divorce pour faute et le divorce pour altération définitive du lien conjugal.

Chapitre 2 : La poursuite de l'exploitation après la cessation de la coopération conjugale

Section 1 : Sort des droits successoraux, des donations et avantages matrimoniaux après le divorce

Nous avons vu que par contrat de mariage, les futurs époux, ou époux auraient pu utiliser leur faculté de modifier leur régime matrimonial en insérant des clauses tendant à l'attribution automatique du patrimoine professionnel dans des conditions déterminées à l'avance.

Mais il faut savoir que le droit du divorce, contrairement au droit patrimonial de la famille ne prend pas spécifiquement en compte le sort de l'entreprise sauf exception (attribution préférentielle). Il n'est pas apte à appréhender, le cas échéant, les clauses en question que par le concept beaucoup plus large d'avantage matrimonial². Comment vont alors se comporter les clauses face à cette réglementation ?

Le sort des avantages matrimoniaux et des libéralités ne dépend plus du cas de divorce mais de leur nature, conformément aux objectifs de la réforme de ne plus lier les conséquences financières de la séparation au prononcé du divorce.

La loi du 26 mai 2004 relative au divorce modifie en profondeur le régime des donations entre époux, en posant le principe, à l'article 1096 du code civil, de l'irrévocabilité des donations de biens présents entre époux. La cause du divorce ainsi que la répartition des torts sont sans

² Voir V. C. Brenner, Notion et évaluation des avantages matrimoniaux, APSP 2/2008, p. 51 s .

incidence sur ces libéralités, qui sont automatiquement et systématiquement maintenues (art 265 alinéa 1).

La révocation n'est possible que par application des dispositions de droit commun prévues aux articles 953 à 958 du code civil (inexécution des conditions sous lesquelles elles ont été faites, ingratitude). Comme sous l'empire de la loi antérieure, ces donations ne sont pas révoquées pour cause de survenance d'enfant (article 1096 alinéa 3).

Les dispositions à cause de mort (legs, donation au dernier vivant) accordées par un époux, par contrat de mariage ou pendant le mariage, sont révoquées de plein droit par l'effet du divorce, quel que soit sa cause. Toutefois, l'époux qui les a consenties peut choisir de les maintenir. Pour être valable, sa volonté doit cependant obligatoirement être constatée par le juge lors du prononcé du divorce. Ce constat a pour effet de rendre la libéralité ainsi maintenue irrévocable (*article 265 alinéa 2*).

De même pour les avantages matrimoniaux, deux cas sont à distinguer : les avantages matrimoniaux qui prennent effet au cours du mariage (apport d'un bien propre par un époux à la communauté par exemple) restent irrévocables. Le prononcé du divorce est sans incidence sur ces derniers (article 265 alinéa 1). Seulement, il faut nuancer cette situation par le fait que (nous allons approfondir la question un peu plus loin dans nos développements), les époux peuvent par un contrat de mariage, lors de l'union ou ultérieurement, prévoir par exemple une clause alsacienne qui prévoit une liquidation alternative du régime matrimonial en fonction de la cause de dissolution, par le décès ou le divorce.

En revanche, les avantages matrimoniaux qui prennent effet à la dissolution du régime matrimonial ou au décès d'un époux (clause de préciput, clause de partage inégal) sont révoqués de plein droit par l'effet du divorce, quel que soit sa cause (article 265 alinéa 2). L'époux qui a consenti ce type d'avantage peut néanmoins le maintenir, par déclaration expresse constatée par le juge lors du prononcé du divorce. Ce constat interdit toute révocation ultérieure.

On peut conclure en disant que la révocation des donations et avantages matrimoniaux n'a aucun caractère automatique. Quand le divorce est prononcé par consentement mutuel, les époux ont décidé du sort des donations et avantages qu'ils s'étaient consentis dans la convention soumise à l'homologation du juge. S'ils n'ont rien décidé à cet égard, ils sont censés les avoir maintenus. Une fois la convention passée et homologuée, si elle ne contient rien à cet égard, un époux ne peut pas sans l'accord de l'autre prétendre les révoquer. Il est obligé d'obtenir l'accord de son ex-conjoint afin de rédiger une nouvelle convention prévoyant cette fois la révocation des

donations et des avantages matrimoniaux et de la faire homologuer par le juge.

Nous n'oublions pas qu'en ce qui nous concerne le divorce est à appréhender au regard des règles régissant le régime légal de la communauté des biens. Mais nous avons tenu à rappeler ces principes dans la mesure parfois les parties mettent en place ces clauses particulières dans leur contrat de mariage, afin de permettre à l'époux dirigeant de conserver son entreprise en cas de divorce. Sauf que ces clauses pourraient donc se révéler in fine anéanties par les effets du divorce.

Section 2 : Incidence du divorce sur la participation à l'activité du conjoint de l'entrepreneur

Tant que subsiste le lien conjugal, les intérêts du conjoint du chef d'entreprise sont préservés. Il y a juridiquement et/ou de fait unité de l'entreprise. Tel n'est plus le cas lors de la dissolution du lien conjugal car réapparaît ou apparaît une dissociation juridique de l'entreprise.

A- Déstabilisation du pouvoir de l'époux dirigeant et risque d'immixtion du conjoint

Le jugement de divorce ne marque pas la fin des intérêts communs des anciens époux, qui restent tenus de gérer leurs biens communs jusqu'au partage définitif ou à la vente. L'indivision n'est donc pas toujours une situation choisie volontairement. Ce qui peut susciter des conflits pendant cette période notamment pour le chef d'entreprise qui pourra voir toutes ses initiatives dans l'exploitation de l'entreprise, contrecarrées par son ex-conjoint. Souvent sans légitimité d'ailleurs et seulement parce que le divorce s'est mal passé ou que les ex-époux ne se sont pas mis d'accord sur le partage et ses conséquences.

Cependant, il faut nuancer avec le cas où l'entreprise serait un fonds libéral : en effet, dans le régime communautaire, il s'est agi de ne point négliger la dimension personnelle de l'activité libérale tout en considérant l'intérêt de la communauté à profiter, au moins en valeur, d'une entreprise dont la création ou l'acquisition aurait eu lieu au cours de l'application du régime matrimonial. Dans ce contexte on peut considérer que le risque d'immixtion du conjoint de l'époux exploitant serait moindre.

On peut pas s'empêcher de dire que si l'entreprise avait une forme sociétaire, les statuts de la

société auraient pu eux même être aménagés pour limiter les risques d'immixtion du conjoint dans la gestion de l'entreprise.

B- La poursuite de l'exploitation fondée sur la qualité de conjoint ayant participé à l'activité

Après la rupture du lien conjugal, certains problèmes peuvent surgir quant à l'exploitation future de l'activité dans la mesure où il se peut les deux époux aient, jusqu'au divorce, travaillé ensemble. Des époux ne s'entendant plus sur le plan privé sont également susceptibles de ne plus pouvoir faire converger leurs intérêts financiers entrepreneuriaux sur le plan de leur collaboration au quotidien .

Madame Anne KARM dans sa thèse dirigée par Monsieur Bernard BEIGNIER parlait ainsi de la “ fin de la collaboration conjugale ”.

La collaboration conjugale peut s'entendre de l'exercice d'une activité professionnelle par les deux époux sur un pied d'égalité : il y aura alors coexploitation de l'entreprise par les époux .

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, 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 chef d'entreprise à l'activité de ce dernier: elle correspond à la définition donnée par le Doyen Jean Carbonnier ³, 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 ». 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 relevant du statut de conjoint collaborateur pour le droit français .

La question de savoir si les époux pouvaient conclure ensemble un contrat de société a été

³ J. CARBONNIER, Droit civil, t. 2, La famille, l'enfant, le couple, 21e éd. refondue, PUF 2002, p. 504.

consacrée définitivement par la loi du 23 décembre 1985 posant le principe de l'**égalité des époux** dans les régimes matrimoniaux : *"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"* (article 1832-1 du code civil).

Si l'un seul des époux est chef d'entreprise, dans la majorité des cas, l'activité du conjoint n'est pas déclarée. Cette situation de « travail invisible » ou d'entraide conjugale sans rémunération, sans droits dans l'entreprise et sans couverture sociale personnelle est particulièrement préjudiciable aux conjoints qui se retrouvent, en cas de divorce sans ressources et sans droits sociaux. Mais la collaboration à l'exploitation peut se faire sous diverses formes :

* comme salarié, auquel cas les rapports entre époux sont régis par le contrat de travail. La loi du 23 décembre 1985 apporte un intérêt supplémentaire au statut de salarié dans la mesure où l'article 1414 met les salaires à l'abri des créanciers de l'autre conjoint, sauf à l'égard des dettes ménagères. Toutefois, si les salaires étaient excessifs ou ne correspondaient pas à un travail effectif, les créanciers pourraient invoquer la fraude. Ce régime ne devrait pas poser de problèmes en ce qui nous concerne, hormis ceux liés peut être au partage, à cause du lien de subordination entre l'époux entrepreneur et l'époux salarié.

