

# LE DIVORCE DE L'ENTREPRENEUR (1<sup>RE</sup> PARTIE)

Protection patrimoniale du chef  
d'entreprise contre les risques du  
divorce

xxx

*par Jean-François Desbuquois.....432*

Évaluation du patrimoine professionnel  
dans le cadre de la procédure de divorce

*par Michèle Lewi.....437*

Rémunération du dirigeant et régime  
de communauté

*par Estelle Naudin.....439*

Divorce et procédure collective

*par Frédéric Vauvillé.....442*

Une commission de droit de la famille au  
sein de l'association des Avocats-conseils  
d'entreprises

*par William Feugère.....447*

# PROTECTION PATRIMONIALE DU CHEF D'ENTREPRISE CONTRE LES RISQUES DU DIVORCE

par Jean-François Desbuquois

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

Tout comme ils se prémunissent eux-mêmes ou leur famille contre le risque d'un décès ou d'une incapacité, tous les époux devraient anticiper aussi celui du divorce compte tenu de ses conséquences patrimoniales très lourdes <sup>1</sup>.

Ce sujet devient encore plus sensible lorsque l'un des époux est propriétaire d'une entreprise. Le divorce, menace pour chacun des deux époux, le devient alors également pour la pérennité de l'entreprise elle-même : risque de gestion concurrente en cas de mésentente des époux, perte du contrôle lors du partage, etc. Identifier ces problématiques, bien en amont du divorce, peut permettre au chef d'entreprise de s'en prémunir, en jouant essentiellement sur deux plans :

- le choix de son régime matrimonial ;
- l'organisation juridique de son entreprise.

## ■ Choix du régime matrimonial

Le choix du régime matrimonial, pivot des relations patrimoniales des époux, joue bien sûr un rôle premier en cette matière <sup>2</sup>. Les époux doivent en priorité déterminer le type de régime le plus adapté à leur situation. Ils peuvent aussi envisager d'y apporter à titre complémentaire des adaptations plus spécifiques.

### Choisir un régime matrimonial adapté

Un régime matrimonial inadapté peut conduire le chef d'entreprise à devoir, lors de son divorce, racheter les droits de son conjoint au prix d'un endettement élevé, voire céder l'entreprise à un tiers. En cas de mésentente entre les époux, il peut également être la source d'interférences dans la gestion paralysant le fonctionnement de l'entreprise.

Le choix d'un régime matrimonial adapté permet d'anticiper en partie ces problèmes.

### Communauté légale

Nombre de chefs d'entreprise sont encore mariés sous le régime légal de la communauté de biens réduite aux acquêts, faute d'avoir fait le choix d'un régime conventionnel plus adéquat. Lorsque survient une mésentente entre époux, ce régime peut poser de multiples difficultés tant ses principes communautaires se révèlent inadaptés en période conflictuelle lorsque le patrimoine comprend une entreprise.

#### Propriété des biens

Les risques potentiels, décrits ci-après, vont porter sur les biens de communauté plus que sur les patrimoines propres. Or, dans le régime légal, le patrimoine commun a justement vocation à croître plus que les patrimoines propres, puisqu'il bénéficie de tous les biens acquis à titre onéreux pendant le mariage sans emploi. Cette vocation expansionniste est encore renforcée par la présomption de communauté qui répute acquêt tout bien dont un époux ne peut pas prouver qu'il lui est propre (C. civ., art. 1402). Le plus

souvent, la masse des biens du couple, potentiellement affectés par les risques du divorce, ne fera donc que croître avec la durée du mariage.

#### Remarque

À noter toutefois que certains biens à caractère professionnel présentent des particularités en matière de qualification <sup>3</sup> :

- le fonds libéral créé pendant le mariage est un bien commun en valeur (le droit de présenter un successeur à la clientèle), mais dont le titre reste propre à l'époux exerçant la profession ;
- il en va de même selon la jurisprudence des parts sociales non négociables (sociétés de personnes et de SARL) souscrites par un époux avec des fonds communs <sup>4</sup>.

#### Gestion

Les époux disposent d'un pouvoir de gestion concurrente sur les biens de communauté (C. civ., art 1421), sauf deux dérogations :

- l'époux qui exerce une profession séparée se voit reconnaître un pouvoir de gestion exclusive sur ses biens professionnels ;
- et les actes les plus graves sont soumis à cogestion (C. civ., art. 1422 s.)

Une situation conflictuelle entre époux pourra donc conduire à un blocage de certaines opérations soumises à cogestion concernant l'entreprise (cession de parts sociales d'une SARL ou d'un fonds de commerce).

De façon plus marginale, le principe de gestion concurrente pourra aussi être à l'origine de tentatives d'immixtion du conjoint non entrepreneur <sup>5</sup>.

#### Passif

La communauté répond des dettes nées de l'un ou l'autre des époux, notamment d'origine professionnelle.

(1) Cette étude se limite à l'analyse de la situation d'un couple marié, à l'exclusion de celle des partenaires liés par un pacs ou vivant en concubinage

(2) C. Robbe-Phan, L'anticipation contractuelle en amont du divorce, Actes pratiques et stratégie patrimoniale (APSP) 3/2011, p. 5 s.

(3) F. Bicheron, *Droit patrimonial de la famille*, Dalloz Action 2011/2012, n° 132/91 s.

(4) Civ. 1<sup>re</sup>, 9 juill. 1991, n° 90-12.503, RDI 1992. 389, obs. J. Foyer et J. Hudault ; RTD com. 1992. 204, obs. M. Jeantin, confirmée par Civ. 1<sup>re</sup>, 4 juill. 2012, n° 11-13.384, D. 2012. 1886.

(5) Pour une demande de remboursement d'un compte courant d'associé par le conjoint non associé, toutefois non admise par la jurisprudence : V. Civ. 1<sup>re</sup>, 9 févr. 2011, n° 09-68.659, D. 2011. 594 ; *ibid.* 2624, obs. C. Bourdairre-Mignot, V. Brémond, M. Nicod et J. Revel ; AJ fam. 2011. 217, obs. P. Hilt ; Rev. sociétés 2011. 343, note E. Naudin ; RTD com. 2011. 358, obs. A. Constantin.

Ce principe fait courir au conjoint de l'entrepreneur des risques financiers et peut rendre la liquidation de communauté plus difficile en cas de divorce, si les créanciers refusent de décharger l'époux non exploitant.

### Liquidation - Partage

Le partage des biens communs s'effectue en principe par moitié pour chaque époux.

L'entreprise créée pendant le mariage fait partie de cette masse commune et en constitue souvent la part la plus importante si elle est florissante.

Dans le partage, l'entrepreneur devra alors essayer d'obtenir qu'elle lui soit attribuée et désintéresser son conjoint de la moitié de sa valeur. S'il ne peut y parvenir financièrement, il sera souvent contraint de la céder à un tiers, ce qui fragilisera l'entreprise elle-même.

#### Appréciation

Ce régime est donc par essence même peu adapté pour un couple dont l'un des époux est chef d'entreprise.

## Séparation de biens

Les couples dont l'un des conjoints envisage d'être entrepreneur choisissent fréquemment le régime de la séparation de biens, réputé être plus adapté. Il peut se présenter sous deux versions différentes :

### Séparation de biens pure et simple

La forme la plus usitée en pratique est la séparation de biens pure et simple.

**Propriété des biens** - L'époux qui achète un bien à son nom en est seul propriétaire. Si son conjoint a participé financièrement, il ne pourra que demander une compensation financière lors de la liquidation du régime, mais la propriété du bien lui-même ne sera pas remise en cause. Chaque époux reste également propriétaire exclusif de ses salaires et des revenus de ses biens.

**Gestion** - Les époux sont totalement autonomes dans la gestion de leur patrimoine personnel, sauf pour les biens qu'ils auraient pu acquérir ensemble indivisément.

**Liquidation** - À la dissolution du mariage, la liquidation consiste à établir la nature personnelle ou indivise des biens, à effectuer les comptes entre les époux (existence éventuelle de créances entre époux), et à procéder au partage des biens indivis. Si le régime a été correctement appliqué, la liquidation est en principe assez simple et garantit au chef d'entreprise de conserver la propriété de celle-ci.

#### Appréciation

Ce régime protège bien l'entrepreneur en lui assurant une maîtrise totale de son outil professionnel tant au cours du mariage qu'à la dissolution. Paradoxalement,

cette efficacité peut toutefois se retourner contre lui dans la mesure où elle peut conduire à la fixation d'une prestation compensatoire plus importante. Malgré tout, cette dernière est généralement moins lourde financièrement que le rachat de la part du conjoint dans le régime de la communauté légale<sup>6</sup>.

Il protège aussi efficacement les biens et revenus de l'autre conjoint des poursuites des créanciers de l'époux chef d'entreprise. Son principal inconvénient pour le conjoint du dirigeant est que toutefois les revenus et la valorisation de l'entreprise créée pendant le mariage ne lui profitent pas.

### Adjonction d'une société d'acquêts

Si la séparation de biens pure et simple leur paraît à ce titre trop individualiste, les époux peuvent la nuancer et y adjoindre par une disposition particulière de leur contrat de mariage une société d'acquêts qui aura une amplitude plus ou moins grande selon l'intensité de leur philosophie communautaire.

Les époux définiront eux-mêmes, de façon déterminée ou déterminable, les biens devant intégrer la société d'acquêts auxquels ils entendent ainsi conférer une nature commune.

