

Revue

Lexbase Hebdo édition privée n°617 du 18 juin 2015

[Divorce] Événement

Le divorce du chef d'entreprise — Compte-rendu de la réunion de la Commission "Famille" du barreau de Paris en date du 31 mars 2015

N° Lexbase : N7860BUN



La Commission "Famille" du barreau de Paris tenait, le 31 mars 2015, sous la responsabilité d'Hélène Poivey-Leclercq, avocat à la Cour, une réunion consacrée au divorce du chef d'entreprise, au cours de laquelle intervenaient Muriel Laroque, Maud Hayat-Soria, et Muriel Cadiou, avocates à la Cour. Présentes à cette occasion, les éditions juridiques Lexbase vous proposent de retrouver le compte-rendu de cette réunion.

Alors que la rémunération du salarié au moment du divorce est relativement "cernable", il en va tout autrement de celle du chef d'entreprise. Ce dernier possède, en effet, une liberté d'action quant à sa rémunération. Peuvent exister des sociétés à l'étranger, des pactes d'associés, des dividendes etc.. Il existe, donc, une spécificité du divorce du chef d'entreprise.

Le sujet est d'autant plus important qu'il n'existe pas de règles spécifiques s'appliquant à ce divorce particulier.

Envisager le divorce du chef d'entreprise, c'est d'abord anticiper la crise (I), c'est, ensuite, étudier la procédure de divorce dans ses particularismes (II) et, enfin, trouver les solutions de sortie de crise (III).

I — Anticiper la crise

A - Le choix du régime matrimonial

Le chef d'entreprise peut, et cela est lui est d'ailleurs conseillé, solliciter un professionnel en amont, afin de bien choisir son contrat de mariage et, éventuellement, insérer un certains nombres de clauses dans celui-ci. La mésentente entre les époux pouvant, parfois, conduire à une cession de l'entreprise, il appartient à l'avocat de conseiller le chef d'entreprise concernant le choix de son régime matrimonial. Trois régimes peuvent être envisagés : le régime légal (1), le régime de séparation de biens (2), le régime de la participation aux acquêts (3).

1. Le régime légal

Ce régime prévoit que tous les biens et acquêts du mariage sont communs. Les outils et instruments de travail sont, en revanche, considérés comme des propres appartenant au chef d'entreprise. Il en est ainsi, par exemple, du violon du musicien, des fûts de l'entreprise vinicole etc.. Une récompense sera, néanmoins, due à la communauté si les outils ont été payés avec les deniers communs. Ce régime est, la plupart du temps, à déconseiller au chef d'entreprise.

Trois difficultés inhérentes au régime légal peuvent être signalées. La première difficulté est relative au principe de cogestion. Ce principe peut, en effet, conduire aux blocages de certaines opérations, particulièrement lorsqu'il y a mésentente entre les époux. Il y a ensuite un risque d'immixtion du conjoint non-entrepreneur, car les parts sociales souscrites par un époux sont des biens communs pour leur valeur. Le conjoint non-souscripteur pourra donc revendiquer la qualité d'associé à hauteur de la moitié des fonds communs apportés. Il y a, dans ce cas, un "danger" pour l'entreprise puisque le conjoint non-entrepreneur a la qualité d'associé et peut contester les décisions prises relativement à la société. Enfin, dernière difficulté, la communauté répondant des dettes, le conjoint non entrepreneur est responsable des dettes professionnelles de l'autre.

2. Le régime de la séparation de biens

Il s'agit du régime le plus souvent prôné et usité par les chefs d'entreprise. Il permet au dirigeant d'avoir une indépendance financière, chaque époux étant propriétaire exclusif de ses salaires et des revenus de ses biens. Ce régime est à conseiller car les biens et les revenus du conjoint seront protégés contre d'éventuelles poursuites du créancier de l'époux chef d'entreprise. Le domicile conjugal sera ainsi protégé. Ce régime va aussi assurer au dirigeant une maîtrise totale de son outil de travail pendant toute la procédure et simplifier la liquidation au moment de la dissolution. Les biens propres ou indivis seront nécessairement plus facilement identifiables.

Néanmoins, des tempéraments à ce régime existent. Il arrive, en effet, très régulièrement que le logement familial ait été acquis au nom des deux époux. Dans le cadre même du contrat de séparation de biens est prévue une clause au sein de laquelle il est mentionné que "*chacun des époux est réputé avoir contribué proportionnellement à ses revenus et faculté au jour le jour, sans qu'il y ait possibilité de faire des comptes par la suite*". Jusqu'à une date récente, il n'y avait pas eu d'intervention de la Cour de cassation sur ce sujet. On s'interrogeait, alors, sur la possibilité pour l'un des époux de faire valoir une créance à l'encontre de son conjoint s'il s'avérait qu'il avait contribué seul à l'acquisition du logement.

1° *Le principe : le financement du logement est une modalité de contribution aux charges du mariage*

Le principe a été posé par trois arrêts du 15 mai 2013 (1) et un arrêt du 25 septembre 2013 (2). La Cour de cassation a décidé que le financement du logement familial constituait une modalité de contribution aux charges du mariage. Aucune créance ne peut donc être réclamée par le conjoint qui a surcontribué.

