



**HAL**  
open science

## Le divorce du chef d'entreprise individuelle marié sous un régime de participation aux acquêts

Camille Moretti

► **To cite this version:**

Camille Moretti. Le divorce du chef d'entreprise individuelle marié sous un régime de participation aux acquêts. Droit. 2017. dumas-01632417

**HAL Id: dumas-01632417**

**<https://dumas.ccsd.cnrs.fr/dumas-01632417>**

Submitted on 1 Feb 2018

**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 de Droit et  
Science Politique

Mémoire

Master 2 Droit des affaires – Droit des PME-PMI

Le divorce du chef d'entreprise individuelle marié sous un régime  
de participation aux acquêts

MORETTI Camille

Sous la direction de Maître Christophe Pierret

## **Sommaire**

|  |           |
|--|-----------|
| <b>SOMMAIRE</b>  | <b>2</b>  |
| <b>LISTE DES ABRÉVIATIONS</b>  | <b>2</b>  |
| <b>REMERCIEMENTS</b>   | <b>6</b>  |
| <b>INTRODUCTION</b>  | <b>8</b>  |
| <b>PARTIE I. LA SITUATION JURIDIQUE ET PATRIMONIALE DU CHEF D'ENTREPRISE<br/>EN PROCÉDURE DE DIVORCE</b>                     | <b>12</b> |
| <i>Chapitre 1. La participation aux acquêts, un régime inconciliable avec la gestion d'une entreprise<br/>individuelle ?</i> | <b>12</b> |
| Section I. La consistance du patrimoine et le pouvoir de gestion des époux   | 12        |
| Section II. L'atténuation des risques patrimoniaux du divorce du chef d'entreprise   | 34        |
| Section III. La prestation compensatoire   | 40        |
| <i>Chapitre 2. La poursuite de l'exploitation dans le cadre du divorce</i>   | <b>41</b> |
| Section I. Le sort des droits successoraux, donations, et avantages matrimoniaux   | 42        |
| Section II. La participation du conjoint à l'activité de l'entreprise  | 50        |
| <b>PARTIE II. LE DIVORCE : LES PROBLÉMATIQUES DE LA LIQUIDATION ET DU<br/>PARTAGE</b>  | <b>59</b> |
| <i>Chapitre 1. La phase de l'indivision consécutive au divorce</i>   | <b>60</b> |
| Section I. La gestion de l'indivision  | 60        |
| Section II. La vie de l'entreprise   | 62        |
| <i>Chapitre 2. La phase de liquidation du régime matrimonial</i>   | <b>65</b> |
| Section I. Le partage de l'entreprise individuelle indivise  | 65        |
| Section II. Les problématiques soulevées par le divorce  | 71        |
| <b>CONCLUSION</b>  | <b>80</b> |
| <b>TABLE DES MATIÈRES</b>  | <b>82</b> |
| <b>INDEX ALPHABÉTIQUE</b>  | <b>84</b> |
| <b>BIBLIOGRAPHIE</b>   | <b>86</b> |

## **Liste des abréviations**

|   |   |
|---|---|
| Aff.  | Affaire   |
| <i>AJ Fam.</i>  | <i>Actualité juridique famille</i>  |
| al.   | Alinéa  |
| Art.  | Article   |
| Ass. Plén.  | Assemblée plénière  |
| <i>Bull. Ass. Plén.</i><br>cassation                        | Bulletin des arrêts de l'Assemblée plénière de la Cour de cassation   |
| <i>Bull. ch. Mixte</i>                                      | Bulletin des arrêts de la chambre mixte de la Cour de cassation   |
| <i>Bull. civ.</i><br>I, II, III, IV                         | Bulletin des arrêts des chambres civiles de la Cour de cassation  |
| Cass. civ.<br>2 <sup>ème</sup> civ., 3 <sup>ème</sup> civ.) | Arrêt d'une chambre civile de la Cour de cassation (1 <sup>ère</sup> civ.,<br>2 <sup>ème</sup> civ., 3 <sup>ème</sup> civ.) |
| Cass. com.  | Arrêt de la chambre commerciale de la Cour de cassation   |
| Cass. crim.   | Arrêt de la Chambre criminelle de la Cour de cassation  |
| Cass. req.  | Arrêt de la chambre des requêtes de la Cour de cassation  |
| Ch. mixte   | Chambre mixte de la Cour de cassation   |
| C. civ.   | Code civil  |
| C. com.   | Code de commerce  |

Le divorce du chef d'entreprise individuelle marié sous un régime de participation aux  
acquêts

---

Camille Moretti

|                  |  |
|------------------|--|
| CCH              | Code de la construction et de l'habitation           |
| C. conso.        | Code de la consommation                              |
| C. mon. fin.     | Code monétaire et financier                          |
| CPC              | Code de procédure civile                             |
| C. trav.         | Code du travail                                      |
| CJCE             | Cour de Justice des Communautés Européennes          |
| CJUE             | Cour de Justice de l'Union Européenne                |
| Cons. Const.     | Conseil Constitutionnel                              |
| éd.              | Edition  |
| <i>Gaz. Pal.</i> | <i>Gazette du palais</i>                             |
| JCP              | Juris-Classeur périodique                            |
| <i>JCP E</i>     | <i>Juris-Classeur périodique, édition Entreprise</i> |
| <i>JCP G</i>     | <i>Juris-Classeur périodique, édition Générale</i>   |
| <i>JCP N</i>     | <i>Juris-Classeur périodique, édition Notariale</i>  |
| L.               | Loi  |
| <i>LPA</i>       | <i>Les Petites Affiches</i>                          |
| n°               | Numéro   |
| ord.             | Ordonnance   |
| <i>RDC</i>       | <i>Revue des contrats</i>                            |

|                 |  |
|-----------------|--|
| <i>RTD civ.</i> | <i>Revue trimestrielle de droit civil</i>      |
| <i>RTD com.</i> | <i>Revue trimestrielle de droit commercial</i> |
| t.              | Tome   |
| v.              | Voir   |
| v. infra (XXX)  | Voir avant (avec indications)                  |
| vol.            | Volume   |
| v. supra (XXX)  | Voir après (avec indications)                  |

## **Remerciements**

Je tiens à remercier le corps professoral pour la qualité des enseignements, et notamment M. Brocard, responsable du Master 2 Droit des affaires.

Plus particulièrement, je tiens à remercier Maître Christophe Pierret. Son aide a été précieuse pour la réalisation de ce mémoire.

Merci à mes camarades de promotion du Master 2, pour leur soutien et leur bonne humeur.

Je tiens également à remercier ma famille, pour son constant soutien, en particulier ma mère.

Une pensée enfin pour Chouquette, Missie, Hook, Vito, et Chapel (qui se reconnaîtront).

« La volonté est réputée pour le fait. »

Antoine Loysel, *Institutes coutumières*

« Savoir véritablement, c'est savoir par les causes. »

Jean d'Ormesson, *Qu'ai-je donc fait*

## **Introduction**

1. « Il est étonnant de remarquer que le Titre V « Du contrat de mariage et des régimes matrimoniaux » trouve sa place au sein du Livre III « Des différentes manières dont on acquiert la propriété » »<sup>1</sup>. Toutefois, « Cette place des textes, dont l'explication est historique, conserve certaines de ses justifications, au moins en ce que, gouvernant les conséquences d'ordre pécuniaire entre les époux et à l'égard des tiers, ils s'articulent comme un droit spécial des biens »<sup>2</sup>. De la même manière, il serait possible de penser que les effets du divorce pourraient faire partie d'un autre Livre, « Des différentes manières dont on perd la propriété », qui serait son pendant.

2. Ce mémoire porte sur le divorce du chef d'entreprise individuelle marié sous le régime de la participation aux acquêts. Avant de poursuivre, il convient de définir ce régime, mais également de cerner les notions de divorce et d'entreprise individuelle. S'agissant du divorce, il s'agit d'une procédure complexe régie par le Titre VI du Livre Ier du Code civil. Aux termes de l'article 299 du Code civil, il en existe 4 types : le divorce par consentement mutuel, le divorce par acceptation du principe de la rupture du mariage, le divorce pour altération définitive du lien conjugal, et le divorce pour faute. Le divorce emporte plusieurs conséquences, juridiques, patrimoniales, et fiscales, mais sa caractéristique principale est qu'il s'agit d'une cause de liquidation du régime matrimonial.

3. La participation aux acquêts est un régime matrimonial qui peut être adopté par contrat de mariage (il s'agit d'un régime légal dans certains pays, comme l'Allemagne). Le droit français connaît, schématiquement, deux types de régimes matrimoniaux : les régimes « *communautaires* » (comme la communauté légale, qui ont pour caractéristique de comprendre des biens communs), et des régimes « *séparatistes* » (comme la séparation de biens, qui ont pour caractéristique de n'avoir que des biens personnels). Leurs noms schématisent l'idée sous-jacente. La participation aux acquêts est souvent qualifiée de régime

---

<sup>1</sup> MALAURIE Philippe, AYNES Laurent, *Droit des régimes matrimoniaux*, Lextenso Editions, 5ème édition, LGDJ, p.27

<sup>2</sup> REVEL Janine, *Les régimes matrimoniaux*, Cours Daloloz, Série droit privé, 8ème édition, Dalloz, p.1

« *hybride* »<sup>3</sup>, puisqu'il se situe à mi-chemin entre ces deux grandes familles. Il a même été question de l'élever au rang de régime légal<sup>4</sup> (même si des débats ont porté sur le régime légal le mieux adapté<sup>5</sup>)... Concrètement, pendant le mariage, il fonctionne comme un régime de séparation de biens (chaque époux est propriétaire de ses biens personnels, et les gère en toute indépendance), mais, à la liquidation, un esprit communautaire apparaît avec la créance de participation (liquidation en valeur, qui a le même effet que dans le cadre d'un régime communautaire). Ce régime a rencontré peu de succès en pratique<sup>6</sup>, notamment en raison d'inconvénients : « *trompeuse indépendance pendant son cours, en raison des règles protectrices de la future créance de participation ; complexité après la dissolution : la liquidation comptable exacte (...) supposerait que les époux aient tenu (...) une comptabilité minutieuse* »<sup>7</sup>.

4. Le législateur manie parfois des concepts sans en avoir donné une définition. Tel est le cas de l'entreprise, qui est appréhendée différemment selon les matières (notamment par le prisme du droit du travail ou du droit commercial), mais qui n'est pas définie clairement. Ainsi, l'entreprise correspond à une réalité économique, mais est souvent appréhendée par ses composants : le fonds de commerce, les salariés... Toutefois, la doctrine a proposé une définition<sup>8</sup> : l'entreprise regroupe un ensemble de biens et de personnes pour réaliser une activité économique. Il existe plusieurs formes de sociétés pour une entreprise : Société par Actions (S.A.), Société Civile Professionnelle (S.C.P.), Société à Responsabilité Limitée (.A.R.L.) par exemple. Plus particulièrement, l'entreprise individuelle est dépourvue de personnalité juridique. Elle ne correspond donc pas à une forme de société classique (au sens

---

<sup>3</sup> CABRILLAC Rémy, *Droit des régimes matrimoniaux*, Montchrestien, Collection Domat droit privé, 7ème édition Lextenso Editions ; MALAURIE Philippe, AYNES Laurent, *Droit des régimes matrimoniaux*, Lextenso Editions, 5ème édition, LGDJ ; PIEDELIEVRE Stéphane, *Les régimes matrimoniaux*, Larcier, 2016 ; REVEL Janine, *Les régimes matrimoniaux*, Cours Daloloz, Série droit privé, 8ème édition, Dalloz ; TERRE François, SIMLER Philippe, *Droit civil : les régimes matrimoniaux*, Précis Dalloz, Série droit privé, 7ème édition, Dalloz ; PILLEBOUT Jean-François, *La participation aux acquêts, formules commentées de contrat de mariage*, Pratique notariale, LexisNexis, 3ème édition, 2014 ; MOREL Antoine, *L'Entrepreneur et le régime de la participation aux acquêts*, 1994

<sup>4</sup> *Travaux de la commission de révision du Code civil*, 1949-1950, p.323 et s.

<sup>5</sup> Loi n° 65-570 du 13 juillet 1965 portant réforme des régimes matrimoniaux, disponible en version numérique : <https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=LEGITEXT000006068258> ; récemment, proposition de loi enregistrée à la Présidence de l'Assemblée nationale le 21 janvier 2015 : <http://www.assemblee-nationale.fr/14/propositions/pion2519.asp>

<sup>6</sup> VIRFOLET J.-L., *Le régime de la participation aux acquêts, les difficultés de liquidation à travers trois thèmes d'examen*, JCP N, 1987 ; I, p.371

<sup>7</sup> MALAURIE Philippe, AYNES Laurent, *Droit des régimes matrimoniaux*, Lextenso Editions, 5ème édition, LGDJ, p.338

<sup>8</sup> V. notamment LAMARCHE Thierry, *La notion d'entreprise*, RTD com. 2006, p.709

d'une S.A. par exemple). Comme le résume un site officiel : « *En 2014, 70 % des créateurs d'entreprise ont choisi d'exercer leur activité en entreprise individuelle dont 51 % sous le régime de l'auto-entrepreneur (micro-entrepreneur à compter du 1er janvier 2016). Cette forme juridique est à conseiller lorsque les risques de l'activité sont peu importants et les investissements limités* »<sup>9</sup>. Ce régime semble adapté pour ces activités qui demandent peu d'investissements, mais surtout il a l'avantage de ne pas être lourd de démarches administratives, contrairement à la formation de sociétés.

5. Toutefois, ce régime montre rapidement ses limites. En vertu de la théorie de l'unicité du patrimoine d'Aubry et Rau, chaque personne a un patrimoine, mais un seul. Des problèmes surviennent rapidement en ce qui concerne tant la transmission que la limitation des risques (même si le législateur a apporté des tempéraments à cette théorie, avec notamment le patrimoine d'affectation). Le divorce peut donc emporter des conséquences importantes puisque l'entreprise n'est pas distincte du chef d'entreprise, et peut alors être « *coupée* » en deux. L'organisation aussi trouve des limites, surtout si l'entreprise se développe, mais aussi en ce qui concerne les dettes dont le chef d'entreprise sera tenu (sur ses biens personnels). Ce dernier faisant « *un* » avec son entreprise, il ne s'agit pas d'un salarié, et le droit fiscal est moins intéressant que sous forme sociétaire, avec beaucoup moins de déductions possibles. Ainsi, la forme sociétaire permet de tempérer les ardeurs du droit fiscal, mais également les effets des régimes matrimoniaux, puisque l'entreprise sera déconnectée de la personne du chef d'entreprise.

6. Le chef d'entreprise est un véritable « *homme orchestre* », l'entreprise se confondant avec lui. Or, le divorce emporte des conséquences importantes, tant pour la personne que pour son patrimoine. De plus, la participation aux acquêts, à la dissolution, a des effets en valeur semblables à ce qu'aurait produit un régime de communauté. La créance de participation, par cet aspect communautaire, peut mettre l'entreprise en péril pour son recouvrement : quid si l'entreprise représente 80% de la valeur du patrimoine du chef d'entreprise ? Un autre risque est lié à l'entreprise soumise au régime de l'indivision. En effet, si la participation aux acquêts ne connaît que des biens personnels (il n'y a pas de biens communs), les époux peuvent acquérir des biens en indivision. Le partage est alors un autre danger pour l'entreprise, qui est véritablement tiraillée entre deux personnes. Le sort de l'entreprise individuelle, mais aussi, et

---

<sup>9</sup> <https://www.afecreation.fr/pid1628/1-entreprise-individuelle.html>

plus largement, du patrimoine du chef d'entreprise dépend du régime matrimonial au moment du divorce. Ce régime, bien que séduisant par son aspect hybride, est compliqué à mettre en œuvre pour des raisons déjà évoquées.

7. Toutefois, le divorce est une situation « *multidimensionnelle* », en ce sens qu'elle emporte des conséquences non seulement pour chaque époux, mais encore sur le plan patrimonial et personnel. Il est impossible d'étudier la divorce du chef d'entreprise sans aborder d'autres problématiques connexes mais essentielles que sont le sort du conjoint, le sort de l'entreprise, le sort de certaines clauses insérées dans le contrat de mariage, le sort des biens indivis, les conséquences fiscales, etc. D'ailleurs, mal mené, le divorce d'un chef d'entreprise individuelle peut avoir des conséquences aussi graves qu'une procédure collective (et notamment la liquidation judiciaire). C'est à ce titre qu'à été inventée l'expression « *effet 3D* » (Divorce, Dépôt de bilan, Dépression)...

8. Au vu de ces enjeux, il est intéressant d'étudier les effets du divorce pour le chef d'entreprise. En ce sens, quelles sont les conséquences du divorce du chef d'entreprise individuelle marié sous un régime de participation aux acquêts ?

9. Le divorce est une procédure complexe, tant sur un plan moral que matériel. Toutefois, afin d'étudier le divorce du chef d'entreprise, il est possible de l'analyser en deux temps. Dans un premier temps, apparaît une phase préalable à la liquidation judiciaire (**Partie I**) qui consiste en une « *photographie* » de la situation juridique et patrimoniale du chef d'entreprise. C'est à ce moment que plusieurs questions seront posées : quels sont les droits du conjoint ? Comment sont gérés les biens ? Puis, dans un second temps, apparaît une phase de liquidation (**Partie II**), consistant cette fois en la rupture du lien matrimonial et l'analyse des problématiques de la liquidation et du partage, c'est-à-dire des conséquences juridiques et patrimoniales du divorce pour le chef d'entreprise. Il conviendra alors d'apporter des éléments de réponse à d'autres problématiques : quand le régime matrimonial est-il liquidé ? Comment est calculée la créance de participation ? Quel sort est réservé aux biens indivis ?

## **Partie I. La situation juridique et patrimoniale du chef d'entreprise en procédure de divorce**

10. Comme évoqué en introduction, dans un premier temps apparaît une phase préalable à la liquidation judiciaire, qui consiste en une « *photographie* » de la situation juridique et patrimoniale du chef d'entreprise. Avant de s'intéresser à l'entreprise, à travers l'étude de la poursuite de son exploitation dans le cadre du divorce (*Chapitre 2*), il convient de poser le cadre général (*Chapitre 1*), en se demandant si ce régime matrimonial est compatible avec la situation du chef d'entreprise.

### ***Chapitre 1. La participation aux acquêts, un régime inconciliable avec la gestion d'une entreprise individuelle ?***

11. Pour pouvoir apporter des éléments de réponse à cette question, il convient d'étudier plusieurs sujets. Tout d'abord, la consistance du patrimoine et le pouvoir de gestion des époux (Section I) sera abordé afin de situer le cadre général de la problématique. Ensuite, des solutions peuvent être apportées, à travers l'atténuation des risques patrimoniaux du divorce pour le chef d'entreprise (Section II). Enfin, le cas particulier de la prestation compensatoire (Section III) doit être évoqué.

#### **Section I. La consistance du patrimoine et le pouvoir de gestion des époux**

12. Afin de fixer un cadre général au divorce du chef d'entreprise marié sous un régime de participation aux acquêts, il convient d'étudier ce régime. Ainsi, pour cerner la consistance du patrimoine et le pouvoir de gestion des époux, plusieurs sujets doivent être abordés : la situation juridique des biens, puis celle des époux.

### 1) La situation des biens

13. Comment sont composés les patrimoines, et comment sont-ils gérés ? Le Code civil contient des règles, précisées par la jurisprudence, tant en ce qui concerne la propriété des biens que leur gestion.

#### A) La propriété des biens

14. L'article 1569 du Code civil dispose que « Quand les époux ont déclaré se marier sous le régime de la participation aux acquêts, chacun d'eux conserve l'administration, la jouissance et la libre disposition de ses biens personnels, sans distinguer entre ceux qui lui appartenaient au jour du mariage ou lui sont advenus depuis par succession ou libéralité et ceux qu'il a acquis pendant le mariage à titre onéreux. Pendant la durée du mariage, ce régime fonctionne comme si les époux étaient mariés sous le régime de la séparation de biens. ». Autrement dit, plusieurs masses de biens coexistent, ce qui emportera des conséquences tant en ce qui concerne le passif que l'actif.

##### a) L'absence de biens communs

15. Ce régime fonctionne comme une séparation de biens pendant le mariage. Comme le précise l'article 1536, relatif à ce régime de séparation de biens, les époux gèrent chacun leurs biens personnels. Ainsi, plusieurs masses de biens coexistent, mais les biens communs n'existent pas. Il s'agit d'ailleurs d'une caractéristique des régimes séparatistes.

##### b) Les biens indivis

16. Par ce régime, les indivisaires ont les mêmes droits sur le même bien. L'indivision n'est pas forcément exclue en présence d'un régime séparatiste. En ce sens, il est toujours possible de se soumettre conventionnellement à l'indivision, comme les articles 1873-1 à 1873-18 du Code civil le soulignent. Les époux peuvent décider d'acquérir un bien en indivision, et peuvent prévoir une convention d'indivision. Dans le cas de l'entreprise individuelle soumise au régime de l'indivision, une nuance doit être soulignée ici : c'est lors du partage de ce bien que les époux pourront récupérer une part (ce qui ramène à une sorte d'esprit communautaire), alors que si l'entreprise est un bien personnel, alors c'est éventuellement une créance dont disposera l'un des époux (selon la détermination de la

créance de participation, qui sera abordée dans le paragraphe relatif à la liquidation du régime).

c) Les biens personnels

17. Se pose ici une question légitime : de quoi sont composés les biens personnels ? En effet, en matière de participation aux acquêts, les biens indivis le sont par la volonté des personnes (acquisition commune, un acte le prévoit...), et les biens communs n'existent pas, ce qui laisse donc les biens personnels. Le même article 1569 apporte des précisions intéressantes, à condition de bien le (re)lire : « *chacun d'eux conserve l'administration, la jouissance et la libre disposition de ses biens personnels, sans distinguer entre ceux qui lui appartenaient au jour du mariage ou lui sont advenus depuis par succession ou libéralité et ceux qu'il a acquis pendant le mariage à titre onéreux* », puis renvoie à la séparation de biens pour la durée du mariage.

18. Tout au long du mariage, le principe est celui de la séparation, il faut donc appliquer le corps de règles issu de ce régime. Cette phase séparatiste est prévue par l'article 1569 du Code civil. Logiquement, sont des biens personnels pour un époux les biens qu'il a acquis avant le mariage, mais il faut ajouter (en référence à la séparation de biens, régie par les articles 1536 et suivants du même Code) ceux qu'il a acquis après le mariage (peu important qu'ils soient acquis par donation, succession, vente...).

19. Ces précisions appellent deux exemples pour illustrer la propriété des biens. Premier exemple : M. X, dans le cadre d'une participation aux acquêts, a acheté une voiture pendant le mariage. A qui appartient ce bien ? Cette voiture est le bien personnel de M.X. Second exemple : Mme. Z a hérité d'une maison pendant son mariage (toujours sous le même régime). Là encore, c'est le bien personnel de Mme. Z.

20. Une fois la propriété des biens établie, il convient d'étudier la gestion de ces biens, qui est une conséquence de cette qualification.

## B) La gestion des biens

21. Que peut faire un époux sur des biens ? Concrètement, tout dépend de la nature du bien (s'il s'agit de son bien personnel ou non...). De plus, un principe existe, souffrant néanmoins d'exceptions. Toutefois, en raison des règles qui seront abordées, ce régime

matrimonial, même s'il fonctionne comme un régime de séparation de biens pendant le mariage, n'est pas adapté à la situation d'un chef d'entreprise.

a) Le principe : une gestion indépendante

22. C'est le corollaire de la séparation des patrimoines étudiée juste avant. Ainsi, chaque époux est pleinement indépendant pour la gestion de ce patrimoine. Ils peuvent alors en disposer, administrer, prendre un acte conservatoire... Sans devoir obtenir l'autorisation du conjoint. Néanmoins, même s'il s'agit d'un principe, des exceptions existent.

b) L'exception : la protection de la créance de participation

23. Des exceptions existent, que sont le régime primaire (notamment pour la résidence familiale), l'indivision, et éventuellement l'ingérence (avec le cas du mandat donné au conjoint). Hors ces exceptions propres à certaines matières, et pour la plupart relevant de la volonté des époux, une exception mérite d'être remarquée : la protection de la créance de participation. Pour en revenir aux régimes matrimoniaux, la participation aux acquêts est une sorte de régime hybride qui fonctionne comme une séparation de biens pendant le mariage, puis comme un régime de communauté à la dissolution. Chaque époux a alors le droit de participer à l'enrichissement de l'autre : schématiquement, le plus enrichi des deux devra partager avec son conjoint. Or, pour permettre à cet esprit communautaire d'exister, il va falloir protéger cette créance de participation. Le risque, dans ce cadre, est qu'un époux ne s'appauvrisse volontairement, ou que ses actes ne portent atteinte à ce partage de l'enrichissement.