**Exemple:** Il est ainsi possible de n'y inclure que les acquêts n'ayant pas un caractère professionnel. La société d'acquêts se composera alors des seuls biens acquis après le mariage et non professionnels. En cas de divorce, l'époux propriétaire de l'entreprise n'aura donc pas à désintéresser son conjoint sur la valeur de cette dernière<sup>7</sup>.

**Liquidation** - Les modalités de la liquidation et du partage de la société d'acquêts sont identiques à celles du régime de communauté. Les acquêts sont partagés par moitié en nature, sauf clause contraire dans le contrat de mariage.

#### Appréciation

La société d'acquêts permet de combiner les règles des régimes séparatiste et communautaire et de créer « un îlot » de communauté sur mesure. Les époux peuvent ainsi profiter des avantages offerts par ces deux régimes tout en se prémunissant contre leurs inconvénients respectifs (sauf l'engagement des biens dépendant de la société d'acquêts vis-à-vis des créanciers de chacun des époux).

Toutefois, la rédaction d'un tel contrat est particulièrement délicate puisque la frontière entre les zones communautaires et séparatistes dépend entièrement de la précision des clauses retenues. En cas d'omission, il sera parfois difficile de déterminer le régime légal de référence (communauté ou séparation des biens) pour y trouver une disposition supplétive applicable.

## Participation aux acquêts

Ce régime fonctionne comme une séparation de biens pendant le mariage mais aboutit, lors de sa liquidation, à l'équivalent d'une communauté légale en valeur, prenant la forme d'une créance de participation.

Cette créance est déterminée comptablement lors du divorce en comparant, pour chaque époux, son patrimoine net lors de la dissolution (patrimoine final) et celui qu'il avait lors du mariage (patrimoine originaire).

La différence entre le patrimoine final et le patrimoine originaire de chaque époux fait apparaître la valeur nette de ses acquêts. L'époux qui s'est le moins enrichi a un droit de créance égal à la moitié de l'enrichissement supplémentaire réalisé par son conjoint.

#### Appréciation

Chaque époux reste donc seul propriétaire des biens acquis à son nom, ce qui protège le chef d'entreprise de toute immixtion de son conjoint dans la gestion en cours de

(6) V. l'article de C. Cadars-Beaufour, Patrimoine professionnel et prestation compensatoire, publié dans le prochain numéro.

(7) V. H. Lécuyer et X. Boutiron, Le divorce de l'entrepreneur, Dr. et patrimoine avr. 2012, p. 32.

mariage, et lui évite les aléas du partage lors de la dissolution.

Le patrimoine de l'époux non exploitant n'est pas exposé aux atteintes des créanciers de son conjoint chef d'entreprise<sup>8</sup>.

En revanche, dans la formule de participation aux acquêts telle que proposée par le code civil, la liquidation aboutit en principe à un résultat équivalent en valeur à celui qu'aurait produit une communauté légale. Elle pose donc la même difficulté économique au chef d'entreprise en le contraignant à devoir désintéresser son conjoint de la moitié de la valeur de l'entreprise, ce qui conduit fréquemment la pratique à l'aménager sur ce point en excluant les biens professionnels du calcul de la créance de participation.

La première décision fondamentale que doit prendre l'époux chef d'entreprise pour se protéger des effets du divorce au plan patrimonial est donc de choisir un régime matrimonial, et non de subir le régime légal peu adapté. Un régime séparatiste, ou qui évitera à tout le moins une mutualisation entre époux de la valeur de l'entreprise, sera préférable de ce point de vue. Il convient aussi de rappeler que le choix du régime matrimonial n'est pas figé définitivement mais pourra être modifié ultérieurement par les époux d'un commun accord. Lorsque les risques se seront atténués (par exemple après la vente de l'entreprise), les époux pourront envisager une mise en communauté pour améliorer la protection du conjoint survivant.

### Aménager le régime de base choisi

Une fois effectué le choix du régime de base (V. *supra*), certains époux peuvent être tentés d'aller encore plus loin et de faire un travail sur mesure sur certaines de ses clauses afin de mieux anticiper encore les effets d'un éventuel divorce<sup>9</sup>.

### Variété des clauses possibles

La doctrine donne des exemples de certaines dispositions imaginées dans cette optique<sup>10</sup>.

**La première décision fondamentale que doit prendre l'époux chef d'entreprise pour se protéger des effets du divorce est de choisir un régime matrimonial, et non de subir le régime légal**

■ Dans un régime de communauté :

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

- à charge de l'imputer sur ses droits dans la masse commune ;
- une liquidation alternative de la communauté en cas de dissolution par divorce ou par décès ;
- la reprise en cas de divorce des biens propres apportés en communauté ;
- la suppression de certaines causes de récompenses ou la modification de leurs modalités de calcul.

■ Dans un régime de participation aux acquêts :

- l'exclusion des biens professionnels de la créance de participation ;
- une liquidation alternative de la créance de participation selon les causes de dissolution (décès ou divorce).

### Efficacité de ces clauses ?

Mais de telles clauses seront-elles efficaces si un divorce survient ? En effet, ces clauses, qui paraissent licites lors de leur mise en place au regard de la grande liberté qui prévaut en matière de régimes matrimoniaux, pourraient éventuellement se heurter au

droit moins souple du divorce<sup>11</sup>.

Le droit du divorce, contrairement au droit patrimonial de la famille, ne prend pas spécifiquement en compte le sort de l'entreprise sauf exception (attribution préférentielle). Il n'est apte à appréhender, le cas échéant, les clauses en question que par le concept beaucoup plus large d'avantage matrimonial. Comment vont alors se comporter les clauses sous analyse dans cette réglementation ? Le sujet est actuellement délicat et nécessite d'envisager plusieurs questions successivement<sup>12</sup>.

■ Tout aménagement conventionnel d'un modèle légal de régime matrimonial constitue-t-il un avantage matrimonial ?

La réponse nous semble actuellement incertaine pour deux raisons :

- il n'y a pas d'unanimité doctrinale ni jurisprudentielle sur la notion même d'avantage matrimonial qui reste assez fuyante ;
- un débat existe sur le point de savoir si un avantage matrimonial peut exister dans tout type de régime (communauté, séparation ou participation aux acquêts) alors que le code civil ne l'envisage expressément que dans le seul régime de la communauté.

■ Comment détermine-t-on concrètement l'avantage matrimonial ?

- Par référence au seul régime légal de communauté ? Cette position peut aboutir à des résultats curieux si les clauses à qualifier ont été stipulées dans un régime conventionnel d'une autre nature (par ex. une participation aux acquêts).

- Globalement ou clause par clause ? La question se pose notamment en présence de deux clauses qui pourraient se neutraliser<sup>13</sup>.

- Doit-il nécessairement procurer un gain pécuniaire ? Un avantage non mesurable en valeur (par ex., une clause de prélèvement moyennant une indemnité égale à la valeur d'un bien) peut-il être qualifié d'avantage matrimonial ?

- Les stipulations qu'un époux fait à son propre profit peuvent-elles constituer un avantage matrimonial, ou doivent-elles obligatoirement l'être au profit de l'autre conjoint ?

■ S'il y a un avantage matrimonial, quel est son sort en cas de divorce ?

L'art. 265 c. civ. prévoit une règle en apparence simple et commune avec les donations entre époux :

(8) C. Brenner, Comment protéger le patrimoine conjugal des dettes de l'entreprise, APSP 3/2011. 1 s.

(9) J. Casey, Sort des avantages matrimoniaux ou comment optimiser son régime en cas de divorce succession ou de procédure collective, APSP 2/2008. 62 s.

(10) Pour un panorama très complet de ces clauses et des objectifs auxquels elles peuvent répondre, V. M. Clermon et P. Cenac, Aménagements volontaires des régimes matrimoniaux (ou adapter son régime) : les aménagements directs, APSP 2/2008. 25 s.

(11) P. Murat, Les régimes matrimoniaux et les régimes pacsimoniaux à l'épreuve de la rupture des couples, JCP N 2011, n° 25-1206.

(12) Pour une présentation très complète sur toutes ces questions, V. C. Brenner, Notion et évaluation des avantages matrimoniaux, APSP 2/2008, p. 51 s.

(13) Civ. 1<sup>re</sup>, 17 mars 2010, n° 09-68.292, D. 2011. 351, note V. Bonnet; *ibid.* 622, chron. N. Auroy et C. Creton; *ibid.* 2624, obs. C. Bourdair-Mignot, V. Brémond, M. Nicod et J. Revel; *ibid.* 2012. 1033, obs. M. Douchy-Oudot; AJ fam. 2011. 55, obs. P. Hilt: la clause de reprise d'apport en cas de divorce n'est pas un avantage matrimonial.

- l'avantage est maintenu s'il a pris effet en cours de mariage ;  
 - il est révoqué de plein droit dans le cas inverse. L'application de ces principes se révèle parfois délicate en raison de la relative inadaptation du critère retenu au regard de la variété des avantages matrimoniaux. S'il est facile de répondre pour l'apport d'un bien propre en communauté (effet immédiat) ou une clause de préciput (effet à la dissolution), les choses sont parfois moins nettes (par ex. : une modification des causes de récompenses).

■ Enfin, l'art. 265 c. civ. prévoit que, d'un commun accord, les époux peuvent décider de le maintenir même s'il n'a pas pris effet au cours du mariage. Mais à quel moment un tel accord devra-t-il être formulé ? L'art. 265, al. 2, *in fine* précise : « Cette volonté est constatée par le juge au moment du prononcé du divorce et rend irrévocable l'avantage ou la donation maintenus ».