2° *L'exception : la surcontribution*

Une exception au principe susmentionné a été posée par un arrêt du 20 novembre 2013 (Cass. civ. 1, 20 novembre 2013, n° 12-17.248, F-D N° [Lexbase : A0321KQX](#)). En effet, l'époux qui se prétend créancier peut établir qu'il a surcontribué. Il peut, par exemple, avoir payé l'emprunt et contribué à l'entretien du ménage alors que l'autre conjoint avait, également, des revenus. L'impossibilité de réclamer la créance aboutissait à un enrichissement indu de la part du conjoint qui n'avait pas financé l'acquisition du bien.

3° *Le caractère de la présomption*

La question se posait, également, de savoir s'il existait une présomption irréfragable de contribution. De nouveaux arrêts ont été rendus en 2014 (3).

Dans un arrêt de principe du 24 septembre 2014 (Cass. civ. 1, 24 septembre 2014, n° 13-12.532, F-D N° [Lexbase : A3423MX3](#)), la Cour de cassation impose aux juges du fond un raisonnement en deux temps. Dans un premier temps, il leur appartient de qualifier la nature du financement, notamment aux fins de savoir s'il s'agit d'une contribution aux charges du mariage. Lorsque le financement porte sur le logement familial, les juges considèrent systématiquement qu'il s'agit d'une contribution aux charges. Dans un second temps, il appartient aux juges de rechercher si l'époux a surcontribué. La Haute cour a, en effet, précisé que la présomption de contribution n'était pas irréfragable (4). Pour prouver qu'il a surcontribué l'époux peut, par exemple, avancer que le financement était intervenu alors que l'épouse travaillait, que les époux avaient des revenus équivalents, ou encore qu'il avait contribué à des financements supplémentaires. La Cour semble poser le principe que, s'agissant du régime de séparation de biens dans laquelle ladite clause est insérée, si l'acquisition a été faite par un des deux, il y a une présomption de financement dans le cadre de la contribution aux charges du mariage, sauf pour l'époux à prouver qu'il a contribué au delà de ses facultés contributives.

3. Le régime de la participation aux acquêts

Il s'agit d'un régime mixte, à mi-chemin entre le régime de séparation de biens et le régime de la communauté. A la suite de la dissolution, aura lieu le calcul de la créance de participation. Cette créance a l'avantage d'être extrêmement précise et comptablement établie. Elle s'établit par la différence entre le patrimoine d'origine, comprenant les biens propres et les dettes propres, et le patrimoine final, composé des biens présents à la dissolution du mariage et les dettes non encore acquittées. Il s'agit donc de la différence entre le patrimoine final et le patrimoine originaire de chacun des époux, faisant apparaître la valeur nette des acquêts. L'époux qui s'est le moins enrichi aura droit à une créance égale à la moitié de l'enrichissement supplémentaire réalisé par son conjoint. Ce régime est de plus en plus conseillé par les avocats et les notaires. L'avantage est de laisser chaque époux propriétaire des biens acquis à son nom. Ce régime protège, également, le chef d'entreprise d'une immixtion de l'autre conjoint dans la gestion de l'entreprise. Le patrimoine du conjoint non entrepreneur n'est, lui, pas exposé au gage des créanciers du chef d'entreprise mais bénéficiera des biens acquis par l'entrepreneur à l'aide des bénéfices d'exportation. Contrairement à la prestation compensatoire, il est donc relativement aisé de faire un calcul précis et prévisible de la créance de participation.

B - Le contrat de mariage

Afin de garantir une protection efficace du chef d'entreprise, l'avocat doit conseiller son client et lui suggérer d'insérer des clauses spécifiques dans son contrat de mariage.

1° Une clause de déclaration de biens propres

Cette clause de déclaration de biens propres permet une meilleure "traçabilité" des fonds au moment du divorce. Elle détermine l'origine des deniers personnels. Dans le régime de communauté, il est possible d'exclure un certains nombres de biens professionnels ainsi que les revenus qui en découlent.

2° La clause alsacienne

La clause alsacienne est une clause de reprise d'apport en cas de divorce. Les biens apportés à la communauté auront un sort différent au moment du divorce puisque l'époux reprendra ses biens.

3° Une clause modifiant les règles de calcul des récompenses

La règle est, normalement, de prendre en compte le profit subsistant, mais il est possible de prévoir dans le contrat un remboursement des dépenses faites par un époux, pour le compte de son conjoint, au nominal avec des intérêts à définir.

4° Une clause prévoyant de répartir différemment les charges du mariage

Il est possible de fixer la contribution aux charges du mariage à une fraction déterminée des revenus.

5° Une clause prévoyant la modification du contenu de la notion de charges du mariage

Cette clause permet d'exclure certaines dépenses des charges du mariage.