* comme associé, les deux époux étant unis par un contrat de société : La question de savoir si les époux pouvaient conclure ensemble un contrat de société a été consacrée définitivement par la loi du 23 décembre 1985 posant le principe de l'**égalité des époux** dans les régimes matrimoniaux : *"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"* (article 1832-1 du code civil).

* comme collaborateur de fait, réservé aux petites entreprises familiales industrielles n'ayant pas les moyens financiers de donner au conjoint du chef d'entreprise un statut de salarié, en raison du poids des charges sociales. Dans ses rapports avec les tiers, les actes de gestion et d'administration accomplis pour les besoins de l'entreprise par le conjoint collaborateur sont réputés l'être pour le compte du chef d'entreprise et n'entraîne aucune obligation personnelle. Il a le pouvoir d'accomplir les actes d'administration pour les besoins de l'entreprise. Ces actes doivent être liés à l'objet de l'entreprise et correspondre aux possibilités économiques de celle-ci.

Le conjoint collaborateur participe aux élections professionnelles, il est électeur et éligible (les

époux ne peuvent pas être simultanément membres de la même organisation professionnelle).

Les principaux inconvénients de ce statut de collaborateur sont l'absence de rémunération, et le fait de ne pas pouvoir bénéficier du régime de l'assurance chômage.

Le conjoint a le pouvoir d'accomplir les actes d'administration pour les besoins de l'entreprise. Ces actes doivent être liés à l'objet de l'entreprise et correspondre aux possibilités économiques de celle-ci. Mais ci au moins le conjoint peut se prévaloir du pouvoir de gestion qui lui est attribué par la loi si l'entreprise dépend de la communauté.

Mais après le divorce, la poursuite de l'exploitation par un époux seul semble opportunément privilégiée en cas de participation actuelle ou passée du conjoint requérant à l'activité. La question se pose alors de savoir quels sont les moyens offerts au conjoint souhaitant poursuivre l'exploitation jusqu'alors menée en couple, dès lors qu'il n'est pas propriétaire exclusif des biens et droits par lesquels est assurée l'activité.

Aussi il importe d'examiner tant le sort de la propriété des biens à usage d'exploitation que celui de la titularité des droits d'exploitation.

1- Le sort de la propriété des biens à usage d'exploitation

La disparition du lien matrimonial peut priver le conjoint du chef d'entreprise de tout titre d'intervention dans l'exploitation. Dans ce contexte, il convient de déterminer les moyens ouverts au conjoint divorcé de déroger aux règles ordinaires successorales ou matrimoniales.

Des dispositions issues des lois du 4 Juillet 1980 et du 10 Juillet 1982 sont transposables au partage consécutif à la dissolution d'un régime communautaire. Il s'agit des articles 832 et suivants du Code civil lesquels invitent à distinguer entre les modalités d'attribution préférentielle d'une entreprise au conjoint de l'exploitant.

*** L'attribution préférentielle en propriété et en jouissance** selon les articles 832 et suivants du code civil.

Une demande d'attribution préférentielle peut porter sur une entreprise, un local servant à l'exercice d'une profession ou sur une exploitation agricole. Encore faut-il qu'il s'agisse d'une véritable entreprise. Tel n'est pas le cas d'une parcelle sur laquelle les indivisaires, qui ne sont

pas exploitants agricoles, se bornent à partager entre eux la récolte de truffes en fonction du travail accompli par eux⁴.

Si elle porte sur une entreprise, l'activité peut être commerciale, industrielle, artisanale ou libérale (C. civ. art. 831, al. 1). La Cour de cassation a quand même précisé qu'en vertu des articles 832 et 1476 du code civil, une exploitation agricole dépendant de la communauté peut faire l'objet d'une attribution préférentielle au profit d'un époux copropriétaire, fut-il divorcé, il n'en est pas de même du bail rural dont la transmission est réglée par l'article 831, inapplicable en cas de divorce⁵. Le droit au bail ne constitue pas un élément nécessaire du fonds de commerce qui peut exister en dehors de lui et il ne peut être conféré que par le propriétaire de l'immeuble ou le fonds était exploité.

La demande d'attribution peut aussi porter sur toute l'entreprise, une partie ou une quote-part indivise de celle-ci.

En fait généralement, la demande d'attribution porte sur un fonds de commerce. Seulement l'entreprise peut englober d'autres biens, notamment l'immeuble dans lequel le fonds est exploité (Cass. 1^o civ. 6-2-2008 n^o 06-19.089 : RJDA 7/08 n^o 865)⁶.

Il est aussi possible de demander l'attribution de la propriété ou du droit au bail du local à usage professionnel qui sert effectivement à l'exercice de sa profession ainsi que des objets mobiliers utiles à cette profession qui garnissent ce local (C. civ. art. 831-2, 2^o).

En ce qui nous concerne, le conjoint de l'exploitant divorcé, à la condition d'avoir la qualité de copropriétaire peut requérir l'attribution préférentielle intégrale ou partielle d'une exploitation agricole "à la mise en valeur de laquelle il participe ou a participé effectivement". Selon la jurisprudence, cette participation effective à la mise en valeur des terres se caractérise par une activité régulière⁷, sans qu'il soit exigé qu'elle soit exclusive et constante⁸.

La participation peut être antérieure, concomitante, ou postérieure à l'ouverture de la

⁴ Cass. 1^o civ. 20-5-2009 n^o 08-14.536, JCP N 2009 act. n^o 426

⁵ Civ. 1.23 nov 1977: Bull. civ. I n^o 439- même sens Civ. 3; 6 mai 1970 : JCP 1970 II, nte Ourliac et de Juglart

⁶ Cf. CA Pau 3-7-1963 : JCP G 1963.II.13427 obs. Voirin.

⁶

⁷ Cass. 1^o civ. 23 avril 1985 bull. civ. I n^o 126; Cass. 1^o civ., 4 juillet 2007

⁸ CA Agen, 14 mars 1984 : Juris-Data n^o 1984-040389 ; Cass. 1^o civ., 30 mai 1961 bull. civ. I n^o 279

⁸

succession⁹.

Cette condition a été précisée par plusieurs décisions de justice relatives à l'attribution préférentielle des exploitations agricoles qui sont transposables à l'attribution préférentielle de l'entreprise commerciale, industrielle, artisanale ou libérale.

Il y'a donc lieu de retenir que :

- la participation existe même si le demandeur a exercé par ailleurs une autre activité, pourvu que celle-ci soit demeurée accessoire (Cass. civ. 30-5-1961 : Bull. civ. I p. 220 ; pour un exemple de participation insuffisante en raison de l'exercice à titre principal d'une autre activité : Cass.civ.22-12-1959 : D. 1960.416) ;
- la participation peut revêtir la forme d'un travail manuel (cf. CA Montpellier 16-12-1940 : JCP G 1941.II.1599) ou d'une direction intellectuelle de l'exploitation (TGI Lille 8-10-1964 : GP 1965.1.83) ou des deux à la fois (Cass. civ. 16-6-1970 : Bull. civ. I p. 64) ;
- la participation entachée de fautes de gestion (Cass. civ. 6-5-1964 : Bull. civ. I p. 186) ou qui fait douter de l'aptitude du demandeur à gérer les biens dont il demande l'attribution (Cass. civ. 23-4-1985 : Bull. civ. I p. 116) fait obstacle à l'attribution préférentielle ; l'aptitude du postulant à gérer peut être prise en compte non seulement quand il y a lieu de départager plusieurs candidatures concurrentes (C. civ. art. 832, al. 11) mais aussi quand il faut apprécier l'opportunité d'attribuer une entreprise à un indivisaire (cf. Cass. civ. 8-12-1971 : Bull. civ. I p. 267 et Cass. civ. 18-3-1981 ; GP 1981.pan.279).

La preuve de sa participation à l'activité sera d'autant plus aisée à rapporter que la coopération professionnelle entre époux aura été officialisée par une mention en marge du registre ou du répertoire adéquat, en cas de collaboration ou de coexploitation. Le conjoint intéressé peut être concurrencé dans sa demande par un enfant du conjoint ou par le conjoint lui même.

A défaut d'accord amiable, le tribunal décide en fonction des intérêts en présence. Les juges du fond jouissent d'un pouvoir souverain (Cass. com. 23-6-2010 n° 09-13.250 ; RJDA 4/11 n° 362) ; ils peuvent refuser l'attribution préférentielle même si une personne seulement la demande¹⁰.

Par exemple, l'attribution préférentielle peut être refusée :

⁹ Cass. 1 civ., 16 décembre 1968 ; Cass. 1 civ., 7 juillet 1971

¹⁰ Cass. civ. 6-4-1994 ; Bull. civ. I p. 107.