Deux thèses sont dès lors possibles :

- l'accord des époux ne peut être formulé uniquement qu'à l'occasion de la procédure de divorce. Mais alors les clauses stipulées dans le contrat de mariage, en prévision d'un divorce, risquent d'être privées d'effet lors de la survenue de l'hypothèse qui les justifiait s'il n'y a plus accord des époux à ce moment. Ce qui confine au paradoxe !

- ou bien peut-il être anticipé dès le contrat de mariage, ce qui serait la seule façon de sécuriser la clause qui a justement pour objectif de gérer la situation du divorce ?

Une doctrine éminente<sup>14</sup> milite en faveur de cette dernière solution qui seule permettrait aux clauses de sortir leurs pleins effets. Toutefois, en refusant récemment la possibilité à un époux d'inclure une clause de non-divorce dans la donation consentie à son conjoint, la jurisprudence<sup>15</sup> vient de montrer qu'elle était peu sensible à des arguments d'opportunité dans une matière proche.

#### Appréciation

Si les clauses particulières d'un contrat de mariage, destinées à permettre à l'époux dirigeant de conserver son entreprise en cas de divorce, devaient se révéler *in fine* ne pas pouvoir être sécurisées, il conviendrait alors de privilégier le choix d'un régime de base séparatiste. En effet, le choix d'un régime séparatiste n'est pas constitutif d'un avantage patrimonial, contrairement à l'aménagement contractuel d'un régime communautaire, voire d'une participation aux acquêts.

## ■ Organisation juridique de l'entreprise

Le second levier dont dispose l'époux entrepreneur réside dans les différentes possibilités qui lui sont offertes pour organiser juridiquement son entreprise.

### Choisir un mode d'organisation adapté à l'entreprise

La survenance d'un divorce dans un couple, dont l'un des époux est propriétaire d'une entreprise individuelle à laquelle collabore son conjoint, peut être problématique. L'organisation sous une forme sociétaire sera préférable en particulier si le régime matrimonial est déjà lui-même peu adapté.

#### Inadaptation de l'entreprise individuelle

Le risque de divorce n'est bien sûr pas le seul critère de choix du mode d'organisation juridique de l'entreprise, ni même le principal. Pour un chef d'entreprise soumis à un régime communautaire, la question méritera malgré tout d'être envisagée aussi de ce point de vue, tant le mode d'organisation retenu pourra avoir un impact important.

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<sup>16</sup> (gestion concurrente, risques du partage).

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'EIRL) seront en général impropres à protéger l'entreprise contre les risques du divorce, car elles n'ont pas été conçues dans cette perspective.

Le chef d'entreprise, en particulier s'il n'a pas pris la précaution de choisir un régime matrimonial plus adapté que celui de la communauté légale, aura alors tout intérêt à structurer son entreprise sous une forme sociétaire, qui lui offrira plus de possibilités pour se protéger en cas de divorce.

#### Supériorité de l'organisation sociétaire

Lorsque l'entreprise est organisée sous forme sociétaire, l'époux chef d'entreprise est titulaire de titres sociaux. Les actifs de l'entreprise eux-mêmes ne lui appartiennent plus, mais font partie de l'actif social, ce qui constitue un premier rempart en cas de divorce. Si un partage est nécessaire, il portera sur les titres sociaux, et non sur les actifs et passifs de l'entreprise, ce qui évitera ainsi un risque de démantèlement. En outre, en cas de mésentente, l'époux non dirigeant ne pourra pas interférer immédiatement dans la gestion de l'entreprise, confiée au représentant légal de la société dans un cadre fixé par la loi et les statuts.

Le chef d'entreprise devra toutefois encore se prémunir de plusieurs risques résiduels<sup>17</sup> en faisant un travail sur mesure sur les statuts.

Si les titres représentatifs du capital social ne sont pas négociables, la précaution consistera pour le chef d'entreprise à obtenir de son conjoint sa renonciation à revendiquer la qualité d'associé dès l'apport ou l'acquisition des parts

(14) P. Murat, art. préc., note 11.

(15) Civ. 1<sup>re</sup>, 14 mars 2012, n° 11-13.791, D. 2012. 1386, obs. J. Marrochella, note A. Posez ; AJ fam. 2012. 223, obs. S. David ; RTD civ. 2012. 300, obs. J. Hauser ; *ibid.* 357, obs. M. Grimaldi.

(16) V. 1<sup>re</sup> partie *supra*.

(17) J. Prieur, E. Naudin, R. Cotrel, Couples et situations de crise, APSP 1/2012, p. 43 et s. ; M. Grimaldi, Les effets de la rupture à l'égard des époux associés, Gaz. Pal. 25 mars 2011, p. 15 s. ; G. Gil, Mésentente conjugale et droit des sociétés, RJPF janv. 2011, p. 8. s.



## Aménager la forme sociale retenue

Certaines formes sociales offrent une grande liberté d'organisation statutaire. L'ingénierie sociétariaire peut alors être mise à profit pour prendre le relais ou compléter le droit des régimes matrimoniaux, afin de mieux protéger l'entreprise et l'époux dirigeant des risques inhérents à un divorce conflictuel.

## Empêcher l'intrusion du conjoint au capital

Si le chef d'entreprise est marié en communauté et que les titres sociaux sont communs, la situation doit être précisément analysée, pour éviter l'immixtion de son conjoint dans le capital social.

**Titres non négociables** - Si les titres représentatifs du capital social ne sont pas négociables (parts de SARL, SNC...): l'art. 1832-2 c. civ.

impose à l'époux qui utilise des fonds de communauté pour souscrire ou acheter de telles parts sociales d'en informer son conjoint. Ce dernier peut alors revendiquer la qualité d'associé pour la moitié des parts, soit lors de l'apport, soit ultérieurement et jusqu'à ce que la décision prononçant le divorce soit passée en force de chose jugée<sup>18</sup>. Dans le cadre d'un divorce, cette faculté

**Il convient d'essayer de soumettre à agrément l'entrée du conjoint en qualité d'associé, lors de la dissolution de la communauté, ce qui est possible dans les sociétés par actions simplifiées pluripersonnelles**

de revendication est parfois utilisée comme un moyen de pression contre l'époux dirigeant.

La précaution consistera pour le chef d'entreprise à obtenir de son conjoint, lorsque cela est possible, sa renonciation à revendiquer la qualité d'associé ; ce dès l'apport ou l'acquisition des parts. Le conjoint ne pourra ainsi plus menacer ultérieurement de la revendiquer<sup>19</sup> (V. notre article, publié au prochain numéro).

**Titres négociables** - Si les titres sociaux sont négociables (actions de SA ou SAS), la procédure d'avertissement du conjoint commun en biens lors de la souscription ou de l'achat des actions au moyen de fonds communs n'est pas applicable. En revanche, le risque est que, une fois le divorce prononcé, les actions anciennement communes ne deviennent indivises entre les deux époux. Les règles légales de gestion de l'indivision prennent alors le relais et contraindront les deux indivisaires à désigner un mandataire commun pour voter lors des assemblées à intervenir dans la société. En cas de désaccord, le seul recours sera que l'un des époux demande la désignation judiciaire dudit mandataire.

Pour éviter ce risque, il convient d'essayer de soumettre à agrément l'entrée du conjoint en qualité d'associé, lors de la dissolution de la communauté, ce qui est possible dans les sociétés par actions simplifiées pluripersonnelles (C. com., art. L. 227-14), mais pas dans les sociétés anonymes en principe.

Si la forme sociale ne permet pas un tel agrément, une autre piste peut être, pour le dirigeant, de détenir ses actions, non à titre personnel mais par l'intermédiaire d'une société holding personnelle dont le capital sera constitué de droits sociaux non négociables.

## Éviter un blocage des organes sociaux

Si l'époux chef d'entreprise ne peut empêcher la présence de son conjoint au capital, il convient alors qu'il évite qu'elle ne puisse conduire à une paralysie des organes sociaux en cas de crise du couple.

Un travail sur le mode de gouvernance et les majorités peut alors être entrepris pour que, en cas de conflit, la gestion de la société ne soit pas entravée. On peut à ce titre envisager de transposer en la matière certains mécanismes d'ingénierie sociétariaire permettant de régler des conflits entre associés égalitaires de façon plus large

(clause « buy or sell », exclusion, actions de préférence, etc.).

**Exemple :** des époux séparés de biens détenant chacun 50 % du capital d'une société pourraient ainsi envisager d'inclure dans un pacte d'actionnaires, une clause « buy or sell » prévoyant en substance que dans certaines circonstances précisément déterminées correspondant à des hypothèses de mésentente entraînant un blocage des organes sociaux (par exemple : la tenue de deux assemblées consécutives sans qu'aucune décision ait pu être prise faute de majorité, ou l'impossibilité de désigner un nouveau dirigeant), chacun d'eux aura la possibilité de proposer à son conjoint soit de lui vendre sa propre participation, soit de racheter celle de son époux, moyennant un certain prix. L'époux qui déclenchera le mécanisme aura donc intérêt à proposer un prix correct puisqu'il pourra se trouver en situation de vendeur sur cette base. La mise en œuvre de ce mécanisme permettra à la société de retrouver un actionnaire majoritaire (l'époux qui rachète) sans sacrifier les intérêts pécuniaires de l'époux qui vendra.