Il existe donc, dans le régime de communauté, des possibilités d'atténuer et de corriger certaines difficultés pour le

chef d'entreprise. Dans le régime de séparation, il est possible d'adjoindre une société d'acquêts. Cela permet de mettre en commun uniquement certains biens déterminés par les époux. Enfin, dans le régime de la participation aux acquêts, il est, également, possible d'exclure certains biens professionnels.

C - L'organisation de l'entreprise

Il est possible d'envisager différentes formes d'entreprises.

1. La forme individuelle

L'avantage de l'entreprise individuelle, pour le chef d'entreprise, est de pouvoir déterminer seul sa rémunération et, éventuellement, de favoriser une rémunération sous forme de dividendes. La difficulté, dans ce cas, est que les dividendes ne sont pas considérés comme des biens "propres". Ils rentreront, par conséquent, dans la communauté. L'EURL n'est donc pas une forme conseillée.

2. La forme sociétaire

La forme sociétaire est, elle, plus recommandée. Dans le cadre de la société, le chef d'entreprise peut posséder des parts non négociables et des actions (titres négociables). Le chef d'entreprise commun en biens, marié sous le régime de communauté, qui acquiert des parts avec les fonds communs doit, cependant, avertir le conjoint de cet achat. Cette obligation est prévue par l'article 1832-2 du Code civil (N° Lexbase : L2003ABS). La qualité d'associé est, dans ce cas, également reconnue au conjoint pour la moitié des parts souscrites, ce qui peut être à l'origine de difficultés en cas de mésentente. Il est possible de se prémunir des risques d'intrusion du conjoint, si le conjoint accepte de renoncer à cette qualité. En revanche, s'il s'agit de titres négociables, il n'existe pas d'obligation de prévenir le conjoint, et ce dernier n'aura pas la qualité d'associé.

D - Les mesures pour gérer l'entreprise pendant la crise

1. La collecte des informations relatives aux sociétés

Il appartient à l'avocat d'aller collecter les informations indispensables relatives aux sociétés. Peuvent, à ce titre, être examinés : infogreffe, le Kbis de moins de trois mois, les statuts, les comptes sociaux, les rapports de gestion, les bilans des trois dernières années, la déclaration annuelle des salaires (DADS) (elle permet de voir les variations de rémunérations depuis la séparation du couple), les relevés de frais généraux, les documents issus de la comptabilité y compris l'annexe. Cette dernière contient, notamment, les conventions comptables, les méthodes d'évaluation, les modes et les durées d'amortissement et des immobilisations, les rapports généraux du commissaire aux comptes des trois dernières années, etc.. Il est important de recueillir toutes ces informations puisque le juge conciliateur statuera, au regard de ces données, sur les mesures provisoires.

2. Les mesures provisoires

Il s'agit, pour l'avocat, lorsque la crise survient de faire des demandes concernant les mesures provisoires.

2.1 Le devoir de secours

L'avocat doit, pour invoquer le devoir de secours, justifier de la réalité des revenus des époux. Il convient de tenir compte des revenus du travail mais aussi des revenus en capital.

1° Les revenus du travail

Peuvent être compris dans les revenus du travail : les salaires, les prix, les bonus, les jetons de présence, l'épargne salariale, l'intéressement et la participation aux bénéfices de l'entreprise et les avantages en nature (ex. : appartement de fonction, voiture, téléphone...).

2° Les revenus du capital

Peuvent être retenus au titre des revenus en capital : les avances en compte-courant et les réserves (5). Il arrive que l'époux avance un état de dégradation financière ou une dépense importante pour justifier l'absence de versement de dividendes. Les juges apprécient si ce changement de rémunération est justifié compte tenu, notamment, de la trésorerie de l'entreprise et de la situation économique.

2.2 La jouissance du logement familial et mobilier du ménage

Une problématique spécifique peut intervenir pour la gestion du logement de fonction. Le conjoint, qui n'est pas directement bénéficiaire du logement de fonction, ne peut en solliciter la jouissance, puisque c'est la société qui est titulaire du bail. Il peut, toutefois, demander une avance substantielle sur la part de communauté permettant de bénéficier d'une garantie bancaire sur ses loyers futurs.

2.3 La jouissance et gestion des biens communs ou indivis

Le juge aux affaires familiales pourra statuer sur les biens communs ou indivis. S'il y a la gestion ou jouissance de biens communs et si un des époux a, par exemple, remboursé l'emprunt, il pourra faire valoir des comptes.

2.4 Le passif

Il existe une faculté de demander que les dettes soient mises à la charge de l'un ou l'autre des époux. Si les dettes sont le complément de l'exécution d'un devoir de secours elles entrent, nécessairement, dans le devoir de secours. A défaut, le conjoint qui les a remboursées pourra les faire valoir au moment de la liquidation de la communauté.

2.5 L'expertise de l'article 255, 9° et 10°, du Code civil (N° Lexbase : L2818DZE)

Il est important, dans le cadre du divorce du chef d'entreprise, de demander au juge de désigner un sapiteur afin qu'il dresse un "*inventaire estimatif*" ou fasse "*des propositions quant au règlement des intérêts pécuniaire des époux*" et de "*faire désigner un notaire en vue d'élaborer un projet de liquidation du régime notaire*". Il peut, également, être utile de faire désigner un expert patrimonial au côté du notaire.