24. Quels mécanismes existent pour protéger la créance de participation ? Le Code civil en prévoit plusieurs.

*1° L'interdiction, pour les époux, de céder le droit de participer aux acquêts à un tiers*

25. En premier lieu, les époux ne peuvent pas céder leur droit de participer aux acquêts à tiers (article 1469 du Code civil). Il s'agit clairement, à travers cet article, d'éviter qu'un tiers

ne s'immisce dans les relations entre époux. Ce moyen peut être mis en œuvre à n'importe quel moment pendant le mariage.

### *2° La liquidation anticipée du régime*

26. En second lieu, chaque époux peut demander la liquidation anticipée du régime lorsqu'il constate que son conjoint a une conduite de nature à porter atteinte à cet enrichissement (article 1580). Cet article semble d'ailleurs être le miroir de la séparation judiciaire de biens. Comme le précédent, ce mécanisme peut être utilisé pendant le mariage.

### *3° La réunion fictive*

27. Ce mécanisme spécifique est issu du droit des libéralités et successions, à l'article 1573 du Code civil. Il peut être mis en œuvre lors de la dissolution, mais peut emporter des conséquences sur le fonctionnement du régime matrimonial. D'ailleurs, le consentement du conjoint permet d'éviter des remises en cause lors de la liquidation du régime matrimonial.

28. Quel est ce mécanisme ? Il s'agit d'un calcul comptable de tous les biens présents, et ceux sortis du patrimoine, mais pas de façon « *légal* ». En effet, la disposition de certains biens a porté atteinte aux intérêts du conjoint, il s'agit alors d'étudier la façon dont sont sortis certains biens. Par exemple, un époux a réalisé une donation. La valeur de cette donation sera prise en compte et rajoutée avec celle des autres biens composant son patrimoine.

29. Après avoir expliqué ce mécanisme, le problème de la délimitation de son champ d'application se pose. Quels actes sont concernés par la réunion fictive de l'article 1573 du Code civil ? Il s'agit de tous les biens donnés à titre gratuit sans le consentement du conjoint, mais aussi ceux qui ont été disposés à titre onéreux, mais dont l'acte a été fait en fraude des droits du conjoint.

30. Ces propos appellent un exemple afin de comprendre l'application de ce mécanisme. M.X et Mme. X sont mariés sous le régime de la participation aux acquêts. M. X hérite d'une maison, dont la valeur passe de 200.000€ (au jour de l'acquisition) à 600.000€ (lors de la donation à sa fille). L'enrichissement est alors de 400.000€. M. X donne donc ce bien à sa fille, qui n'est pas un enfant commun (soit transmission à titre gratuit). Lors de la liquidation

du régime matrimonial, Mme. X pourra invoquer l'article 1573 du Code civil afin de prendre en compte la valeur de cette maison dans le patrimoine de M. X.

31. Néanmoins, il convient de remarquer que ce mécanisme de réunion fictive ne remet pas les droits du tiers en cause. Pour reprendre l'exemple ci-dessus, la fille ne sera pas privée de la propriété de la maison. En d'autres termes, il n'y a pas d'atteinte aux droits des tiers. En lien avec le droit des libéralités et successions, les héritiers réservataires ont des droits sur la succession qui s'expriment en valeur (en cas d'atteinte à la réserve héréditaire, ils ne peuvent pas réclamer les biens, mais seulement des valeurs). La logique est la même ici, en prenant en compte la valeur des biens, et non pas les biens dans leur matérialité.

*4° La poursuite, par l'époux créancier, sur les biens existants et les aliénations faites par son conjoint*

32. Selon l'article 1577 du Code civil, un époux créancier peut poursuivre sur les biens existants et les aliénations faites par son conjoint. Tout comme pour la réunion fictive, ce mécanisme peut être mis en œuvre lors de la dissolution, mais peut emporter des conséquences sur le fonctionnement du régime matrimonial. De même, le consentement du conjoint permet là encore d'éviter des remises en cause lors de la liquidation du régime matrimonial.

33. Pour reprendre ce qui a été abordé plus haut, lors de la liquidation du régime, chaque époux a le droit à la moitié de l'enrichissement de l'autre. Il est possible que, malgré l'enrichissement de l'un ou de l'autre, que l'époux le plus enrichi ne puisse pas couvrir la créance de participation. Ce peut être le cas pour un chef d'entreprise, à fortiori s'agissant d'une entreprise individuelle, qui peut ne pas avoir les fonds dans l'immédiat. L'entreprise peut représenter une certaine valeur, mais à moins de la vendre dans l'immédiat, ou ses parts, débloquer des fonds prend un certain temps.

34. Le conjoint peut ainsi ne pas avoir assez de biens pour payer la créance. Dans ce cadre, l'époux créancier pourra poursuivre le remboursement de la créance sur les biens du conjoint débiteur, mais également sur les biens donnés ou aliénés en fraude de ses droits. Ce mécanisme de l'article 1577 du Code civil vise ainsi le recouvrement de la créance, faisant

que la mise en œuvre porte atteinte aux droits des tiers (qui sont visés par cette action à travers les biens donnés ou aliénés).

### c) L'indivision

35. Comme évoqué précédemment, des biens peuvent être indivis. Il faudra alors appliquer les règles propres à l'indivision, issues du Code civil. Toutefois, il est possible de prévoir qu'une convention d'indivision contienne d'autres règles, telle la durée ou l'administration (art. 1873-1 à 1873-18). Une telle convention suppose ainsi d'obtenir l'unanimité des indivisaires.. L'indivision, selon le, professeur Malaurie<sup>10</sup>, est « *le concours de plusieurs droits de même nature sur un même bien, sans qu'il y ait division matérielle des parts (...). Cet état (...) ne confère pas la personnalité morale* ». Sans prétendre à l'exhaustivité, les principales règles intéressant le sujet de ce mémoire seront abordées.

#### *1° La jouissance*

36. A la lecture de l'article 815-19 al. 1 du Code civil, chaque indivisaire a le droit d'user personnellement de la chose. Toutefois, ce droit donne lieu à un règlement de comptes (qui sera abordé dans la seconde partie de ce mémoire), et l'indivisaire doit respecter le droit des autres, et la destination de la chose.

#### *2° Les actes de disposition*

37. La règle traditionnelle est l'unanimité s'agissant des actes de disposition, même si des tempéraments existent (autorisation judiciaire, etc., abordés juste après). Cette unanimité vise les décisions qui ne ressortent pas de l'exploitation normale des biens et les actes de disposition : tel est le cas de la vente d'un immeuble, l'hypothèque...

#### *3° Les actes d'administration*

38. Il suppose la majorité des 2/3 des droits indivis (art. 815-3). Tel est le cas, par exemple, de la conclusion ou renouvellement d'un contrat d'assurance de biens ou de

---

<sup>10</sup> MALAURIE P., AYNES L., *Les biens*, LGDJ, extenso Editions, 6<sup>ème</sup> édition, p. 225

responsabilité civile, ou de la mainlevée d'une inscription d'hypothèque en contrepartie de paiement.

#### *4° Les baux*

39. Le bail, essentiel en matière économique (puisque toutes les entreprises, et à fortiori les chefs d'entreprise, ne sont pas propriétaires de leurs locaux), d'un immeuble indivis à usage commercial, artisanal, ou agricole, est soumis aux mêmes règles que les actes de disposition (unanimité des indivisaires). La règle s'applique également à son renouvellement.

#### *5° Le mandat*

40. Les indivisaires peuvent donner à l'un d'eux un mandat général d'administration (art. 815-3), mais à la volonté des 2/3 des droits indivis. Un mandat spécial pour un acte de disposition, au contraire, impose l'unanimité.

#### *6° Les mesures conservatoires*

41. A la lecture de l'article 815-2 du Code civil, un indivisaire peut prendre seul des « *mesures nécessaires à la conservation des biens indivis* », que ce soit en utilisant son propre patrimoine, ou en obligeant les autres indivisaires à supporter els dépenses. Il peut s'agir d'actes ou d'actions en justice conservatoires par exemple.

#### *7° Les mesures de crise*

42. Il s'agit là de « *Trois sacrés numéros* »<sup>11</sup> : 815-4, 815-5 et 815-6, tous issus du Code civil. Ils visent respectivement la représentation et l'autorisation judiciaire (si un indivisaire est hors d'état de manifester sa volonté), l'autorisation judiciaire (si le refus d'un indivisaire met en péril l'intérêt commun), et l'urgence (interdire, imposer, ou autoriser toute mesure urgente nécessaire pour l'intérêt commun par le président du tribunal). Ces articles se rapprochent des régimes matrimoniaux, avec l'article 219 du Code civil par exemple.

#### *8° Les avances en capital*

---

<sup>11</sup> V. infra

43. Cette notion est essentielle s'agissant d'une entreprise. Selon le professeur Malaurie<sup>12</sup>, « *Les indivisaires peuvent consentir à l'un d'eux un e avance en capital, constituant, selon leur volonté, soit un partage partiel, soit un acompte, soit un prêt (produisant ou non intérêt), en argent (avec ou sans réévaluation) ou en nature* ». L'article 815-11 al. 4 prévoit d'ailleurs que, faute d'entente entre les indivisaires, le juge peut accorder à l'un d'eux cette avance s'il existe des fonds disponibles, et si l'indivisaire en a besoin<sup>13</sup>. Toutefois, la Cour de cassation a refusé d'y voir un partage partiel (avec en conséquence un aperçu liquidatif, et, lors du partage, une réévaluation de la dette au titre de l'égalité entre indivisaires)<sup>14</sup>.

## 2) La situation des époux

44. Après avoir fixé le cadre général par les précédentes remarques sur la situation des biens, il convient d'aborder la situation des époux, tant au regard du passif que de la liquidation du régime. En effet, l'actif faisant référence au patrimoine des époux et à sa composition, cet aspect a déjà été traité précédemment.

45. A titre de rappel, chaque époux voit son patrimoine divisé en deux masses de biens : d'une part, le patrimoine originaire qui comprend tous les biens qui auraient été considérés comme des biens propres en régime de communauté (soit les biens qui existaient avant le mariage et mentionnés dans le contrat, ainsi que tous les biens acquis pendant le mariage), et, d'autre part, le patrimoine final, qui est composé de tous les biens existant au jour de la liquidation du régime matrimonial (avec notamment les biens du patrimoine originaire qui existent encore).

### A) Le passif

46. Comment est traité le passif dans le régime de participation aux acquêts ? Quelles en sont les conséquences pour les époux ? Le Code civil prévoit des règles concernant le passif, à l'article 1569. Cet article précise que plusieurs masses de biens coexistent, ce qui emportera des conséquences tant en ce qui concerne le passif que l'actif (qui a été abordé à travers la situation des biens). Tout comme un patrimoine originaire et un patrimoine final existent (qui seront étudiés avec la liquidation du régime), le passif originaire et le passif final seront

---

<sup>12</sup> V. infra

<sup>13</sup> Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 20 Juin 2006, n°05-14.281, B

<sup>14</sup> Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 1<sup>er</sup> Mars 1988, n°86-13.374, B

abordés. Toutefois, le régime primaire impératif mérite d'être mentionné avant d'étudier ces deux aspects, puisqu'il trouve à s'appliquer, même en présence d'un régime matrimonial conventionnel, et qu'il contient des règles importantes en matière de passif.

a) Les règles issues du régime primaire impératif

47. Ce régime primaire impératif s'applique à tous les régimes matrimoniaux, même conventionnels (d'où son intitulé). En ce qui concerne le passif, il prévoit des règles gouvernant la contribution aux charges du ménage (qui régit les relations entre les époux), mais aussi la solidarité des époux pour les dettes ménagères (qui régit les relations entre les époux et les tiers, notamment les créanciers).

*1° La contribution aux charges du ménage*

48. L'obligation de contribution aux charges du ménage est prévue à l'article 214 du Code civil. Cette obligation est bilatérale, les deux époux y sont mutuellement soumis. La contribution est due dans tous les cas, que le conjoint soit ou non dans le besoin. Un arrêt Dame Le Plénier du 23 Juin 1970<sup>15</sup> l'a rappelé, chacun des époux est tenu de contribuer aux charges du ménage selon ses facultés, même si le conjoint n'est pas dans le besoin. Elle s'applique dès que le couple est marié, même s'ils sont séparés de fait, ou en instance de divorce. D'ailleurs, la règle « *aliments n'arréragent pas* » ne va pas s'appliquer pour la contribution à la dette, mais pour le devoir de secours (lorsqu'une obligation alimentaire est due, le montant devra être calculé à partir du jour où la demande est formulée).

49. Pour que cette obligation s'applique, il faut qu'existe un mariage entre les deux personnes. Il importe peu ensuite qu'il y ait séparation de fait ou instance de divorce. En effet, l'obligation repose sur un mariage et non pas sur une communauté de vie<sup>16</sup>. Toutefois, les juges peuvent tenir compte des circonstances de la séparation pour aménager cette obligation pécuniaire (abandon domicile par exemple, avec enfants...). Ainsi, si la communauté de vie n'est pas une obligation, l'époux détenu devra contribuer aux charges du mariage<sup>17</sup>.

50. Le montant de cette contribution peut être déterminé de trois manières. Le premier mode de détermination du montant est le règlement par convention, prévu par l'article 214 du

---

<sup>15</sup> Civ. 1, 23 Juin 1970, n°68-13.491

<sup>16</sup> Civ. 1, 6 Janvier 1981, n°79.14-105

<sup>17</sup> CA Aix-en-Provence, 7 Juin 2005 : Juris-Data n° 2005-278085

Code civil. Si ce montant est déterminé par une convention, qui est régie par le principe de liberté contractuelle, alors les époux pourraient introduire une inégalité, mais il n'y a pas suffisamment de jurisprudence en la matière. Toutefois, le juge a vérifié que l'objectif d'égalité de niveau de vie a été respecté<sup>18</sup>. Le mode le plus courant est la contribution proportionnelle aux capacités des époux. Les époux, naturellement, vont contribuer aux charges du ménage dans la vie courante. L'autre mode d'exécution possible est la détermination judiciaire, en cas de conflit, ou de mésentente. Dans ce cas, le juge va déterminer lui-même le montant de la contribution, en prenant en compte les revenus de chacun, et effectuer un calcul proportionnel. En revanche, le juge peut s'appuyer sur des éléments pour sanctionner l'un des époux. Il va procéder à une appréciation globale du revenu des époux, donc va rechercher les ressources réelles et potentielles des époux<sup>19</sup>.

51. Enfin, le règlement peut se faire classiquement, en numéraire, comme sur un compte commun, par participation directe... L'exécution en nature est également possible : un époux possède un logement, et va héberger sa famille par exemple. L'exécution en industrie est possible aussi : un époux reste au foyer par exemple.

### *2° La solidarité des époux pour les dettes ménagères*

52. Cette solidarité ne concerne que les dettes qui ont pour objet l'entretien direct du ménage. Un créancier peut demander le paiement de tout ou partie de la dette au débiteur qui a contracté avec lui, ou avec une autre personne tenue solidairement<sup>20</sup>. Dès le moment où la dette est qualifiée de ménagère, alors il y a solidarité entre époux. Il ne s'agit absolument pas d'un mécanisme permettant aux époux d'obtenir quelque chose l'un de l'autre. La contribution ne concerne que les époux entre eux, alors que la solidarité ne concerne que le rapport entre les époux d'un côté, et les tiers de l'autre. L'article 220 du Code civil régit la solidarité.

53. La dette ménagère comprend toutes les dépenses liées à la vie du couple, de la famille, aux besoins quotidiens et périodiques du ménage. Schématiquement, ce sont des dépenses de consommation, liées soit à l'entretien du ménage, ou soit à l'éducation des enfants. Ainsi, il importe peu que ces dettes soient liées à l'entretien actuel ou futur du ménage (assurances retraite, maladie...). En revanche, ce qui va avoir un caractère professionnel est exclu, même

---

<sup>18</sup> Civ. 1, 15 Mai 2013, n°11-26.933

<sup>19</sup> Civ. 1, 27 Octobre 1992, n°91-12.793

<sup>20</sup> Civ. 1, 17 Juin 2003, n°01-10.866

si cette dépense professionnelle présente un intérêt direct pour le ménage (comme un détournement de fonds dans l'activité professionnelle dans l'intérêt du ménage<sup>21</sup>).

54. Le sort d'autres dépenses plus spécifiques ont posé problème. En principe, les emprunts devraient être exclus de la solidarité, car seul de l'argent est obtenu. Or, l'argent sert à l'entretien du ménage, ce qui n'est pas totalement neutre. La jurisprudence est intervenue, se rangeant derrière cette seconde position en admettant que l'emprunt pouvait constituer une dette ménagère, à condition toutefois de démontrer que l'emprunt en question a bien pour finalité de faire face aux besoins du ménage<sup>22</sup>. Cette solution a été consacrée par le législateur, à l'article 220 alinéa 3 (loi de 1985). Certains emprunts peuvent rentrer dans le champ d'application de cette solidarité, mais tout dépend de l'objet de l'emprunt, qui porte sur des sommes modestes. De même, les dépenses d'investissement ont posé problème, comme celles permettant l'acquisition d'un bien immobilier. L'acquisition du logement familial entraine-t-elle dans le domaine de la solidarité ? La Cour de cassation a exclu ces dettes de la solidarité. En principe, toutes les dépenses d'investissement, et notamment celles de l'acquisition du domaine familial n'entrent pas dans le domaine de la solidarité<sup>23</sup>.

55. Toute dette à caractère ménager engage les époux ensemble à l'égard des tiers. Le créancier pourra alors réclamer tout ou partie de la dette à l'un ou l'autre des époux, peu importe qui a contracté. De plus, l'époux qui a trop payé va pouvoir se retourner contre son conjoint. C'est la distinction entre la contribution à la dette et l'obligation à la dette. Des exceptions sont toutefois prévues par le Code civil, aux alinéas 2 et 3 de l'article 200. La première série concerne les dépenses manifestement excessives, à l'alinéa 2, et les deux autres sont les achats à tempérament et les emprunts (certains), à l'alinéa 3. S'agissant de la première exception, le juge appréciera le caractère excessif selon le train de vie du ménage, mais également par rapport à l'utilité ou l'effectivité de l'opération, son urgence... Les achats à tempérament sont les achats dont le paiement est échelonné dans le temps (payer en 10 fois sans frais par exemple). La dépense est exclue de la solidarité, sauf si le conjoint a donné son consentement, le but étant de protéger, dans la mesure du possible, les couples les plus faibles.

56. La solidarité va durer tant que dure le mariage, et aucune clause contraire ne peut y faire échec puisqu'il s'agit d'une règle d'ordre public. Ainsi, peu importe de savoir s'il y a séparation de fait ou pas : même si les époux ne vivent pas ensemble, la solidarité va

---

<sup>21</sup> Civ. 1, 9 Janvier 2008, n°06-21.095

<sup>22</sup> Civ. 1, 24 Mars 1971, n°69-14.604

<sup>23</sup> Civ. 1, 4 Juillet 2006, n°03-13.936

continuer. Il en est de même si les époux sont en instance de divorce, la solidarité continue. En revanche, il va être plus difficile pour les créanciers de prouver le caractère ménager de la dette si les époux vivent séparés. Deux arrêts ont jeté le trouble, car la solidarité a été rejetée : l'épouse avait souscrit un abonnement téléphonique (séparation de fait en l'espèce)<sup>24</sup>, et l'époux est resté après la fin du contrat de bail, et devait une indemnité d'occupation (séparation de fait également)<sup>25</sup>. Dans ces deux hypothèses, le caractère ménager de la dette n'était pas rapporté en raison des circonstances de fait.

57. Il n'en va pas de même pour le divorce et la séparation de corps, qui mettent fin à la solidarité. S'agissant d'une règle protégeant les tiers, c'est à partir du jour où le jugement est publié que la solidarité s'arrête, mais elle va demeurer pour toutes les dettes nées avant.

#### b) Le passif originaire

58. Plusieurs points doivent être abordés au sujet du passif originaire : son contenu, la preuve, l'évaluation, et l'établissement du compte requis par le Code civil.

##### *1° Le contenu*

59. Les dettes dont l'époux était tenu au jour du mariage, ainsi que celles grevant les biens faisant partie du patrimoine originaire ou ceux acquis au cours du mariage constituent le passif originaire. Comme le font remarquer deux auteurs<sup>26</sup> : « *Le remboursement de ces dettes, s'il a eu lieu, a été assuré par les deniers de l'époux qui, sauf preuve contraire, sont des acquêts.* », donc « *en soustrayant le montant des dettes du patrimoine originaire, on diminue d'autant t celui-ci et on augmente corrélativement d'autant les acquêts réalisés par l'époux en question.* ».

##### *2° La preuve*

60. L'enjeu est capital pour le conjoint, non seulement pour se protéger (hors les cas prévus par le régime primaire impératif, comme la solidarité pour les dettes ménagères), mais

---

<sup>24</sup> Civ. 1, 15 Novembre 1994, n°93-12.332

<sup>25</sup> Civ. 1, 14 Février 1995, n°92-19.780

<sup>26</sup> Droit et pratique du divorce / Chapitre 236 – Liquidation du régime matrimonial de la participation aux acquêts — Pierre-Jean CLAUX — Stéphane DAVID — 2015

encore en ce que le patrimoine final peut être supérieur au patrimoine originaire (qui est alors diminué par ce passif). La preuve est alors établie par tous moyens.

### *3° L'évaluation*

61. L'article 1571 alinéa 2 du Code civil a prévu que les dettes grevant les biens originaires « *sont réévaluées, s'il y a lieu, selon les règles de l'article 1469 troisième alinéa du Code civil* ». En application de cet article, intégré dans une partie consacrée à la communauté légale, plusieurs cas sont envisagés. Ainsi, lorsque la dette a servi à acquérir ou améliorer un bien, alors son montant est fixé à la valeur du profit subsistant, et lorsqu'elle a servi à conserver un bien, alors elle est égale à la plus forte des deux sommes que représentent le profit subsistant et la dépense faite.

62. Un doute subsiste néanmoins en ce qui concerne une dette non remboursée lors du divorce. En effet, en appliquant l'article 1571 alinéa 2 (qui opère un renvoi à l'article 1469), le montant réévalué de la dette est compris dans le passif originaire, alors que son montant nominal est pris en compte dans le passif final (à la lecture de l'article 1574 alinéa 2). La doctrine a apporté plusieurs solutions, mais qui ont toutes un résultat équivalent. A titre d'exemple, et sans trop aborder le sujet en profondeur, la dette non payée au jour de la liquidation devrait être inscrite pour son montant nominal dans le patrimoine originaire et final<sup>27</sup>.

63. Aussi, certains auteurs se sont-ils demandé si « un principe d'unité de la dette » ne commanderait pas que celle-ci soit inscrite pour un même montant (réévalué) dans les deux patrimoines(1). D'autres estiment, au contraire, que la lettre du texte permet que la dette soit inscrite pour un même montant (nominal) dans les deux patrimoines(2), ce qui aboutit à un résultat équivalent.