## Sécuriser le droit d'utiliser les actifs nécessaires à l'entreprise

Si la société ne détient pas la propriété de tous les actifs qu'elle utilise, et si certains d'entre eux appartiennent à son conjoint, le chef d'entreprise doit s'assurer qu'elle dispose bien d'un droit de jouissance pérenne sur eux.

On rencontre fréquemment des zones de fragilité sur ce terrain dans les entreprises familiales (achat de l'immobilier d'exploitation par une SCI détenue par le conjoint non dirigeant, ou dépôt des marques commerciales ou des brevets au nom des personnes physiques).

L'époux dirigeant devra alors être attentif à avoir conclu avec son conjoint des contrats écrits, équilibrés et protecteurs de l'entreprise, avant que ne survienne la crise du couple.

\* \* \*

**Conclusion** - Le chef d'entreprise dispose donc de deux leviers principaux (régime matrimonial, et mode d'organisation juridique de l'entreprise) pour essayer de se prémunir, lui ainsi que l'entreprise, des risques du divorce. Si l'un des deux n'est pas mis en œuvre, le second pourra partiellement combler la lacune, l'idéal étant toutefois de jouer sur les deux plans à la fois pour une meilleure efficacité.

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

<sup>(19)</sup> Com. 12 janv. 1993, n° 90-21.126, Bull. civ. IV, n° 9 ; Rev. sociétés 1994. 55, note J. Honorat.

# ÉVALUATION DU PATRIMOINE PROFESSIONNEL DANS LE CADRE DE LA PROCÉDURE DE DIVORCE

par Michèle Lewi

Expert-comptable, expert près la Cour d'appel de Paris

« Il est plus facile d'être aimé pour sa fortune que pour sa beauté, car la beauté ne prend pas 5 % par an »<sup>1</sup> ; il arrive en tout cas qu'au stade du divorce on ne puisse plus « comprendre une autre beauté que celle des écus »<sup>2</sup> et que la fortune ait mieux résisté aux crises que le couple.

Fortune, en littérature et pour la fiscalité, ici le *patrimoine*, même si c'est le moment de la liquidation du régime *matrimonial*. À la demande du tribunal ou du notaire, voire des conjoints ou de leurs avocats, l'expert-comptable intervient en tant qu'expert ou en tant que « sachant », puisque, dit-on, les bons comptes font les bons amis. À l'heure des règlements de comptes – pas ceux qui intéressent M. ou M<sup>me</sup> « chiffres » –, seul compte ce qui peut être compté, la seule compensation qu'on puisse attendre est d'ordre financier.

Si le patrimoine comporte une entreprise, sous forme individuelle ou de société – les développements qui suivent s'appliqueront à ce bien quelle qu'en soit la forme juridique –, il faut déterminer *une* valeur : *une* valeur et non pas *la* valeur, car il n'existe pas de valeur absolue, ni de méthode parfaite pour l'approcher et l'évaluation se situe toujours dans un contexte spécifique.

Voici quelques réflexions, d'un point de vue de praticien, pour mieux comprendre le cadre, les contraintes et les limites de ce travail d'évaluation.

## ■ Spécificités du travail d'expertise dans le contexte du divorce

Quelles différences par rapport à une mission dans une situation de cession d'entreprise à un repreneur « lambda » ?

Le paysage émotionnel dans lequel s'inscrit la mission d'expertise, rappelé plus haut, nécessite distance et absence de jugement de valeur de la part de l'expert ; de l'humour, même, qu'il se garde le plus souvent de partager avec les parties, même s'il peut arriver qu'il puisse les aider à prendre un peu de recul et à relativiser le drame qu'elles sont en train de vivre, voire, si la situation économique est vraiment très confortable, ses enjeux financiers.

Sous un angle plus technique :

- l'entreprise se poursuit après divorce sans chan-

gement : cela permet d'extrapoler les résultats futurs à partir du passé ; si le divorce n'entraîne pas le départ de l'homme ou de la femme « clé » (le conjoint ?), la situation se distingue de celle de l'arrivée d'un repreneur, lorsqu'il y a un fort « *intuitu personae* » ;

- pour autant, cela ne veut pas dire que le divorce n'ait pas d'impact : il faut identifier la période, disons « suspecte », où les difficultés du chef d'entreprise en plein divorce vont influencer, que ce soit voulu ou non (un malheur n'arrive jamais seul !) sur la marche de l'entreprise ; il s'agit de neutraliser l'impact de la tourmente, en principe passagère ;

- la quête documentaire se situe dans un contexte où le conjoint qui n'est pas dans l'entreprise sait souvent beaucoup de choses ; il peut s'agir de l'identité d'une personne dont la rémunération s'est trouvée soudainement augmentée au début de la crise du couple, de celle d'un associé, de cessions de parts en blanc, de l'existence d'intérêts ou de sociétés à l'étranger... ;

- le conjoint sait beaucoup, il imagine plus encore : il arrive qu'il ait une vision un peu mythique de ce petit bijou qu'il a vu évoluer durant la vie commune, à l'époque dans une perspective patrimoniale sans conflit d'intérêts ;

- quant au dirigeant, il n'a pas envie de partager avec l'« ex » le fruit de son talent et de son travail et il aura tendance à minorer une valeur qu'il apprécierait autrement s'il devait la vendre ;

- les intérêts divergents sont habituels, certes, mais ici le contexte affectif ôtera toute objectivité aux parties, sans que la réalité du marché impose sa loi.

## ■ Deux familles de méthodes d'évaluation

Il existe deux familles de méthodes d'évaluation :

- les approches analogiques consistent à évaluer une entreprise par référence à des entreprises comparables dont on connaît la valeur, soit parce qu'elles sont cotées, soit parce qu'elles ont fait l'objet d'une transaction dont les caractéristiques sont connues ;

- les approches intrinsèques consistent à déterminer la valeur de l'entreprise à partir des éléments de rentabilité et de risque propres à celle-ci.

Il faut identifier la période « suspecte », où les difficultés du chef d'entreprise en plein divorce vont influencer sur la marche de l'entreprise

### Approches analogiques

Avant d'engager un travail approfondi, l'expert recherchera s'il y a eu des opérations significatives réalisées sur l'entreprise ou les titres de la société : la référence à une telle transaction a le mérite, d'une part, de s'appliquer à l'entreprise concernée et, d'autre part, d'avoir été acceptée par son dirigeant, voire son conjoint. Il y a lieu de la mettre à jour en fonction des données récentes, comparées aux critères retenus ou qui pourraient avoir été retenus à l'époque de la transaction.

(1) Les *amnésiennes* n'ont rien vécu d'inoubliable ou Mille réponses à la question : « À quoi tu penses ? », Hervé Le Tellier.

(2) La Belle Dorothée, Charles Baudelaire, dans *Le Spleen de Paris*.

Quand on peut se référer à une opération en bourse dans le secteur de l'entreprise et que la taille de cette dernière est suffisamment importante pour que l'analogie ne soit pas aberrante, la méthode des multiples revient à comparer les rapports entre la valeur et les paramètres fondamentaux d'un échantillon d'entreprises similaires et à appliquer ce rapport à l'entreprise étudiée.

## Approches intrinsèques

**Les comptes doivent être lus en fonction du filtre des normes comptables appliquées : quand elle existe, il faut demander l'annexe, qui fait partie intégrante des comptes annuels et qu'on ne pensera pas toujours à vous communiquer**

Après avoir arrêté des normes comptables, aux plans national et international (les *generally accepted accounting standards*), d'ailleurs en constante évolution, le monde financier a établi aussi des normes en matière d'évaluation (l'IVSC, *International Valuation Standards Council*), **définit (???)**

dans la norme applicable au 1<sup>er</sup> janv. 2012 :

La valeur d'un bien n'est pas un fait, mais une opinion :

- soit du prix le plus probable qui pourrait en être obtenu ;
- soit de sa valeur économique pour le propriétaire, en fonction d'une estimation des bénéfices futurs.

Prenons deux exemples, l'un où l'on connaît le prix, l'autre où il n'y a au contraire pas de « prix », c'est-à-dire aucune perspective de vente :

- 1<sup>er</sup> cas, *a priori* simple, il s'agit de titres d'une société cotée : le cours de Bourse serait le prix, mais il ne suffit pas de s'y référer, car il peut y avoir des effets conjoncturels passagers ou des limitations aux possibilités de cession des titres (un engagement de conservation par ex.) ;

- 2<sup>nd</sup> cas, celui d'une entreprise sans perspective réaliste de cession, par exemple un médecin dans une spécialité où l'on peut s'installer facilement sans acquérir une clientèle : si l'outil de travail permet une rémunération supérieure à celle d'un poste dans un dispensaire, cela a une valeur. Qui plus est, le cabinet peut comporter du matériel, un bail avec un loyer inférieur au niveau habituel du marché, des facilités de travail au sein d'une SCM, des locaux détenus directement ou à travers une SCI... Il peut d'ailleurs faire apport de son cabinet à une EURL, dont il sera l'associé, ou prévoir l'acquisition par la société, peut-être financée par Interfimo (émulation du LCL, spécialiste des professions libérales). Puisque le cabinet a une valeur pour le praticien lui-même, acceptée par un organisme financier indépendant, elle en a aussi dans le cadre d'un divorce.

## Cas pratique

Même si l'on peut bien évidemment rencontrer des situations plus complexes avec une holding et des filiales – en d'autres termes un ensemble d'entreprises – en France et à l'étranger, nous retiendrons, ici, le cas d'une entreprise dirigée par l'un des protagonistes, pour lequel elle représente à la fois un outil de travail et un patrimoine, en association ou non avec le conjoint, du fait de la répartition du capital dans le cas d'une société **et/ou** en conséquence du régime matrimonial.