Il faut, en outre, prévoir qui supportera la charge de la provision du notaire et/ou du sapiteur, dont le coût est important.

3. Les mesures urgentes

Il est important concomitamment à la demande de mesures provisoires de viser l'article 220-1 du Code civil (N° Lexbase : L7169IMH) qui dispose que "*si l'un des époux manque gravement à ses devoirs et met ainsi en péril les intérêts de la famille, le juge aux affaires familiales peut prescrire toutes les mesures urgentes que requièrent ces intérêts. Il peut notamment interdire à cet époux de faire, sans le consentement de l'autre, des actes de disposition sur ses propres biens ou sur ceux de la communauté, meubles ou immeubles. Il peut aussi interdire le déplacement des meubles, sauf à spécifier ceux dont il attribue l'usage personnel à l'un ou à l'autre des conjoints. La durée des mesures prises en application du présent article doit être déterminée par le juge et ne saurait, prolongation éventuellement comprise, dépasser trois ans*".

Les mesures urgentes peuvent, en outre, consister en la désignation d'un administrateur provisoire d'une société dont le capital appartient entièrement aux époux, et dont la gestion, abusive, par le seul époux, mène à un important déséquilibre financier (CA Bordeaux, 9 décembre 2010, n° 10/00 100 N° Lexbase : A9256IA3).

4. La désignation d'un mandataire judiciaire

Une dernière mesure peut également être envisagée, il s'agit de celle prévue par l'article 815-6 du Code civil (N° Lexbase : L9935HNB). Si la mésentente entre les époux persiste et compromet le fonctionnement normal de l'entreprise, il est possible de solliciter la désignation d'un mandataire judiciaire qui peut être autorisé à prendre des mesures d'urgence, assurer la gestion de la société et la conservation de l'actif sociale en cas de crise grave.

II — La procédure de divorce du chef d'entreprise

La prestation compensatoire est une valeur estimative et non une valeur mathématique aisée à établir. Dans le cadre du divorce du chef d'entreprise, pour calculer cette prestation compensatoire (B), il faut, au préalable, prendre en compte tous les éléments du patrimoine dont le patrimoine professionnel (A).

A - L'évaluation du patrimoine professionnel

Il est utile, sur cette question, de demander l'avis d'un expert comptable ou du commissaire aux comptes et, si cela est financièrement possible, d'un expert extérieur afin de préparer l'évaluation du patrimoine professionnel avant d'aller devant le juge. Pour que l'avis de l'expert soit crédible et inattaquable, il ne doit, cependant, pas minorer le patrimoine. Il s'agit, pour l'avocat, de vérifier que l'expert a bien pris connaissance des pièces relatives au patrimoine afin que la valorisation soit justement réalisée.

Deux méthodes d'évaluation peuvent envisagées par l'expert :

1° L'approche analogique

L'expert recherche si dans l'entreprise il y a eu des opérations similaires et, par analogie à la transaction, évaluera précisément la valeur de l'entreprise.

2° L'approche intrinsèque

Il s'agit de la vérification "par l'intérieur" de la société, de ce qu'elle génère et du prix le plus probable qui pourrait être obtenu en cas de vente, en fonction, notamment, de l'estimation des bénéfices futurs.

L'expertise permet d'avoir une idée de la valeur du patrimoine professionnel de l'époux chef d'entreprise. Il s'agit d'une valeur approximative, le seul moyen d'en connaître la valeur exacte c'est de vendre l'entreprise. A défaut, la perspective restera, nécessairement, abstraite.

B - L'évaluation de la prestation compensatoire

Une fois la valeur de l'outil professionnel établi, doit être calculée la prestation compensatoire. L'article 271 du Code civil (N° Lexbase : L3212INB) liste les éléments pouvant, notamment, être pris en considération dans le calcul de la prestation compensatoire : la durée du mariage, l'âge et l'état de santé des époux, leurs qualifications et leurs situations professionnelles, les conséquences des choix professionnels faits par l'un des époux pendant la vie commune pour l'éducation des enfants et du temps qu'il faudra encore y consacrer ou pour favoriser la carrière de son conjoint au détriment de la sienne, le patrimoine estimé ou prévisible des époux, tant en capital qu'en revenu, après la liquidation du régime matrimonial, leurs droits existants et prévisibles, leur situation respective en matière de pensions de retraite...

Une des problématiques qui se pose dans l'évaluation de la prestation compensatoire, c'est l'absence de barème. Ainsi, que l'on change de juridiction ou même de juge au sein de la même juridiction, l'évaluation de la prestation compensatoire ne sera pas identique. Certains professionnels (juges, notaires, avocats...), pour pallier cette difficulté, ont créé des grilles qui établissent un montant au regard des données de l'espèce. La difficulté est que ces chiffres sont, également, différents selon les professionnels, qui ont dressé ces méthodes, aboutissant à des chiffres très différents. L'évaluation, par l'intermédiaire de ces grilles, ne constitue donc pas une valeur certaine mais peut, néanmoins, constituer un barème indicatif et être un des arguments opposable à la partie adverse. Le juge garde, néanmoins, une liberté sur cette évaluation selon son appréciation souveraine.