### *4° L'établissement du compte*

64. Comme étudié dans la liquidation du régime, l'actif net originaire (si tel est le cas) est obtenu en soustrayant le passif originaire de l'actif originaire. Le patrimoine étant par nature fluctuant, il est probable, surtout en présence d'une entreprise, que le passif soit plus

---

<sup>27</sup> M. Grimaldi, *Commentaire de la loi du 23 décembre 1985*, Gaz. Pal. 1986. 2. Doctr. 529, spéct no 97

important. Dans ce cas, le Code civil dispose, par l'article 1571 alinéa 2 que « *cet excédent est fictivement réuni au patrimoine final* ». D'ailleurs, logiquement, si le passif originaire est apuré lors de la liquidation, il y a eu acquêts.

c) Le passif final

65. La même trame que pour le passif originaire sera suivie, à savoir : son contenu sera d'abord étudié, puis sa preuve, son évaluation, et l'établissement du compte final.

*1° Le contenu*

66. Aux termes de l'article 1574 alinéa 2 du Code civil, il faut déduire de l'actif brut final toutes les dettes qui n'ont pas été acquittées lors de la dissolution du régime, mais aussi les dettes à l'égard du conjoint (dont sa créance fait partie de son actif), ainsi que les dettes susceptibles de grever un bien indivis (mais à proportion des droits de chaque époux).

*2° La preuve*

67. Pour certaines dettes, un acte peut être nécessaire (prêt, emprunt, cautionnement...), ce qui ne pose pas de problème particulier s'agissant de la preuve. Toutefois, un époux peut vouloir diminuer son patrimoine final en augmentant le montant de son passif final. Dans ce cas, le conjoint devra démontrer la fraude.

*3° L'évaluation*

68. Aux termes de l'article 1574 alinéa 2 du Code civil, le passif doit être déduit de l'actif pour sa valeur nominale, puisqu'aucune réévaluation n'est prévue par le texte.

*4° L'établissement du compte final*

69. Il s'agit alors de déduire le passif de l'actif : il se peut que les deux données soient égales, ou pas (actif net ou passif net).

d) Le passif de l'indivision

*1° Les créanciers hypothécaires*

70. Un immeuble indivis grevé d'une hypothèque peut être saisi par le créancier hypothécaire, peu importe l'origine de l'hypothèque (avec l'accord de tous, ou antérieurement à l'indivision, créancier d'un des indivisaires...) <sup>28</sup>. Il s'agit des règles applicables à l'hypothèque.

### *2° Les créanciers de l'indivision et des indivisaires solidaires*

71. L'indivision, comme mentionnée auparavant, n'a pas la personnalité morale. Toutefois, elle a une « *certaine autonomie patrimoniale* », ce qui permet à plusieurs créanciers d'agir sur les biens indivis et d'être payés avant les autres par prélèvement sur l'actif avant le partage ou en saisissant les biens indivis (ce qui découle de l'article 815-17 al. 1). Ces créanciers sont de trois sortes : tout d'abord ceux qui sont antérieurs à la naissance de l'indivision, même s'ils ont été soumis à une procédure collective après <sup>29</sup> ; ensuite ceux dont la créance est née de la conservation ou de la gestion de biens indivis ; et enfin ceux qui ont pour débiteurs solidaires l'ensemble des indivisaires. Il est intéressant de remarquer que ces créanciers bénéficient d'une prérogative reconnue aux créanciers personnels de l'indivisaire, qui est de demander le partage (art. 815-17 al. 3).

### *3° Les créanciers personnels de l'indivisaire*

72. Les créanciers indivisaires disposent de moins de prérogatives que les précédents. En effet, ils ne peuvent pas saisir un bien indivis par exemple (art. 815-17 al. 2), mais ils peuvent prendre des sûretés dessus. Le droit le plus important qui leur est reconnu est celui de provoquer le partage. Cette action suppose que plusieurs conditions soient réunies : que la créance soit certaine (ce qui exclue les procédures collectives <sup>30</sup>), que le partage puisse avoir lieu (ce qui n'est pas possible en présence d'une convention d'indivision <sup>31</sup>).

## B) La liquidation du régime

73. Le divorce est une des causes de dissolution (qui amène à la liquidation du régime matrimonial), comme pour la communauté légale, selon l'article 1441 du Code civil. La liste

---

<sup>28</sup> Cass. Civ. 3e, 20 Novembre 1990, Bull. Civ. III, n°221, D. 1990, somm. 389, obs. L. Aynès

<sup>29</sup> Cass. Com., 7 Février 2012, n°11-12.787, JCP N 2012.1170, n° 13, obs. J.-P. Garçon

<sup>30</sup> Cass. Civ. 20 Décembre 1993, Bull. Civ. I, n°378, JCP G 1994.I.3791, n°, obs. Le Guidec

<sup>31</sup> Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 12 Mai 2010, Bull. Civ. I, n°116, JCP G 2010.559

que fournit cet article est limitative, et d'ordre public. Ainsi, dès qu'une de ces causes apparait, le régime matrimonial doit être dissout. Jusqu'à la loi du 23 Décembre 1985 (et l'article 1442 du même Code), il était possible de continuer la communauté malgré ces causes, notamment en cas de décès. Il est intéressant de remarquer que la nullité du mariage n'est pas mentionnée : en effet, dans ce cas, il n'y a jamais eu de mariage du point de vue juridique. Ainsi, s'il y a eu des intérêts communs, il va falloir partager, mais les règles de la dissolution du mariage ne vont pas s'appliquer (mais le droit commun) D'ailleurs, en cas de mariage putatif, il est possible d'appliquer les règles de la dissolution matrimoniale par égard à l'époux de bonne foi.

74. Comment se déroule la liquidation d'un régime de participation aux acquêts ? Il ne faut pas oublier qu'il s'agit d'une sorte de régime hybride : chaque époux peut prétendre avoir un droit sur les acquêts réalisés par le conjoint. De plus, les époux possèdent des biens personnels, mais aucun bien commun n'existe (toutefois, des biens indivis peuvent exister). Ces biens personnels sont divisés en deux catégories : le patrimoine originaire, et le patrimoine final. Ces deux patrimoines seront étudiés de façon plus approfondie ci-après.

75. Autrement dit, la liquidation de ce régime matrimonial suppose un partage en valeur se déroulant en plusieurs étapes. Schématiquement, deux grandes étapes doivent être suivies. Dans une première étape, des observations préalables doivent être formulées : préciser le régime matrimonial des époux et ses caractéristiques, qualification des biens présents, calcul de la valeur des biens... La seconde étape, qui est l'aperçu liquidatif, se déroule en deux temps. Dans un premier temps, les acquêts de chaque époux doivent être déterminés : il faut alors déterminer, pour chacun, le patrimoine final (actif, passif, puis actif net), le patrimoine originaire (actif, passif, puis actif net), et les acquêts nets (soit le patrimoine final moins le patrimoine originaire). Dans un second temps, la créance de participation doit être calculée.

76. La première étape (les observations préalables), ainsi qu'une partie de la seconde étape (patrimoine final, patrimoine originaire, acquêts) ont été abordés en amont, à travers notamment de la situation des biens. Il convient alors d'aborder de façon plus précise la créance de participation. A titre de propos liminaire aux développements qui vont suivre, il convient de remarquer que la créance de participation se calcule selon la formule suivante :  
*(Acquêts nets de l'époux qui s'est le plus enrichi - Acquêts nets de l'époux qui s'est le moins enrichi)*

77. Lors de la liquidation, il sera nécessaire de calculer cette créance de participation puis de procéder à sa liquidation. C'est ce qui a amené plusieurs professeurs à remarquer que de cette créance découlait une liquidation du régime matrimonial en valeur, semblable à ce qu'aurait pu espérer le conjoint dans le régime légal<sup>32</sup> : ce régime « *aboutit en principe à un résultat équivalent en valeur à celui qu'aurait produit une communauté légale* ». En d'autres termes, les difficultés économiques du chef d'entreprise vont être liées au désintéressement de son ex conjoint de la moitié de la valeur de l'entreprise, ce qui amène les praticiens à aménager ce régime (notamment en excluant les biens professionnels du calcul de la créance de participation, ce qui sera étudié plus loin).

#### a) La détermination de la créance de participation

78. Cette créance a pour objet la valeur des acquêts réalisés par chaque époux. Pour cela, il faut connaître la valeur du patrimoine au jour du mariage, mais aussi au jour de la liquidation, et la différence entre les deux constituera alors les acquêts. La créance de participation correspond à la formule précisée juste avant :

(Acquêts nets de l'époux qui s'est le plus enrichi - Acquêts nets de l'époux qui s'est le moins enrichi)

2

79. Il faut d'emblée remarquer que chaque fois les dettes en lien avec patrimoine final/originaire seront déduites. Une fois cette soustraction effectuée, apparaît la créance de participation de chacun. Pour connaître le droit des époux, les créances de participation entre les deux seront compensées. Ainsi, l'époux le moins enrichi aura droit à la moitié de l'enrichissement de l'autre.

#### *1° Le patrimoine originaire*

80. C'est le patrimoine de chaque époux au jour du mariage, ce qui appelle des observations s'agissant de la composition de ce patrimoine, mais également de la preuve du droit de propriété, ainsi que de l'évaluation des biens.

#### *α. La composition du patrimoine originaire*

<sup>32</sup> MOREL Antoine, *L'Entrepreneur et le régime de la participation aux acquêts*, 1994 ; PILLEBOUT Jean-François, *La participation aux acquêts, formules commentées de contrat de mariage*, Pratique notariale, LexisNexis, 3ème édition, 2014 ; TERRE François, SIMLER Philippe, *Droit civil : les régimes matrimoniaux*, Précis Dalloz, Série droit privé, 7ème édition, Dalloz,

81. La composition du patrimoine originaire est régie par l'article 1570 du Code civil : ce patrimoine comprend les biens présents au jour du mariage et ceux acquis depuis par succession ou libéralité ou ceux dans la communauté (ceux formant des propres par nature) : les biens acquis avant le mariage, ceux acquis à titre gratuit, ainsi que les biens qui seraient qualifiés de biens propres part nature dans le régime de communauté. Autrement dit, les biens du patrimoine originaire sont ceux qui restent propres dans le patrimoine de la communauté. Les époux peuvent d'ailleurs modifier cette composition comme ils l'entendent car cette règle n'est pas d'ordre public.

82. Toutefois, il convient de remarquer que les fruits ne sont pas compris dans ce calcul. Les produits vont, eux, être pris en compte. De plus, de l'actif originaire seront déduites les dettes résultant de l'actif originaire. Par exemple : un époux a acquis un bien valant 50 000€ avant le mariage (comptabilisé dans le patrimoine originaire), acquis au moyen d'un emprunt, dont il ne reste plus que 15 000€ à rembourser. Pour cet exemple, la valeur du bien est de 35.000€ (valeur du bien lors du mariage moins la dette afférente).

#### β. La preuve du droit de propriété

83. Comment un époux peut-il prouver la propriété d'un bien issu du patrimoine originaire ? Le législateur a posé une règle à l'article 1571 alinéas 2 et 3 du Code civil. Cet article dispose que chaque époux doit effectuer un état descriptif de son patrimoine au jour du mariage. Cet état descriptif doit être joint au contrat de mariage, mais peut être effectué sous seing privé. La seule exigence est qu'il doit toutefois être établi en présence de l'autre conjoint et signé par ce dernier. Que se passe-t-il en l'absence d'état descriptif ? Dans ce cas, le régime ne va pas être remis en cause dans son ensemble, mais le droit commun de la preuve va trouver à s'appliquer, avec notamment l'article 1402 qui prévoit une présomption d'acquêts par exemple. Un bien sera alors présumé acquêt en l'absence de démonstration contraire.

#### γ. L'évaluation des biens

84. Comment sont évalués les biens compris dans le calcul du patrimoine originaire ? L'article 1571 alinéa 1 du Code civil pose un principe, qui est la dette de valeur (ce qui, autrement dit, fait échec à la dépréciation monétaire). Dans ce cas, la valeur des biens sera

évaluée de la même façon que les récompenses. L'article énonce à ce sujet que la valeur des biens sera calculée en fonction de leur état au jour du mariage (ou de l'acquisition), et d'après leur valeur au jour où la liquidation est effectuée. Entre le mariage et le jour de la liquidation, la valeur du bien peut avoir évolué, soit parce que l'activité d'un des époux l'a permis, ou en raison de l'érosion monétaire. Il faut alors déterminer si la plus ou moins-value est due, ou non, à l'époux, à qui elle est attribuée.

85. S'agissant d'un cas fortuit, comme une évolution du marché de l'immobilier par exemple, le propriétaire sera le seul à en profiter. Par exemple, un époux a acquis une maison, qui valait 100.000€, puis lors de la liquidation, elle vaut 200.000€ : en raison de la fluctuation du marché de l'immobilier, l'époux sera le seul à en profiter.

86. S'agissant d'un changement imputable à l'industrie de l'époux propriétaire du bien, la solution est différente du cas fortuit. Par exemple, un fonds de commerce acquis pendant le mariage a été amélioré (achat de matériel, nouveaux locaux...) : la plus-value est imputable à l'époux propriétaire. Le travail des époux constitue un acquêt, et chaque époux peut participer aux acquêts de l'autre. Par exemple, pour un bien valant 50.000€ lors du mariage puis 100.000€ lors du divorce, la valeur retenue sera 100.000€.

87. Il faut s'attacher à étudier la plus-value, et déterminer son origine, ce à quoi elle est due (ce qui permettra de savoir quelle valeur est retenue). Il est également possible qu'un bien du patrimoine originaire ait été aliéné au cours du régime matrimonial. Dans ce cas, des règles sont également prévues par le même article 1571 du Code civil : si le bien a été aliéné mais pas remplacé, alors la valeur au jour de l'aliénation a été retenue ; si le bien aliéné a été remplacé, alors la valeur du nouveau bien est prise en compte.

### *2° Le patrimoine final*

88. L'article 1572 du Code civil pose le principe, et détermine quels biens composent ce patrimoine final. A la lumière de cet article, tous les biens présents au jour de la liquidation vont faire partie du patrimoine final. En lien avec l'article suivant, 1573, il faut ajouter à ces biens toutes les valeurs de biens sorties à titre gratuit ou onéreux, mais en fraude des droits du conjoint. Par la suite, les dettes éventuelles seront déduites. S'agissant de la preuve, les règles sont les mêmes qu'en matière de patrimoine originaire. En principe, selon l'article 1572 alinéa

2 du même Code, un état descriptif du patrimoine des époux doit être effectué dans les 9 mois de la dissolution du régime matrimonial (possible sous seing privé, mais signé par le conjoint). Si cet état descriptif n'est pas appliqué, alors l'article 1402 pose une présomption d'acquêt, sauf rapport de preuve par tout moyen.

89. Enfin, s'agissant de l'évaluation des biens concernés, l'article 1574 alinéa 1<sup>er</sup> du Code civil prévoit des règles similaires que pour le patrimoine originaire : il faut tenir compte de la valeur du bien lors de l'aliénation et de la liquidation. Par exemple, un époux acquiert un appartement pendant le mariage, le bien vaut 100.000€, mais lors de la liquidation, ce bien vaut 200.000€ : la valeur finale sera de 200.000€. Autre hypothèse, celle d'un bien reçu à titre gratuit par un des époux, qui vaut 100€ lors de l'acquisition, et au jour de la liquidation, il vaut 200€ (en raison des travaux de l'époux), alors 200€ sera pris en compte.

### *3° Le montant de la créance de participation*

90. Quelle que soit la situation, la créance éventuelle doit être déterminée : la créance éventuelle de l'époux, et celle de l'épouse. La valeur du patrimoine final moins la valeur du patrimoine originaire va donner la créance éventuelle. Pour obtenir ce qui est dû, il faut réaliser une autre opération, qui sera étudiée juste après. Mais avant d'aborder le règlement, plusieurs observations doivent être faites en ce qui concerne les résultats possibles (trois précisément). Un premier résultat est possible : le patrimoine final est supérieur au patrimoine originaire. Dans ce cas, l'accroissement constituera alors la créance éventuelle, et donnera lieu à participation (le conjoint aura droit à moitié). Autre possibilité : le patrimoine final est inférieur au patrimoine originaire. Dans ce cas, l'époux qui s'est appauvri va supporter seul son déficit. Autrement dit, la créance sera alors de 0. Autre cas : le patrimoine final est égal au patrimoine originaire. Il n'y a pas de déficit, l'époux aura quand même une créance envers son conjoint.

91. La seconde opération est la compensation des acquêts réalisée par chacun des époux. En ce sens, l'article 1575 du Code civil prévoit qu'en cas d'acquêts de chaque côté, il faut compenser les deux valeurs, et seul l'excédent va se partager. Ainsi, seul l'époux qui s'est le moins enrichi sera le créancier de son conjoint : seul l'excédent se partage. Si un seul des époux a réalisé des acquêts, alors le conjoint aura le droit à la moitié des acquêts réalisés. En

lien avec ce qui a été abordé concernant la première opération, en cas d'appauvrissement du patrimoine final (alors 0), l'époux a droit à la moitié des excédents.

92. Toutefois, la participation aux acquêts est un régime conventionnel, que les époux peuvent aménager dans certaines limites. Ainsi, cette règle n'est pas d'ordre public, et peut être remise en cause par les époux. A titre d'illustration, les époux peuvent décider d'un partage inégal, ou que la totalité de l'enrichissement ira au conjoint survivant...

93. Un cas particulier mérite d'être souligné : les créances entre époux (article 1575 du Code civil). En ce sens, s'il y a lieu, le solde des créances entre époux sera rajouté à la créance de participation. Il faut donc une créance entre époux, et qu'elle n'ait pas été réglée lors du fonctionnement du régime matrimonial.

#### b) Le règlement de la créance de participation

94. Après avoir déterminé la créance de participation, comment est-elle réglée ? Là encore, le Code civil prévoit des règles. De plus, comme l'a précisé la jurisprudence<sup>33</sup>, les droits indivis acquis en cours de régime sont pris en compte pour le calcul de la créance de participation. En d'autres termes, le conjoint participe à l'enrichissement de l'époux créé par cette acquisition, ce qui introduit un esprit communautaire à ce régime déjà hybride. Le chef d'entreprise est dans une position délicate, puisque le règlement de cette créance peut mettre l'entreprise en danger (surtout si les liquidités ne sont pas disponibles).

##### *1° Le principe : le règlement en numéraire*

95. Le principe est le règlement en numéraire, selon l'article 1576 du Code civil. La créance de participation donnera alors lieu à un paiement en argent, exigible immédiatement, dès la liquidation du régime matrimonial. Toutefois, si l'époux débiteur a des difficultés à payer la créance de participation, le juge peut accorder des délais (de maximum 5 ans). S'agissant de l'ordre de recouvrement, l'époux créancier poursuit le paiement de sa créance sur les biens existants, comme déjà abordé plus haut (paragraphe 1), mais des mécanismes permettant de protéger la créance de participation existent (liquidation anticipée du régime, réunion fictive...). Dans ce cas, si le patrimoine final de l'époux débiteur se trouve être

---

<sup>33</sup> C. Cass. civ. 1, 31 Mars 2016, n°14-24.556

insuffisant, alors le paiement pourra se faire sur tous les biens cédés à titre gratuit ou onéreux (mais en fraude des droits du conjoint).

96. Il est intéressant de remarquer que lorsque l'époux créancier est obligé de poursuivre le recouvrement sur des biens sortis du patrimoine, alors il devra le faire dans un ordre précis : de l'opération la plus récente vers la plus ancienne. Par exemple, suite à un divorce prononcé le 15 Mai 2017, un époux est créancier de 150.000€ (que le patrimoine final de l'époux débiteur ne couvre pas). Le conjoint débiteur avait passé plusieurs actes : une donation d'une valeur de 50.000€ en Mars 2017, un acte à titre onéreux de 75.500€ en Août 2015, une donation de 25.000€ en Janvier 2015, et une autre de 34.500€ en Novembre 2014. L'époux créancier se désintéressera sur la donation de Mars 2017, puis sur l'acte d'Août de 2015, et en partie sur la donation de Janvier 2015 : la donation de Novembre 2014 ne sera pas concernée par cette action de l'époux créancier.

#### *2° Les exceptions : le consentement des époux et l'intervention du juge*

97. Ces exceptions sont prévues par l'article 1576 alinéa 2 du Code civil : le règlement en nature est exceptionnellement possible, mais dans deux cas. Le premier cas concerne le consentement des époux. La convention matrimoniale peut ainsi le prévoir en pratique. Le second cas vise l'autorisation du juge. Généralement, le juge ordonne ce règlement en nature lorsque l'époux débiteur de la créance justifie de graves difficultés (puisqu'il s'agit d'une exception) l'empêchant de régler sa dette en numéraire.

### Section II. L'atténuation des risques patrimoniaux du divorce du chef d'entreprise

98. Après avoir posé le cadre général dans la précédente section, il est flagrant que des risques patrimoniaux existent pour le chef d'entreprise, que ce soit pendant le mariage, ou encore lors de la rupture du lien matrimonial. En conséquence, le chef d'entreprise peut chercher à se protéger (ou à protéger ses proches). Cette volonté amène à se poser une question cruciale : de quels moyens dispose-t-il ? Il en existe plusieurs, mais la clause d'exclusion, qui figure parfois dans les contrats de mariage s'agissant des participations aux acquêts appelle des remarques particulières.

### 1) L'aménagement du régime matrimonial

99. Le divorce emporte des conséquences importantes, tant patrimoniales qu'extrapatrimoniales. Ainsi, les époux peuvent réfléchir à une protection adaptée à leur situation avant le mariage (ce qui passe notamment par le choix d'un régime matrimonial), mais aussi pendant le mariage, avec de possibles adaptations. En pratique, le droit des régimes matrimoniaux, et les praticiens du droit proposent plusieurs solutions au chef d'entreprise désireux de se protéger, et de protéger ses proches. Tel est le cas classique, par exemple, avec la signature d'un contrat de mariage, prévoyant des avantages matrimoniaux.

100. Sans tendre vers l'exhaustivité, plusieurs clauses sont possibles pour protéger l'entreprise individuelle. Les époux peuvent ainsi stipuler une clause dans leur contrat de mariage prévoyant que les biens professionnels restent propres à l'un des époux. Les époux peuvent également prévoir que l'un d'eux (logiquement le chef d'entreprise) prélève préalablement au partage les biens professionnels mais à charge de l'imputer sur ses droits. Une liquidation différente est également possible, ce qui est typiquement le cas d'une clause alsacienne<sup>34</sup>. La clause alsacienne est une clause par laquelle les époux stipulent qu'en cas de dissolution pour une cause autre que le décès, chacun reprendra les biens qui auraient été propres sous le régime matrimonial légal. Plus simplement, les époux peuvent aussi prévoir que chacun reprendra les biens propres apportés en communauté, ou supprimer certaines clauses de récompense, modifier les modalités de calcul... Enfin, et plus classiquement, l'attribution préférentielle est également possible, permettant de poursuivre l'exploitation de l'entreprise, mais sous conditions.

101. Néanmoins, il convient de remarquer, dans ce cadre, que ces clauses ne protègent pas les biens en les rendant indisponibles : l'époux n'est pas certain de l'effectivité de ces clauses, qui prennent effet à des moments particuliers. Tel est le cas, par exemple, de la clause d'exclusion, qui sera discuté un peu plus loin, en raison de sa particularité. Sans empiéter non plus sur la Section I du Chapitre suivant, certaines clauses pourraient constituer un avantage matrimonial, ce qui emporte des conséquences non négligeables car tout un régime trouve à s'appliquer selon la cause de la liquidation du régime matrimonial. Ainsi, dans le cadre d'un divorce, et jusqu'à récemment, la clause d'exclusion pouvait être révoquée ou déchuë. Plus pragmatique enfin, les époux, en raison de la vie quotidienne, peuvent ne pas avoir gardé des traces de chaque opération, notamment d'acquisition. En ce sens, chacun peut avoir participé

---

<sup>34</sup> [http://www.notaires-caulnes.fr/autres/31\\_dossiermariage.pdf](http://www.notaires-caulnes.fr/autres/31_dossiermariage.pdf)

financière à l'acquisition d'un bien. Dans ce cadre, une certaine cohérence dans la répartition des biens en raison de leur origine n'est pas garantie. Il est alors intéressant de coupler l'aménagement du régime matrimonial avec d'autres mécanismes.