Pour évaluer ce bien, on rencontre principalement deux méthodes.

**1. La méthode de l'actualisation des flux de trésorerie ou DCF** (*discounted cash-flows*) 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 :

« valeur actuelle » : 100 € aujourd'hui ce n'est pas la même chose

que 100 € dans un an ; 1 200 € tout de suite ce n'est pas la même chose que 100 € versés tous les mois pendant l'année qui vient : non seulement **mieux** vaut « un tu l'as » que « deux tu l'auras », c'est-à-dire qu'il faut prendre en compte les risques, mais encore **plus** « vaut tu l'as » que « deux tu l'auras », il faut tenir compte de l'inflation et de la rémunération de l'argent. Anticiper les flux de trésorerie implique que l'on dispose d'un plan d'affaires (*business plan*) fiable, sinon que l'on puisse projeter une évolution à partir des résultats des dernières années : l'expert va rassembler un ensemble de données auprès du chef d'entreprise et si possible de sources externes, qu'il faut confronter et dont il faut examiner la pertinence.

Le gros avantage de la méthode est qu'elle fait ressortir clairement qu'elle repose sur des hypothèses ; son principal inconvénient qu'il s'agit, précisément, d'hypothèses. Il est prudent de confronter son résultat à celui obtenu par une autre approche.

**2. La méthode patrimoniale** revient à estimer séparément les différents actifs et engagements de l'entreprise et à en faire la somme sous déduction de ses dettes : 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.

Quelle que soit la méthode retenue, les comptes doivent être lus en fonction du filtre des normes comptables appliquées : quand elle existe, il faut demander l'annexe, qui fait partie intégrante des comptes annuels et qu'on ne pensera pas toujours à vous communiquer : or c'est là que figurent les conventions comptables qui ont été retenues, les méthodes d'évaluation, les modes et durées d'amortissement des immobilisations, etc. Les méthodes sont largement influencées par les règles fiscales, ceci impose des retraitements pour établir une approche économique de l'entreprise.

Et puis un bilan, cela montre un peu, mais cela cache l'essentiel ; notamment :

- le *bilan* ne comporte pas, par définition, ce qu'on appelle le « hors bilan », dont les engagements donnés ou reçus (location, crédit-bail...) : si annexe il y a, elle doit en faire mention ;
- 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 part significative de la valeur de l'entreprise soit n'est pas portée au bilan, soit y figure pour une valeur qui n'est pas d'actualité, car, par convention, la comptabilité recense les différents postes à leur coût historique, c'est-à-dire à leur valeur lors de leur entrée dans le patrimoine de l'entreprise. Puisque le résultat doit être minimum et certain, les moins-values latentes sont en principe constatées, mais pas les *plus-values latentes*. Il faut ainsi prendre en compte ou corriger la valeur des biens immobiliers, d'un *droit de bail* si le niveau de loyer est très différent du niveau du marché, du fonds de commerce. Quand le domaine d'activité de l'entreprise s'y prête, le *fonds de commerce* est déterminé à partir des usages de la profession, souvent en fonction du chiffre d'affaires, par exemple une année d'honoraires pour un cabinet d'avocat ; le mémento fiscal Lefebvre indique souvent des fourchettes très larges ; ce qui laisse une grande flexibilité d'appré-



ciation des spécificités, opportunités et des risques auxquels est exposée l'entreprise.

Il faut calculer aussi l'incidence de la *situation fiscale latente*, notamment l'économie future d'impôt en cas de reports déficitaires, dans une société assujettie à l'IS (impôt sur les sociétés).

L'**erreur** à éviter est de prendre en compte deux fois la même chose, par exemple :

- calculer deux fois l'incidence du risque : une fois par un abattement dans l'évaluation des profits futurs, une fois dans le taux d'actualisation ;
- cumuler deux méthodes : si vous additionnez une valeur de fonds de commerce (par ex. un pourcentage du chiffre d'affaires) et la valeur actuelle des résultats futurs, cette valeur incorporelle est retenue deux fois, car elle représente précisément ce qui permet un résultat supérieur au seul rendement des capitaux investis.

En revanche, il y aura lieu généralement de confronter des résultats issus de méthodes différentes et, s'ils sont très divergents, d'en expliquer l'écart.

## ■ Quête documentaire

Pour procéder à ces analyses, il faut disposer d'une documentation suffisamment complète pour écarter les risques les plus significatifs de faire fausse route. L'expert va demander un certain nombre de pièces pour essayer de répondre aux différents points évoqués ci-dessus, outre les documents issus de la comptabilité, par exemple :

- les documents juridiques de la société permettent de repérer les opérations qui ont pu intervenir sur le capital, les rapports de gestion, les événements importants et l'analyse du résultat qui ont été présentés aux assemblées ;
- s'il y a un commissaire aux comptes, son rapport général indique si les comptes sont acceptés sans

réserves ; son rapport spécial (ou le rapport spécial de la gérance en SARL) récapitule les conventions réglementées, intervenues entre la société et son dirigeant, directement ou indirectement ;

- la déclaration annuelle des salaires (DAS) et la déclaration DAS 2 des honoraires versés sont à analyser pour repérer d'éventuelles variations importantes des rémunérations depuis le début du processus de séparation du couple ;

- le relevé des frais généraux (n° 2067), récapitule, lorsque les montants dépassent certains seuils, les rémunérations et remboursements de frais des cinq ou dix personnes les mieux rémunérées, les montants des frais de réception et des cadeaux.

\* \* \*

**Conclusion** - La démarche de l'expert doit comporter une transparence de la discussion avec les parties, notamment sur les hypothèses retenues et, sauf référence à une transaction comparable :

- la présentation d'une fourchette de résultats, qui fasse comprendre qu'il s'agit d'une approche d'une valeur et non pas d'une mesure scientifique, quitte à calculer une moyenne à partir d'une probabilité des hypothèses pessimiste et optimiste, si elle peut être déterminée ;

- si possible, la confrontation de plusieurs méthodes.

Les formules mathématiques sophistiquées peuvent masquer l'alea des hypothèses retenues. Mieux vaut parfois une approche plus simple, mais qui soit bien comprise des parties.

Disjoindre ceux qui étaient les conjoints requiert, ou suscite, parfois beaucoup de violence. L'expert devra trouver l'équilibre entre technicité convaincante et pédagogie persuasive : les bons comptes font les bons amis, certes ; mais ce sont surtout les comptes, qui font les bons amis, qui seront les bons.

### Les bonnes adresses

- INFOGREFFE, MANAGEO... et autres pour rechercher les fonctions de direction, mandats sociaux
- VERNIMMEN (en ligne sur [www.dalloz.fr](http://www.dalloz.fr)) : éditeur d'un ouvrage de finance, lexique des termes financiers sur le site
- [www.impots.gouv.fr/professionnels/recherche](http://www.impots.gouv.fr/professionnels/recherche) de formulaires (et notices)

# RÉMUNÉRATION DU DIRIGEANT ET RÉGIME DE COMMUNAUTÉ

par Estelle Naudin

Agrégée des Facultés de droit, Professeure à l'Université de Strasbourg, Directrice du master droit des affaires, spécialité gestion de patrimoine

S'il est souvent déconseillé aux entrepreneurs d'être mariés sous un régime de communauté, qui ne fait guère bon ménage avec la vie des affaires, force est de constater que le dirigeant, comme une très large majorité des époux, est pourtant fréquemment soumis au régime légal de la communauté d'acquêts. De prime abord, le sort de la rémunération du dirigeant paraît alors évident. Comme tout produit d'une acti-

vité professionnelle, la rémunération du dirigeant a naturellement vocation à alimenter la communauté, les gains et salaires relevant toutefois de la gestion exclusive de l'époux qui les perçoit. Cependant, l'analyse mérite d'être précisée, la rémunération d'un dirigeant pouvant adopter plusieurs formes, plus ou moins sophistiquées. De manière schématique, le dirigeant peut ainsi percevoir des rémunérations liées à la détention d'un capital (1<sup>re</sup> partie), auxquelles peuvent s'ajouter les rémunérations résultant de son travail (2<sup>e</sup> partie).

## ■ La rémunération du capital

L'entrepreneur est communément présenté comme celui qui prend des risques, en exposant, en tout ou partie, sa fortune aux aléas des affaires. Le dirigeant peut ainsi percevoir une rémunération liée au capital qu'il a investi dans l'entreprise, ou qu'il a laissé à sa disposition par des avances en compte courant.

**Distribution de dividendes** - Tout d'abord, lorsque l'entreprise est exploitée par le biais d'une société dont l'époux dirigeant est un associé, l'activité de l'entreprise peut donner lieu à la distribution des bénéfices sous forme de dividendes, à la suite du vote de l'assemblée des associés. Les dividendes constituent alors des fruits engendrés par les parts sociales, qui tombent, sans nul doute, en communauté, que les parts soient propres ou communes.

**Constitution de réserves** - Les associés peuvent, au contraire, décider d'affecter les bénéfices de l'entreprise à la constitution de réserves, qui pourront être distribuées ultérieurement afin de compléter un dividende trop maigre, ou encore donner lieu à une augmentation de capital. Une difficulté sérieuse se pose alors dans l'application des règles du régime matrimonial lorsque les parts

sociales de l'époux associé constituent des actifs propres. Les droits de la communauté sur les fruits engendrés par les biens propres peuvent-ils être contournés par une mise en réserve des bénéfices engendrés par la société? À suivre la jurisprudence, on est tenté de répondre par l'affirmative.