La demande de prestation compensatoire doit être sollicitée dans l'assignation au fond et non dans le cadre des mesures provisoires.

Il convient, après avoir évalué les différents patrimoines, de rechercher la disparité dans les conditions de vie des époux laquelle s'apprécie au regard de différents critères, on tient compte des revenus mais aussi tout ce qui est "dissimulé". Il y existe plusieurs formes de revenus "cachés". Doivent être pris en compte les dividendes. Ces derniers ne rentrent pas dans le calcul de la communauté mais sont pris en compte dans le calcul de la prestation compensatoire. Ainsi, dans un arrêt du 25 septembre 2014, la cour d'appel d'Amiens ne s'est pas contentée de retenir le faible salaire d'un des époux mais a également été rechercher l'existence de dividendes susceptibles de générer un patrimoine plus important (CA Amiens, 25 septembre 2014, n° 10/05 397 N° Lexbase : A1124MXW ; dans le même sens, CA Lyon, 30 avril 2012, n° 11/02 435 N° Lexbase : A6746IK3). Doivent être également être pris en considération au titre des revenus "cachés", les avantages en nature, tel que, le véhicule professionnel. De même, la cour d'appel de Versailles a pu, pour établir le revenu moyen mensuel d'un des époux cumuler les salaires, les dividendes et les revenus fonciers (CA Versailles, 12 juin 2014, n° 13/01 996 [LXB= A5486MQA]). La cour d'appel de Montpellier, dans un arrêt du 9 novembre 2010 (CA Montpellier, 9 novembre 2010, n° 08/05 184 N° Lexbase : A9551NGT), énonce, quant à elle, "*que les revenus non perçus [les bénéfices réalisés non distribués] constituent une épargne dont il convient de tenir compte dans les revenus disponible au titre de l'activité médicale*". Il convient, enfin, d'évoquer les dividendes versés sur un compte-courant d'associé. Il peut parfois être avancé par l'époux, qui en est titulaire, que ces fonds sont destinés à faire face à des difficultés de trésoreries ou bien encore à des dépenses importantes, par exemple, de modernisation. Les juges sont, cependant, peu enclins à retenir cette argumentation et prennent très souvent en considération lesdits dividendes dans le calcul de la prestation compensatoire.

Pour "semer" le doute dans l'esprit du magistrat sur l'incohérence du revenu déclaré par un des époux, il peut être utile pour l'avocat de se référer au train de vie de l'époux. Particulièrement, si celui-ci est visiblement disproportionné au revenu déclaré. Il conviendra, ensuite, de rechercher son financement. Les juges ont, d'ailleurs, été amenés à sanctionner un défaut de loyauté d'une partie dans un arrêt du 14 février 2011 (CA Lyon, 2ème ch., 14 février 2011, n° 09/05 187 N° Lexbase : A6441NGN). Les juges ont, dans cette affaire, relevé que l'époux avait "*entièrement*

restructuré son patrimoine, y compris en utilisant judicieusement un endettement qui pourrait être qualifié de colossal, afin d'éviter l'impôt de solidarité sur la fortune d'abord et l'impôt sur le revenu ensuite". Ils relèvent, également, qu'en dépit de cette situation d'endettement artificieuse, l'époux jouissait d'un train de vie considérable sur lequel il entretenait l'opacité la plus totale. Les juges ont, par conséquent, maintenu la pension alimentaire due par l'époux à son ancienne épouse.

III — Sortir de la crise conjugale et de la crise incidente de l'entreprise : la liquidation et le partage

Est-ce que l'entreprise va survivre au divorce ? Comment éviter le démantèlement de l'entreprise ? Telles sont les questions qu'il convient de se poser, à ce stade, car lorsque l'attribution préférentielle de l'entreprise est impossible, la seule porte de sortie possible est la vente.

Le problème de la liquidation se pose quel que soit le régime matrimonial. Que l'on soit dans un régime de communauté (où l'entreprise est un bien commun) ou que l'on soit dans un régime de séparation (où l'entreprise est un bien indivis) le problème va se poser exactement dans les mêmes termes. Les règles juridiques seront différentes mais il y aura dans les deux cas un actif qui pourra se situer soit dans l'actif de communauté, soit dans l'actif indivis.

Sur le plan chronologique, la problématique de la liquidation peut se retrouver à deux moments de la procédure.

— Soit, d'abord, pendant la procédure de divorce lorsqu'il y a eu désignation d'un notaire sur le fondement des articles 255, 9° et 10°, du Code civil. L'article 267 du Code civil ([N° Lexbase : L2834DZY](#)) permet au juge, dès lors qu'un notaire a été désigné à l'ONC (ordonnance de non-conciliation), de statuer sur les désaccords persistants. Il existe donc, en parallèle de la procédure de divorce, une possibilité de demander aux juges, d'ores et déjà, de trancher les problèmes liquidatifs. Il est donc important, au stade de l'ONC, de demander la désignation d'un notaire.