- si elle doit avoir pour effet de permettre au mari de recueillir après divorce la majeure partie de l'actif (Cass. civ. 10-7-1973 ; Bull. civ. I p. 212) ;
- en cas de divorce prononcé aux torts du mari demandeur, pour protéger les intérêts de l'épouse qui aurait pu, elle aussi, demander l'attribution préférentielle du fonds de commerce indivis (CA Paris 22-5-1964 ; GP 1964.2.251) ;
- lorsque le demandeur ne dispose pas de ressources nécessaires pour verser à son coindivisaire la valeur de sa part indivise dans les biens (Cass. civ. 17-3-1987 ; Bull. civ. I p. 75 et Cass. civ. 21-6-198 ; D. 1989.365 note Breton).
- Cass. Civ. 20 mars 1996, rejetant une demande après avoir constaté l'insuffisance d'une participation d'une durée de trois semaines durant les cinq ans précédent le divorce.

Aux termes de l'article 832 du Code Civil, l'appréciation judiciaire des intérêts en présence doit prendre en compte la durée de la participation personnelle à l'activité.

Si la lettre du texte ne semble pas instituer une hiérarchie entre les aptitudes respectives à gérer l'exploitation et à s'y maintenir, le critère de la durée de la participation peut paraître n'apporter qu'un complément de garantie à celle résultant de la compétence du requérant.

Néanmoins , la compétence s'acquiert à la longue et la détermination du critère le plus subsidiaire n'empêcherait pas l'appréciation souveraine des juges du fond. Ces derniers pourront tenir compte par exemple de la durée de participation à l'exploitation et les critères d'aptitude pour départager les candidats à l'attribution préférentielle spécialement lorsque les époux étaient coexploitants.

Le conjoint de l'exploitant divorcé est plus nettement avantagé lorsque, en tant qu'attributaire, il est redevable d'une soulte à son ou ses copartageants. En principe et aux termes de l'article 832 du code civil " sauf accord amiable entre les copartageants , la soulte éventuellement due est payable comptant ".

Heureusement à notre avis, que l'article 5-II de la loi du 10 Juillet 1982 allège la difficulté éventuelle de financement en ouvrant au conjoint attributaire d'une entreprise commerciale, industrielle ou artisanale le bénéfice de prêts à taux bonifié. L'octroi effectif d'un tel prêt est subordonné à l'engagement du conjoint de " participer à titre principal, à l'activité

de l'entreprise », cette participation devant durer au moins neuf ans à compter de la réalisation du prêt, sauf à devoir « rembourser l'aide représentée par la réduction d'intérêt obtenue grâce à la bonification ». Ainsi le maintien du conjoint survivant est spécialement encouragé par un effort financier pesant non pas sur les copartageants, qui peuvent exiger le paiement comptant de la soulte, mais sur les contribuables. Si cette aide publique ne semble pas avoir été étendue au conjoint attributaire d'une exploitation agricole, c'est parce que les exploitants bénéficient déjà d'un régime favorable de prêts dans le cadre de l'attribution préférentielle en propriété de l'article 832-1 du Code civil.

D'autre part, aux termes de l'article 832-3 al 1 du Code civil « si une exploitation agricole constituant une entité économique et non exploitée sous une forme sociale n'est pas maintenue dans l'indivision (...) et n'a pas fait l'objet d'une attribution préférentielle le conjoint ou tout héritier qui désire poursuivre l'exploitation à laquelle il participe ou a participé effectivement peut exiger (...) que le partage soit conclu sous la condition que ses copartageants lui consentent un bail à long terme (...) sur les terres de l'exploitation qui leur étoient (...).

Cette formule permet d'espérer le maintien de l'unité d'exploitation dans le cadre d'un bail à ferme, malgré la rupture, au moins temporaire, de l'unité foncière. Et pourtant, le bail rural est par essence un contrat 'intuitu personae' passé en considération de la personne. La personne du co-contractant, ses aptitudes particulières, la nature du service attendu conditionnent la conclusion et l'exécution du contrat.

Encore le conjoint prétendant doit-il revêtir la qualité de copropriétaire et remplir les conditions de participation à l'exploitation sous réserve de son inaptitude manifeste à gérer tout ou partie de l'exploitation. Le trait particulier de l'attribution en jouissance surgit à l'alinéa 3 de l'article 832-3 du Code civil lors de la réalisation du partage, l'évaluation des terres incluses dans les lots prend en compte la dépréciation éventuelle due à l'existence du bail consenti. Dès lors, les intérêts en présence semblent équilibrés.

En effet, le copartageant propriétaire d'un lot de terre soumis au droit au bail reçoit une part équitablement évaluée et se trouve assuré de percevoir le revenu normal de son bien. En contrepartie, il ne peut disposer librement de son lot et doit subir la présence d'un preneur qu'il n'a pas choisi. L'attributaire a, quant à lui, la garantie de conserver l'intégralité de l'exploitation pendant dix-huit ans, ses charges financières étant réduite au fermage des terres appartenant à son copartageant, et peut espérer reconstituer progressivement l'unité de propriété entre ses mains par l'exercice du droit de préemption, lorsqu'un copartageant voudra céder son

lot. En revanche, il risque de subir le droit de reprise de son copartageant à l'expiration du bail, ceux-ci pouvant par ailleurs avoir cédé leur lot, en cours de bail, à un tiers acquéreur, faute pour ledit attributaire d'avoir eu les moyens de préempter.

Il existe par ailleurs, des modalités de protection du conjoint divorcé qui elles ne sont pas subordonnées à la participation effective de son bénéficiaire à l'exploitation :

*** La clause de prélèvement moyennant indemnité de l'article 1511 du code civil :** en cas de dissolution de la communauté (divorce, décès), l'époux dirigeant va prélever l'entreprise sur la masse commune avant le partage. Il peut s'agir du fonds de commerce exploité par celui-ci. Si la valeur de ce bien excède la part revenant au conjoint bénéficiaire, il doit verser une soulte.

Cette clause vise aussi bien la clientèle civile, le fonds agricole ou artisanal que le fonds de commerce. Au regard de la jurisprudence, une telle clause était néanmoins problématique lorsqu'elle portait sur des biens propres, de par l'interférence de la prohibition des pactes sur succession future.

Si l'époux exploitant semble a priori désigné pour bénéficier d'une telle clause, il n'est exclu que par la liberté des conventions matrimoniales s'exprime en une répartition originale des biens professionnels entre époux revêtant parfois l'un et l'autre la qualité d'exploitant. Dans la mesure où l'objet de la clause de prélèvement, tel que décrit à l'article 1511 du Code Civil, porte sur "certains biens", les époux pourraient convenir d'une clause au bénéfice de chacun d'eux, dès lors que les biens qui en sont l'objet ne sont pas doublement attribués. Ainsi, le "lot" de chacun pourrait présenter une unité fonctionnelle lui permettant de poursuivre l'activité de manière autonome. On va juste terminer par dire que cette clause de l'article 1511 du code civil, est en pratique rarement utilisée.

*** Le régime matrimonial à liquidation alternative**

Au titre de la liberté des conventions matrimoniales proclamée aux articles 1387 et 1497 du Code civil, les époux peuvent convenir d'une liquidation alternative de leur régime matrimonial, suivant la cause de dissolution du mariage, et prévoir, plus précisément l'exclusion de tout partage des biens nécessaires à l'exploitation en cas de dissolution du mariage par divorce.

Cependant, les régimes matrimoniaux ne sont pas également susceptibles d'abriter une telle stipulation. Ainsi, la clause d'exclusion de tout partage en cas de divorce s'intègre mal à un régime de communauté selon l'auteur Anne KARM dans sa thèse sur "l'entreprise conjugale". En effet, pour elle "le partage des biens à usage professionnel acquis en cours de régime ne pourrait alors guère être évité que par la reprise des biens communs, ce qui aboutirait à vider la

communauté de sa substance et imposerait, de surcroît, l'élection d'un critère de détermination des droits de chaque époux sur les biens communs repris ”.

La licéité d'une telle clause ne semble pas être menacée par le grief d'atteinte à la liberté du divorce, dès lors que, à l'image des conditions posées dans les libéralités, la clause d'exclusion des biens professionnels en cas de divorce n'a pas pour cause impulsive et déterminante le voeu d'empêcher un conjoint de divorcer. Pas d'avantage l'immutabilité du régime matrimonial ne paraît en péril .

La volonté de permettre à l'époux exploitant divorcé la poursuite de l'exploitation est doublement menacée. D'abord, la faveur accordée quant aux biens professionnels acquis en cours de régime pourrait constituer un avantage matrimonial. Si cette qualification est retenue en jurisprudence, la clause d'exclusion des biens professionnels de la liquidation subissait l'aléa de la déchéance ou de sa révocabilité en cas de divorce jusqu'en 2004. Mais nous avons vu que cela n'est plus d'actualité depuis la loi du 26 mai 2004.

Ensuite, les biens nécessaires à l'exploitation exercée en couple avant que ne survienne le divorce peuvent avoir été acquis de manière hétérogène, les époux s'en répartissant la charge financière. Si la clause étudiée doit pouvoir bénéficier pareillement à chacun des époux, il n'est pas sur que la répartition des acquêts professionnels selon leur origine aboutisse à ce que chaque époux se trouve finalement à la tête d'un ensemble professionnel fonctionnel, lui permettant de poursuivre de manière autonome une exploitation cohérente.