Les dividendes constituent des fruits engendrés par les parts sociales, qui tombent, sans nul doute, en communauté, que les parts soient propres ou communes

Un arrêt rendu par la première Chambre civile de la Cour de cassation le 12 déc. 2006 retient ainsi l'attention <sup>1</sup>. En l'espèce, un époux avait créé une société à responsabilité limitée avec sa mère avant de se marier sous le régime légal, chaque associé détenant alors 200 parts. Plusieurs années plus tard, une assemblée générale extraordinaire a procédé à une augmentation de capital par incorporation des réserves, qui avaient été progressivement constituées, ce qui a conduit chaque associé à recevoir 1400 parts supplémentaires. À la suite du divorce du couple, l'épouse revendiqua la moitié des parts nouvelles acquises durant le mariage, qui constituaient, selon elle, des actifs communs. À défaut, une récompense était réclamée en faveur de la communauté. Les juges du fond ont écarté ces demandes, et la Cour de cassation les en approuve.

Elle considère, d'une part, que les parts nouvelles résultant de l'augmentation de capital par incorporation de réserves constituent des accroissements se rattachant à des valeurs mobilières propres ayant, par application de l'art. 1406 c. civ., la nature de biens propres. Les parts nouvelles, résultant d'une augmentation de capital par incorporation de réserves, n'étaient donc pas communes. D'autre part, la Cour énonce que « les bénéfices réalisés par une société ne deviennent des fruits ou des revenus de biens propres, susceptibles de constituer des acquêts de communauté, que lorsqu'ils sont attribués sous forme de dividendes ». La communauté n'avait donc aucun droit sur les bénéfices mis en réserve. Elle ne s'est donc pas appauvrie lors de l'augmentation de capital, de sorte qu'aucun droit à récompense ne peut lui être octroyé.

À l'heure du conflit au sein du couple, voilà qui pourrait inviter l'époux associé à préférer une mise en réserve des bénéfices à une distribution de dividendes alimentant la communauté. La communauté pourrait-elle alors prétendre à une récompense fondée sur l'art. 1403 c. civ., visant les fruits que l'époux a négligé de percevoir ou a consommés frauduleusement? Cette protection risque de se révéler

inefficace. Outre que le texte précise qu'aucune recherche n'est recevable au-delà des cinq dernières années, le dispositif se heurte à deux obstacles majeurs. Le premier réside dans la difficulté à établir une négligence ou une fraude de l'époux, la mise en réserve n'étant pas nécessairement dictée par le souhait de contourner les droits de la communauté. La mise en réserve, votée par l'assemblée des associés, peut être justifiée par les intérêts de la société, le procédé n'étant pas en lui-même frauduleux. Le second obstacle est plus fondamental encore. Le texte vise, en effet, le détournement ou la consommation des fruits. Or, à suivre l'analyse de la Cour de cassation, ces fruits n'existent pas tant que les bénéfices de la société n'ont pas été distribués sous forme de dividendes. Ils n'ont donc pas pu être détournés.

La structure sociétaire se révèle ainsi un outil présentant une utilité certaine pour l'époux dirigeant, lorsqu'il détient en propre les parts sociales de la société qu'il exploite.

**Cas de l'époux entrepreneur individuel** - Lorsqu'un fonds de commerce propre est exploité par l'époux entrepreneur individuel, les bénéfices résultant de cette exploitation alimenteront la communauté. Une partie des bénéfices peut, tout au plus, échapper à la masse commune s'ils sont réinvestis dans le fonds de commerce propre, ce qui n'ouvre pas droit à récompense pour la communauté dès lors que l'investissement est « normal », et non massif et systématique <sup>2</sup>. Si le fonds est apporté à une société, dont les parts détenues par l'époux sont alors propres, les bénéfices de l'exploitation pourront totalement échapper à la communauté, par la magie de la création d'une personne morale dotée d'un patrimoine distinct.

**Avances en compte courant** - La rémunération du capital peut encore prendre une autre forme, source de revenus. Le dirigeant peut laisser des fonds en compte courant d'associé, la société lui versant en contrepartie des intérêts, en rémunération des avances consenties. En termes de propriété, les intérêts, relevant de la catégorie des fruits civils, alimentent la communauté. Mais en termes de pouvoir, on pouvait s'interroger sur l'autonomie de l'époux associé ayant décidé de laisser des fonds communs à disposition de la société. Le conjoint peut-il, au titre de ses pouvoirs de gestion concurrente, demander le remboursement du compte courant? La question a été récemment posée à la Cour de cassation, la première Chambre civile ayant alors clairement affirmé, dans un arrêt du 9 févr. 2011, que seul l'époux titulaire du compte courant d'associé a qualité à agir en remboursement du compte, quand bien même la somme provenant d'un tel remboursement dût figurer à l'actif commun <sup>3</sup>.

(1) Civ. 1<sup>re</sup>, 12 déc. 2006, n° 04-20.663, D. 2007. 318; *ibid.* 2126, obs. V. Brémont, M. Nicod et J. Revel; *ibid.* 2008. 379, obs. J.-C. Hallouin et E. Lamazerolles; Rev. sociétés 2007. 326, note D. Randoux; RTD civ. 2007. 149, obs. T. Revet; Defrénois 2008. 310, note G. Champenois; JCP 2007. I. 142, n° 17, obs. Ph. Simler.

(2) En ce sens, A. Colomer, *Les régimes matrimoniaux et le droit commercial*, t. 1, *Le fonds de commerce et les régimes matrimoniaux*, n° 156.

(3) Civ. 1<sup>re</sup>, 9 févr. 2011, n° 09-68.659, D. 2011. 594; *ibid.* 2624, obs. C. Bourdairé-Mignot, V. Brémont, M. Nicod et J. Revel; AJ fam. 2011. 217, obs. P. Hilt; Rev. sociétés 2011. 343, note E. Naudin; RTD com. 2011. 358, obs. A. Constantin; RJPJ juin 2011, p. 22, note F. Vauvillé; Defrénois 2011. 965, note G. Champenois.

À la différence d'un simple associé, le dirigeant va toutefois déployer un travail au sein de l'entreprise, qui peut être source d'une rémunération distincte.

## ■ La rémunération du travail

La rémunération liée au travail du dirigeant peut soulever la question de la propriété du gain perçu, mais aussi celle de l'étendue des pouvoirs de l'époux qui le perçoit.

**Les revenus du travail du dirigeant, acquis de communauté** - Selon le statut de la société, le dirigeant peut percevoir une rémunération sous la forme d'un salaire, auquel peuvent s'ajouter des primes. Il ne fait pas de doute que ces revenus professionnels, provenant de l'industrie personnelle d'un époux, constituent des acquêts, par application de l'art. 1401 c. civ. Il en ira de même d'autres formes de rémunération proposées aux salariés, relevant de l'épargne salariale. Ainsi, l'intéressement, la participation aux bénéfices de l'entreprise, ainsi que les abondements versés par l'employeur dans le cadre d'un plan d'épargne, constituent des revenus professionnels alimentant la communauté, dès lors qu'ils ont été octroyés durant l'union matrimoniale. Les indemnités de licenciement sont également communes, sous la seule condition que la créance soit née durant le régime de communauté, la date de la notification de la rupture du contrat de travail étant alors déterminante. Il n'y a pas lieu de calculer l'ancienneté antérieure au mariage, l'indemnité étant intégralement commune <sup>4</sup>. De la même manière, les indemnités de départ, les indemnités transactionnelles liées au licenciement <sup>5</sup> ou autres « parachutes dorés » constituent des actifs communs.

**Cas des stock-options** - La rémunération résultant de l'octroi de *stock-options* peut susciter plus de difficultés lorsque l'option n'a pas été encore levée par le dirigeant au moment de la dissolution du régime, à la suite d'un divorce. Doit-on prendre en compte le gain que peuvent engendrer les options lors de la liquidation du régime de communauté? Un arrêt remarqué de la Cour d'appel de Paris du 7 mai 2004 a apporté sur ce point quelques éléments de réponse <sup>6</sup>. Les juges du fond ont fait une application de la distinction classique du titre et de la finance pour combiner le caractère incessible des options attribuées au dirigeant et la nature rémunératoire de l'avantage consenti. Ainsi, la cour d'appel a

considéré que, si le droit d'exercice de l'option est strictement personnel à l'époux qui en est le bénéficiaire, la valeur patrimoniale des options, correspondant au différentiel entre les prix d'exercice de l'option et la valeur du titre au jour de son acquisition, entre en communauté dès lors que lesdites options avaient été attribuées avant la dissolution du régime et à condition que l'option en ait été effectivement levée par l'époux bénéficiaire.

Lors du partage, il conviendra donc d'intégrer dans l'actif commun la valeur des options attribuées à un époux avant la dissolution, et qui ont été levées ensuite par l'époux bénéficiaire.

Par exemple, si 1 000 options d'achat avec un prix d'exercice de 50 € ont été attribuées à un époux durant l'union conjugale, et que ces options ont été levées après la dissolution du régime alors que l'action acquise en valait 100 €, il conviendra d'intégrer dans le partage la plus-value ainsi réalisée lors de l'exercice de l'option, soit 50 000 €.