— Ensuite, après la procédure de divorce, si aucun notaire n'a été désigné au titre des mesures provisoires (opérations d'inventaire, d'évaluation, de projet de partage) ou si le juge a considéré qu'il ne pouvait pas régler les désaccords persistants.

A — L'actif : la valeur de l'entreprise

1. La valeur de l'entreprise ou de la société : par un sapiteur

Comment déterminer l'actif de l'entreprise c'est-à-dire sa valeur ? Trois approches peuvent être utilisées.

— L'approche par analogie

Elle consiste à évaluer une entreprise par référence à des entreprises comparables dont on connaît la valeur, soit parce qu'elles sont cotées en bourse, soit parce qu'elles ont fait l'objet d'une opération dans le même secteur.

Pour les transactions externes, l'information peut être recherchée, par exemple, dans les chambres des métiers, de commerce ou syndicales, chez les fournisseurs, ou encore dans la presse spécialisée.

Pour les transactions internes, il faut pour évaluer la valeur des parts de l'entreprise et rechercher dans les procès verbaux d'assemblée générale. Il faut, également, examiner les transactions publiées à infogreffe et, notamment, les procès verbaux d'assemblée générale ou de cession de parts sociales. Il est, en effet, difficile pour une partie de contester la valeur d'une transaction à laquelle elle a consenti quelques mois auparavant. Pour les sociétés anonymes, il est possible d'obtenir des informations dans les registres des mouvements de titres. Pour les entreprises individuelles, il est possible de se référer à la valeur donnée à l'entreprise, par exemple, par un notaire : déclarations de succession, démembrement d'un bien... Ces informations sont consultables à la conservation des hypothèques.

— La méthode patrimoniale (actif net)

On détermine l'actif net, soit la différence entre les postes d'actif et de passif, et on analyse les corrections à apporter à ces valeurs.

Il convient de souligner que la valeur patrimoniale n'a de sens que si elle intègre les actifs incorporels de l'entreprise (marque, clientèle...), qui sont particulièrement difficiles à estimer.

Une étude d'administrateur judiciaire n'a pas de valeur patrimoniale dans la mesure où aucun droit n'est attaché à la fonction. A défaut de droit de présentation et de clientèle, il n'est pas possible de la faire figurer à la masse active de la communauté. Enfin, elle ne peut pas générer des fruits et revenus devant faire l'objet d'un partage dans le cadre d'un compte d'indivision post-communautaire (6).

-La méthode de l'actualisation des flux de trésorerie

Elle consiste à déterminer la valeur de l'entreprise par les montants des flux de trésorerie disponibles actualisés au coût moyen pondéré du capital. Elle revient à dire que la valeur de l'entreprise correspond à la valeur actuelle de ses résultats futurs.

2. Le moment de l'évaluation de l'entreprise

L'article 829 du Code civil (N° Lexbase : L9961HNA) prévoit qu'*"en vue de leur répartition, les biens sont estimés à leur valeur à la date de la jouissance divise telle qu'elle est fixée par l'acte de partage, en tenant compte, s'il y a lieu, des charges les grevant"*. La date de la jouissance divise est la date la plus proche du partage. Cette date peut poser problème lorsque les circonstances de la vie économique sont assez variables. L'évaluation de l'entreprise à quelques années d'intervalle pourra être notablement différente.

3. Les évolutions pendant la période post-communautaire

L'actif de la communauté va être non seulement composé de la valeur de l'entreprise mais aussi de tout ce qui va l'alimenter, par exemple, des dividendes. S'est posée la question de la qualification des dividendes pendant cette période post-communautaire (c'est-à-dire entre la date des effets du divorce et la date de la jouissance divise). La solution résulte de l'article 815-10, alinéa 2, du Code civil (N° Lexbase : L9939HNG). En effet, les dividendes versés constituent des fruits et en tant que tels, qu'ils émanent de biens propres ou de biens communs, ils tombent en communauté et figure à l'actif de la communauté. La durée de la procédure peut être longue, il faut donc être très vigilant à la prescription de cinq ans prévue par l'article 815-10, alinéa 3, du Code civil. Il peut être utile, pour celui qui y a intérêt, d'interrompre cette prescription pour que les dividendes, qui "tombent" au-delà du délai de cinq ans, ne soient prescrits. La jurisprudence s'est prononcée de façon originale sur ce point, puisqu'elle a considéré que la prescription pouvait s'interrompre simplement par un dire en cours d'expertise (Cass. civ. 1, 20 novembre 2013, n° 12-23.752, F-P+B N° Lexbase : A0325KQ4).