2- Le sort de la titularité des droits d'exploitation

Le sort de la titularité des droits d'exploitation ne dépend de la participation du conjoint à l'activité de l'époux exploitant qu'en matière de bail rural.

La poursuite de l'exploitation par un époux seul semble opportunément privilégiée en cas de participation actuelle ou passée du conjoint requérant à l'activité. Si on est en présence d'un divorce, il faut dire que le législateur a longtemps ignoré la situation du conjoint divorcé, aussi bien en cas de bail consenti à son ex-époux seul qu'en cas de cotitularité du bail.

A défaut de dispositions spéciales favorables au conjoint divorcé de l'époux preneur exclusif, nulle attribution préférentielle n'est envisageable au profit de celui-là. L'époux titulaire du bail peut poursuivre l'exploitation sans la coopération de son ex-conjoint, qu'il conviendra éventuellement de remplacer pour éviter qu'une mise en valeur décadente du fonds agricole

n'entraîne une résiliation ou un refus de renouvellement du bail. Ce n'est que si la jurisprudence consacrait l'entrée en communauté du bail rural que la perspective d'une attribution préférentielle deviendrait envisageable dans le cadre du partage suivant l'indivision post-communautaire.

Longtemps placé sous le signe de l'incertitude ¹¹, le sort du droit au bail en cas de divorce de deux époux copreneurs a finalement suscité l'intervention du législateur dans le cadre de la loi complémentaire à la loi d'adaptation agricole n° 90-85 du 23 janvier 1990. Il résulte désormais des alinéas 2 et 3 de l'article L411-46 du Code rural qu'en cas de départ de l'un des conjoints corepreneurs, celui qui poursuit l'exploitation a droit au renouvellement du bail, sous réserve de réunir les conditions d'habitation et d'exploitation exigées du bénéficiaire du droit de reprise. Cependant, il se peut que, dans un climat de mésentente entre ex-époux, chacun d'eux revendique la jouissance de l'exploitation ; le juge n'a alors le pouvoir d'attribuer le droit au bail à l'un de préférence à l'autre. Le législateur aurait pourtant pu s'inspirer de l'article 1751 du Code civil, dont l'alinéa 2 prévoit qu'en cas de divorce le droit au bail du local qui sert effectivement à l'habitation des époux et dont ils sont réputés cotitulaires pourra être attribué en considération des intérêts sociaux et familiaux en cause à l'un des époux, sous réserve des droits de récompense ou à indemnité au profit de l'autre époux.

Par ailleurs, pour remédier à l'absence de droit au bail dans une entreprise appartenant ou attribuée à l'un des époux à la dissolution du lien matrimonial, le contrat de mariage peut contenir une clause de promesse de bail en vertu de laquelle le propriétaire de l'immeuble s'engage à consentir un bail au profit de celui qui sera propriétaire de l'entreprise à la dissolution du régime matrimonial¹². La promesse de bail sera assortie d'une condition suspensive tenant à la dissolution du lien conjugal.

Finalement, la poursuite de l'exploitation fondée sur la seule qualité d'époux repose sur des mécanismes n'apparaissant pas moins solides que les procédés permettant de régler le sort de la propriété des biens nécessaires à la mise en valeur de l'entreprise ou celui de la titularité des

¹¹ (Cf. notamment J.VIATTE “ Le sort du bail rural consenti à des époux ”, Rev. loyers et fermages 1979, p.344 ; voir aussi Civ. 3, 29 mai 1969, Bull.civ.III, n° 422)

¹² « Le sort du bail rural en cas de rupture du lien matrimonial », ou de la nécessité de combler un vide juridique pour préserver l'avenir de l'entreprise agricole, Benard Peignot, communication à l'occasion du XXVIème congrès de l'Association française de droit rural, Aix en Provence, 14-17 octobre 2009

droits d'exploitation sous condition de participation actuelle ou passée du conjoint requérant à l'activité. Quoique parfois aléatoires selon Madame Anne KARM , les seconds semblent pourtant moins fragiles que les premiers "en ce qu'ils reposent non sur une expression antérieure de volonté des époux, mais sur des dispositions légales ayant vocation à s'appliquer en l'absence de prévisions conjugales particulières".

En somme, par un infléchissement des règles ordinaires de partage de la masse matrimoniale, le conjoint de l'exploitant divorcé a vocation à tirer parti, avec plus ou moins de succès, de sa coopération à l'activité de ce dernier lorsqu'il entend poursuivre seul l'exploitation. Néanmoins, le sort de la propriété des biens nécessaires à la mise en valeur de l'entreprise comme celui de la titularité des droits d'exploitation est le plus souvent placé sous le signe de l'aléa. En effet, le conjoint candidat à la poursuite de l'exploitation doit fréquemment s'en remettre à l'appréciation que fait le juge des intérêts en présence, soit que ce conjoint se trouve en concurrence avec un autre copartageant en la personne de son ex-conjoint, soit encore qu'il se heurte à l'opposition d'un tiers tel le bailleur ayant concédé le bail initial sur lequel est assis le fonds agricole.

Partie 2 : Dissolution du mariage et difficultés consécutives à la liquidation et au partage

Les effets de la dissolution peuvent remonter à une date antérieure à celle du prononcé du divorce, déterminée conventionnellement par les époux; la dissolution de la communauté entraînant une indivision des biens. Faire ainsi remonter les effets du divorce permet d'éviter que n'entrent dans la communauté les biens acquis ou les dettes faites par un époux pendant la procédure de divorce. Mais les ex-époux doivent régler au plus vite la liquidation de leur régime, car même si le divorce est prononcé, ils restent liés par tous des biens qu'ils détiennent ensemble jusqu'à leur partage.

Quelque soit le mode de divorce, l'un des époux devra former une requête initiale auprès du tribunal de grande instance. Les époux seront reçus pour une audience de conciliation. A l'issue de cette rencontre, le juge aux affaires familiales rend une ordonnance dite « de non-

conciliation».

A ce stade, le juge prévoit les mesures transitoires qui s'appliqueront d'ici le prononcé du divorce, il peut également prendre toutes mesures utiles en vue de réaliser la liquidation du régime matrimonial (notamment une expertise de valeur du patrimoine professionnel). Un des époux formera ensuite une demande introductive d'instance, incluant une proposition de règlement des intérêts pécuniaires et patrimoniaux des époux. L'autre époux peut également déposer une demande reconventionnelle pour faire valoir ses prétentions.

Lors d'une audience, le juge aux affaires familiales prononce le divorce entre les époux et ordonne la liquidation du régime matrimonial. Il peut également à cette occasion statuer sur la demande d'attribution préférentielle d'un bien par un époux ou sur le maintien dans l'indivision. A partir de ce moment, les époux sont divorcés, le régime matrimonial a cessé ; plus particulièrement le régime matrimonial de la communauté bascule vers l'indivision post-communautaire.

Chapitre 1: Le sort de l'entreprise conjugale pendant l'indivision post-communautaire

Une fois certaines « régularisations » effectuées, le patrimoine est réparti entre les deux époux. La valeur des biens appartenant aux deux époux est déterminée au moment du partage. Or, ce dernier peut intervenir quelques années après la date du jugement prononçant le divorce comme nous l'avons précédemment vu. En attendant, les biens non partagés sont détenus en indivision. Si la question de l'avenir de l'entreprise n'est pas alors précisément posée, diverses difficultés liées aux incidences directes de l'exploitation (revenus et dettes, plus-values ou moins-values générés par l'activité) surgissent, que le droit matrimonial doit traiter.

A- modalités de gestion de l'indivision

Pour tout ce qui concerne la gestion, ces règles sont quelque peu différentes de celles régissant la communauté, mais ne modifient guère en fait les pouvoirs des anciens époux. Si les fondements juridiques ne sont pas les mêmes, un époux peut toutefois poursuivre une activité professionnelle à l'aide de l'un des biens indivis. Certains auteurs comme François Terré et Philippe Simler, ont d'ailleurs montré le parallélisme existant entre les règles de l'indivision et celles régissant la gestion de la communauté. Le régime juridique de l'indivision ne modifie donc pas fondamentalement l'autonomie professionnelle des anciens époux. Tous les actes

d'administration seront possibles pour l'indivisaire professionnel, les actes de disposition restant soumis à la cogestion.

B- Exclusion des revenus des époux et de leurs biens propres

La dissolution de la communauté conjugale donne naissance à une indivision post-communautaire où les biens qui la composent sont l'objet de droits identiques portant « sur une quote-part abstraite de la chose indivise qui appartient pleinement à chaque indivisaire ». La loi et la jurisprudence ont reconnu que tombaient dans la masse indivise non seulement des biens incorporels tels que les clientèles civiles et commerciales, mais aussi les revenus retirés des matériels et des locaux du fonds d'exploitation.