La question soulève plus d'hésitations si l'option n'a pas encore été levée au moment du partage, mais est toujours susceptible de l'être compte tenu du délai accordé au bénéficiaire du plan d'options. Dans cette hypothèse, à suivre l'analyse de la Cour d'appel de Paris, les options ne seraient pas prises en compte, la levée de l'option étant une condition de son intégration en valeur dans la communauté. La solution est choquante et ne nous paraît guère fondée sur le terrain du droit. Le gain que constituent les *stock-options* a bel et bien été acquis lors de l'attribution des options, par hypothèse durant le régime. La valeur de ce gain ne saurait donc être négligée au motif que l'époux n'a pas encore exercé ses options lorsqu'intervient le partage, pareille solution invitant d'ailleurs le dirigeant bénéficiaire des options à en retarder la levée.

En définitive, la qualification commune de la valeur des *stock-options* ne doit guère faire de doute, les difficultés se situant davantage sur les techniques d'évaluation de l'option lors des opérations de partage. Il va sans dire que l'accord des époux sur ce point se révèle précieux pour surmonter le problème.

**Pouvoir de l'époux dirigeant qui perçoit la rémunération** - En termes de pouvoir, la rémunération du travail du dirigeant peut, enfin, soulever d'autres hésitations. On sait, en effet, qu'une autonomie sur les gains et salaires est prévue à l'art. 223 c. civ. Chaque époux peut librement disposer de ses revenus professionnels, après s'être acquitté des charges du mariage. Le juge a ainsi pu considérer qu'un époux pouvait librement procéder à la donation de ses revenus, en l'occurrence à une concubine, le conjoint ne pouvant obtenir la nullité de l'acte <sup>7</sup>. Seule une récompense sera due à la communauté. Néanmoins, bien que l'analyse appelle des précautions, il semblerait que la Cour de cassation ne réserve pas le même statut aux gains et salaires économisés, relevant des acquêts ordinaires, dont la donation supposerait donc l'accord des deux époux <sup>8</sup>. S'agissant des formes d'épargne salariale, la question de l'étendue des pouvoirs de l'époux pourrait alors se poser. Outre que la notion d'économie se révèle très fuyante, il est des rémunérations qui s'apparentent à des gains en nature, tels que l'octroi d'actions gratuites, dont on perçoit mal à quel moment elles devraient échapper au régime dérogatoire de l'art. 223 c. civ., sauf à limiter les gains et salaires aux seules liquidités versées à un époux.

À l'heure du conflit au sein du couple, l'époux associé pourrait bien préférer une mise en réserve des bénéfices à une distribution de dividendes alimentant la communauté

\* \* \*

La rémunération du dirigeant, parce qu'elle est protéiforme, de nouveaux modes de rétribution voyant le jour au gré des évolutions de la réglementation fiscale et sociale, suppose ainsi une étude attentive dans l'application des règles du régime légal.

(4) V. Civ. 1<sup>re</sup>, 3 févr. 2010, n° 09-65.345, Bull. civ. I, n° 33; D. 2010. 442; *ibid.* 2392, obs. V. Brémond, M. Nicod et J. Revel; AJ fam. 2010. 192, obs. P. Hilt; RTD civ. 2010. 609, obs. B. Vareille; *ibid.* 610, obs. B. Vareille; *ibid.* 2012. 141, obs. B. Vareille.

(5) Civ. 1<sup>re</sup>, 3 févr. 2010, préc.

(6) Paris, 7 mai 2004, RG n° 2003/04030, AJ fam. 2004. 331, obs. L. Attuel-Mendès; RTD civ. 2004. 539, obs. B. Vareille; *ibid.* 542, obs. B. Vareille; JCP 2005. I. 128, n° 12 note Ph. Simler; Gaz. Pal. 2004. 3281, note S. Piedelièvre.

(7) V. Civ. 1<sup>re</sup>, 29 févr. 1984, n° 82-15.712, Bull. civ. I, n° 81; D. 1984. 601, note D. Martin; JCP 1985. II. 20443, note R. Le Guidec; Defrénois 1984. 1074, obs. G. Champenois.

(8) V. Civ. 1<sup>re</sup>, 29 févr. 1984, préc. La Cour a en effet admis la validité de la donation des gains et salaires réalisée par un époux à sa maîtresse en précisant « qu'il n'a pas été allégué [...] que ces sommes ont été économisées ». La lecture a *contrario* nous invite donc à réserver un sort distinct aux gains et salaires économisés.

# DIVORCE ET PROCÉDURE COLLECTIVE

par Frédéric Vauvillé

Professeur à l'Université de Lille 2, conseiller scientifique du Cridon Nord-Est, avocat au barreau de Lille (Vivaldi avocats)

Même si certains disent réussir leur divorce, le plus souvent il marque aujourd'hui encore la faillite d'un couple. Quant à la procédure collective, si elle est aujourd'hui tournée vers le sauvetage de l'entreprise, elle sera généralement, pour son chef, synonyme d'échec et marquera la fin d'un projet professionnel.

Si les deux circonstances se cumulent, si donc le chef d'entreprise, personne physique, divorce, on imagine sans peine que l'épreuve doit être douloureuse: « j'ai tout perdu », gémira-t-il, « mon conjoint et mon entreprise... ».

**Les règles du droit de l'entreprise en difficulté vont naturellement s'appliquer lorsque le chef d'entreprise divorce**

Sur le plan juridique, on se dit *a priori*, que le législateur a certainement précisé comment s'articule la procédure de divorce et la procédure collective. Pourtant, si l'on scrute d'une part le code civil, d'autre part, le code de commerce, on constate que la loi ne dit quasi-

rien du chef d'une entreprise en procédure collective, qui divorce<sup>1</sup>. Quasiment rien, car le silence n'est pas absolu. Deux dispositions peuvent en effet être évoquées à titre introductif.

**Le divorce de l'entrepreneur dans le code civil** - L'art. 1387-1 c. civ., introduit par une loi du 2 août 2005, révèle que le législateur a souhaité venir en aide non pas à l'époux professionnel en difficulté qui divorce mais à son conjoint. Ce texte prévoit ainsi que, lorsque le divorce est prononcé, « si des dettes ou suretés 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 ». À la vérité, ce texte, qui est certainement aujourd'hui le plus vilipendé du code civil, n'évoque même pas de mauvaises affaires; mais avec lui le législateur souhaite qu'à la sortie du divorce l'époux du professionnel ne contribue pas au passif professionnel.

**Le divorce de l'entrepreneur dans le code de commerce** - S'agissant du code de commerce, nous dirons quelques mots de l'art. R. 624-12, texte de la sauvegarde qui constitue l'unique disposition d'une section intitulée « Des droits du conjoint » et qui se trouve reprise tant en redressement judiciaire (art. R. 631-30) qu'en liquidation judiciaire (art. R. 641-30). Ces textes entendent imposer avant toute décision autorisant ou ordonnant la vente d'un bien commun que le conjoint du débiteur soit entendu ou dument convoqué. Mais chacune de ces trois dispositions précise que, « lorsque, au cours de la procédure, la dissolution de la communauté existant entre le débiteur et son conjoint devient opposable aux tiers, ce conjoint est entendu ou dument convoqué avant la décision autorisant ou ordonnant la vente des biens de l'indivision ». Le divorce n'est pas spécifiquement visé même si l'opposabilité de la dissolution de la communauté aux tiers évoque la règle particulière de l'art. 262 c. civ. Il en résulte qu'en cas de divorce, lorsque les formalités d'état civil sont accomplies après l'ouverture de la procédure (ce qui ne veut bien sûr pas dire que le divorce a été prononcé postérieurement), le conjoint coindivisaire doit être entendu avant toute décision qui autorise la vente d'un bien indivis. Mais se pose aussitôt la question de savoir ce qu'il advient lorsque la chronologie est inversée, c'est-à-

dire lorsque la dissolution de la communauté devient opposable aux tiers avant la procédure collective. Il semblerait que l'hypothèse ait été volontairement écartée. Il s'agit selon nous d'une prise en compte implicite par la loi, de la jurisprudence de la Cour de cassation en matière d'indivision et de procédure collective. En effet, il est aujourd'hui bien établi que, lorsque la dissolution de la communauté est devenue opposable aux tiers avant la procédure collective, l'art. 815-17 c. civ. interdit au liquidateur de poursuivre la vente des biens indivis dans le cadre de la procédure collective; il est contraint de demander le partage conformément au droit commun; il ne poursuivra donc pas la vente forcée d'un bien indivis mais devra saisir le tribunal de grande instance et lui demander qu'il ordonne la licitation aux fins de partage<sup>2</sup>.