## 2) L'organisation juridique de l'entreprise

102. Une entreprise, pour vivre, a besoin de financements, de clients, de fournisseurs, de personnel... Mais également d'organisation, et de sécurité juridique. Or, le divorce d'un chef d'entreprise individuelle peut avoir d'importantes conséquences. Ainsi, il est nécessaire de protéger les époux comme l'entreprise. C'est dans ce cadre que le droit des régimes matrimoniaux doit être abordé avec d'autres matières, afin d'avoir une vision plus globale, mais également plus préventive des difficultés. Comme l'a fait remarquer un avocat<sup>35</sup>, « *La forme la moins protectrice sera bien sûr l'entreprise individuelle. La propriété directe et commune aux deux époux des actifs de l'entreprise donnera un maximum de prise aux risques du divorce. Les techniques destinées à assurer la cohésion juridique entre lesdits actifs (la notion d'universalité pour le fonds de commerce, le concept de patrimoine affecté pour l'EURL) seront en général impropres à protéger l'entreprise contre les risques du divorce, car elles n'ont pas été conçues dans cette perspective* ».

103. Dans le cadre d'une entreprise individuelle dont seul le chef d'entreprise est propriétaire, son pouvoir de gestion sera plus important que dans le cadre d'une entreprise soumise au régime de l'indivision. Toutefois, le problème du calcul de la créance de participation ne sera pas réglé pour autant, puisque la valeur d'un bien est indépendante de la propriété des époux en matière de régimes matrimoniaux (avec une évaluation du patrimoine originaire, et final, comme étudié dans la précédente section), et que le risque de requalification de certaines clauses d'un contrat de mariage soient requalifiées en avantages matrimoniaux (ce qui sera étudié dans la section I du Chapitre 2). La gestion d'une entreprise individuelle appelle quelques remarques supplémentaires. Le chef de ce type d'entreprise pourra prendre seul toutes les décisions, contrairement aux sociétés (avec les rôles propres aux associés, au dirigeant, etc. qui doivent être coordonnés). Cette différence est toutefois moindre dans le cadre de sociétés à associé unique, comme l'EURL ou la SASU. D'ailleurs,

---

<sup>35</sup> *Protection patrimoniale du chef d'entreprise contre les risques du divorce* – Jean-François Desbuquois – AJ fam. 2012, p.432

le chef d'entreprise individuelle n'opère pas une distinction entre les biens composant son patrimoine (c'est-à-dire distinguer un patrimoine professionnel du patrimoine privé), même si toutefois cet aspect ne peut qu'être encouragé pour des raisons évidentes de limitation des risques. De plus, l'entreprise n'étant pas distincte du chef d'entreprise, il n'existe pas d'abus de bien social, et le compte pourra être négatif, comme positif (contrairement aux sociétés comportant des comptes courants d'associés). Enfin, aucun capital social n'est nécessaire (même si les créanciers y prêtent attention), et les éventuels apports peuvent être repris à tout moment. Cette situation est beaucoup plus adaptée à la gestion d'une entreprise que l'indivision, comme abordée dans la précédente section (qui est très lourde à gérer).

104. Dans une réflexion plus globale, la société présente des avantages indéniables, comparé avec l'entrepreneur individuel. Ce dernier est propriétaire d'un fonds de commerce, et est responsable indéfiniment de ses engagements sur son patrimoine (dont ce fonds fait partie). Récemment, le régime de l'EIRL a été créé, permettant de le protéger un peu plus, ainsi que la déclaration d'insaisissabilité. Toutefois, contrairement à l'entrepreneur individuel, la société comporte des avantages patrimoniaux, en ce sens qu'il s'agit d'une personne morale, donc une entité différente. C'est ce que souligne d'ailleurs un professeur de droit, M. Legeais<sup>36</sup>, « *Traditionnellement celui qui exerce une activité sous la forme d'une entreprise individuelle engage l'ensemble de ses biens personnels. Le fonds n'a pas la personnalité morale et dès lors les biens nécessaires à l'exercice professionnel ne sont pas isolés. (...) Cette conséquence est un frein à l'exercice de l'activité sous forme individuelle* »<sup>37</sup>.

105. La société a donc un patrimoine propre, différent du chef d'entreprise (et éventuellement des associés). Par exemple, un associé ne peut pas être poursuivi pour les dettes d'une Société Anonyme (S.A.). Des exceptions existent toutefois, mais viennent sanctionner une faute généralement : tel est le cas d'une faute de gestion réalisée par le dirigeant. Une limite particulière existe en pratique, avec les sûretés. Effectivement, des personnes physiques, tel le dirigeant, peut venir en garantie, court-circuitant l'écran formé par la personne morale. C'est le cas, par exemple, d'un prêt consenti à une entreprise, en échange du cautionnement du dirigeant.

106. Outre ces limites pratiques à l'intérêt des sociétés, il est évident que ces structures restent un avantage considérable. S'agissant d'une personne morale, différente du dirigeant, il

---

<sup>36</sup> LEGEAIS Dominique, Droit commercial et des affaires, Sirey, 23<sup>e</sup> édition, 2017

<sup>37</sup> V. notamment à ce sujet *Le risque entrepreneurial*, R. Mortier et Y. Sérandour (dir.), LexisNexis, 2015

est plus facile de préparer la transmission de la société. En ce sens, des partages ou des montages peuvent être mis au point, que ce soit juridiquement ou fiscalement. Il est ainsi possible de céder progressivement des parts d'une société à un héritier, ou une personne de son choix, pour l'initier progressivement à la vie de l'entreprise. A titre de comparaison, une entreprise individuelle, faute d'anticipation et de préparation, est peu adaptée sous l'angle d'outil de transmission. Le cas de l'indivision successorale, lourd à gérer peut être un frein à l'activité de l'entreprise.

107. Comme évoqué plus haut, la forme sociétaire est avantageuse également quant à la protection du dirigeant. C'est ce que faisait remarquer le professeur Legeais, en ce sens que la responsabilité, contrairement à une entreprise individuelle, est limitée (dans la limite pratique abordée juste avant s'agissant des sûretés). La classification classique en droit des sociétés opère une distinction entre sociétés de capitaux et sociétés de personnes. Pour les premières, des associés arrivent au capital à travers des apports et reçoivent en échange des actions. Pour les secondes, *l'intuitu personae* est plus fort, en ce sens que les parts sociales ne sont pas cédées librement (un agrément peut être possible par exemple). Ces sociétés permettent de distinguer le patrimoine de la société du patrimoine du dirigeant et des associés, et en prenant en compte les apports réalisés.

108. Pour en revenir au divorce, les sociétés sont aussi des outils intéressants pour le chef d'entreprise. En ce sens, l'entreprise dispose d'un patrimoine propre, dont les parts sociales constituent un « élément » de l'entreprise qui peut faire partie du partage. L'entreprise est alors moins atteinte que dans le cadre d'une entreprise non sociétaire. Cet aspect permet d'ailleurs d'atténuer les effets de la qualification du bien selon le régime matrimonial (bien personnel ou pas...). Même si la qualification semble bien ancrée en théorie, la pratique en révèle souvent les limites<sup>38</sup>.

109. Plus concrètement, l'ingénierie sociétaire met à disposition du chef d'entreprise d'autres outils intéressants : les pactes extrastatutaires, les clauses statutaires, la forme sociale, la fiducie... Toute une stratégie peut ainsi être mise en place pour protéger l'entreprise de certaines difficultés touchant le chef d'entreprise (notamment d'un divorce). C'est le cas classique d'un agrément pour l'entrée de toute personne dans la société par exemple. La fiducie permet également de scinder le patrimoine du chef d'entreprise, qui se retrouve alors à

---

<sup>38</sup> Civ. 1<sup>ère</sup> 20 Février 2007, n° 05-18.066, et Civ. 1<sup>ère</sup> 31 Mars 1992, n° 90-17.212, Bull n° 96 (revenus de biens propres), Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 9 Juillet 2014, n° 13-15.948 (stock-options), Civ. 1<sup>ère</sup>, 12 Janvier 1994, n°91-15.562 et Civ. 1<sup>ère</sup>, 2 Mai 2001, n°99-11.336 (fonds libéral)

la tête d'un patrimoine personnel, et d'un patrimoine professionnel (dans lequel il pourra décider des éléments intégrés). Dans une optique plus large, le droit des sociétés (ainsi que l'ingénierie sociétaire) alliée à la connaissance du droit civil (régimes matrimoniaux, libéralités et successions, sûretés...) permettra d'organiser efficacement le patrimoine du chef d'entreprise, mais aussi de protéger l'entreprise, et les époux eux-mêmes (notamment en cas de déconfiture). Toutefois, cette logique repose majoritairement sur la prévention, même en amont du mariage, ce qui n'est pas forcément le cas en pratique.

### 3) Le problème de la clause d'exclusion

110. Le chef d'entreprise peut vouloir éviter que certains biens, comme l'entreprise, ne soient pris en compte dans le calcul de la créance de participation. A ce titre, il est intéressant de remarquer que, pendant longtemps, les contrats de participation aux acquêts contenaient une clause d'exclusion des biens professionnels. Cette clause avait pour but d'entraîner une liquidation différente du régime légal prévu par le Code civil. Or, un rapprochement peut être opéré sur ce point avec les avantages matrimoniaux.

111. L'article 1527 alinéa 1 du Code civil définit cet avantage matrimonial, qui, malgré une intention libérale, n'est pas une donation. La définition de cet article est assez restrictive, deux conditions ont été posées : il faut se trouver dans le cadre d'un régime communautaire d'une part, et, d'autre part, il faut constater l'existence d'un avantage au profit d'un des deux époux. S'agissant de cette dernière conséquence, le législateur précise que l'avantage peut être retiré de deux manières : des clauses de la communauté, mais aussi de la confusion du mobilier et des dettes. L'article donne aussi des exemples, non limitatifs. Il faut donc déterminer si un époux s'enrichit, et si la communauté s'appauvrit. Si un des deux manque, il n'y aura pas d'avantage matrimonial. De plus, cet enrichissement et cet appauvrissement ne doit pas résulter du fonctionnement normal de la communauté.

112. Le cœur du problème de la clause d'exclusion des biens professionnels concerne les incidences de sa qualification en avantage matrimonial. En effet, cette clause ne prend pas effet pendant le mariage (logiquement), mais à la liquidation, et depuis la loi du 26 Mai 2004, les conséquences du divorce ne sont plus liées aux torts, la date d'effet des avantages matrimoniaux va être observée. En conséquence, tous les avantages matrimoniaux qui ont pris effet au cours du mariage ne seront pas remis en cause, mais s'ils vont prendre effet au jour de la dissolution du régime matrimonial, alors ils seront révoqués de plein droit, sauf volonté contraire des époux. L'article 265 du Code civil reprend ces dispositions de la loi de 2004.

113. Autrement dit, en cas de divorce, la clause d'exclusion des biens professionnels tombe, et le bien visé par cette clause sera pris en compte pour le calcul de la créance. C'est plutôt inefficace, mais certains notaires continuent de l'utiliser.

### Section III. La prestation compensatoire

114. La prestation compensatoire est commune à tous les types de divorce. Il est intéressant de l'étudier dans le cadre de la participation aux acquêts, car son montant sera certainement plus faible dans ce cas, qu'avec un véritable régime de séparation de biens. En effet, le conjoint participe à l'enrichissement de l'autre, par le biais de la créance de participation.

115. La prestation compensatoire permet d'effacer les déséquilibres financiers dans les conditions de vie des ex-époux, consécutivement au divorce. Elle est régie par les articles 270 et suivants du Code civil. Ces articles listent des critères pouvant être pris en compte pour son calcul. Sans être exhaustif, sont cités la durée du mariage, l'âge et l'état de santé des époux... Toutefois, cette évaluation n'est pas fixée par avance, car elle dépend de nombreux paramètres, et il n'existe pas de barème, ou de valeurs de référence, comme les mois de salaire en matière de licenciement. Toutefois, le juge apprécie la situation pour déterminer le montant de cette prestation compensatoire. Par exemple, les juges ont recherché si des dividendes avaient été versés, accroissant alors le patrimoine de l'époux<sup>39</sup>.

116. En matière de participation aux acquêts, il est probable que le conjoint ait participé à l'activité de son époux. Dans ce cas, la créance de participation a pour objet la valeur des acquêts réalisés par chaque époux. Autrement dit, et pour reprendre brièvement ce qui a été étudié plus haut, chaque époux a alors le droit de participer à l'enrichissement de l'autre : schématiquement, le plus enrichi des deux devra partager avec son conjoint.

117. La situation est alors la suivante : d'un côté, la créance de participation permet à chaque époux de participer à l'enrichissement de l'autre, et, d'un autre côté, la prestation compensatoire « *est fixée selon les besoins de l'époux à qui elle est versée et les ressources de l'autre en tenant compte de la situation au moment du divorce et de l'évolution de celle-ci dans un avenir prévisible* ». En toute logique, si un époux bénéficie d'une créance de participation d'une certaine valeur (donc a profité de l'enrichissement de son conjoint), la

---

<sup>39</sup> CA Amiens, 25 Septembre 2014, n° 10/05 397

prestation compensatoire sera moins élevée. En effet, l'époux a déjà profité de la moitié de l'enrichissement de son conjoint, et, en appliquant divers critères pour le calcul de la prestation compensatoire, celle-ci sera moindre (notamment en retenant deux critères de l'article 271 du Code civil, que sont le patrimoine estimé ou prévisible des époux, tant en capital qu'en revenu, après la liquidation du régime matrimonial, ainsi que leurs droits existants et prévisibles).

118. Pour conclure, et comme le fait justement remarquer un expert judiciaire en liquidations et partages près la Cour d'appel de Paris<sup>40</sup> : « *L'on constate alors, (...) que l'époux (...) accepte difficilement, au moment du divorce, de devoir régler en sus une prestation compensatoire au prétexte que son conjoint souffre au surplus d'une disparité en revenus. Ce cumul, justifié d'un point de vue théorique, est souvent mal vécu dans les faits par le débiteur de la prestation et donne parfois une impression de surprotection de l'époux créancier, ce dernier pouvant se retrouver, à la sortie du mariage, avec un patrimoine plus élevé que celui de son conjoint (...). Ce sentiment d'injustice est renforcé lorsque les époux sont mariés sous le régime de la participation aux acquêts. En pareil cas, l'époux débiteur de la créance de participation n'a pas conscience, le plus souvent, des subtilités de son régime, c'est-à-dire de la coloration communautaire qui est la sienne au moment de la liquidation et, par-delà, du partage en valeur, parfois sur ses biens personnels, qui en découle indubitablement. À l'expérience, on s'aperçoit que l'addition mathématique et aveugle de la créance de participation et de la prestation compensatoire aboutit à des montants difficilement admissibles et du reste irréalistes sur un plan économique* ».

## **Chapitre 2. La poursuite de l'exploitation dans le cadre du divorce**

---

<sup>40</sup> *Des liens à éclaircir entre la prestation compensatoire et la liquidation d'un régime séparatiste* – Cour de cassation, 1re civ. 8 juillet 2015 – AJ fam. 2015, p.541

119. Cette poursuite de l'exploitation dans le cadre du divorce, essentielle pour l'entreprise, est liée à la situation matrimoniale du chef d'entreprise. Dans ce cadre, il convient d'étudier, dans un premier temps, le sort des droits successoraux, donations, et avantages matrimoniaux (Section I), avant d'aborder, dans un second temps, le cas de la participation du conjoint à l'activité de l'entreprise (Section II).

### Section I. Le sort des droits successoraux, donations, et avantages matrimoniaux

120. Consécutivement au divorce, plusieurs questions sont soulevées, la plupart concernant le patrimoine. Il est possible que le chef d'entreprise ait fait une donation à son conjoint, un testament, ou ait accordé un avantage matrimonial... Le divorce emporte des conséquences non négligeables pour le chef d'entreprise sur tous ces sujets. Avant d'étudier ces divers aspects, il est important de remarquer que la loi n°2004-439 du 26 Mai 2004, par son article 23, a déconnecté le sort des donations et avantages matrimoniaux du divorce (et a ainsi modifié l'article 265 du Code civil). Avant cette loi, la Cour de cassation avait pu alors juger que « *l'époux aux torts exclusifs duquel le divorce est prononcé* » perdait les avantages matrimoniaux, mais que ces avantages étaient « *maintenus au profit de son conjoint* »<sup>41</sup>. En l'espèce, il s'agissait de, la liquidation d'une communauté universelle.

#### 1) Les droits successoraux

121. Les droits successoraux varient selon le moment pris en compte : instance de divorce, divorce, séparation de fait, de corps... Sans être exhaustif (et étudier le droit des successions en profondeur), il convient ainsi d'étudier la qualité de conjoint successible, avant d'aborder les conséquences d'une séparation (et notamment du divorce).

#### A) La qualité de conjoint successible

122. La qualité de conjoint successible est déterminée par la loi, ce qui permet au conjoint d'avoir des droits successoraux. En effet, les articles 725 et suivants du Code civil concernent les qualités pour hériter, ainsi que les héritiers. Plus précisément, l'article 732 dispose qu'« *Est conjoint successible le conjoint survivant non divorcé* ». La loi n°2006-728 du 23

---

<sup>41</sup> Civ. 1<sup>ère</sup>, 12 Juin 2001, n°99-11.442, B

Juin 2006 a supprimé une partie de l'ancien article<sup>42</sup> : « *contre lequel n'existe pas de jugement de séparation de corps ayant force de chose jugée* ». La seule condition restante pour qu'un conjoint soit successible est l'absence de divorce (et sous réserve de cas particuliers, telle l'indignité, régie par les articles 727 et suivants du Code civil). Ainsi, une procédure de divorce ne prive pas le conjoint de ses droits successoraux<sup>43</sup>, sauf contrat de mariage ou testament contraire<sup>44</sup>. (mais certaines formalités imposent la présence d'un notaire)<sup>45</sup>. Il convient alors de rappeler brièvement que les droits du conjoint survivant diffèrent selon que des descendants existent, ou non, lors de l'ouverture de la succession, aux termes des articles 756 et suivants du Code civil.

a) Succession en présence de descendants

123. Le conjoint décédé peut laisser des enfants, communs et/ou non communs. En cas d'enfants communs, le Code civil prévoit que le conjoint survivant peut choisir soit l'usufruit de la totalité des biens composant la succession, soit un quart de ces biens en pleine propriété. Dans le cas contraire, soit en présence d'enfants non communs, le conjoint survivant recueille un quart de la succession en pleine propriété. Autrement dit, il n'a plus le choix.

b) Succession en présence d'ascendants

124. Faute de descendants, le Code civil s'intéresse alors aux ascendants. Ainsi, en présence des parents du de cujus, le conjoint survivant recueille la moitié de la succession en pleine propriété. S'il ne reste qu'un parent, le conjoint survivant recueille trois quarts de la succession en pleine propriété, et lorsqu'il n'y a aucun parent, alors le conjoint survivant recueille la totalité de la succession. Un cas particulier existe toutefois, en présence de frères et sœurs du de cujus : dans ce cas, les biens que ce dernier avait reçus de ses ascendants par succession ou donation et qui se retrouvent au jour de son décès dans son patrimoine, reviennent pour moitié à ses frères et sœurs ou à leurs descendants (si les frères et sœurs et le

---

<sup>42</sup> Sur l'articulation des articles 732 et 301, V. Rép. Min. n°77812 du 27 Juin 2006, Defrésnois 2006, p.1882

<sup>43</sup> Crim., 25 Janvier 1989, n°88-80.950, Civ. 1<sup>ère</sup>, 11 Mai 2016, n°15-16.116

<sup>44</sup> Civ. 1<sup>ère</sup>, 15 Décembre 2010, n°09-68.076, FS, P, B, I (Un simple testament olographe peut exhériter le conjoint survivant de sa vocation ab intestat, mais seul un testament authentique peut le priver du droit viager au logement)

<sup>45</sup> V. notamment *La privation de la vocation ab intestat et du droit viager au logement du conjoint survivant*, JCP N, n° 22, 3 Juin 2011, p.1189, com. LESBATS

de cujus avaient cet ascendant en commun). Autrement dit, le conjoint survivant aura droit à l'autre moitié de ces biens.

c) Les autres droits du conjoint survivant

125. L'article 763 du Code civil prévoit que « *Si, à l'époque du décès, le conjoint successible occupe effectivement, à titre d'habitation principale, un logement appartenant aux époux ou dépendant totalement de la succession* », alors ce dernier « *a de plein droit, pendant une année, un droit de jouissance gratuit de ce logement* » et des biens meubles qui le garnissent. Un droit viager est également prévu à l'article 764 du Code civil, qui prévoit que, « *Sauf volonté contraire du défunt exprimée dans les conditions de l'article 971, le conjoint successible qui occupait effectivement, à l'époque du décès, à titre d'habitation principale, un logement appartenant aux époux ou dépendant totalement de la succession, a sur ce logement, jusqu'à son décès, un droit d'habitation et un droit d'usage sur le mobilier, compris dans la succession le garnissant* ».

## B) La séparation

126. Les séparations de fait et de corps méritent quelques propos, avant d'aborder le divorce.

a) Quelques remarques sur les séparations de fait et de corps

127. L'article 732 du Code civil précise qu'est conjoint successible le conjoint survivant non divorcé. En conséquence, et logiquement, seul le conjoint divorcé est désormais exclu de la succession. Dès lors peu importe qu'il y ait séparation de corps, de fait ou même instance de divorce en cours, car dans ces trois cas le lien matrimonial existe toujours. La seule hypothèse où le conjoint séparé de corps sera exclu de la succession sera celle qui résultera de la volonté des époux eux-mêmes, lorsque, dans une séparation de corps par consentement mutuel, ces derniers auront inclus dans leur convention de manière expresse une renonciation aux droits successoraux qui leurs sont conférés par les règles légales. Autrement dit, ces droits successoraux sont également préservés en cas de séparation de fait, comme de corps, et ce, malgré la séparation, ce qui en fait un cas particulier pendant lequel la qualité de conjoint successible persiste.

## b) Le divorce

128. Le divorce, contrairement aux précédents cas de séparation, emporte des conséquences importantes s'agissant des droits successoraux des ex-époux. En effet, en application de l'article 732 du Code civil, le conjoint est successible (c'est-à-dire qu'il a des droits sur la succession de l'autre) à condition qu'à la date du décès le divorce n'ait pas été prononcé. Autrement dit, pour être héritier, il ne faut pas être définitivement divorcé. D'après l'article 260 du Code civil, « *Le mariage est dissous : 1° Par la convention de divorce conclue par acte sous signature privée contresigné par avocats, à la date à laquelle elle acquiert force exécutoire ; 2° Par la décision qui prononce le divorce, à la date à laquelle elle prend force de chose jugée.* ». Le mariage est dissout par le divorce, lorsque la décision de justice est définitive. Si tel est le cas, alors les ex-époux n'ont plus de droits successoraux l'un envers l'autre, ni de droits légaux (comme le droit viager évoqué plus haut).

## 2) Les donations

129. Il est intéressant de remarquer que, depuis la loi n°2004-439 du 26 Mai 2004<sup>46</sup>, le sort des donations n'est plus lié à la cause de divorce mais à la nature de ces avantages<sup>47</sup>.

### A) Définition

130. La donation est un terme large : elle peut recouvrir la donation entre époux, la donation au dernier survivant, etc. Cette donation peut se faire par testament, ou par un acte de donation entre époux (notarié). Cette libéralité se fait en faveur du conjoint. La loi donne un minimum au conjoint, qui varie selon les enfants (communs ou pas), comme abordé précédemment. Si l'objectif est de favoriser le conjoint, alors ses droits légaux ne seront pas suffisants. Dans certains cas, les droits légaux peuvent suffire. Dans ce cas, il faut jouer entre les droits légaux et ce que souhaite la personne.