La question se posait également concernant les actions gratuites et, notamment, sur le point de savoir si ces actions pouvaient, comme les dividendes versés, constituer des fruits. La Cour de cassation conclut par la négative et considère, qu'en l'absence de distribution de dividendes, l'attribution d'actions gratuites à l'époux, marié sous le régime de la communauté, sous forme d'augmentation de capital, par incorporation de réserves, ne constitue pas des fruits qui accroissent l'indivision communautaire mais des accessoires de propres (Cass. civ. 1, 12 décembre 2006, n° 04-20.663 N° Lexbase : A8997DSZ).

S'agissant des *stock-options*, différents arrêts ont été rendus pour éclaircir le régime applicable. La Cour de cassation a considéré, dans un arrêt du 9 juillet 2014 (Cass. civ. 1, 9 juillet 2014, n° 13-15.948, FS-P+B+I N° Lexbase : A0580MUZ), que les *stock-options* appartenaient en propre à celui qui les avait souscrit mais, qu'en revanche, leur valeur patrimoniale ne tombait en communauté que lorsque la levée de l'option était intervenue pendant le mariage. Cela signifie que l'époux, détenteur du *stock-option*, a intérêt à ne pas lever l'option pendant le mariage pour éviter que la valeur correspondante ne tombe en communauté. La situation peut être considérée comme injuste. C'est, en effet, quasiment potestatif de permettre à l'époux titulaire des *stock-options* de décider si la valeur va tomber en communauté ou être conservée au sein de son patrimoine propre.

B — Le passif

Les dettes professionnelles ne se calquent pas sur le modèle de l'actif professionnel. C'est une disposition de la loi "Dutreil" (loi n° 2005-882 du 2 août 2005, en faveur des petites et moyennes entreprises N° Lexbase : L7582HEK) qui vient considérer, par une solution assez originale, codifiée à l'article 1387-1 du Code civil (N° Lexbase : L3737HBZ), que la dette professionnelle au stade des opérations de liquidation est supportée par l'époux qui dans le cadre du partage va conserver le patrimoine professionnel. La dette professionnelle va donc être imputée à cet époux. Cette disposition qui protège l'époux du chef d'entreprise a donné lieu à de nombreux développements en doctrine. On pouvait, en effet, s'interroger sur le point de savoir s'il s'agissait d'une obligation ou d'une contribution à la dette et si le créancier professionnel se retrouvait privé de son droit de gage sur le conjoint. La jurisprudence est venue préciser cette question, en indiquant que ce n'était qu'au stade de la contribution à la dette que la dette professionnelle venait s'imputer au créancier qui l'avait engagée (TGI Evreux, 17 novembre 2006). Le créancier va donc pouvoir continuer à profiter d'un droit de gage large vis-à-vis des deux époux, en revanche, dans le cadre des opérations de partage la dette professionnelle sera imputée à l'époux qui se verra attribuer le patrimoine professionnel.

Les comptes-courants doivent être examinés scrupuleusement en matière de liquidation. La jurisprudence considère que seul celui qui est associé peut être recevable à solliciter le remboursement du compte-courant, même lorsque le conjoint est en communauté et qu'il a placé cette somme dans son entreprise (Cass. civ. 1, 9 février

2011, n° 09-68.659, FS-P+B+I N° Lexbase : A9580GSM).

La date d'évaluation des dettes est celle du moment de la jouissance divise.

C — Le sort de l'entreprise

La première solution est le maintien dans l'indivision. Cette solution est, en général, irréaliste. La seconde solution est l'attribution préférentielle, une solution que le dirigeant tentera en priorité d'obtenir. Parmi les critères que le juge va retenir pour cette attribution, il y a l'*intuitu personae*, c'est-à-dire les efforts réalisés par l'entrepreneur pour créer et développer son activité, les aptitudes personnelles de l'un ou l'autre des époux, ensuite et surtout, l'aptitude au financement de la soulte. L'attribution préférentielle exige, en effet, de la part de l'attributaire, selon l'évaluation faite par l'expert, le versement d'une soulte à l'autre conjoint.

D — Cas pratiques : kaléidoscope de quatre situations différentes

Ces différentes situations démontrent les disparités selon qu'un seul époux est associé, en régime de communauté ou en régime de séparation de biens, ou que les deux époux sont associés, en régime de communauté ou en régime de séparation de biens.

1. Un seul époux est associé

1.1 Première hypothèse : l'époux est seul associé en régime de communauté

L'entreprise est, dans ce cas, créée pendant le mariage, elle est donc un acquêt. Seul l'époux titulaire des parts va pouvoir participer au fonctionnement de la société (droit de vote, droit de communication de documents, droit de percevoir les dividendes [à l'exception du devoir d'avertissement du conjoint]). Le chef d'entreprise dirige la société comme il le souhaite. Au stade de la liquidation, le titulaire des parts sociales va pouvoir en demander l'attribution. Les parts sociales, en matière de communauté, dès lors qu'un seul époux est associé, ne peuvent être attribuées qu'au détenteur des parts (Cass. civ. 1, 4 juillet 2012, n° 11-13.384, FS-P+B+I N° Lexbase : A4893IQB). Au stade de la liquidation, l'autre époux pourra, néanmoins, obtenir une soulte. Il convient de noter que le versement de la soulte peut être aménagé, elle peut ainsi être versé en plusieurs fois afin, parfois, de permettre la conservation de l'entreprise. Si ces solutions financières ne sont pas retenues, la vente de l'entreprise sera nécessaire.