C- Rémunération du gérant et sort des plus-values générés par l'activité

L'actif communautaire est paralysé même si l'indivision n'est pas pour autant privée de vie patrimoniale. Les biens qui la composent peuvent produire des fruits ou des plus-values qui viennent accroître à l'indivision. Pour la Cour de cassation la plus-value va à l'indivision, et il serait surprenant qu'il en fût décidé autrement. En effet, comme on l'a démontré de façon très perspicace V. D. Fiorina¹³, « la plus-value n'est pas une chose en soi, un supplément tangible, une protubérance du bien, sur laquelle on devrait s'interroger isolément, en la traitant à part. Notion purement comptable, elle n'apparaît que si on la chiffre, et ce calcul n'est que l'expression concrète d'une réalité complexe. Aussi chercherait-on vainement une relation de principal à accessoire ou de capital à intérêt qui rattacherait la plus-value au bien et gouvernerait la solution du problème : la plus-value fait partie des biens, donc de l'indivision et elle n'a pas à être attribuée ».

La vraie question est pour Monsieur Bernard VAREILLE, président de l'Université de Limoges, de savoir si l'on tient compte de la plus-value pour déterminer le montant de la rémunération de l'indivisaire gérant¹⁴. La doctrine s'interroge encore sur ce point notamment R. Cabrillac et M. Grimaldi.

Plusieurs arrêts de la Cour de cassation énoncent deux solutions relatives au sort des clientèles

¹³ Voir obs sous arrêt Epergue c/ Seigneur du 12 janvier 1994 RTD Civ. 1996 p. 231

¹³

¹⁴ Indivision post-communautaire : les plus-values industrielles de biens indivis. RTD Civ 2010

¹⁴

¹⁴

¹⁴

¹⁴

civiles sous le régime de la communauté légale. Il ressort de ces arrêts que la clientèle d'un époux exerçant une profession libérale, de même que les matériels et les locaux qui sont l'accessoire de cette profession, doivent être portés à l'actif de la communauté pour leur valeur à l'actif estimée au jour du partage ; il en résulte que l'indivision post-communautaire s'accroît de la plus-value et des fruits de cette clientèle sous réserve de l'attribution à l'indivisaire gérant de la rémunération de son travail conformément à l'article 815-12 du Code civil (Cass. civ. 1re, 17 décembre 1996 (cassation partielle), M. Claverie c. Mme Claverie,).

Souvent le professionnel libéral ressentira comme une anomalie que les revenus de son activité professionnelle profitent à son conjoint alors que leur communauté est dissoute ; et sans doute aura-t-il le sentiment d'une injustice criante dans le cas où son conjoint exerce une profession salariée puisque, des salaires de celui-ci, il ne profite plus aucunement.

Mais l'alternative est simple pour Michel GRIMALDI, “ le professionnel libéral peut se présenter comme un simple travailleur indépendant et non point comme le titulaire d'une clientèle qu'il puisse céder (fût-ce indirectement) n'ayant alors d'autre richesse que sa force de travail, les fruits de son activité ne sont point de nature à alimenter quelque indivision que ce soit ; mais, en corollaire, la cessation de son activité ne saurait constituer l'occasion de percevoir quelque capital que ce fût. Ou bien il préfère la présentation contraire : alors, la cessation de son activité peut donner lieu à la perception d'une somme représentant la valeur de sa clientèle mais, en corollaire, les fruits de son activité sont susceptibles d'accroître une indivision”. Seulement, en pratique on constate généralement qu'il y'a bien un accroissement à l'indivision.

D- Emprunts et avances en capital

Les règles de l'indivision doivent d'abord être appliquées pour déterminer le patrimoine auquel incombait la charge de la dette. Les règles de l'indivision doivent encore être appliquées pour déterminer le patrimoine qui a supporté la charge de la dette. Les règles de l'indivision doivent enfin être appliquées pour déterminer, le cas échéant, le montant de l'indemnité due à l'époux solvens : parce que ce n'est pas d'une récompense qu'il s'agit, mais de l'indemnité due à l'indivisaire qui engage une dépense dans l'intérêt de l'indivision, ce n'est pas l'article 1469 C. civ. qu'il convient d'appliquer, mais les articles 815-8 C. civ. (dépense d'entretien) et 815-13 C. civ. (dépense d'amélioration et de conservation).

Ont été retenues par la Cour de Cassation, comme étant des dépenses de conservation, le

règlement des échéances de l'emprunt contracté pour acquérir le bien indivis, le paiement de l'assurance, le paiement des impôts et charges relatifs au bien indivis toujours¹⁵. Par contre, l'activité de l'époux, gérant d'un fonds commerce durant l'indivision post-communautaire ne peut être assimilée à une dépense d'amélioration¹⁶.

E- Indemnité d'occupation pour la jouissance de l'entreprise comme bien indivis

L'article 815-9 du Code civil reconnaît à chaque indivisaire le droit d'user et de jouir des biens indivis et considère redevable d'une indemnité, celui qui réalise un exercice privatif de ces prérogatives. En cas d'attribution préférentielle des biens professionnels, ce n'est qu' au terme du partage que se produit l'attribution privative de liberté; il en résulte que, jusqu'à cette date, l'indivisaire qui use privativement des biens ainsi attribués préférentiellement devra une indemnité à ses coindivisaires.

Le principe du paiement d'une indemnité pour jouissance privative d'un bien étant lié à l'existence d'une situation d'indivision, il importe de dater l'événement fondateur de cette situation pour déterminer le point de départ de l'exigibilité de l'indemnité d'occupation. Par principe, la décision prononçant le divorce entre les époux entraîne la dissolution de la communauté conjugale et par conséquent la naissance de l'indivision post-communautaire. Cependant, une date antérieure peut être fixée comme point de départ des effets de la dissolution dans les rapports entre époux concernant leurs biens. L'article 262-1 du Code civil fixe de droit la dissolution du régime matrimonial au jour de l'assignation, et autorise en outre les époux à solliciter le report de ces effets au jour de leur séparation effective, caractérisée par la preuve de l'absence de cohabitation et de collaboration .

Par le jeu de cette « super rétroactivité », une indemnité d'occupation a vocation, antérieurement à toute procédure en divorce, à être fixée à la charge de l'un des ex-époux en conséquence du report des effets patrimoniaux de la dissolution emportant création anticipée de l'indivision post-communautaire.

Cependant, la jouissance privative au sens des articles 255-2 et 815-9 du Code civil n'est pas liée

¹⁵ Civ 1, 16 avril 2008 : JCP 2008, IV. 1957

¹⁶ Civ 1, 29 mai 1996 - Bull civ I, n° 222

nécessairement à l'occupation effective des lieux ¹⁷. Il faut dire aussi que principe de la fixation systématique d'une indemnité d'occupation doit être nuancé. On peut se voir dispensé du paiement de l'indemnité, s'il est démontré que « sa jouissance se fonde sur un titre différent » de nature à caractériser une occupation du bien sans contrepartie. En effet, pour être indivisaires, les parties n'en sont pas moins des époux nous rappelle la Cour de cassation, tenus quant à leur situation juridique par le cadre des relations matrimoniales, même si la déliquescence de celles-ci les entraîne vers la voie de la dissolution. Il convient alors de rechercher si la jouissance de l'immeuble indivis par l'un des époux ne constitue pas pour l'autre conjoint une modalité d'exécution de ses obligations conjugales ou familiales, lesquelles perdurent au cours de la procédure en divorce. Ce n'est pas notre sujet mais « la jouissance du logement indivis n'appelle pas nécessairement de compensation » lorsqu'elle constitue l'exécution en nature du devoir de secours entre époux' ou de la contribution parentale à l'entretien et l'éducation des enfants du couple .

F- Sort des créanciers de l'indivision

Les créanciers dont la créance est née antérieurement à la dissolution de la communauté peuvent poursuivre la saisie et la vente des biens dépendant de l'indivision post-communautaire¹⁸. Viole ainsi par refus d'application l'art. 815-17, alinéa 1er C. civ. la Cour d'appel qui, pour confirmer le jugement ayant exclu du passif de la communauté les dettes résultant de deux reconnaissances souscrites par les époux envers leurs parents respectifs, énonce que les dettes, antérieures à la date d'effet du divorce et donc à celles de la naissance de l'indivision, constituent des dettes communes qui ne relèvent pas du régime de l'indivision, alors qu'une indivision post-communautaire avait succédé à la communauté en raison de la dissolution de celle-ci¹⁹. De même, les créanciers de l'indivision préexistante à l'ouverture de la procédure collective de l'un des indivisaires, qui auraient pu agir sur les biens indivis avant qu'il y eût indivision, conservent leur droit de poursuivre la saisie de ces biens, malgré l'ouverture de cette procédure. Dès lors

¹⁷ Voir en sens Cass. civ. 1re, 14 juin 2000 n° 98-19.255, Bull. civ. I, no 186 ; RTD civ. 2001. 114, obs. Hauser et Civ. 1re, 8 juill. 2010, n° 09-10.789, JCP 2010. 1220, no 17, obs. Tisserand-Martin).

¹⁸ Civ 1, 13 décembre 2005 : Bull.civ I, n°494, Dallooz 2006 obs Lienhard

¹⁹ C. cass. 1re civ. 13 décembre 2005 Pourvoi n° 02.17.778 R - Cassation partielle, Cour d'appel Versailles, 3 mai 2001

l'extinction de la créance, faute de déclaration au passif de l'indivisaire soumis à la procédure collective, est sans incidence sur le droit de poursuivre les biens indivis que le créancier de l'indivision tient de l'art. 815-17, alinéa 1er, du Code civil.