131. Par la donation entre époux, le conjoint survivant a le choix entre toute la succession en usufruit, ou la quotité disponible (qui varie selon le nombre d'enfants du de cujus), ou un quart en pleine propriété et le reste en US (article 1094-1 du Code civil). Le conjoint survivant

---

<sup>46</sup> Sur l'application dans le temps, V. Sort des avantages matrimoniaux en cas de divorce : la Cour de cassation persiste et signe ! – Cour de cassation, 1<sup>re</sup> civ. 18 mai 2011 – AJ fam. 2011. 326

<sup>47</sup> Sur ce sujet, V. notamment Avantages matrimoniaux, sort en cas de divorce, régime ancien RTD Civ. / Bernard Vareille — RTD civ. 2013. 887 — 30 décembre 2013

peut toujours choisir entre ces options en cas de donation entre époux, même en cas d'enfants non communs. Les droits légaux sont fixés dans le Code civil de façon définitive, le conjoint survivant ne peut pas accepter partiellement : US universel, sinon rien (veut US sur maison seulement par exemple). L'intérêt d'un US conventionnel (donation entre époux) est que le conjoint peut choisir sur quels biens va porter l'US. Par exemple, par testament, un conjoint survivant a l'US universel, et souhaite l'US de la maison, c'est possible (cantonner ses droits à des biens choisis). S'agissant de la fiscalité, plus on donne au conjoint survivant, et moins les enfants paieront de droits de succession (faire varier l'option avec l'abattement de 150.000).

## B) Le régime

132. La loi du 26 Mai 2004 a provoqué des changements dans le Code civil concernant les donations entre époux. En effet, suite à cette loi, l'article 1096 a été modifié, et dispose désormais que « *La donation de biens à venir faite entre époux pendant le mariage est toujours révocable. La donation de biens présents qui prend effet au cours du mariage faite entre époux n'est révocable que dans les conditions prévues par les articles 953 à 958. Les donations faites entre époux de biens présents ou de biens à venir ne sont pas révoquées par la survenance d'enfants* ».

133. Autrement dit, le principe est désormais l'irrévocabilité des donations de biens présents, peu importe la cause du divorce (à la lumière également de l'article 265 du même Code). Toutefois, la révocation reste possible en cas d'inexécution des conditions sous lesquelles les donations ont été faites, et en cas d'ingratitude (soit « *dans les conditions prévues par les articles 953 à 958* »).

134. Il est alors logique que les dispositions à cause de mort (comme un legs), qu'elles soient faites avant le mariage (donc par contrat de mariage), ou après (part testament...) sont révoquées de plein en raison du divorce. La volonté des époux peut d'ailleurs être contraire, en ce sens qu'ils peuvent prévoir que ces dispositions soient maintenues malgré tout. Toutefois, l'article 265 du Code civil impose un certain formalisme à cet égard, en disposant que « (...) *sauf volonté contraire de l'époux qui les a consentis. Cette volonté est constatée dans la convention signée par les époux et contresignée par les avocats ou par le juge au*

*moment du prononcé du divorce et rend irrévocables l'avantage ou la disposition  
maintenus ».*

135. Ces observations sur les donations entre époux appellent quelques remarques concernant l'entreprise plus globalement. Dans certains cas, depuis la loi de 2001 notamment, les droits conférés au conjoint sont trop importants. Par exemple, des époux sont mariés sous le régime de la séparation de biens, et un époux souhaite qu'un enfant reprenne l'entreprise (tous les enfants sont communs). Le conjoint survivant a, légalement, le choix entre un quart en pleine propriété, et tout en usufruit. Il peut parfaitement choisir le quart en pleine propriété et y intégrer l'entreprise (selon la consistance du patrimoine du de cujus évidemment). Pour retirer des droits au conjoint (qui n'est pas un héritier réservataire), ou diminuer ses droits, il est possible d'utiliser le testament : priver le conjoint survivant des droits légaux en pleine propriété, ou en usufruit (sur tout ou partie), ou lui léguer l'usufruit (sur tout ou partie)... Ce testament est révocatoire, et producteur de droits. Plus globalement, la transmission du patrimoine, mais aussi la protection de l'activité et sa pérennité sont des objectifs qui peuvent être concrétisés par les outils issus du droit des régimes matrimoniaux et des libéralités et successions.

### 3) Les avantages matrimoniaux

136. Il ne faut pas oublier que, depuis la loi n°2004-439 du 26 Mai 2004<sup>48</sup>, le sort des avantages matrimoniaux n'est plus lié à la cause de divorce mais à la nature de ces avantages<sup>49</sup>.

#### A) Définition

137. Qu'est-ce qu'un avantage matrimonial ? Par un contrat de mariage, il est possible d'adopter un régime matrimonial différent du régime légal. Il est aussi possible d'aménager le régime choisi. Par l'expression d'« *avantage matrimonial* », ce sont des clauses d'un contrat de mariage qui sont visées, mais également à l'occasion d'un changement ou aménagement du régime matrimonial. C'est un profit qu'un époux va trouver lors de la liquidation ou du

---

<sup>48</sup> Sur l'application dans le temps, V. Sort des avantages matrimoniaux en cas de divorce : la Cour de cassation persiste et signe ! – Cour de cassation, 1re civ. 18 mai 2011 – AJ fam. 2011. 326

<sup>49</sup> Sur ce sujet, V. notamment Avantages matrimoniaux, sort en cas de divorce, régime ancien RTD Civ. / Bernard Vareille — RTD civ. 2013. 887 — 30 décembre 2013

fonctionnement de son régime matrimonial. Cet avantage peut être détecté en comparant les droits que le conjoint aurait avec le régime de base, et celui qu'il a avec le régime aménagé : par exemple, clause d'attribution intégrale de communauté, clause de préciput...

138. La définition du Code civil, à l'article 1527, précise que ces clauses ne sont possibles que dans un régime de communauté. Toutefois, il est possible, en raison de la nature hybride de ce régime matrimonial, de trouver des avantages matrimoniaux dans la participation aux acquêts. Il n'en existe pas dans un régime de séparation de biens. En revanche, il existe une nuance : en cas d'adjonction d'une société d'acquêts, il est possible de stipuler des avantages matrimoniaux.

## B) Le régime

139. Il va résulter de leur nature juridique. Le principe est que l'avantage matrimonial n'est pas considéré comme une libéralité, mais comme une convention de partage<sup>50</sup>. Cela a deux conséquences importantes.

### a) Les conséquences civiles

140. N'étant pas considéré comme une libéralité, l'avantage matrimonial n'est pas rapportable à la liquidation du régime matrimonial. Le conjoint peut ainsi appréhender des biens importants sans rendre de comptes. De plus, l'avantage n'est pas irréductible s'il dépasse la quotité disponible. Il est alors possible tout attribuer au conjoint par un avantage matrimonial, même en présence d'enfants. Par exemple, en cas d'attribution intégrale de la communauté universelle, tout le patrimoine du défunt est transmis au conjoint survivant. De plus, l'avantage matrimonial ne s'impute pas sur les droits légaux et conventionnels du conjoint lors de la succession. Par exemple, conjoint avantagé par des clauses (maison, véhicule...), et conjoint survivant (donc droits légaux, donations entre époux...).

### b) L'exception : le divorce

---

<sup>50</sup> Répertoire de droit civil / Avantage matrimonial — Bernard VAREILLE — octobre 2013 (actualisation : octobre 2015) ; Dalloz action Droit patrimonial de la famille / Chapitre 152 – Analyse juridique : la théorie des avantages matrimoniaux — Gilles Bonnet — 2014 ; Dalloz référence Droit et pratique du divorce / Chapitre 231 – Détermination du régime matrimonial — Pierre-Jean CLAUD — Stéphane DAVID — 2015 ; Répertoire de droit civil / Communauté conventionnelle — Annie CHAMOULAUD-TRAPIERS — mars 2013 (actualisation : octobre 2016)

141. Dans certains cas, l'avantage matrimonial sera qualifié de libéralité. En conséquence, c'est rapportable à la succession, réductible, et éventuellement fiscalisé. L'avantage matrimonial sera traité comme une libéralité en cas de décès ou de divorce. Toutefois, pour des raisons pratiques tenant à la conception de ce mémoire, seul le divorce sera abordé.

142. Dans le cadre du divorce, l'article 265 du Code civil prévoit le sort des avantages matrimoniaux en cas de divorce. Il faut alors distinguer si l'avantage matrimonial prend effet au cours du mariage (son effet sera maintenu) selon l'article 265 alinéa 1 du Code civil, ou s'il prend effet lors du mariage (est révoqué de plein droit), selon l'alinéa 2 du même article. Le mécanisme est le même que pour celui des donations entre époux : donations de biens présents maintenus, mais donations de biens futurs révoqués. La plupart des avantages matrimoniaux prévus prennent effet à la dissolution du régime. Certaines clauses censées protéger vont être révoquées de plein droit en cas de divorce (ce qui a été étudié dans les sections I et II du précédent chapitre).

143. Autrement dit, lorsque les avantages matrimoniaux prennent effet au cours du mariage (comme l'apport d'un bien par un époux) alors ils sont irrévocables : le divorce n'emporte aucune conséquence à leur sujet. Dans le cas contraire, soit lorsque ces avantages vont prendre effet lors de la dissolution du régime matrimonial (cas classique de la clause de préciput par exemple), leur révocation est de plein droit, et ce, peu importe la cause du divorce. C'est ce que prévoit l'article 265 du Code civil, en disposant clairement que : « *Le divorce est sans incidence sur les avantages matrimoniaux qui prennent effet au cours du mariage et sur les donations de biens présents quelle que soit leur forme. Le divorce emporte révocation de plein droit des avantages matrimoniaux qui ne prennent effet qu'à la dissolution du régime matrimonial ou au décès de l'un des époux et des dispositions à cause de mort, accordés par un époux envers son conjoint par contrat de mariage ou pendant l'union* », et en prévoyant d'ailleurs une exception : « *sauf volonté contraire de l'époux qui les a consentis. Cette volonté est constatée dans la convention signée par les époux et contresignée par les avocats ou par le juge au moment du prononcé du divorce et rend irrévocables l'avantage ou la disposition maintenus. Toutefois, si le contrat de mariage le prévoit, les époux pourront toujours reprendre les biens qu'ils auront apportés à la communauté* ».

## Section II. La participation du conjoint à l'activité de l'entreprise

144. Suite au divorce, une autre série de questions porte sur l'entreprise. Plus particulièrement, s'agissant d'une entreprise individuelle, il est possible que le conjoint ait participé ou participe à l'activité de l'entreprise. C'est en ce sens que le divorce emporte des conséquences non négligeables pour le chef d'entreprise, mais également envers l'entreprise. Il faut donc étudier dans un premier temps la direction de l'entreprise (donc en ayant l'entreprise comme optique), avant d'aborder la participation du conjoint à l'activité (donc du point de vue des époux).

### 1) La direction de l'entreprise

145. L'indivision peut être une période difficile pour les ex-époux, et peut être aussi source de conflits, avec des avis ou intérêts divergents. L'entreprise risque alors d'être « *coupée* » en deux. C'est, d'ailleurs, une preuve que le divorce lui-même ne débloque pas toutes les situations, et qu'il faudra attendre un autre événement, celui du partage (ou, pourquoi pas, de la vente). En effet, le sort des biens indivis sera réglé à ce moment. D'ailleurs, la logique des régimes matrimoniaux (sauf à contracter une union tardivement), est d'accroître les biens communs (régimes dits de « *communauté* ») ou d'assurer une subsistance minimale à un des époux (prestation compensatoire, créance de participation...).

146. Pour reprendre ce qui a été étudié dans la section I du précédent chapitre, plusieurs masses de biens coexistent, mais les biens communs n'existent pas dans ce régime. En effet, ce régime comprend les biens personnels de chaque époux, et éventuellement des biens indivis. Le corolaire de la présence de biens personnels est que chaque époux est indépendant dans la gestion de ces biens (dans les limites exposées dans la section susmentionnée). Le risque d'immixtion de l'ex-époux, et donc, de déstabilisation du chef d'entreprise est plus fort en cas de biens indivis. Dans ce cas, la gestion est beaucoup plus lourde et compliquée, ce qui n'est pas compatible avec la vie des affaires à laquelle l'entreprise individuelle doit se conformer. Si cette entreprise avait une forme sociétaire, son organisation aurait permis de pallier à certaines difficultés, avec des clauses statutaires ou extrastatutaires... A titre d'exemple, il est interdit de conclure ou renouveler seul un bail sur le bien indivis<sup>51</sup>. Autre

---

<sup>51</sup> Cass. civ. 1, 25-10-2005, n° 03-14.320, F-P+B, Cass. civ. 3, 17-07-1991, n° 90-10.102

exemple, les indivisaires titulaires d'au moins deux tiers des droits indivis peuvent effectuer tout acte d'administration (la location-gérance est traditionnellement considérée comme tel). Même si certaines mesures de crise existent (étudiées dans la section I du précédent Chapitre), il est évident que, des décisions devant être prises, le conjoint interviendra dans la gestion de l'entreprise individuelle. Il y a bien immixtion, avec de réels risques pour l'entreprise.

147. Le divorce marquant souvent la fin d'années de mésentente entre les époux, il s'agit d'un moment privilégié pour exprimer des sentiments négatifs, comme de la rancœur. Les relations n'étant pas particulièrement radieuses, l'entreprise aussi risque d'en souffrir, d'autant plus si des désaccords se sont fait jour quant aux conséquences du divorce (notamment sur les biens).

## 2) Le cas du conjoint ayant participé à l'activité

148. L'entreprise est dirigée par l'époux chef d'entreprise, mais il est possible que son conjoint ait participé à cette activité en lui donnant un « *coup de main* ». En pratique, il est très probable que les époux s'aident mutuellement pour la gestion d'une petite entreprise. Dans le cadre du divorce, qui est le thème de ce chapitre, cette situation peut soulever des problèmes importants. En effet, le divorce marquant souvent le point de rupture d'années de mésentente, il est difficile de faire valoir des intérêts économiques et financiers ou entrepreneuriaux. Plusieurs possibilités doivent être envisagées lorsque le conjoint a participé à l'activité de l'entreprise. La thèse de Mme. Karm<sup>52</sup>, dirigée par Pierre Catala, portait sur ces aspects. Si les époux exercent sans lien de subordination apparent, ce sera un cas de co-exploitation par exemple. L'article L.121-4 du Code de commerce précise d'ailleurs que « *I. - Le conjoint du chef d'une entreprise artisanale, commerciale ou libérale qui y exerce de manière régulière une activité professionnelle opte pour l'un des statuts suivants : 1° Conjoint collaborateur ; 2° Conjoint salarié ; 3° Conjoint associé* ».

149. Qu'est-ce qu'une collaboration ? Elle peut d'abord sembler être synonyme de coopération. Généralement, la collaboration induit la participation d'un époux à l'activité (souvent professionnelle) de son conjoint. L'exemple souvent donné à ce titre est celui de l'épouse aidant son mari, chef d'entreprise (pour les petites entreprises). Le droit français

---

<sup>52</sup> KARM Anne, *L'entreprise conjugale*, Paris, 1999

définit la collaboration en distinguant deux cas. D'une part, la collaboration peut viser « *la participation directe d'un époux à la profession de l'autre. Cette participation peut se réaliser d'une façon plus ou moins formelle* »<sup>53</sup>. D'autre part, il peut s'agir de la participation régulière à l'activité (conjoint collaborateur alors). L'article 1832-1 du Code civil dispose d'ailleurs que « *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. Les avantages et libéralités résultant d'un contrat de société entre époux ne peuvent être annulés parce qu'ils constitueraient des donations déguisées, lorsque les conditions en ont été réglées par un acte authentique* ».

150. En pratique, pour reprendre l'exemple de la femme aidant son mari dans l'entreprise, très peu de couples déclarent cette activité, pour des raisons personnelles (considérer son conjoint comme un salarié, peu informé sur les conséquences juridiques de la situation, etc.), ou professionnelles (déclarations à l'administration...). Les praticiens ont conscience de ce travail non déclaré, et tentent d'informer un large public sur cette situation et ses conséquences juridiques<sup>54</sup>. Comme évoqué juste avant, la collaboration du conjoint peut revêtir plusieurs formes.

151. Il est possible que le conjoint soit simplement un salarié. Dans ce cas, toute la législation relative au droit social s'applique (notamment le Code du travail). Toutefois, une particularité doit être soulignée : le législateur avait conscience de ce lien de subordination dans le cadre du mariage, et a tenu à préciser, par l'article 1414 du Code civil, que « *Les gains et salaires d'un époux ne peuvent être saisis par les créanciers de son conjoint que si l'obligation a été contractée pour l'entretien du ménage ou l'éducation des enfants, conformément à l'article 220. Lorsque les gains et salaires sont versés à un compte courant ou de dépôt, ceux-ci ne peuvent être saisis que dans les conditions définies par décret* ». C'est une sorte de protection offerte au conjoint salarié (sauf à démontrer, là encore, une fraude).

---

<sup>53</sup> CARBONNIER Jean, *Droit civil, t. 2, La famille, l'enfant, le couple*, 21<sup>ème</sup> édition, PUF, p.504

<sup>54</sup> Site des URSSAF, <https://www.urssaf.fr/portail/home/independant/je-cree-mon-entreprise/la-protection-sociale-de-mon-con/le-conjoint-collaborateur/le-statut-de-conjoint-collaborat.html> ; Site officiel de l'Etat français, <https://www.service-public.fr/professionnels-entreprises/vosdroits/F32266> ; Site officiel du RSI, [https://www.rsi.fr/fileadmin/mediatheque/Espace\\_telechargement/Protection\\_sociale/Guide\\_statut\\_conjoint.pdf](https://www.rsi.fr/fileadmin/mediatheque/Espace_telechargement/Protection_sociale/Guide_statut_conjoint.pdf) ; Site de la chambre de commerce de Paris, <http://www.entreprises.cci-paris-idf.fr/web/formalites/conjoint-collaborateur>

152. Comme évoqué plus haut, avec l'exemple de la femme aidant son mari, les petites entreprises peuvent connaître des cas de collaboration de fait. Dans ce cas, il n'y a pas de statut de salarié comme étudié au précédent paragraphe. Le conjoint collaborateur est un mandataire, il représente le commerçant en titre dans la gestion du fonds de commerce, aux termes de l'article R121-1 du Code de commerce. En conséquence, les actes de gestion et d'administration accomplis pour les besoins de l'entreprise sont réputés l'être pour le compte du chef d'entreprise, et n'entraîne pas d'obligation personnelle. Toutefois, le conjoint collaborateur n'est pas rémunéré, et ne bénéficie pas de l'assurance chômage. De plus, en cas de divorce, ce type de collaboration peut poser problème non seulement au regard des pouvoirs de gestion, mais plus encore si l'entreprise est un bien indivis.

153. Le conjoint peut également être associé, et l'article 1832-1 précité du Code civil pose le principe de l'égalité des époux dans les régimes matrimoniaux.

154. Que se passe-t-il si aucun statut n'a été choisi ? Première conséquence, le commerçant en titre peut être poursuivi pour travail dissimulé. Les conséquences sont alors lourdes, notamment en matière de cotisations sociales. Il faut toutefois nuancer le propos, car il n'est pas nécessaire d'opter pour un statut si l'intervention du conjoint va être ponctuelle. Par exemple, un commerçant chocolatier vendant aussi des jouets, va demander l'aide de son conjoint pour Pâques et Noël. Sur le long terme, hormis le fait de ne pas avoir cotisé, le conjoint devrait être considéré comme commerçant, mais l'article L121-3 du Code de commerce prévoit que le conjoint d'un commerçant n'est réputé commerçant que s'il exerce une activité commerciale séparée de son époux. Ainsi, le commerçant va être à priori le propriétaire du fonds de commerce ou celui l'ayant exploité le plus longtemps. Ce n'est toutefois qu'une présomption simple. Un créancier souhaitant agir contre les deux époux peut démontrer que le conjoint est commerçant au sens de l'article L121-1 du même Code. En réalité, les juges veulent protéger le conjoint du commerçant, même s'il n'a pas opté pour un statut. Ainsi, la jurisprudence va admettre très difficilement que cette présomption est simple, qu'elle peut se retourner. Autrement dit, le conjoint d'un commerçant sera considéré comme commerçant s'il se comporte comme tel. Cela implique une gestion quasi-identique, placée sur un pied d'égalité du fonds de commerce (donc commerçant de fait).

155. Plus particulièrement, s'agissant du conjoint ayant participé à l'activité du chef d'entreprise, deux cas doivent être étudiés : les, biens à usage d'exploitation, ainsi que la titularité des droits d'exploitation.

#### A) Les biens à usage d'exploitation

156. Le divorce est une période difficile personnellement, mais le chef d'entreprise peut également devoir faire face à un danger potentiel l'empêcher de gérer son entreprise. Des solutions existent néanmoins, qui seront abordées successivement.

##### a) L'attribution préférentielle

157. L'attribution préférentielle est un mécanisme particulier pouvant porter sur une entreprise<sup>55</sup>, ou encore un local à usage professionnel. L'article 831 dispose d'ailleurs expressément que : « *Le conjoint survivant ou tout héritier copropriétaire peut demander l'attribution préférentielle par voie de partage, à charge de soulte s'il y a lieu, de toute entreprise, ou partie d'entreprise agricole, commerciale, industrielle, artisanale ou libérale ou quote-part indivise d'une telle entreprise, même formée pour une part de biens dont il était déjà propriétaire ou copropriétaire avant le décès, à l'exploitation de laquelle il participe ou a participé effectivement. Dans le cas de l'héritier, la condition de participation peut être ou avoir été remplie par son conjoint ou ses descendants. S'il y a lieu, la demande d'attribution préférentielle peut porter sur des droits sociaux, sans préjudice de l'application des dispositions légales ou des clauses statutaires sur la continuation d'une société avec le conjoint survivant ou un ou plusieurs héritiers* ». Ce mécanisme est intéressant en présence de bien indivis, puisque l'attribution préférentielle peut porter sur toute l'entreprise (bien indivis)<sup>56</sup>, ou une partie (quote-part).

158. S'agissant du bail rural, qui sera abordé un peu plus loin, sa transmission est différente de l'exploitation agricole : si le bail rural est régit par des règles spécifiques, l'exploitation agricole peut être visée par une clause d'attribution préférentielle<sup>57</sup>. Le bail rural, en un sens, est imprégné d'intuitu personae. Le Code civil, par son article 831-2, prévoit également

---

<sup>55</sup> C. Cass., civ. 1, 20 Mai 2009, n°08-14.536, JCP N 2009 act.n°426

<sup>56</sup> C. Cass. civ. 1, 6 Février 2008, n°06-19.089

<sup>57</sup> Civ 1, 23 Novembre 1977: Bull.civ I n°439- même sens Civ 3; 6 Mai 1970 : JCP 1970 II, note Ourliac et de Juglart

d'autres possibilités : « *Le conjoint survivant ou tout héritier copropriétaire peut également demander l'attribution préférentielle : 1° De la propriété ou du droit au bail du local qui lui sert effectivement d'habitation, s'il y avait sa résidence à l'époque du décès, et du mobilier le garnissant, ainsi que du véhicule du défunt dès lors que ce véhicule lui est nécessaire pour les besoins de la vie courante ; 2° De la propriété ou du droit au bail du local à usage professionnel servant effectivement à l'exercice de sa profession et des objets mobiliers nécessaires à l'exercice de sa profession ; 3° De l'ensemble des éléments mobiliers nécessaires à l'exploitation d'un bien rural cultivé par le défunt à titre de fermier ou de métayer lorsque le bail continue au profit du demandeur ou lorsqu'un nouveau bail est consenti à ce dernier* ».

159. Pour en revenir à l'exploitation agricole, si les deux époux ont la qualité de copropriétaire, alors chacun peut revendiquer l'attribution préférentielle, mais à la condition d'avoir participé à la mise en valeur des terres, par une activité régulière<sup>58</sup>, et pas forcément exclusive<sup>59</sup>. La jurisprudence a précisé les contours de cette attribution préférentielle. Sans réaliser une étude de jurisprudence, certaines spécificités méritent d'être mentionnées. Ainsi, la participation peut être à la fois intellectuelle et manuelle<sup>60</sup>, et l'aptitude du postulant à gérer peut être prise en compte en cas de candidatures concurrentes, mais aussi pour l'attribution d'une entreprise à un indivisaire<sup>61</sup>.