1.2 Seconde hypothèse : l'entrepreneur est seul associé en régime de séparation de biens

L'époux gère l'entreprise, il s'agit d'un bien personnel. L'entrepreneur va pouvoir conserver son entreprise, il n'y aura pas de liquidation. Le seul levier sera celui de la prestation compensatoire.

2. Les époux sont associés

Les époux ont, dans cette configuration, des pouvoirs identiques au sein de l'entreprise.

2.1 Troisième hypothèse : les époux sont mariés sous le régime de la communauté

Dans le régime de communauté, au moment de la souscription des parts, l'époux commun en bien a un devoir d'avertissement de son conjoint de la possibilité d'acquérir la moitié des parts fiscales. Certains experts comptables proposent, parfois, au conjoint d'y renoncer au moment de la souscription. Ce droit d'avertissement est un puissant levier de négociation au moment de la procédure de divorce puisqu'il permet de revendiquer des droits dans la société.

Dans la situation, où les deux époux sont associés, il faut soit partager soit attribuer préférentiellement l'entreprise. Mais les époux peuvent, également, vouloir continuer de gérer le bien. Pour éviter toute situation de blocage, plusieurs solutions existent.

— La clause de "buy or sell"

La première solution est la clause de "*buy or sell*". Elle permet à un associé de proposer à un autre associé, qu'à défaut du rachat de ses propres parts par celui-ci, il lui rachètera ses parts. Dans le cadre de cette clause un prix est défini. Cette clause peut être jouée par n'importe lequel des deux époux, c'est une façon d'exproprier ou de forcer à acheter le conjoint les parts de la société pour sortir de la situation de blocage.

— Le retrait de l'entrepreneur

La seconde solution envisageable est le retrait de l'entrepreneur. Il y a de nombreuses décisions sur ce point. La Cour a, ainsi, fait droit à la demande de droit de retrait d'un des époux après avoir constaté la mésentente entre les époux et la disparition de l'*affectio societatis* (Cass. civ. 3, 17 décembre 2008, n° 07-14.601, FS-D N° Lexbase : A8967EBQ).

— La dissolution pour justes motifs

La dernière solution envisageable est la dissolution pour justes motifs. Une solution qui n'est pas réservée au cas du divorce, on la retrouve en effet à l'article 1844-7, 5°, du Code civil (N° Lexbase : L7356IZH) en cas de mésentente entre associés. Il s'agit de la dernière solution, elle ne doit intervenir qu'à raison de l'échec des précédentes.

2.2 Quatrième hypothèse : les époux sont mariés sous le régime de la séparation de biens

La situation sera assez proche de celle relative au régime de la communauté. Si les époux ont acheté séparément des parts de société, chacun des époux conservera les parts dont il est propriétaire en propre et, si les époux ont acheté ensemble des parts de société, les époux se retrouveront en indivision sur ses parts, dans ce cas c'est le régime de l'indivision qui s'appliquera.

Conclusion

En conclusion, il est important de souligner le rôle majeur de l'avocat dans le divorce du chef d'entreprise y compris sur les questions de liquidation. Il possède toutes les armes pour le faire et peut, le cas échéant, se faire entourer par d'autres professionnels spécialisés en droit des sociétés.

(1) Cass. civ. 1, 15 mai 2013, trois arrêts, n° 11-24.322, FS-D (N° Lexbase : A5155KDB), n° 11-26.933 FS-P+B+I (N° Lexbase : A3195KDP) et n° 11-22.986 FS-D (N° Lexbase : A5176KD3).

(2) Cass. civ. 1, 25 septembre 2013, n° 12-21.892, F-P+B (N° Lexbase : A9497KLC).

(3) Cass. civ. 1, 16 septembre 2014, n° 13-18.935, F-D (N° Lexbase : A8516MWC); Cass. civ. 1, 24 septembre 2014, n° 13-12.532, F-D (N° Lexbase : A3423MX3); Cass. civ. 1, 8 octobre 2014, n° 13-22.938, F-P+B (N° Lexbase : A2193MYU).

(4) V., néanmoins, l'arrêt rendu par la Cour de cassation sur cette question (Cass. civ. 1, 1er avril 2015, n° 14-14.349, F-P+B N° Lexbase : A1036NGH); cf., J. — B. Donnier, *Présomption de contribution aux charges du mariage en régime de séparation : retour à la liberté contractuelle comme fondement de la sécurité juridique*, Lexbase Hebdo n° 610 du 23 avril 2013 N° Lexbase : N7020BUK).

(5) Cass. civ. 1, 12 décembre 2006, n° 04-20.663, F-P+B (N° Lexbase : A8997DSZ).

(6) Cass. civ. 1, 28 mai 2014, n° 13-14.884, F-P+B (N° Lexbase : A6208MPM).