Chapitre 2 : Partage de droit commun de l'entreprise individuelle

Le partage résultant de la liquidation du régime matrimonial est l'un des effets patrimoniaux essentiels découlant du divorce. Il s'agit en effet de séparer des intérêts patrimoniaux que la vie commune avait réunis. Ainsi, si l'entreprise d'un des conjoints a été créée ou acquise durant le mariage, le conjoint non exploitant a droit à la moitié de sa valeur. Avant de procéder au partage, il faut déterminer le patrimoine propre de chacun, lui affecter les récompenses éventuelles qui lui sont dues ou au contraire en soustraire les récompenses dues à la communauté.

Ainsi dans le cadre d'un calcul de récompenses, il faudra tenir compte de ce que chacun a fait rentrer dans la communauté à partir de son patrimoine personnel, ou de ce que chacun a prélevé du patrimoine commun au profit de son patrimoine propre. En fait, ce mécanisme, « les comptes de récompense », joue lorsqu'il apparaît, au cours du mariage, qu'il y a eu un déséquilibre entre le patrimoine propre d'un des époux et le patrimoine commun : il y a appauvrissement d'un patrimoine au profit de l'autre. Cet appauvrissement sera compensé, au moment de la dissolution du régime matrimonial, par un montant dénommé récompense ; pour le calcul de cette dernière, on tiendra compte de deux éléments : le montant prélevé sur le patrimoine appauvri et le profit qui subsiste dans le chef du patrimoine enrichi, au moment de la liquidation, et ce pour contrecarrer les conséquences de la dévaluation monétaire.

Si l'entreprise a été créée ou acquise avant le mariage ou pendant le mariage avec les biens propres du conjoint exploitant. Une clause de "remploi" des fonds propres doit figurer dans l'acte de constitution ou de reprise.

Une fois les reprises et les récompenses déduites ou ajoutées à la "masse" des biens que possèdent les époux, il ne reste plus qu'à la partager par moitié.

Par ailleurs, le droit de partage étant un droit d'acte, c'est-à-dire qu'il n'est exigible que s'il est constaté ou même relaté dans un écrit authentique ou dans un acte sous seing privé. Le partage

s'effectuera donc dans le cadre de la convention préalable (s'il s'agit d'une procédure de divorce par consentement mutuel) ou dans le cadre des opérations de liquidation de la communauté (dans le cadre des autres procédures).

En effet en vertu de la loi n° 2004-439 du 26 mai 2004 relative au divorce, les ex-époux ont la possibilité d'anticiper le règlement des conséquences patrimoniales du mariage en soumettant à l'approbation du juge une convention réglant les conséquences du divorce. En cas de divorce demandé conjointement par les époux, la convention annexée à la requête doit comporter un état liquidatif de l'ensemble de la communauté. Le droit de partage est alors dû à raison du jugement de divorce qui homologue la convention prévoyant la liquidation et le partage du régime matrimonial des époux.

Dans le cadre des autres procédures, la liquidation des effets patrimoniaux du divorce et le partage des biens sont effectués postérieurement au prononcé du divorce, en dehors de toute intervention du juge. Dans cette hypothèse, la perception du droit de partage résultera de l'acte ultérieur qui prévoira le partage des biens entre les époux et qui fera foi entre les parties ²⁰.

Toutes ces opérations de liquidation vont être gérées plus particulièrement par un notaire. Le législateur essaie de réduire le temps cette phase de liquidation où l'on se heurte le plus souvent à la mauvaise foi et à la lenteur d'un des ex-époux ; il a pour cela fixé une sorte de calendrier. La liquidation doit être achevée dans le délai d'un an après le prononcé du divorce. A défaut, le notaire peut dresser un procès verbal de difficultés, transmis au juge aux affaires familiales. Le juge tranche les difficultés et peut accorder un délai supplémentaire de six mois. Si rien n'est encore signé, le notaire peut à nouveau établir un procès verbal de difficultés. Le juge tranche définitivement les problèmes et renvoie devant le notaire pour signer la liquidation du régime.

Section 1 : Sort de l'entreprise individuelle

A- Modalités et conséquences civiles du partage

Si l'entrepreneur est marié sous le régime légal, le conjoint a en principe droit à la moitié de son

²⁰ Rép. min. Éco, Fin. et Ind. n° 86.792 à M. Delnatte ; J.O. A.N., 13 juin 2006, p. 6208

entreprise sauf si le couple dispose d'autres biens susceptibles de compenser la valeur de l'entreprise. Il est tout aussi possible d'indemniser l'autre conjoint de la valeur de la moitié de l'entreprise. A défaut, le chef d'entreprise n'aura d'autre choix que de procéder à la vente de celle-ci, la cession à un tiers.

Ainsi dans tous les cas, lorsque doit être envisagée la cessation de l'indivision, la réalisation du partage peut mettre directement en cause la pérennité de l'exploitation de l'entreprise. Alors que si l'entreprise était organisée sous forme de société, en cas de partage, cela porterait sur des parts sociales, et non sur l'entreprise directement.

D'autre part, il faut dire qu'un des objectifs fondamentaux poursuivis par les dirigeants d'entreprises familiales est certainement de voir un jour ses héritiers prendre la relève et assurer la continuité de l'exploitation familiale. Comment assurer la pérennité de l'entreprise tout en procédant au divorce des parents. Dans tous les cas, si une séparation se profile et que des précautions suffisantes n'ont pas été prises (régime matrimonial et organisation de la société), mieux vaut préférer un divorce par consentement mutuel. Il est possible d'envisager des solutions souples pour indemniser le conjoint et limiter le coût fiscal, « la taxation peut être lourde quand on détricote brutalement des montages complexes pour solder un divorce contentieux », prévient toujours à ses clients, Maître Elisabeth Deflers, avocate associée chez Péchenard & Associés. Enfin, « dans les situations conflictuelles, donner aux enfants leurs parts permet souvent de trouver un point d'accord entre les conjoints en préservant le contrôle familial de la société », conclut Jean-François Desbuquois. Mais cela est surtout vrai dans les entreprises ayant une forme sociétaire ou il est possible de donner des titres aux enfants en cas de divorce des parents.

B- Conséquences fiscales du divorce pour le chef d'entreprise :

Le principe applicable en matière de divorce et de partage de l'indivision conjugale est devenu celui de l'absence de taxation. Il demeure néanmoins des cas où le partage révèle des plus-values professionnelles taxables.

L'examen de la fiscalité après divorce pour chaque époux doit impérativement se faire avant le prononcé définitif du divorce. Par exemple, la liquidation du régime matrimonial entraîne, en principe, le paiement du droit de 2,5 % 5 (depuis 2012) sur l'actif net partagé. Par ailleurs, en cas de partage de l'entreprise individuelle (activité commerciale, libérale ou autre), il y a, comme nous l'avons déjà vu, cessation d'activité pour celui des époux qui n'est pas attributaire de

l'entreprise. Cette cessation d'activité est analysée par l'administration fiscale comme une cession, lorsque les deux époux exploitaient ensemble l'entreprise. L'époux qui a effectué son retrait est donc imposable sur sa partie dans les conditions de droit commun pour les plus-values professionnelles.

L'ex-conjoint exploitant devrait pouvoir inscrire à son bilan la moitié du montant retenu pour l'estimation de son entreprise individuelle lors du partage.

L'ex-conjoint non exploitant va être imposé sur la plus-value constatée à l'occasion du partage. Celle-ci peut être relativement lourde lorsque l'immeuble servant à l'exploitation était inscrit à l'actif de l'entreprise et a été amorti fiscalement.

Les époux en instance de divorce ont donc tout intérêt à examiner avec le plus de précision possible la fiscalité qu'ils auront après le prononcé du divorce, et ce, particulièrement l'année suivant celle du divorce.

En effet, la modification du calcul du nombre de parts, les incidences sur le quotient familial, les charges de la pension alimentaire (qui deviennent des revenus complémentaires pour l'autre conjoint) sont autant de subtilités qui rendent parfois inapplicables les obligations alimentaires mises à la charge de l'un ou de l'autre. Or, le juge n'examinera pas de manière systématique la situation fiscale si les demandes ne viennent pas des époux eux-mêmes ou de leurs conseils.

On ne peut pas finir cette partie sans parler du problème de la répartition des impôts après le mariage.

En effet, marié, le couple remplissait ensemble une déclaration d'impôts sur le revenu commun. Depuis 2012 (déclaration des revenus de 2011), chaque époux doit remplir une déclaration séparée pour l'année de divorce. Celle-ci doit reprendre ses revenus et charges pour toute l'année, ainsi que sa quote-part des revenus communs.

Il faut noter que quelle que soit la décision du juge, les époux sont solidairement redevables des impôts locaux pour l'administration fiscale. Celle-ci peut donc poursuivre l'un des deux pour récupérer la somme due. Il faudra ensuite régulariser la situation selon la décision du juge.