160. En pratique, des problèmes de preuve peuvent exister. Comment prouver une participation à l'activité ? Comme indiqué plus haut, le législateur a souhaité que les époux choisissent un statut en cas de collaboration. Ainsi, une mention est possible sur un registre ou un répertoire selon l'activité de l'époux chef d'entreprise. De plus, les juges, sous couvert de l'appréciation souveraine, ont parfois refusé d'accorder une attribution préférentielle. Là encore, sans prétendre à l'exhaustivité, certains cas méritent d'être évoqués : si un époux recueille presque tout l'actif lors du divorce<sup>62</sup>; ou lorsqu'il ne sera pas possible de verser aux autres indivisaires la valeur de leurs parts indivises<sup>63</sup>.

<sup>58</sup> C. Cass., civ. 1, 23 Avril 1985, bull. civ. I n°126

<sup>59</sup> C. Cass., civ. 1, 30 Mai 1961, bull. civ. I n°279

<sup>60</sup> C. Cass. civ. 16 Juin 1970 : Bull. civ. I p. 64

<sup>61</sup> C. Cass. civ. 18 Mars 1981 ; GP 1981.pan.279

<sup>62</sup> C. Cass. civ. 10 Juillet 1973 ; Bull. civ. I p.212

<sup>63</sup> C. Cass. civ. 17 Mars 1987 ; Bull. civ. I p.75

161. Les conditions sont donc nombreuses pour prétendre à l'attribution préférentielle (conditions légales et jurisprudentielles), et les juges ont souvent recours à l'appréciation souveraine pour écarter ce mécanisme, ou l'appliquer, selon les cas. Le chef d'entreprise, en suivant ces critères (travail effectif, capable...) peut obtenir l'attribution préférentielle, mais des demandes concurrentes entre époux peuvent exister, les juges auront alors la tâche de trancher. Toutefois, certains biens ont des caractères spécifiques, comme le bail rural, qui est fortement imprégné d'intuitu personae. Enfin, s'agissant de l'exploitation agricole, le Code civil, par son article 832-2 précise que « *Si une exploitation agricole constituant une unité économique et non exploitée sous forme sociale n'est pas maintenue dans l'indivision et n'a pas fait l'objet d'une attribution préférentielle dans les conditions prévues aux articles 831, 832 ou 832-1, le conjoint survivant ou tout héritier copropriétaire qui désire poursuivre l'exploitation à laquelle il participe ou a participé effectivement peut exiger, nonobstant toute demande de licitation, que le partage soit conclu sous la condition que ses copartageants lui consentent un bail à long terme dans les conditions fixées au chapitre VI du titre Ier du livre IV du code rural, sur les terres de l'exploitation qui leur échoient. Dans le cas de l'héritier, la condition de participation peut avoir été remplie par son conjoint ou ses descendants. Sauf accord amiable entre les parties, celui qui demande à bénéficier de ces dispositions reçoit par priorité dans sa part les bâtiments d'exploitation et d'habitation* ». Le législateur a donc essayé d'instaurer un mécanisme de sécurité pour permettre à l'exploitation agricole d'être stable.

#### b) La liquidation alternative

162. Les époux peuvent « *convenir d'une clause de partage inégal, ou stipuler que le survivant d'eux ou l'un d'eux s'il survit, aura droit à la totalité des acquêts nets faits par l'autre* » selon l'article 1581 du Code civil. Ces dispositions évoquent celles des articles 1520 et suivants du même Code, mais qui visent le partage inégal de la communauté. Toutefois, l'inspiration est la même, et le risque de requalification en avantages matrimoniaux, comme déjà étudié avant n'est pas écarté. Cette option laissée aux époux pour aménager leur régime matrimonial découle de l'article 1387 du même Code, qui prévoit la liberté des conventions matrimoniales : « *La loi ne régit l'association conjugale, quant aux biens, qu'à défaut de conventions spéciales que les époux peuvent faire comme ils le jugent à propos, pourvu qu'elles ne soient pas contraires aux bonnes mœurs ni aux dispositions qui suivent* ».

163. Aux termes de cet article 1581, l'attribution de la totalité des acquêts (ou autre partage inégal) ne peut être stipulée qu'au profit du conjoint survivant ou de l'un d'eux en particulier, en cas de survie. Il est alors proposé, si le mariage est dissout du vivant des époux (cas du divorce), de faire application par analogie de l'article 1518 du même Code. Le partage inégal peut, au contraire, être stipulé pour toute cause de dissolution, selon la volonté des époux. Cette possibilité est intéressante pour le chef d'entreprise en ce qui concerne les biens à usage d'exploitation, la société étant alors en partie couverte des risques liés à la créance de participation.

164. Toutefois, il convient d'apporter quelques précisions, s'agissant de la clause de partage inégal, puisque le régime de la participation aux acquêts se fait en valeur (sauf clause prévoyant le règlement en nature). De plus, comme le font remarquer des professeurs de droit<sup>64</sup> : « *la participation inégale ou l'attribution intégrale paraissent devoir être appliquées, non à la différence entre les acquêts nets des deux époux, comme lorsqu'il s'agit de déterminer la créance de participation prévue par la loi, mais à la masse globale des acquêts réalisés par les deux époux* ». En ce sens, la loi prévoit la possibilité de l'attribution de « *la totalité des acquêts nets faits par l'autre époux* » (l'excédent est écarté). La même masse de biens est aussi visée, logiquement. Là encore, la concision du contrat de mariage est essentielle, et la pratique prévoit plusieurs clauses possibles selon la volonté des parties<sup>65</sup>.

165. Ce type de clause ne semble pas heurter l'ordre public, ni les bonnes mœurs, surtout tant qu'elle n'empêche pas le divorce. Toutefois, comme évoqué plus haut, le risque de requalification en avantage matrimonial demeure (possible révocation en cas de divorce). Le sort des biens à usage d'exploitation reste ainsi incertain.

## B) La titularité des droits d'exploitation

166. Quid de la titularité des droits d'exploitation dans le cadre du divorce ? Il faut remarquer un cas particulier, qui est le bail rural. De façon schématique, et assez simple, le bail rural est un contrat par lequel un propriétaire (agricole) met à disposition d'un exploitant (agricole) des terres ou des bâtiments agricoles, en vue de les exploiter, en contrepartie d'un

---

<sup>64</sup> TERRE François, SIMLER Philippe, *Droit civil : les régimes matrimoniaux*, Précis Dalloz, Série droit privé, 7<sup>ème</sup> édition, Dalloz, p.712

<sup>65</sup> PILLEBOUT Jean-François, *La participation aux acquêts, formules commentées de contrat de mariage*, Pratique notariale, LexisNexis, 3<sup>ème</sup> édition, 2014

loyer ou d'un partage de récolte. Il est régit par les articles L411-1 et suivants du Code rural et de la pêche maritime. Il faut remarquer ce type de bail, puisque le sort de la titularité des droits d'exploitation dépend de la participation du conjoint à l'activité de l'époux exploitant<sup>66</sup>. En effet, la poursuite de l'exploitation par un époux semble privilégiée en cas de participation du conjoint à l'activité.

167. C'est ce que souligne le professeur Jallais<sup>67</sup> : « *Marqué par son caractère personnel, le bail rural n'entre pas en communauté. (...) La cotitularité du bail (V. n° 100 à 111) pose, dans les rapports entre époux, des difficultés particulières en cas de séparation, résultant notamment d'un divorce, spécialement en l'absence de possibilités d'attribution préférentielle judiciaire du droit au bail (V. n° 106). Un bail rural peut être conclu, notamment par application des règles d'ordre public qui le définissent (V. n° 139), entre époux (V. n° 138 à 141)* ». En effet, faute de dispositions plus favorables, l'ex-époux ne peut revendiquer d'attribution préférentielle. Ainsi, cette situation est avantageuse pour le chef d'entreprise, qui peut poursuivre son activité même dans le cadre du divorce (sous réserve de poursuivre fidèlement le contrat de bail, au risque de le voir résilier ou de se voir opposer un refus de renouveler).

168. L'article L411-46 du Code rural a tranché un débat doctrinal<sup>68</sup> en disposant que « *Le preneur a droit au renouvellement du bail, nonobstant toutes clauses, stipulations ou arrangements contraires, à moins que le bailleur ne justifie de l'un des motifs graves et légitimes mentionnés à l'article L. 411-31 ou n'invoque le droit de reprise dans les conditions prévues aux articles L. 411-57 à L. 411-63, L. 411-66 et L. 411-67. En cas de départ de l'un des conjoints ou partenaires d'un pacte civil de solidarité copreneurs du bail, le conjoint ou le partenaire qui poursuit l'exploitation a droit au renouvellement du bail. Le preneur et le copreneur visé à l'alinéa précédent doivent réunir les mêmes conditions d'exploitation et d'habitation que celles exigées du bénéficiaire du droit de reprise en fin de bail à l'article L. 411-59* ». Autrement dit, l'époux qui poursuit l'exploitation a droit au renouvellement du bail, mais sous réserve de réunir les conditions d'habitation et d'exploitation exigées du

<sup>66</sup> JCl. Rural, Fasc. 30 : EXPLOITATION AGRICOLE. – Conjoint d'exploitant agricole, JALLAIS Alain

<sup>67</sup> V. infra (44)

<sup>68</sup> VIATTE Jean *Le sort du bail rural consenti à des époux*, Rev. loyers et fermages 1979, p.344 ; en lien avec Civ. 3, 29 mai 1969, Bull.civ.III, n° 422

bénéficiaire du droit de reprise. Là aussi, des contentieux peuvent apparaître entre les époux dans le cadre du divorce.

169. En pratique, le régime matrimonial peut faire l'objet d'aménagements dans certaines limites (ordre public, bonnes mœurs...), et les époux peuvent convenir d'une clause de promesse de bail, qui peut être assortie d'une condition suspensive. Par cette clause, le propriétaire d'un immeuble s'engage à consentir un bail au profit de celui qui sera propriétaire de l'entreprise à la dissolution du régime matrimonial. Cette clause peut être avantageuse pour le chef d'entreprise désireux de protéger son entreprise dans le cadre d'un divorce.

170. De manière générale, et avec un peu de recul, le sort de la propriété des biens essentiels à l'entreprise dépend de nombreux aléas. En ce sens, le juge, en cas de conflit (qui est souvent le cas), le juge apprécie la situation, mais il est également possible qu'un tiers s'oppose (comme le bailleur en matière de bail rural)... Les aléas sont nombreux, et les dangers multiples pour une entreprise individuelle dont le chef d'entreprise divorce. Il serait alors intéressant d'anticiper au maximum ces difficultés, soit par un aménagement du régime matrimonial, soit par d'autres matières (ingénierie sociétaire, droit des sociétés...).

## **Partie II. Le divorce : les problématiques de la liquidation et du partage**

171. Comme évoqué en introduction, dans un second temps apparaît une phase de liquidation, qui consiste cette fois en la rupture du lien matrimonial et l'analyse des problématiques de la liquidation et du partage (pour les biens indivis). Afin d'analyser ces conséquences juridiques et patrimoniales du divorce pour le chef d'entreprise, il convient d'analyser la phase de l'indivision s'agissant des biens indivis (*Chapitre 1*), avant d'aborder la phase de liquidation (*Chapitre 2*). S'agissant du premier sujet, le partage de droit commun sera étudié, pour des raisons d'organisation (les époux peuvent avoir réglé les modalités de l'indivision par une convention d'indivision).

## **Chapitre 1. La phase de l'indivision consécutive au divorce**

172. La phase de l'indivision consécutive au divorce est le pendant de la poursuite de l'exploitation dans le cadre du divorce. En ce sens, la vie de l'entreprise se trouve souvent bouleversée (Section II) en raison de la fin du lien matrimonial du chef d'entreprise. Toutefois, avant d'aborder la situation de l'entreprise, il convient de remarquer que, s'agissant d'une période préalable au partage, la gestion de l'indivision emporte des conséquences importantes (Section I) en fixant un cadre général.

### Section I. La gestion de l'indivision

173. L'indivision, dans le cadre d'un divorce, est problématique : non seulement les époux ne s'entendent plus, mais encore cette mésentente a des répercussions sur la gestion de l'indivision dont une entreprise individuelle peut faire l'objet. Quelques aspects théoriques ont déjà été évoqués dans la première partie de ce mémoire : cette section va permettre d'en étudier les aspects concrets, ce qui appellera des remarques.

#### 1) Modalités

174. Le régime de l'indivision est plus proche d'un régime matrimonial de communauté que d'une séparation de bien. Les professeurs Terré et Simler ont d'ailleurs souligné cette sorte de « *parallélisme* » qui peut être fait entre l'indivision et les régimes de communauté<sup>69</sup>. Contrairement aux pouvoirs dévolus à chaque époux pendant le mariage dans le cadre d'une participation aux acquêts (qui est la séparation de biens, sauf certaines exceptions déjà évoquées), l'indivision est plus lourde à gérer pour le chef d'entreprise. Effectivement, même si les actes d'administration seront possibles pour le chef d'entreprise indivisaire, les actes de disposition restent, quant à eux, soumis à ce qui se rapproche de la « *cogestion* » pour un régime matrimonial de communauté. D'une certaine manière, il s'agit là d'un « régime

---

<sup>69</sup> TERRE François, SIMLER Philippe, *Droit civil : les régimes matrimoniaux*, Précis Dalloz, Série droit privé, 7<sup>ème</sup> édition, Dalloz, pp. 491-492

communautaire » dans un régime hybride, ce qui ne peut que déstabiliser le chef d'entreprise dans la gestion de l'entreprise.

## 2) Exclusion des revenus des époux et de leurs biens personnels

175. Comme abordé dans la première partie, les époux peuvent décider qu'un bien sera soumis à l'indivision (acquisition commune par exemple), mais cet état peut aussi résulter d'une absence de preuve de la propriété d'un bien. Si un bien est soumis au régime de l'indivision, ce n'est la participation aux acquêts qui est remis en cause dans son entier : ainsi, les biens propres restent propres, de même que les revenus de chaque époux.

176. Toutefois, un problème peut apparaître en présence d'une clause d'exclusion des biens professionnels, comme mentionné plus haut. En effet, ce type de clause risque d'être qualifié d'avantage matrimonial. Or, tous les avantages matrimoniaux qui vont prendre effet au jour de la dissolution du régime matrimonial seront révoqués de plein droit, sauf volonté contraire des époux (art. 265 Code civil). Autrement dit, en cas de divorce, la clause d'exclusion des biens professionnels peut tomber, et le bien visé par cette clause sera pris en compte pour le calcul de la créance.

## 3) Les créanciers

177. Les créanciers, selon leur nature, peuvent être scindés en deux catégories : les créanciers de l'indivision, et les créanciers personnels.

### A) Les créanciers de l'indivision

178. D'après l'article 815-17 du Code civil, les créanciers de l'indivision sont ceux qui auraient pu agir sur les biens indivis avant qu'il n'y ait eu indivision. Ces différents créanciers déjà évoqués peuvent saisir les fonds de l'indivision pour obtenir leur paiement, c'est-à-dire se payer sur les fonds de l'indivision, et peuvent également saisir l'ensemble des choses indivises aux fins de les faire vendre et de se payer sur le prix de la vente. Par ailleurs, que se passe-t-il si un des indivisaires seulement est in bonis ? En présence d'une entreprise individuelle, une procédure collective peut être ouverte. A ce sujet, la Cour de cassation a

jugé<sup>70</sup> que « *par application des dispositions de l'article 815-17, alinéa 1er, du code civil, 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 licitation de ces biens, malgré l'ouverture de cette procédure* », et qu'en conséquence « *la cour d'appel en a exactement déduit que 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 la banque, créancière de l'indivision, de poursuivre la réalisation des biens indivis* »<sup>71</sup>.

## B) Les créanciers personnels

179. Au contraire, les créanciers personnels ne peuvent pas atteindre les choses indivises, les saisir. La seule prérogative qui leur est reconnue est la faculté de provoquer le partage (en remplissant les conditions de l'action oblique). Il faut donc que le débiteur, propriétaire indivis, soit passif, refuse de mettre en œuvre son droit au partage, et que cette inertie mette en péril l'intérêt du créancier agissant. L'article 815-17 du Code civil reconnaît aux indivisaires la possibilité d'y faire obstacle, puisqu'ils peuvent acquitter l'obligation de leur coindivisaire à sa place. Evidemment, le texte leur reconnaît la possibilité de compenser par prélèvement sur les biens indivis.

## Section II. La vie de l'entreprise

180. Après ces quelques remarques générales sur la gestion de l'indivision, des thèmes plus proches de l'entreprise doivent être abordés afin d'étudier la vie de l'entreprise dans le cadre de l'indivision.

### 1) Rémunérations et plus-values

181. L'entreprise soumise au régime de l'indivision fonctionne toujours, et le chef d'entreprise n'est pas pour autant au chômage. Ainsi, ce dernier reçoit des rémunérations, et, en étant optimiste, des plus-values sont possibles. Ces dernières tombent logiquement dans l'indivision, puisque le bien qui a produit ces fruits est indivis (ce qui a déjà été jugé par la

---

<sup>70</sup> C. cass., civ. 1, 13 Décembre 2005, n°02-17.778

<sup>71</sup> C. cass., com., 7 Février 2012, n°11-12.787, n°11-13.213

jurisprudence<sup>72</sup>). Cette position est d'ailleurs acceptée par la doctrine : « *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* »<sup>73</sup>. Plus particulièrement, pour la doctrine, un problème se pose s'agissant de savoir si la plus-value est prise en compte pour déterminer le montant de la rémunération de l'indivisaire gérant<sup>74</sup>.

182. C'est à travers l'optique d'un autre régime matrimonial, qu'est la communauté légale, que la Cour de cassation a pu appréhender le sort des clientèles civiles, ainsi que d'autres biens accessoires à la profession d'un des époux : ces biens doivent être portés à l'actif de la communauté pour leur valeur à l'actif estimée au jour du partage. En conséquence, l'indivision post-communautaire s'accroît de la plus-value et des fruits, mais sous réserve de l'attribution à l'indivisaire gérant de la rémunération de son travail (art. 815-12 du Code civil)<sup>75</sup>. Comme évoqué plus haut, la pratique, mais également la doctrine a pu souligner la position particulière du chef d'entreprise lors du divorce : dans le cadre de l'indivision, les fruits de son travail vont profiter à son ex-conjoint, en plus de la créance de participation, et l'éventuelle prestation compensatoire. Souvent, ces « *avantages* » sont à sens unique, et la créance de participation, en pratique, ne sera due que par celui qui s'est le plus enrichi (contrairement aux régimes matrimoniaux communautaires pour lesquels il y a bien partage des biens). Cette situation explique que le sort de l'entreprise est précaire.

## 2) Emprunts et avances en capital

183. Quel traitement réaliser s'agissant des emprunts et avances en capital ? Il faut réaliser deux opérations : déterminer à qui incombait la charge de ce type de dette, mais également qui l'a supporté. En effet, il est possible que la dette incombait à un des époux, mais que l'autre

<sup>72</sup> C. cass. Civ. 1, 18 Février 1992, Bull. 1992, I, no 52, V. aussi

[https://www.courdecassation.fr/IMG/pdf/Bicc\\_721.pdf](https://www.courdecassation.fr/IMG/pdf/Bicc_721.pdf)

<sup>73</sup> Epergue c/ Seigneur, 12 Janvier 1994, RTD Civ. 1996, obs. Fiorina, p. 231

<sup>74</sup> Indivision post-communautaire : les plus-values industrielles de biens indivis, RTD Civ, 2010

<sup>75</sup> Cass. civ. Ire, 17 Décembre 1996, n°94-21.989, et n°93-17.602

l'ait payé. Si tel est le cas, alors il s'agit, au sens des articles 815-8 et suivants du Code civil, soit d'une dépense d'entretien, soit d'une dépense d'amélioration. Dans un tel cas, une indemnité est due à un des indivisaires puisqu'il a engagé une dépense dans l'intérêt de l'indivision. Par exemple, la jurisprudence a retenu diverses opérations comme étant des dépenses de conservation : le règlement des échéances d'un emprunt contracté pour acquérir le bien indivis, de l'assurance, des impôts et charges<sup>76</sup>...

### 3) Indemnité d'occupation

184. L'entreprise peut être soumise au régime de l'indivision. Or, selon l'article 815-19 du Code civil, « *Chaque indivisaire peut user et jouir des biens indivis conformément à leur destination, dans la mesure compatible avec le droit des autres indivisaires et avec l'effet des actes régulièrement passés au cours de l'indivision. A défaut d'accord entre les intéressés, l'exercice de ce droit est réglé, à titre provisoire, par le président du tribunal. L'indivisaire qui use ou jouit privativement de la chose indivise est, sauf convention contraire, redevable d'une indemnité* ».

185. Autrement dit, chaque indivisaire a le droit d'user et de jouir des biens indivis, mais est redevable d'une indemnité en cas d'exercice privatif de ces droits. Il faut d'emblée remarquer que ce ne sera qu'au partage qu'il y aura attribution privative de liberté : l'attribution préférentielle ne permet donc pas d'échapper à l'indemnisation des autres indivisaires en cas d'usage privatif. L'indivision suppose donc une indemnité en cas de jouissance privative, mais cette dernière n'est due que dans le cadre de l'indivision seulement : il faut donc faire attention à bien délimiter l'indivision (particulièrement son début, et sa fin). Cette délimitation est essentielle en cas de problème de preuve : en ce sens, dès qu'il n'est pas possible de prouver qu'un bien est personnel à un des époux, il est réputé indivis.

186. A titre de remarque, l'article 262-1 du Code civil prévoit qu'« *A la demande de l'un des époux, le juge peut fixer les effets du jugement à la date à laquelle ils ont cessé de cohabiter et de collaborer. Cette demande ne peut être formée qu'à l'occasion de l'action en divorce* ». Il est donc possible d'essayer de fait coïncider le partage des biens indivis et la liquidation du régime matrimonial. En effet, rester en indivision alors que le régime

---

<sup>76</sup> Civ 1, 16 Avril 2008 : JCP 2008, IV. 1957

matrimonial a été liquidé est une situation dangereuse pour l'entreprise. De plus, comme l'a précisé la Cour de cassation récemment<sup>77</sup>, les droits indivis acquis en cours de régime sont pris en compte pour le calcul de la créance de participation. En d'autres termes, le conjoint participe à l'enrichissement de l'époux créé par cette acquisition, ce qui réintroduit encore un esprit communautaire à ce régime hybride.

187. La Cour de cassation a également été amenée à préciser<sup>78</sup> que la jouissance privative peut être déconnectée de l'occupation des lieux. De plus, les juges rappellent, à juste titre, que les indivisaires ont un statut spécifique, qu'ils sont époux, et, en ce sens, un statut différent est prévu par le droit français en ce qui concerne les relations matrimoniales. Quid des obligations familiales dans ce cadre ? Un bien peut être en indivision, mais répondre à des obligations inhérentes aux liens du mariage (devoir de secours entre époux par exemple).

## ***Chapitre 2. La phase de liquidation du régime matrimonial***

188. Cette phase de liquidation est l'ultime phase du divorce du chef d'entreprise. C'est à ce moment que l'entreprise individuelle soumise au régime de l'indivision peut être partagée (Section I), mais également que des problématiques sont soulevées (Section II) au sujet de l'entreprise.

### Section I. Le partage de l'entreprise individuelle indivise

189. Il est toujours loisible aux époux mariés sous un régime de participation aux acquêts d'acquérir des biens en indivision, comme ceux composant l'entreprise individuelle, voire même de prévoir une convention d'indivision. Il s'agit d'une indivision ordinaire dans ce cadre, dont chaque époux peut sortir, à tout moment. Pour cela, il suffit de demander le partage du bien indivis. A titre de comparaison, des époux mariés sous un régime de

---

<sup>77</sup> C. Cass., Civ. 1, 31 Mars 2016, n°14-24.556

<sup>78</sup> C. Cass., Civ. 1, 24 Septembre 2014, n°13-21.005, P+B, Civ. 1, 1er Avril 2015, F-P+B, n°14-14.349

communauté de biens ne peuvent pas partager les biens communs avant dissolution. Sous un régime de participation aux acquêts, et faute d'anticipation, les époux devront partager, lors de la dissolution de leur régime matrimonial, les biens dont ils sont propriétaires indivisément. Il convient alors d'étudier le contexte du partage, avant d'en aborder les conséquences fiscales.

### 1) Le contexte du partage

190. Le régime général du partage s'applique à toutes les indivisions, et sera donc étudié au cours de ce paragraphe. Une convention d'indivision peut également exister, et régir différents aspects de l'indivision, comme abordé dans le Chapitre 1 de la Partie I. A titre de remarque, chaque indivisaire peut demander le partage à tout moment, conformément à l'article 815 du Code civil.

#### A) Modalités

191. Le partage peut être fait par un accord entre les parties (exprès, ou tacite). A cet égard, les parties sont libres, disposant d'une totale liberté, même quant à la forme (même si l'écrit est requis comme preuve). Toutefois, lorsque des biens sont soumis à publicité foncière, un écrit est nécessaire pour l'opposabilité, supposant un acte authentique (alors le partage devra être fait dans les mêmes conditions). Les parties sont également libres quant au fond, afin de déterminer l'étendue du partage, et ses modalités. Il n'y a pas d'impératifs pesant sur les parties, tant qu'il y a entente. Cette situation semble la plus heureuse pour le chef d'entreprise individuelle, notamment en ce qui concerne le fond du partage. Toutefois, ce n'est pas toujours le cas en pratique, les époux s'entendant souvent mal au moment d'un divorce.

192. En revanche, en cas de mésentente, le juge pourra être saisi. Il procédera alors au partage de l'indivision. D'ailleurs, il pourra retirer cette détermination, en cas d'accord durant la procédure, le partage se fait conventionnellement. S'agissant de la constitution des lots, l'article 826 du Code civil fixe le principe « *L'égalité dans le partage est une égalité en valeur. Chaque copartageant reçoit des biens pour une valeur égale à celle de ses droits dans l'indivision. S'il y a lieu à tirage au sort, il est constitué autant de lots qu'il est nécessaire. Si la consistance de la masse ne permet pas de former des lots d'égale valeur, leur inégalité se compense par une soulte.* ». Ainsi, le partage s'effectue en valeur, et non pas en nature. En conséquence, les biens doivent faire l'objet d'une évaluation (selon l'article 829), à la date de

la jouissance divise fixée par l'acte de partage. En principe, cet acte doit être le plus proche possible du partage, mais le juge apprécie souverainement en fonction des circonstances de la cause, des intérêts des parties...

193. Sur la base de cette valeur, il est procédé à une répartition en lots, étant en principe d'une valeur égale aux droits de chacun dans l'indivision. Par principe, chacun des indivisaires a des droits égaux dans l'indivision. Il en va différemment que lorsque le titre constitutif de l'indivision précise le contraire, et ce, même si la chose était achetée en commun et si le financement est inégal. L'article 815-13 prévoit que la contribution d'un indivisaire, supérieure à sa part, lui donne droit à indemnité lors du partage, comme en cas d'un emprunt pour acquérir la chose indivise (puisqu'il rembourse alors davantage qu'un autre). C'est une dépense nécessaire à la conservation de la chose qui ouvre droit au profit de celui qui les a faites à une indemnité équivalente.

194. La répartition des choses indivises se fait entre ces lots, soit à l'amiable, soit de façon judiciaire en cas de désaccord (avec l'intervention d'experts notamment). Parfois, la répartition des biens indivis entre les lots ne permet pas de former des lots correspondant aux droits de chacun : un va être de 97.653€, l'autre de 98.765€ par exemple. Dans ce cas, une soulte viendra compenser cette différence. Le lot d'une valeur supérieure se verra attribuer une dette, qui correspondra à une créance intégrée dans le lot dont la valeur est inférieure. Ainsi, les droits de chacun dans l'indivision seront respectés.

## B) Conséquences

### a) Les effets du partage

195. Une fois les lots établis, il faut les attribuer. L'attribution des lots, à défaut d'accord entre les parties, se fait par tirage au sort. Il est interdit aux tribunaux de procéder par voie d'attribution, même pour des considérations d'opportunité ou d'équité, sauf les hypothèses prévues par la loi (essentiellement en matière d'indivision familiale). La seule nuance à cette attribution est lorsque la demande faite d'application de cette règle du tirage au sort est constitutive d'un abus de droit, nuire à un coïndivisaire.

196. Une fois l'attribution faite, le partage s'opère, car les lots sont attribués, chacune est allotie d'une chose indivise. Chacun se retrouve propriétaire individuel cette fois de ce qui compose son lot. Il s'en retrouve propriétaire individuel avec effet rétroactif, depuis l'origine de l'indivision, conformément à l'article 883. Cet article établit l'effet rétroactif du partage, c'est-à-dire que chaque propriétaire est censé avoir été propriétaire des choses composant son lot depuis la naissance de l'indivision. Cette fiction connaît des limites, prévues par 883, et la jurisprudence. Cet article efface l'effet rétroactif pour les actes valablement accomplis soit en vertu d'un mandat des coïndivisaires, soit en vertu d'une autorisation judiciaire. Cet effet rétroactif ne s'applique pas non plus, selon la jurisprudence, aux fruits et revenus produits par les biens indivis avant le partage. L'effet n'a pas non plus d'application en matière d'abus de jouissance d'un indivisaire, qui doit immédiatement être sanctionné et supprimé. Cette question des fruits et revenus produits par les biens indivis amène à envisager les règlements de compte.

b) Le règlement des comptes

197. L'idée est simple, des créances naissent durant l'indivision, la composition de la masse indivise évolue... Ainsi, les indivisaires peuvent se trouver créanciers ou débiteurs de l'indivision. En principe, ces créances et ces dettes ont vocation à entrer dans un compte d'indivision. Toutefois, cette inscription au compte est facultative, selon l'article 865 du Code civil qui prévoit l'exigibilité avant la clôture des opérations de partage. Une exception tient aux indemnités dues aux améliorations ou détériorations apportées à la chose : elles doivent être déterminées dans leur montant au jour du partage. Pour toutes les créances et dettes qui rentrent en compte, la conséquence de cette entrée en compte est que leur paiement n'aura lieu qu'au moment du partage. C'est à ce moment que le solde du compte est déterminé. Cela emporte essentiellement deux conséquences. Tout d'abord, le paiement de ces créances va être simplifié. En effet, du fait de l'entrée en compte, il va s'opérer une compensation entre les créances et les dettes de chacun à l'égard de l'indivision.

198. Le solde du compte est généralement réglé par imputation ou prélèvement. Si le solde est débiteur, les indivisaires peuvent lui réclamer, chacun pour sa part, paiement. Cependant, ils peuvent aussi ne pas lui réclamer ce paiement, l'indivisaire peut ne pas vouloir payer volontairement. La créance de l'indivision sur un indivisaire est intégrée à la masse

partageable. Dans le partage, l'indivisaire débiteur va se voir allouer cette créance, de sorte qu'elle se compense avec sa dette. En pratique, sa part va être réduite en valeur du montant de cette créance. Inversement, si le solde est créancier, il en sera ajouté à sa part à hauteur du montant de cette créance, de façon à ce qu'en valeur il obtienne satisfaction de sa créance.

199. L'un des époux peut d'ailleurs céder à l'autre les droits indivis dont il est titulaire. Cette opération fait alors cesser l'indivision en rendant l'acquéreur seul propriétaire du bien. A titre de remarque, cette cession de droits indivis peut intervenir en règlement de la créance de participation, si toutefois l'acquéreur en est titulaire. Dans ce cas, il s'agit d'un règlement en nature, comme étudié dans la Partie I.

#### c) L'article 1377 du Code de procédure civile

200. En raison de la nature de certains biens, notamment les immeubles, et des situations d'indivisions qui peuvent être problématiques (pas assez de biens, etc.), le Code de procédure civile a prévu une règle spécifique. Lorsque le bien n'est pas partageable en nature, il est vendu, et le prix est alors réparti entre tous les indivisaires, aux termes de l'article 1377 du Code de procédure civile, qui édicte que « *Le tribunal ordonne, dans les conditions qu'il détermine, la vente par adjudication des biens qui ne peuvent être facilement partagés ou attribués. La vente est faite, pour les immeubles, selon les règles prévues aux articles 1271 à 1281 et, pour les meubles, dans les formes prévues aux articles 110 à 114 et 116 du décret n° 92-755 du 31 juillet 1992* ». S'agissant d'une entreprise individuelle, et de la situation particulière des époux (dont un est chef d'entreprise), et faute d'entente, le partage de droit commun semble difficile à appliquer en pratique.

## 2) Les conséquences fiscales du partage

201. Le droit de partage de 2.5%<sup>79</sup> est applicable à la cession de droits intervenants entre époux séparés de biens, peu important que l'indivision soit née pendant l'union ou pas. Pour des praticiens, cette taxation est applicable même si la soulte ou le prix de cession est acquitté par compensation avec la créance de participation : « *Il y a, en effet, deux opérations*

---

<sup>79</sup> Art. 746 à 749 du Code Général des Impôts

*différentes dont seule la seconde (règlement en nature) est assimilée à un partage de communauté ou succession* »<sup>80</sup>.

202. Il est intéressant de remarquer que la loi n°2007-1822 du 24 Décembre 2007, par son article 18, a mis fin à une position de l'administration fiscale, selon laquelle le régime du partage post-communautaire ou successoral ne s'appliquait pas au partage intervenant entre époux séparés de biens, lors de leur séparation. En effet, cette position était contraire à l'article 1542 du Code civil, qui assimile cette opération à un partage successoral. Dorénavant, ce régime s'applique au partage intervenant entre époux séparés de biens, même lorsque l'indivision est née avant le mariage.

203. Plus globalement, pour des raisons fiscales, il est importun que des époux mariés sous un régime de participation aux acquêts acquièrent indivisément des biens d'une certaine valeur, que l'ont pourrait qualifier de façon assez triviale d' « *importants* ». Hors le champ fiscal, il paraît d'ailleurs assez inutile de recourir à l'indivision dans le cadre de ce régime matrimonial, car, par le biais de la créance de participation, chaque époux a un droit en valeur sur les acquêts réalisés par le conjoint.

204. Il est d'ailleurs probable que des plus-values professionnelles soient découvertes lors du partage : l'entreprise, qui valait 100, en vaut 200 lors du partage par exemple. Ces plus-values sont évidemment taxables. Comme énoncé juste avant, la liquidation du régime matrimonial entraîne un paiement du droit de 2,5 % sur l'actif net partagé. Il faut également envisager dans le cadre d'un tel partage qu'il y ait cessation d'activité pour l'époux qui ne reprend pas l'entreprise. Pour l'administration fiscale, il y a alors cession, et l'ex-époux est alors imposable sur sa partie dans les conditions de droit commun pour les plus-values professionnelles<sup>81</sup>. Les conséquences fiscales pouvant être lourdes (notamment selon les biens composant l'entreprise individuelle), l'aspect fiscal devrait être étudié par chaque époux lors du divorce.

205. Enfin, qu'en est-il du régime d'imposition après le prononcé du divorce ? Etant mariés, les époux pouvaient remplir ensemble une déclaration commune pour les impôts sur le revenu. Suite au divorce, il est évident que chaque époux devra remplir une déclaration

---

<sup>80</sup> La participation aux acquêts, Jean-François Pillebout, LexisNexis, 3<sup>ème</sup> édition, p.123

<sup>81</sup> V. les explications sur le BOFIP en ligne : <http://bofip.impots.gouv.fr/bofip/6158-PGP.html>

séparée pour l'année du divorce. Le prélèvement à la source étant bientôt mise en application, le décalage temporel entre la déclaration et le prélèvement peut s'estomper. Toutefois, des régularisations sont toujours possibles au vu de la décision du juge (avec d'éventuelles pensions alimentaires par exemple).

## Section II. Les problématiques soulevées par le divorce

206. Hors le cas particulier de l'indivision, étudiée dans la précédente Section, des problématiques sont soulevées par le divorce du chef d'entreprise, et gravitant autour du sort de l'entreprise individuelle.

### 1) La liquidation de la créance de participation, et l'évaluation de la prestation compensatoire

207. Le schéma général de la liquidation du régime de la participation aux acquêts a été abordé dans la partie I, ces éléments seront utilisés dans ce paragraphe pour souligner son aspect communautaire, et son articulation avec la prestation compensatoire. Toutefois, dans un souci de précision et de simplicité, les grandes étapes vont être respectées.

#### A) Le calcul de la créance de participation

A titre de rappel, la créance de participation se calcule selon la formule suivante :

*(Acquêts nets de l'époux qui s'est le plus enrichi - Acquêts nets de l'époux qui s'est le moins enrichi)*

2

208. Pour cet exemple, des données simples seront prises en compte. Ainsi, M. X et Mme. Y se sont mariés le 15 Mai 2017 sous le régime de la participation aux acquêts. Au moment du mariage, M. X possédait un fonds de commerce valant 50.000€, une maison valant 150.000€, une voiture valant 2.500€, et un compte créditeur de 5.000€. Il avait également un emprunt de 50.000€. De son côté, Mme. Y possédait un appartement d'une valeur de 95.000€, une voiture valant 3.000€, et un compte créditeur de 2.000€.

209. M. X a développé son fonds de commerce, qui a gagné en valeur lors de la liquidation, mais a utilisé son compte en banque pour réaliser des travaux. Il a également vendu sa voiture (pour 2.000€), et en achetée une autre, valant 4.000€, et a également acheté du matériel (6.000€) pour son entreprise. Lors de la liquidation du régime matrimonial, M. X possède un fonds de commerce valant 300.000€, une voiture de 4.000€, des outils valant 10.000, une

maison valant 150.000€, mais son compte est débiteur de 2.000€. De son côté, Mme. Y possède un appartement valant 100.000€, une voiture de 2.000€, et un compte créditeur de 3.000€. Sauf précisions contraires, leur évaluation au jour de mariage ne change pas la valeur de ces biens. Quel est leur aperçu liquidatif ?

a) Le patrimoine originaire

*1° Le patrimoine originaire de M. X*

210. Le patrimoine originaire de M. X est composé ainsi : 1 un fonds de commerce valant 50.000€, une maison valant 150.000€, une voiture valant 2.500€, et un compte créditeur de 5.000€. Toutefois, des opérations ont été réalisées : il a développé son fonds de commerce, qui a gagné en valeur lors de la liquidation, mais a utilisé son compte en banque pour réaliser des travaux. Il a également vendu sa voiture (pour 2.000€), et en acheté une autre, valant 4.000€, et a également acheté du matériel (6.000€) pour son entreprise. Il avait un emprunt de 50.000€. Quelle valeur retenir ?

211. A la lumière de l'article 1571 du Code civil, les valeurs sont les suivantes : une maison de 150.000€, une voiture de 2.000€ (évaluation au pro rata : il a vendu un bien pour financer la moitié de l'achat d'un autre), du matériel valant 6.000€, un compte de 5.000€, et un fonds de commerce valant 50.000€. Enfin, il avait un emprunt de 50.000€.

212. Par un calcul comptable, le patrimoine originaire est de :  $(150.000 + 2.000 + 6.000 + 5.000 + 50.000) - 50.000 = (213.000) - 50.000 = 163.000$ . Le patrimoine originaire de M. X est de 163.000€.

*2° Le patrimoine originaire de Mme. Y*

213. Le patrimoine originaire de Mme. Y comportait : un appartement d'une valeur de 95.000€, une voiture valant 3.000€, et un compte créditeur de 2.000€. Quelle valeur retenir ?

214. A la lumière de l'article 1571 du Code civil, les valeurs sont les mêmes (sauf précisions contraires, les biens ont la même valeur lors de la liquidation d'après leur état au jour du mariage). Il n'y a pas de dette, donc la valeur du patrimoine originaire de Mme. Y est

de :  $95.000 + 3.000 + 2.000 = 100.000$ . Il est intéressant de remarquer que l'écart est peu important entre les deux patrimoines originaires à ce stade.

b) Le patrimoine final

*1° Le patrimoine final de M. X*

215. Le patrimoine final de M. X se compose ainsi : un fonds de commerce valant 300.000€, une voiture de 4.000€, des outils valant 10.000, une maison valant 150.000€, mais son compte est débiteur de 2.000€. Quelle est la valeur de son patrimoine final ?

216. A la lumière de l'article 1574 du Code civil, les valeurs sont les mêmes. L'emprunt a été remboursé, mais son compte est débiteur. Ainsi, le patrimoine final est de :  $(300.000 + 4.000 + 10.000 + 150.000) - 2.000 = (464.000) - 2.000 = 462.000$ .

*2° Le patrimoine final de Mme. X*

217. Le patrimoine final de Mme. X se compose comme suit : un appartement valant 100.000€, une voiture de 2.000€, et un compte créditeur de 3.000€. Quelle est la valeur du patrimoine final ?

218. A la lumière de l'article 1574 du Code civil, les valeurs sont les mêmes. Il n'y a pas de dette, donc la valeur du patrimoine final de Mme. Y est de :  $100.000 + 2.000 + 3.000 = 105.000$ . Contrairement aux patrimoines originaires, la différence est ici beaucoup plus importante, ce qui est dû à l'amélioration du fonds de commerce (qui a pris de la valeur, et donc a fait augmenter celle de la créance de participation). En lien avec ce qui a été précédemment expliqué, même si le fonds de commerce est un bien personnel, et donc que sa gestion est plus libre que sous le régime de l'indivision, ce n'est pas pour autant que le problème de la créance de participation est réglé.

c) Le montant de la créance de participation

219. Pour rappel, la différence entre la valeur du patrimoine final et celle du patrimoine originaire va donner la créance éventuelle. En l'espèce, pour M. X, la créance est de :  $462.000 - 163.000 = 299.000$ . Pour Mme. Y, elle est de :  $105.000 - 100.000 = 5.000$ . Une fois ces

montants obtenus, il faut opérer la compensation des acquêts réalisés par chacun des époux. En ce sens, l'article 1575 du Code civil prévoit qu'en cas d'acquêts de chaque côté, il faut compenser les deux valeurs, et seul l'excédent va se partager. En l'espèce, par la différence entre la créance de M. X et celle de Mme. Y, on obtient la créance que M. X lui devra :

$$299.000 - 5.000 = 294.000 / 2 = 147.000$$

220. Cette créance est problématique, puisque, comme précisé dans l'exemple, le fonds de commerce, qui est le bien à plus forte valeur du patrimoine de M. X vaut 300.000€, et la créance, qui « *donne lieu à paiement en argent* » selon l'article 1576 du Code civil (hors certaines exceptions déjà évoquées), peut le mettre en péril. Malgré une séparation de biens pendant le mariage, un aspect communautaire va apparaître lors de la liquidation : cet aspect n'est pas matériel (chacun garde ses biens, sauf éventuellement en présence d'un bien indivis, comme évoqué avant), mais en valeur. C'est une sorte de liquidation communautaire en valeur. Il ne faut pas oublier que l'entreprise individuelle ne bénéficie pas de la personnalité morale, et n'est donc pas distincte du chef d'entreprise. La difficulté de l'homme est aussi la difficulté de l'entreprise.

#### B) Le calcul de la prestation compensatoire

221. Une partie de cette problématique a déjà été évoquée plus haut. Il s'agit simplement de la mettre en perspective avec l'exemple cité juste avant, et d'en souligner ses conséquences. En effet, le montant de la prestation compensatoire sera certainement plus faible dans le cadre d'une participation aux acquêts, qu'avec un véritable régime de séparation de biens. En effet, le conjoint participe à l'enrichissement de l'autre, par le biais de la créance de participation. Cette dernière peut être prise en compte pour le calcul de son montant, puisque leurs conséquences sont proches. Ainsi, la prestation compensatoire permet d'effacer les déséquilibres financiers dans les conditions de vie des ex-époux, consécutivement au divorce. De plus, son évaluation n'est pas fixée par avance, car elle dépend de nombreux paramètres. C'est ainsi que le juge apprécie la situation pour déterminer le montant de cette prestation compensatoire. Par exemple, les juges ont recherché si des dividendes avaient été versés, accroissant alors le patrimoine de l'époux. En matière de participation aux acquêts, il est probable que le conjoint ait participé à l'activité de son époux. Dans ce cas, la créance de participation a pour objet la valeur des acquêts réalisés par chaque époux. Autrement dit, et

pour reprendre brièvement ce qui a été étudié plus haut, chaque époux a alors le droit de participer à l'enrichissement de l'autre : schématiquement, le plus enrichi des deux devra partager avec son conjoint (après compensation des éventuels acquêts réciproques comme démontré juste avant). Le chef d'entreprise peut néanmoins être rassuré sur ce point : en toute logique, si un époux bénéficie d'une créance de participation d'une certaine valeur (donc a profité de l'enrichissement de son conjoint), la prestation compensatoire sera moins élevée.

## 2) Valorisation de l'entreprise

222. Suite à la liquidation du régime matrimonial, la question de la valorisation de l'entreprise se pose. A titre de remarque préliminaire, il convient de remarquer que la créance de participation peut en elle-même être source de risques pour l'entreprise individuelle, voire même de mise en péril : en effet, selon la consistance du patrimoine de chaque époux, le problème des liquidités se pose (même si, comme étudié dans le paragraphe abordant les règles relatives à la liquidation de ce régime matrimonial, il est possible que le juge accorde des délais de paiement, et qu'il est possible, sous conditions, de procéder à un règlement en nature).

223. Hors ce cas de créance de participation, l'entreprise peut être également attribuée en partage. Globalement, ce qui est pris en compte dans ces différentes situations est la valeur de l'entreprise. D'ailleurs, l'entreprise individuelle est intimement liée au chef d'entreprise et, dans les faits, ce dernier continue de travailler. Or, selon les fluctuations (gain en valeur, ou perte), cette valeur n'est pas la même. Dans le cas de la créance de participation, le risque est de devoir la moitié de son enrichissement au conjoint, ce dont n'a pas forcément conscience le chef d'entreprise. La loi met en place à ce sujet toute une procédure, aux articles 260 et suivants du Code civil.

224. Une assez longue période peut s'écouler, et la valeur du bien fluctuer, ce qui rend difficile la détermination de sa valeur. Comment est déterminée la valeur d'une entreprise, et plus particulièrement, d'une entreprise individuelle ? Il est possible de fournir des bilans, et d'autres éléments comptables, par exemple. Toutefois, là aussi, cette évaluation est source de conflit, en-dehors même du divorce. La détermination de la valeur d'une entreprise n'est pas chose facile, et des conflits peuvent émerger. 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. Le juge dispose de la faculté de nommer un expert pour déterminer la valeur de l'entreprise, qui a alors un pouvoir de communication de tous documents qu'il estime utiles (toute une procédure est prévue aux articles 1070 et suivants du Code de procédure civile). Il existe schématiquement deux méthodes d'évaluation (et qui se rapprochent de celles utilisées pour l'évaluation d'un immeuble). La première est une méthode par analogie : des entreprises semblables (même secteur, même endroit géographique...) servent de référence (dont on connaît logiquement la valeur). La seconde est la méthode intrinsèque : l'entreprise est « *décomposée* », ses différents éléments sont pris en compte pour déterminer sa valeur, tout comme les risques, investissements... Un mélange de chaque méthode est également possible. Dans tous els cas, l'enjeu est l'application de critères objectifs pour refléter au mieux la réalité.

225. La valorisation de l'entreprise est compliquée en raison même de la nature de l'entreprise, dont la valeur fluctue (à la hausse ou à la baisse, et il faut déterminer la valeur des biens du patrimoine originaire et final...), mais en ce qu'il s'agit aussi (surtout dans el cas d'une entreprise individuelle) d'une source de revenus pour le chef d'entreprise. En ce sens, la détermination de la prestation compensatoire n'est pas indifférente par exemple. Tout comme pour ce sujet, les intérêts (en plus des éventuelles tensions) sont divergents : un époux tentera de majorer le patrimoine de l'autre, alors que l'autre tentera de le minorer (ce qui serait surtout le cas du chef d'entreprise), et de se renvoyer ainsi la balle à chaque évaluation. Toutefois, un garde-fou est posé : le notaire peut intervenir pour la liquidation du régime matrimonial, mais aussi le juge (avec un éventuel expert).