Section 2 : Les difficultés majeures liées au partage

A- La délicate valorisation de l'entreprise

Même si l'entreprise va être attribuée à l'un des époux dès lors que l'entreprise était dans le patrimoine commun du foyer, il faut alors procéder au partage sur la valeur de l'entreprise, comme on doit le faire pour n'importe quel autre bien.

Mais la présence même d'une entreprise individuelle à l'actif du régime est un facteur de ralentissement pour l'entrepreneur qui a tout à gagner à retarder le partage. Dans les faits, le plus souvent, celui-ci continue à exploiter son entreprise et à engranger pour son compte l'intégralité des profits qu'il réalise, sans toutefois avoir envie d'en payer « la moitié » à son ex-conjoint. C'est pourquoi le législateur a essayé de mettre en place un calendrier pour clôturer la liquidation et a encore simplifié la procédure en nommant le juge aux affaires familiales (au lieu du Tribunal de Grande Instance) pour suivre et trancher les litiges relatifs à la liquidation.

L'évaluation doit se faire à la date de la jouissance divise, qui doit elle-même être la plus proche possible de la date du partage. Entre le jour du prononcé du divorce et le jour du partage, le temps peut être long et la valeur de l'entreprise peut subir de fortes variations – beaucoup plus qu'un bien immobilier – ; ce qui ne facilite pas les choses quant à la détermination de sa valeur.

La valeur qui sera donnée à l'entreprise sera donc déterminante, car celui des deux ex-époux qui garde l'entreprise, devra reverser à l'autre sa quote-part (50 % de la valeur).

L'entrepreneur doit fournir les bilans et les éléments comptables qui sont indispensables pour la

détermination de la valeur de l'entreprise. Cela est souvent fourni « à reculons » et la valorisation est source de contestations ce qui ralentit la procédure de liquidation. Le juge peut nommer tout expert pour déterminer la valeur de l'entreprise, ce dernier a alors un pouvoir de communication de tous documents qu'il estime utiles. Il est souvent décevant que le notaire ne possède pas d'emblée le pouvoir de contraindre les parties et les tiers à lui transmettre les documents nécessaires à son travail de liquidation.

Quant à la valorisation de nombreuses problématiques peuvent alors se poser :

- l'entreprise n'est pas figée : sa valeur peut augmenter, ou à contrario diminuer en fonction d'aléas divers et variés. Les jugements de divorce peuvent intervenir des années plus tard, notamment en cas de conflits entre les conjoints.

- l'entreprise est un patrimoine, mais aussi une source de revenus. Ces mêmes revenus sont

les éléments pris en compte par le Juge des Affaires Familiales dans l'appréciation des diverses prestations et compensations décidées dans le cadre du divorce.

L'enjeu de la valorisation sera éminemment différentes selon de quel côté on se trouve :

- celui qui garde l'entreprise aura tendance à vouloir minorer la valeur de l'entreprise
- celui qui ne la garde pas aura tendance à vouloir majorer la valeur de l'entreprise
- si les points de vue sont trop éloignés, cela implique une valorisation indépendante décidée par les tribunaux et confiée à des experts et contre-experts, qui tenteront d'être les plus équitables possibles.

La solution idéale est celle d'un consensus, basé sur la valorisation économiquement fondée de l'entreprise, c'est à dire un prix qui permettrait à un acquéreur de rembourser ce prix tout en se payant une rémunération économiquement justifiée fonction de la taille de l'entreprise et du niveau d'implication et de responsabilité nécessaires à son bon fonctionnement.

Les ex-époux, même s'ils se détestent, doivent être capables de garder la mesure des choses : la valorisation d'entreprise est avant tout une science, et les critères utilisés s'accommodent mal de trop de subjectivité.

Il existe en fait deux familles de méthodes d'évaluation :

- les approches analogiques consistent à évaluer une entreprise par référence à des entreprises comparables dont on connaît la valeur, soit parce qu'elles sont cotées, soit parce qu'elles ont fait l'objet d'une transaction dont les caractéristiques sont connues ;
- les approches intrinsèques consistent à déterminer la valeur de l'entreprise à partir des éléments de rentabilité et de risque propres à celle-ci.

Les comptables du cabinet MASS et LAUTER conseillent toujours aux chefs d'entreprises, pour valoriser correctement leur entreprise en cas de divorce, de prendre les devants, c'est à dire de ne pas laisser leurs futurs ex-conjoints diligenter la valorisation avant eux²¹. En effet, les juges, en cas de litige entre les parties, s'attacheront en priorité à examiner les valeurs « sérieuses », c'est à dire celles qui auront été effectuées par la partie la plus diligente, la plus rapide, la plus consistante.

Ainsi, les chefs d'entreprise pourront obliger la partie adverse à s'aligner sur la valorisation faite, en particulier si le dossier est élaboré par un professionnel assermenté pour la valorisation.

²¹ Blog sur internet “ experts comptables en ligne” cabinet Mass & Lauter

B- L'évaluation de la prestation compensatoire :

Hormis les risques qui concernent le partage lui même des biens du couple, l'entrepreneur encoure encore un risque financier important si ses revenus et son patrimoine sont supérieurs à ceux de son conjoint. En effet, lorsque le divorce implique une différence de niveau de vie entre les ex-époux, l'article 270 du Code Civil, pose le principe de la prestation compensatoire, ce qui peut également avoir des répercussions sur l'entreprise. Cette prestation est fixée en capital (et accessoirement sous forme d'une rente) par les parties dans le cadre d'un divorce par consentement mutuel au sein de leur convention ; pour les autres formes de divorce, elle est demandée par une partie et le juge tranche sur son existence et sur son montant. Pour déterminer ce montant, le juge tient compte d'une liste de critères dressée par la loi . Il prend en compte notamment "la qualification et la situation professionnelle de chacun des ex-conjoints, les conséquences des choix professionnels faits par l'un des époux pendant la vie commune pour l'éducation des enfants et du temps qu'il faudra encore y consacrer ou pour favoriser la carrière de son conjoint au détriment de la sienne..."

Cette prestation compensatoire peut par exemple être demandée lorsque l'épouse participait à l'entreprise individuelle, sans avoir le statut de conjoint collaborateur. Dans cette hypothèse, il faudra évaluer « les droits à la retraite perdus » car non cotisés. Fréquemment, le conjoint cesse son activité professionnelle pour s'occuper du foyer et du côté administratif de l'entreprise individuelle de son époux.

Après le divorce cette collaboration cesse, les fruits de l'entreprise, souvent les seuls revenus du couple pendant le mariage, reviennent en intégralité à l'entrepreneur. Le conjoint se retrouve sans ressources.

Par ailleurs, il faut préciser que si l'ex-conjoint de l'entrepreneur est créancier de cette prestation, celle-ci est qualifiée de créance alimentaire. Du coup, elle sera insaisissable par les créanciers de l'entrepreneur. Ainsi si postérieurement au divorce, l'entrepreneur est soumis à une procédure collective et que la prestation compensatoire n'a pas encore été intégralement payée, l'ex-conjoint n'a pas à déclarer sa créance à la procédure. Toutefois si l'entrepreneur n'a plus de fonds pour payer ses créanciers, il est probable qu'il ne pourra pas non plus payer son ex-conjoint.

On peut conclure en disant qu'encore une fois, l'entreprise risque ici d'être mise en péril en cas de divorce. En effet, pour payer la créance due à son ex-conjoint l'exploitant sera peut-être obligé de vendre ! Sans oublier que le versement de la prestation compensatoire entraîne parfois

l'application de la fiscalité. En plus si le couple a des enfants, il faudra également verser une contribution à leur entretien et à leur éducation proportionnelle aux revenus.

C- Sort des créanciers et des dettes professionnelles

Il faut dire que partager, c'est aussi se répartir les dettes communes. Le principe est qu'en matière de communauté légale réduite aux acquêts, les dettes de la communauté sont pour moitié à la charge des époux. Il est impératif de bien liquider le passif commun lors du partage. Dans le cas contraire, l'époux seul emprunteur pourrait être poursuivi pour la totalité de la dette existante. En revanche, à compter du divorce, l'autre conjoint ne peut être poursuivi que pour la moitié de cette dette, et encore dans la limite de ce qu'il a reçu dans le partage : il s'agit du bénéfice d'émolument qui ne joue que si un inventaire avait été dressé par un notaire.

En application de l'article 1387-1 du Code civil, qui vise l'hypothèse où 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 peut décider d'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. Ainsi, une dette initialement commune peut devenir "personnelle" par l'effet du divorce.

Ce texte est cousu d'imprécisions juridiques et les débats parlementaires qui ont présidé son vote n'ont pas été très clairs selon la doctrine. Ce texte vise à permettre de décharger l'ex-conjoint de l'entrepreneur des dettes professionnelles nées au cours de la communauté et à les faire supporter exclusivement par l'entrepreneur. La question principale est de savoir si cette « décharge » est opposable aux créanciers, ou a seulement lieu entre les ex-époux, c'est-à-dire au niveau de la contribution à la dette. La doctrine est divisée mais penche plutôt vers cette seconde idée. C'est aussi en ce sens que le Tribunal de Grande Instance d'Evreux 17 Novembre 2006 (Defrénois 2008 n° 38719) a tranché, constituant ainsi l'une des premières décisions existantes.