226. En étant optimiste, ou réaliste, il serait essentiel que les ex-époux s'entendent, et qu'une valorisation juste soit trouvée. Cette valorisation juste serait celle qui permettrait d'apurer, le passif (ou au moins la créance de participation, prestation compensatoire, etc.), tout en assurant une rentrée d'argent avec des revenus pour le chef d'entreprise. Il s'agit là, logiquement, d'une situation saine économiquement, et la plus souhaitable. Plusieurs praticiens conseillent d'aillent d'anticiper, et de ne pas se poser ces questions lors du divorce,

et incitent particulièrement les chefs d'entreprise à se renseigner tant sur les régimes matrimoniaux que sur le régime fiscal applicable<sup>82</sup>.

### 3) Créanciers et dettes professionnelles

227. Le sort des créances dépend du régime matrimonial, et des types de biens. S'agissant de la participation aux acquêts, comme étudié dans la première partie, les biens communs n'existent pas, il n'y a que des biens personnels (les biens personnels de chaque époux). De plus, le corolaire de ce principe est qu'à bien personnel répond un passif « *personnel* ». Des exceptions existent néanmoins, tirées du régime primaire impératif (contribution aux charges du ménage par exemple). S'agissant d'une entreprise individuelle, ces exceptions ont peu d'application concrète. Néanmoins, l'indivision, qui est possible dans un régime de participation aux acquêts, est source de risques. De plus, les époux peuvent avoir pris des engagements solidaires envers les créanciers. Enfin, le Code civil prévoit une règle spécifique à l'article 1387-1.

#### A) Les dettes liées aux biens personnels

228. Aux termes de l'article 1569 du Code civil, « (...) *Pendant la durée du mariage, ce régime fonctionne comme si les époux étaient mariés sous le régime de la séparation de biens...* ». Il y a bien deux masses de biens qui coexistent, avec, à l'actif, les biens dont chaque époux est propriétaire au jour de la célébration du mariage, ceux qui lui adviennent par succession, donation ou legs, ainsi que ceux qu'il acquiert à titre onéreux. En corolaire de ce principe, chaque époux répond seul de l'ensemble de ses dettes, sous réserve de certaines exceptions (telles les dettes ménagères par exemple). Ces exceptions semblent peu applicables dans le cas du chef d'entreprise individuelle<sup>83</sup>.

---

<sup>82</sup> <http://www.gautier-girard.com/dossiers-entrepreneurs-et-managers/droit-juridique/que-devient-lentreprise-en-cas-de-divorce/> ; [http://www.institut-dfp.com/medias/shared/le\\_divorce\\_de\\_lentrepreneur\\_1.pdf](http://www.institut-dfp.com/medias/shared/le_divorce_de_lentrepreneur_1.pdf) ; <http://www.bricard-lacroix.com/documents/agenda/2005-03-forum-annuel-intec.pdf> ; [http://www.deux-sevres.chambagri.fr/fileadmin/publication/CA79/14\\_Installer\\_ou\\_Travailler/Documents/Guide\\_JA/chap03\\_FTE\\_CH08\\_201509\\_VRA\\_Rentabilite\\_du\\_projet\\_la\\_valeur\\_de\\_reprise.pdf](http://www.deux-sevres.chambagri.fr/fileadmin/publication/CA79/14_Installer_ou_Travailler/Documents/Guide_JA/chap03_FTE_CH08_201509_VRA_Rentabilite_du_projet_la_valeur_de_reprise.pdf) ; <https://www.fiducial.fr/Conseil-fiscal-et-patrimonial/Protger-votre-patrimoine> ; <http://beauchamp.gclnet.fr/blog-actualites/chef-dentreprise-quel-rgime-matrimonial/> ; <http://www.agnes-bricard.com/wp-content/uploads/2007/06/methodes-evaluation.pdf>

<sup>83</sup> CA Versailles 14e ch., 4 Décembre 1991, n° 91-1462

## B) Les créanciers de l'indivision

229. Cette thématique ayant été abordée auparavant, les principales règles seront résumées. Les créanciers de l'indivision peuvent agir sur les biens indivis et être payés avant les autres par prélèvement sur l'actif avant le partage, ou en saisissant les biens indivis, mais ils peuvent également demander le partage.

## C) Les époux solidaires

230. Il s'agit de l'application du droit des obligations, avec des débiteurs tenus solidairement. Ainsi, le créancier peut réclamer le paiement intégral à l'un ou l'autre, mais un recours existe entre les débiteurs. Le divorce et l'attribution éventuelle de l'entreprise suite au partage (s'il s'agit d'un bien indivis) n'empêchent pas un ex-époux de devoir faire face aux engagements financiers qu'ils avaient pris ensemble antérieurement. Il est donc préférable de clôturer les emprunts existants, pour en réaliser de nouveaux, au nom d'un des époux (celui du chef d'entreprise), ce qui n'est pas évident à mettre en pratique dans le cadre d'un divorce.

## D) L'article 1387-1 du Code civil

231. Aux termes de l'article 1387-1 du Code civil, « *Lorsque le divorce est prononcé, si des dettes ou sûretés ont été consenties par les époux, solidairement ou séparément, dans le cadre de la gestion d'une entreprise, le tribunal de grande instance peut décider 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* ». Autrement dit, il est possible, dans le cadre de cet article, qu'une dette devienne personnelle.

232. La doctrine a souligné les imprécisions de cet article à plusieurs reprises<sup>84</sup>, mais s'accorde sur ses effets, qui sont de permettre à l'ex-époux d'être déchargé d'éventuelles dettes professionnelles, qui pèseront alors sur le chef d'entreprise, à l'occasion du prononcé du divorce. Comme l'a fait remarquer un auteur<sup>85</sup>, « *Les juridictions du fond qui ont été*

---

<sup>84</sup> Le nouvel article 1387-1 du code civil – Stéphane Piedelièvre – D. 2005. 2138 ; Entreprise personnelle non sociétaire. Dépendance d'un patrimoine commun à deux époux. Divorce. Scission du patrimoine de l'entrepreneur. Article 1387-1 nouveau du code civil – Claude Champaud – Didier Danet – RTD com. 2005. 744 ; L'incroyable destin de l'article 1387-1 du code civil – Jean-Pascal Chazal – Sylvie Ferré-André – D. 2006. 316 ; L'article 1387-1 du code civil et la liquidation des régimes matrimoniaux – Jérôme Casey – 16 décembre 2008 ; Retour sur le principe d'indivisibilité des sûretés réelles – Julie Souhami – RTD civ. 2008. 27 ; Collaboration professionnelle et couples – Janine REVEL – Rép. Trav. septembre 2011 ;

<sup>85</sup> Collaboration professionnelle et couples – Janine REVEL – Rép. Trav. septembre 2011

*saisies de l'application de ce texte ont très justement décidé qu'il n'affectait pas le droit de poursuivre les deux époux (TGI Évreux, 17 nov. 2006, Defrénois 2008. 316, obs. Champenois. - Bourges, 24 janv. 2008, RJPF 2009-6/25, obs. Casey) ; le texte ne concernerait donc que les relations entre les époux (contribution à la dette) et ne serait qu'une modalité de partage de la communauté laissée à l'appréciation du tribunal chargé de la liquidation. Il n'est applicable qu'aux dettes contractées après son entrée en vigueur (Douai, 20 oct. 2008, Dr. fam. 2009, no 52, obs. Larribau-Terneyre) ».*

233. En conséquence, le créancier qui viendrait à actionner un des époux débiteurs en paiement ne pourrait pas se voir opposer cet article du Code civil. Toutefois, comme le précise l'article, pour que ce dernier soit applicable, il faut le demander au tribunal de grande instance : à défaut, il faudra se retourner contre l'ex-époux qui n'a pas été actionné, ou n'a pas payé. Cette dernière mention est importante, « ou n'a pas payé », puisque si (logiquement) c'est le chef d'entreprise qui se voit opposer cet article, et que l'autre ex-époux est actionné, il est fort possible que des difficultés de paiement existent...

## **Conclusion**

234. « *Si c'est fichu entre nous, La vie continue malgré tout.* »<sup>86</sup>. Un divorce emporte de nombreuses conséquences, qui doivent être envisagées le plus tôt possible, en particulier s'agissant du divorce d'un chef d'entreprise. Ces conséquences, en pratique, touchent tant la vie privée (sentiments, souvenirs...) que le patrimoine. Si les premières sont difficiles à anticiper, les secondes méritent toute l'attention des couples, pour limiter els conséquences juridiques, patrimoniales, et fiscales. Souvent, les époux pensent à se protéger lors de l'adoption d'un régime matrimonial, mais peu franchissent le pas, et les chefs d'entreprise individuelle peuvent se retrouver démunis.

235. Plusieurs outils sont mis à disposition des époux désireux de se prémunir contre ces risques de la vie, certains étant propres au droit des régimes matrimoniaux, d'autres étant issus de matières connexes (droit des sociétés, droit fiscal, ingénierie sociétair...). Toutefois, la première des étapes reste le choix du régime matrimonial adapté pour chaque époux. En ce sens, le régime de la participation, quoique intéressant par son aspect hybride, n'est pas adapté pour els couples dont un des époux est chef d'entreprise. En effet, le chef d'entreprise doit limiter le risque professionnel, mais pouvoir aussi être maître de son entreprise, ainsi qu'assurer sa pérennité. Le régime de la séparation de bien semble donc beaucoup mieux adapté. Les régimes matrimoniaux peuvent s'adapter aux styles de vie, les époux, selon leur âge, pourront éventuellement changer de régime matrimonial et adopter plus tard un régime communautaire s'ils veulent se protéger mutuellement. Des clauses permettent aussi d'aménager la participation aux acquêts, mais toujours le spectre de la requalification en avantage matrimonial plane sur ces pratiques.

236. Concernant l'entreprise individuelle en particulier, bien qu'elle offre des avantages, notamment de la rapidité (surtout dans les démarches administratives), la forme sociétaire semble beaucoup plus indiquée, ne serait-ce que pour pallier aux effets du divorce. Le conjoint, quant à lui, dispose de plusieurs outils, ce qui ne le laisse pas démunir au chef d'entreprise : créance de participation, prestation compensatoire, attribution préférentielle...

---

<sup>86</sup> *Les divorcés*, Michel Delpéch

237. Néanmoins, en pratique, peu de couples ont anticipé les conséquences du divorce, malgré toute une palette d'outils à leur disposition. Dans ce cas, la survie de l'entreprise est beaucoup plus menacée, et l'enjeu sera alors de « *limiter la casse* », et d'éviter ce que certains appellent les « *3D* » (divorce, dépôt de bilan, dépression).

## **Table des matières**

|  |           |
|--|-----------|
| <b>SOMMAIRE</b>  | <b>2</b>  |
| <b>LISTE DES ABRÉVIATIONS</b>  | <b>2</b>  |
| <b>REMERCIEMENTS</b>   | <b>6</b>  |
| <b>INTRODUCTION</b>  | <b>8</b>  |
| <b>PARTIE I. LA SITUATION JURIDIQUE ET PATRIMONIALE DU CHEF D'ENTREPRISE<br/>EN PROCÉDURE DE DIVORCE</b>                     | <b>12</b> |
| <i>Chapitre 1. La participation aux acquêts, un régime inconciliable avec la gestion d'une entreprise<br/>individuelle ?</i> | <b>12</b> |
| Section I. La consistance du patrimoine et le pouvoir de gestion des époux   | 12        |
| 1) La situation des biens  | 13        |
| A) La propriété des biens  | 13        |
| B) La gestion des biens  | 14        |
| 2) La situation des époux  | 20        |
| A) Le passif   | 20        |
| B) La liquidation du régime  | 27        |
| Section II. L'atténuation des risques patrimoniaux du divorce du chef d'entreprise   | 34        |
| 1) L'aménagement du régime matrimonial   | 35        |
| 2) L'organisation juridique de l'entreprise  | 36        |
| 3) Le problème de la clause d'exclusion  | 39        |
| Section III. La prestation compensatoire   | 40        |
| <i>Chapitre 2. La poursuite de l'exploitation dans le cadre du divorce</i>   | <b>41</b> |
| Section I. Le sort des droits successoraux, donations, et avantages matrimoniaux   | 42        |
| 1) Les droits successoraux   | 42        |
| A) La qualité de conjoint successible  | 42        |
| B) La séparation   | 44        |
| 2) Les donations   | 45        |
| A) Définition  | 45        |
| B) Le régime   | 46        |
| 3) Les avantages matrimoniaux  | 47        |
| A) Définition  | 47        |
| B) Le régime   | 48        |
| Section II. La participation du conjoint à l'activité de l'entreprise  | 50        |
| 1) La direction de l'entreprise  | 50        |

|  |           |
|--|-----------|
| 2) Le cas du conjoint ayant participé à l'activité   | 51        |
| A) Les biens à usage d'exploitation  | 54        |
| B) La titularité des droits d'exploitation   | 57        |
| <b>PARTIE II. LE DIVORCE : LES PROBLÉMATIQUES DE LA LIQUIDATION ET DU<br/>PARTAGE</b>            | <b>59</b> |
| <b><i>Chapitre 1. La phase de l'indivision consécutive au divorce</i></b>                        | <b>60</b> |
| Section I. La gestion de l'indivision  | 60        |
| 1) Modalités   | 60        |
| 2) Exclusion des revenus des époux et de leurs biens personnels                                  | 61        |
| 3) Les créanciers  | 61        |
| A) Les créanciers de l'indivision  | 61        |
| B) Les créanciers personnels   | 62        |
| Section II. La vie de l'entreprise   | 62        |
| 1) Rémunérations et plus-values  | 62        |
| 2) Emprunts et avances en capital  | 63        |
| 3) Indemnité d'occupation  | 64        |
| <b><i>Chapitre 2. La phase de liquidation du régime matrimonial</i></b>                          | <b>65</b> |
| Section I. Le partage de l'entreprise individuelle indivise                                      | 65        |
| 1) Le contexte du partage  | 66        |
| A) Modalités   | 66        |
| B) Conséquences  | 67        |
| 2) Les conséquences fiscales du partage  | 69        |
| Section II. Les problématiques soulevées par le divorce  | 71        |
| 1) La liquidation de la créance de participation, et l'évaluation de la prestation compensatoire | 71        |
| A) Le calcul de la créance de participation  | 71        |
| B) Le calcul de la prestation compensatoire  | 74        |
| 2) Valorisation de l'entreprise  | 75        |
| 3) Créanciers et dettes professionnelles   | 77        |
| A) Les dettes liées aux biens personnels   | 77        |
| B) Les créanciers de l'indivision  | 78        |
| C) Les époux solidaires  | 78        |
| D) L'article 1387-1 du Code civil  | 78        |
| <b>CONCLUSION</b>  | <b>80</b> |
| <b>TABLE DES MATIÈRES</b>  | <b>82</b> |
| <b>INDEX ALPHABÉTIQUE</b>  | <b>84</b> |
| <b>BIBLIOGRAPHIE</b>   | <b>86</b> |

## Index alphabétique

*(Les numéros renvoient aux pages)*

### **A**

actes d'administration, 18  
actes de disposition, 18, 19, 60  
ascendants, 43  
associé, 36, 37, 51, 53  
attribution préférentielle, 35, 54, 55, 56, 58, 64, 80  
avances en capital, 19, 63  
avantage matrimonial, 35, 39, 42, 47, 48, 49, 57, 61, 80  
avantages matrimoniaux, 35, 36, 39, 42, 45, 47, 48, 49,  
56, 61

### **B**

bail rural, 54, 56, 57, 58, 59  
baux, 19  
biens communs, 8, 10, 13, 14, 50, 66, 77  
biens indivis, 13  
biens personnels, 14

### **C**

clause alsacienne, 35  
clause d'exclusion, 34, 35, 39, 40, 61  
collaboration, 51, 52, 53, 55  
commerçant, 53  
conjoint successible, 42, 44  
contribution aux charges du ménage, 21  
créance de participation, 9, 10, 11, 14, 15, 17, 28, 29, 32,  
33, 36, 39, 40, 41, 50, 57, 63, 65, 69, 70, 71, 73, 74,  
75, 76, 80  
créanciers, 21, 24, 26, 27, 37, 52, 61, 62, 68, 77, 78  
créanciers hypothécaires, 26

### **D**

descendants, 43, 54, 56  
divorce, 1, 8, 10, 11, 12, 21, 24, 25, 27, 31, 34, 35, 36,  
38, 39, 40, 41, 42, 43, 44, 45, 46, 47, 48, 49, 50, 51,  
53, 54, 55, 57, 58, 59, 60, 61, 63, 64, 65, 66, 70, 71,  
74, 75, 76, 77, 78, 80, 81, 88  
donations, 42, 45, 46, 47, 48, 49, 52, 87  
droits d'exploitation, 54, 57  
droits successoraux, 42, 44, 45

### **E**

effet 3D, 11  
Emprunts, 63  
entreprise, 9  
entreprise individuelle, 1, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 17, 35, 36,  
37, 38, 50, 59, 60, 61, 65, 66, 69, 70, 71, 74, 75, 76,  
77, 80  
exploitation agricole, 54

### **F**

fiducie, 38

### **G**

gestion indépendante, 15

### **I**

Indemnité d'occupation, 64  
indivision, 10, 13, 15, 18, 26, 27, 36, 38, 50, 56, 59, 60,  
61, 62, 63, 64, 65, 66, 67, 68, 69, 70, 71, 73, 77, 78

### **J**

jouissance, 18

### **L**

libéralité, 13, 14, 30, 45, 48, 49  
liquidation, 27  
liquidation alternative, 56  
liquidation anticipée du régime, 16

### **M**

mandat, 19  
mesures conservatoires, 19  
mesures de crise, 19, 51

# Le divorce du chef d'entreprise individuelle marié sous un régime de participation aux acquêts

Camille Moretti

## P

partage, 10, 11, 13, 15, 20, 27, 28, 32, 33, 35, 38, 41, 48, 50, 54, 56, 57, 58, 59, 60, 62, 63, 64, 65, 66, 67, 68, 69, 70, 75, 78, 79  
participation aux acquêts, 1, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 14, 15, 16, 20, 24, 28, 29, 33, 39, 40, 41, 48, 57, 60, 61, 65, 70, 71, 74, 77, 80, 87  
passif, 20  
passif final, 20, 25, 26  
passif originaire, 20, 24, 25, 26  
patrimoine final, 20, 25, 26, 28, 29, 31, 32, 33, 34, 73  
patrimoine originaire, 20, 24, 25, 28, 29, 30, 31, 32, 36, 72, 73, 76  
personne morale, 37  
plus-values, 62, 63, 70  
prestation compensatoire, 12, 40, 41, 50, 63, 71, 74, 76, 80

protection de la créance de participation, 15

## R

régimes matrimoniaux, 8  
règlement des comptes, 68  
Rémunérations, 62  
réunion fictive, 16

## S

salarié, 10, 51, 52, 53  
séparation de corps, 24, 43, 44  
solidarité des époux pour les dettes ménagères, 22

## T

théorie de l'unicité du patrimoine, 10

## **Bibliographie**

### **Manuels et précis**

1. BATEUR Annick, *Droit des personnes, des familles et des majeurs protégés*, Lextenso Editions, 8<sup>ème</sup> édition, LGDJ,
2. CABRILLAC Rémy, *Droit des régimes matrimoniaux*, Montchrestien, Collection Domat droit privé, 7<sup>ème</sup> édition Lextenso Editions,
3. CARBONNIER Jean, *Droit civil. Volume I*, 2<sup>ème</sup> édition, Presses Universitaires de France,
4. *Droit patrimonial de la famille*, sous la direction de GRIMALDI Michel, Dalloz Action, 3<sup>ème</sup> édition, Dalloz,
5. FAGES Bertrand, *Droit des obligations*, Lextenso Editions, 6<sup>ème</sup> et 4<sup>ème</sup> éditions, LGDJ,
6. LEGEAIS Dominique, *Droit commercial et des affaires*, Sirey, 23<sup>ème</sup> édition, Sirey Université, 2017,
7. MALAURIE Philippe, AYNES Laurent, *Droit des régimes matrimoniaux*, Lextenso Editions, 5<sup>ème</sup> édition, LGDJ,
8. MALAURIE Philippe, AYNES Laurent, *Les biens*, Lextenso Editions, 6<sup>ème</sup> édition, LGDJ,
9. MAZEAUD Henri, MAZEAUD Jean, MAZEAUD Léon, LEVENEUR Laurent, *Leçons de droit civil IV. 2, Successions, libéralités*, 5<sup>ème</sup> édition, Montchrestien,
10. PIEDELIEVRE Stéphane, *Les régimes matrimoniaux*, Larcier, 2016,
11. REVEL Janine, *Les régimes matrimoniaux*, Cours Dalloz, Série droit privé, 8<sup>ème</sup> édition, Dalloz,

12. TERRE François, LASZLO-FENOUILLET Dominique, *Droit civil : la famille*, Précis Dalloz, Série Droit privé, 8<sup>ème</sup> édition, Dalloz,
13. TERRE François, SIMLER Philippe, *Droit civil : les régimes matrimoniaux*, Précis Dalloz, Série droit privé, 7<sup>ème</sup> édition, Dalloz,
14. VOIRIN Pierre, GOUBEAUX Gilles, *Droit civil. Tome 1, Introduction au droit, personnes, famille, personnes protégées, biens, obligations, sûretés*, Lextenso Editions, 36<sup>ème</sup> édition, LGDJ,
15. VOIRIN Pierre, GOUBEAUX Gilles, *Droit civil. Tome 2, Régimes matrimoniaux, successions, libéralités*, Lextenso Editions, 29<sup>ème</sup> édition, LGDJ.

### Monographies et ouvrages spécialisés

16. *Mélanges en l'honneur du professeur Gérard Champenois*, Defrénois, 2012,
17. BEIGNIER Bernard, DO CARMO SILVA Jean-Michel, FOUQUET Alain, TORRICELLI-CHRIFI Sarah, *Liquidations de régimes matrimoniaux et de successions méthodes, exercices et corrigés*, Defrénois, 4<sup>ème</sup> édition, Lextenso Editions,
18. BOUSSOUGOU-BOU-MBINE Farafina Loangou, *La pénétration des idées communautaires dans les régimes séparatistes*, Bibliothèque de droit privé Tome 324, LGDJ, 1999,
19. MOREL Antoine, *L'Entrepreneur et le régime de la participation aux acquêts*, 1994,
20. PILLEBOUT Jean-François, *La participation aux acquêts, formules commentées de contrat de mariage*, Pratique notariale, LexisNexis, 3<sup>ème</sup> édition, 2014,
21. RIEUBERNET Christelle, *Les donations entre époux : étude critique*, Defrénois, 2003.

### Revue et articles

22. CHABOT Gérard, Fasc. 1240 : FONDS LIBÉRAL. – Régimes matrimoniaux, *JurisClasseur Entreprise Individuelle*,
23. DESBUQUOIS Jean-François, Protection patrimoniale du chef d'entreprise contre les risques du divorce, *L'actualité Juridique : Famille*, 2012, p. 432,
24. Le divorce de l'entrepreneur, *Lamy Droit et Patrimoine*, N° 213,
25. PILLEBOUT Jean-François, Fasc. 100 : PARTICIPATION AUX ACQUÊTS. – Applications pratiques. – Exemples, *JurisClasseur Notarial Formulaires*,
26. REYGROBELLET Arnaud, Chapitre 44 – Exploitation du fonds de commerce et régimes matrimoniaux, *Dalloz action Fonds de commerce*, 2012.

### Notes de jurisprudence

27. Cass. Civ. 20 Décembre 1993, Bull. Civ. I, n°378, JCP G 1994.I.3791, n°, obs. Le Guidec,
28. Cass. Civ. 1re, 12 Mai 2010, Bull. Civ. I, n°116, JCP G 2010.559.