Le conjoint recherché par un créancier ne peut pas lui opposer l'article 1387-1 du code civil pour refuser de payer. Pour que cet article fonctionne, le conjoint doit demander au juge son application lors de la procédure de divorce afin qu'il en soit tenu compte dès la liquidation-partage. Si cela n'a pas été fait, et qu'un créancier demande à être payé par l'ex-conjoint de l'entrepreneur, celui-ci devra payer puis par une nouvelle instance demander le remboursement à

son ex-conjoint entrepreneur.

Cependant il nous semble que ce recours sera illusoire, si le créancier est venu chercher l'ex-conjoint, c'est bien que l'entrepreneur n'est pas dans un état de fortune florissant...

Il convient d'étudier par ailleurs l'affectation des droits des créanciers de l'entrepreneur par la procédure de divorce, et notamment la modification de l'étendue de leur gage.

On avait vu que pour les dettes nées avant le mariage et/ou qui sont propres à l'entrepreneur, les créanciers ont pour gage, pendant la période entre le divorce et le partage : ses biens propres, les gains et salaires, ainsi que les revenus de ses biens propres. Et concernant les biens qui sont dans l'indivision post-communautaire, les créanciers ont simplement le droit de provoquer le partage.

Mais une fois le partage réalisé, le créancier peut appréhender l'ensemble du patrimoine de son débiteur.

Pour les dettes nées pendant le mariage du chef de l'entrepreneur, les créanciers peuvent, pendant la période entre le divorce et le partage, demander le paiement de l'intégralité de la dette, c'est le principe de l'article 1482 du code civil. Ils peuvent appréhender les biens propres, les gains et salaires et les revenus de biens propres. Mais ils peuvent aussi saisir les biens de l'indivision post-communautaire, c'est-à-dire les anciens biens communs. Selon les règles de l'article 815-17 du code civil, les créanciers qui pouvaient agir sur les biens communs avant la création de l'indivision, peuvent se payer sur l'actif de l'indivision.

Après le partage, les créanciers peuvent tout aussi appréhender l'ensemble du patrimoine de son débiteur, et notamment les biens qui lui ont été attribués au terme de ce partage.

Par ailleurs, si la dette contractée pendant le mariage était solidaire, elle est considérée être faite du chef des deux époux, le créancier pourra donc réclamer le paiement intégral à l'un ou l'autre, ce dernier bénéficiant ensuite d'un recours contre son ex-époux. Par contre pour les dettes non solidaires, le créancier ne pourra poursuivre l'ex-conjoint de l'entrepreneur qu'à hauteur de la moitié de la dette.

Le divorce et l'attribution de l'entreprise à l'entrepreneur n'empêchent pas l'ex-conjoint de devoir faire face aux anciens engagements financiers.

Dans la mesure du possible et pour sécuriser l'avenir de l'ex-conjoint, il faut que l'entrepreneur clôture les emprunts existants et en réalise de nouveau, uniquement à son nom ; ce qui ne peut malheureusement pas toujours se faire...

Enfin, il existe un mécanisme juridique issu de l'article 1483 alinéa 2 du code civil, dit le « bénéfice d'émolument », qui permet à l'ex-conjoint de l'entrepreneur de ne pas être poursuivi

par les créanciers pour des dettes entrées en communauté du chef de l'entrepreneur, au-delà de sa part d'émolument, c'est-à-dire de sa part dans la communauté. Si l'émolument est épuisé par les paiements qu'il a déjà réalisés, alors son obligation à la dette est déclarée éteinte.

Pour bénéficier de cette protection, une double condition de forme est requise :

- lors du divorce, un inventaire de tous les biens communs doit être dressé par notaire, dans les neuf mois de la dissolution de la communauté. Cet inventaire doit être dressé de façon contradictoire avec l'entrepreneur, ou à défaut de sa présence, il doit avoir été dûment convoqué.

- l'ex-conjoint doit produire au créancier qui le poursuit un compte reprenant à la fois le contenu chiffré de l'inventaire, la part qui lui a été échu dans le partage, et les indications du passif commun qu'il a déjà acquitté.

Tant que le partage n'est pas intervenu, le conjoint ne peut pas se prévaloir du bénéfice d'émolument face aux créanciers.

Ce mécanisme, assez lourd et très peu pratiqué, mérite pourtant d'être parfois conseillé au conjoint de l'entrepreneur car il peut permettre de limiter utilement son concours financier aux dettes de son ex-conjoint.

“On ne réussit jamais un divorce, on peut tout au mieux le réussir”, a-t-on l’habitude de dire.

Le divorce du chef d’entreprise individuelle comme celui de tout particulier doit être préparé pour ne pas dire planifié, il n’y’a rien de malsain dans cela. Il s’agit juste d’éviter une faillite personnelle du chef d’entreprise après son divorce parce qu’il n’a pas su mettre en œuvre toute la palette d’outils mise à sa disposition pour se prémunir contre les conséquences financières et fiscales du divorce. Nous l’avons vu un divorce peut contraindre le chef d’entreprise à s’endetter ou à céder son entreprise pour indemniser son conjoint.

Le premier outil pour se protéger reste un bon régime matrimonial, et pourtant beaucoup de chefs d’entreprise “subissent” le régime légal, ne pensant pas à faire établir un contrat de mariage avant leur union. Nous avons vu dès le début de nos développements que le régime de la communauté réduite aux acquêts ne convenait pas au statut du chef d’entreprise, ce n’est pas qu’il est mauvais mais il est tout simplement inadapté pour des raisons relatives à la propriété, à la gestion et à la protection de l’outil professionnel.

Et n’oublions pas que l’on peut changer au bout de deux ans d’union, de régime matrimonial.

Le deuxième outil préconisé par les praticiens est le choix de la forme sociétaire pour l’entreprise parce que celle-ci est plus adaptée au droit du divorce.

Du côté du conjoint de l’époux exploitant, certains mécanismes ont été mis en place du genre l’attribution préférentielle en jouissance et en propriété, les clauses de prélèvement entre autres.

Dans tous les cas, si une séparation se profile et qu’ aucune précaution suffisante n’ a été prise, il faut préférer un divorce par consentement mutuel car il est moins douloureux et permet de préserver les intérêts de chacun des ex-époux et ceux de l’entreprise.

Le chef d’entreprise doit donc préparer son éventuel divorce comme il préparerait sa future succession. Même si le processus de la transmission d’entreprise par voie de décès est beaucoup plus facile à mettre en œuvre en France, dans la mesure où les dirigeants sociaux ou les chefs d’entreprises peuvent se prévaloir d’ une multitude d’outils de stratégie patrimoniale et financière (plan fiscal Dutreil, mandat à effet posthume, démembrement de propriété, dissociation entre actifs immobiliers et commerciaux, création d’une SCI, pactes d’actionnaires...).

Bibliographie :

*** Articles de périodiques en ligne ou imprimés :**

- Jean Desbusquois, Protection patrimoniale du chef d'entreprise contre les risques du divorce
- H. Lecuyer, La rupture des époux associés : Gaz. Pal. 26 mars 2011, n° 85.
- G. Gil, Mécontentement conjugal et droit des sociétés : RJPF 2011, n° 1, p. 8.
- Philippe Belloir, L'indemnité d'occupation pour jouissance privative d'un immeuble dépendant de l'indivision post-communautaire : Petites affiches, 21 novembre 2000 n° 232, P. 20
- Michel Grimaldi, Indivision post-communautaire : Defrénois, 30 mars 1997 n° 6, P. 411 et Defrénois, 30 mars 1997 n° 6, P. 413
- Jean-Yves KERBOURCH, Petites affiches, 17 mai 1996 n° 60, P. 4
- Evaluation du patrimoine professionnel dans le cadre de la procédure de divorce, par Michèle Lewi : AJ Famille 2012
- Rémunération du dirigeant et régime de communauté, par Estelle Naudin : AJ Famille 2012
- Divorce et procédure collective, par Frédéric Vauvillé : AJ Famille 2012
- « Le sort du bail rural en cas de rupture du lien matrimonial », ou de la nécessité de combler un vide juridique pour préserver l'avenir de l'entreprise agricole, Benard Peignot, communication à l'occasion du XXVIème congrès de l'Association française de droit rural, Aix en Provence, 14-17 octobre 2009

*** Ouvrages imprimables :**

- États généraux du droit de la famille - M. Grimaldi
- Le guide notarial pratique de l'entrepreneur individuel 2010
- Mémento Droit commercial 2014
- L'attribution préférentielle, le bail rural et le conjoint le bien attribué doit être

évalué occupé - Jérôme Casey - Edition Paris Ed du JNA 2002

*** Travaux universitaires : thèse ou mémoire imprimés**

- L'entreprise conjugale - Anne Karm Tome 5 Collection Defrénois