La précision qu'apporte l'art. R. 624-12 et ses frères jumeaux révèle donc que le législateur, lorsqu'il a réfléchi au cas particulier du débiteur en procédure qui divorce, s'est contenté d'imposer une information préalable du conjoint en cas de vente d'un bien indivis, dans l'hypothèse où le divorce n'est pas devenu opposable aux tiers avant le jugement d'ouverture. **Une multitude de questions laissées en suspens** - Pourtant, cette précision est loin d'épuiser le débat. En effet, une multitude de questions se posent; exemples parmi d'autres: faut-il faire signer la requête en divorce par le mandataire liquidateur? À qui doit-on demander de payer la pension alimentaire auquel l'époux en procédure a été condamné? L'état liquidatif passé avant l'ouverture de la procédure peut-il être remis en question au titre des nullités de la période suspecte? Si la loi apparaît particulièrement lacunaire, la Cour de cassation a, pour sa part, rendu toute une série d'arrêts qui montrent que divorce et procédure collective ne font pas bon ménage. Plus concrètement, cette jurisprudence révèle clairement qu'on ne peut mener à bien la procédure de divorce qui intéresse un entrepreneur en difficulté si l'on ne connaît pas un tant soit peu le droit des procédures collectives. En effet, sans qu'il faille s'en étonner, les règles du droit de l'entreprise en difficulté vont naturellement s'appliquer lorsque le chef d'entreprise divorce et vont incontestablement perturber le déroulement de la procédure de divorce et les actes qui la ponctuent. Pour s'en

(1) Comp. X. Boutiron et H. Lécuyer, qui constatent que le droit du divorce ne comprend pas de dispositions légales propres à l'entrepreneur, *Le divorce de l'entrepreneur*, Dr. et patr. avr. 2012, p. 26.

(2) Sur cette question, V. Les arrêts très clairs de la chambre commerciale du 18 févr. 2003, n° 00-11.008 et n° 00-13.100, Bull. civ. IV, n° 21 et n° 22; D. 2003. 766, obs. A. Lienhard; *ibid.* 1620, obs. P. M. Le Corre; JCP 2003 I. 180, n° 4, obs. Le Guidec; Dr. et patr. juin 2003, p. 98 obs. Monsérié-Bon; JCP N 2003. 1597, note F. Vauvillé.



convaincre, on peut adopter une approche factuelle et distinguer selon que le divorce est engagé avant la procédure ou au cours de la procédure.

## ■ Le divorce avant la procédure collective

Commençons par une lapalissade : avant la procédure, il n'y a pas de procédure ! On pourrait donc penser que la procédure de divorce peut être menée sans tenir compte de la procédure collective, puisque celle-ci n'est pas encore ouverte.

Reste qu'avant la procédure, il y a du droit des procédures collectives. C'est ce que révèlent les nullités de la période suspecte. Dès que s'ouvre la procédure, il faut maîtriser une formalité redoutable : la déclaration de créances.

Ces deux mécanismes sont, sans nul doute, de nature à perturber la procédure de divorce.

### Les nullités de la période suspecte

Le mécanisme est traditionnel : en cas de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire, lors du jugement d'ouverture ou plus tard, le juge fixe rétroactivement la date de cessation des paiements dans la limite de 18 mois.

**Les actes passés au cours de la procédure de divorce peuvent être annulés** - Les actes qui auront été passés durant cette période, dite suspecte, peuvent être annulés, d'où la question essentielle de savoir si cette nullité peut frapper les actes passés au cours de la procédure de divorce, et qui se révéleraient rétrospectivement conclus en période suspecte.

Ainsi, l'état liquidatif annexé à une convention de divorce par consentement mutuel peut-il être annulé ? Et *quid* du partage amiable qui a pu être conclu au lendemain d'un divorce contentieux : peut-il être remis en cause si l'un des ex-époux (entrepreneur individuel) est ensuite mis en procédure collective ? La Cour de cassation s'est, à plusieurs reprises, prononcée sur cette difficulté.

Par un arrêt de chambre mixte du 6 déc. 1985, rendu sous l'empire de la loi de 1967, elle a d'abord estimé que le syndic pouvait agir en inopposabilité à la masse à l'encontre de l'état liquidatif compris dans une convention de divorce sur demande conjointe <sup>3</sup>.

(3) Cass. ch. mixte, 6 déc. 1985, D. 1986. 85, note F. Deridda. - *Adde* notre étude, Divorce et liquidation judiciaire : astuces et pièges, RJFP 2001-1/11.

(4) Com. 7 nov. 2006, n° 04-18.650, Bull. civ. IV, n° 216 ; D. 2006. 2911, obs. A. Lienhard ; RTD civ. 2007. 322, obs. J. Hauser ; RTD com. 2008. 183, obs. A. Martin-Serf ; JCP E 2007. 1450, n° 7, obs. Cabrillac ; JCP 2007. II. 10017, note Blanc ; Gaz. Pal. 19-20 janv. 2007, p. 30, obs. Rousel Galle ; Defrénois 2007. 870, obs. Gibirila ; Rev. proc. coll. 2007. 123, obs. Lebel.

(5) Civ. 1<sup>re</sup>, 3 juin 2003, n° 01-17.971, D. 2003. 2655, et les obs., note P.-G. Marly ; *ibid.* 2004. 2266, obs. J. Revel ; AJ fam. 2003. 314, obs. S. D.-B. ; RTD com. 2004. 814, obs. A. Martin-Serf ; Act. proc. coll. 2003, n° 179, obs. Vallansan ; JCP N 2005 n° 1199, p. 644, note Vauvillé.

(6) V., en particulier, la note préc. de P.-J. Marly ss l'arrêt du 3 juin 2003.

(7) Nîmes, 10 déc. 1997, Act. proc. coll. 1988, Com. n° 69.

(8) V., en ce sens, J. Vallansan, obs. préc. : « la seule façon d'éviter le risque de nullité est de passer par le partage judiciaire ».

La solution a été plusieurs fois reconduite depuis, en particulier par un arrêt du 7 nov. 2006 : l'état liquidatif de communauté compris dans une convention de divorce, conclu après la date de cessation des paiements, n'échappe pas aux nullités des actes accomplis pendant la période suspecte <sup>4</sup>.

Dans la même logique, la Cour de cassation a estimé que le partage de communauté réalisé à la suite d'un divorce pour faute pouvait être annulé s'il devait se révéler conclu pendant la période suspecte <sup>5</sup>.

**Tout acte passé en période suspecte n'est pas nul** - Ce risque d'annulation doit toutefois être nuancé : tout acte passé en période suspecte n'est pas nul.

On sait en effet qu'en droit de l'entreprise en difficulté, il faut distinguer des nullités de droit (art. L. 632-1) qui sont automatiques et des nullités facultatives (art. L. 632-2).

La **nullité de droit** frappe automatiquement les actes qui figurent sur la liste exhaustive de l'art. L. 632-1. Au regard de cette liste, en présence d'un partage, la nullité n'est possible que si le partage réalise une donation indirecte - car tous les actes à titre gratuit sont nuls - ou parce que l'on voit dans le partage amiable un contrat commutatif déséquilibré (l'art. L. 632-1 vise le contrat commutatif dans lequel les obligations du débiteur excèdent notablement celles de l'autre partie). La précision est importante car, si le partage est équilibré, c'est-à-dire si les parties n'ont pas joué sur les évaluations et n'ont pas fait d'abandon de soulte, le partage ne peut encourir une nullité de droit. Ce n'est donc que si l'époux, entrepreneur individuel, fait un ultime cadeau à son conjoint (ce qui est tout à fait concevable dans un divorce amiable même si l'un des époux est en difficulté), que la nullité peut être encourue.

La **nullité facultative** de l'art. L. 632-2 soulève une tout autre problématique puisqu'il permet au juge d'annuler *tous les actes à titre onéreux accomplis après la date de cessation des paiements si celui qui a traité avec le débiteur a eu connaissance de la cessation des paiements*. Dans l'arrêt précité du 3 juin 2003, la Cour de cassation a considéré que l'acte de partage constituait un acte à titre onéreux et encourait par conséquent la nullité de l'art. L. 632-2, nullité qui est certes facultative, mais ne reste pas théorique comme le révèle cette décision.

La solution qui n'est pas évidente au regard de la nature juridique de l'acte de partage, a été critiquée <sup>6</sup> ; mais il faut bien reconnaître que, si le partage est amiable, il doit être analysé en un contrat, lequel, s'il n'est pas à titre gratuit, est nécessairement au regard de la classification du code civil, à titre onéreux.

Le risque de nullité est d'autant plus redoutable qu'il ne sera pas difficile d'établir que le conjoint avait connaissance de la cessation des paiements, dans la mesure où non seulement il est un proche du débiteur mais, de plus, que l'acte de partage pourra évoquer le passif. On serait de fait tenté de présumer que le conjoint en a connaissance car il ne saurait ignorer les difficultés financières du débiteur. Certaines juridictions du fond ont pourtant jugé que, « si l'épouse avait vraisemblablement connaissance des difficultés financières de l'artisan, il n'était pas prouvé qu'elle connût la cessation des paiements puisqu'elle ne travaillait pas dans l'entreprise <sup>7</sup>. Dans l'affaire soumise à la Cour de cassation en 2003, la cour d'appel avait sévèrement jugé que l'épouse ne pouvait ignorer les difficultés financières de son mari alors qu'elle vivait séparée depuis dix ans. Néanmoins, la Cour de cassation a jugé ici que la question relève de l'appréciation souveraine des juges du fond.

Le seul **moyen de contourner le risque de nullité** serait d'éviter la qualification d'acte à titre onéreux, et de recourir, certes artificiellement, à un partage judiciaire pour empêcher le jeu de l'art. L. 632-2 <sup>8</sup>.

L'état liquidatif de communauté compris dans une convention de divorce, conclu après la date de cessation des paiements, n'échappe pas aux nullités des actes accomplis pendant la période suspecte



Il faudrait donc par exemple, en cas de divorce contentieux, simuler un désaccord pour que l'état liquidatif soit homologué par le juge. On devrait alors soutenir qu'il ne s'agit pas d'un acte à titre onéreux accompli après la date de cessation des paiements. Le conseil, pour le moins contraire à l'esprit de la législation sur le divorce, serait donc d'éviter tant le divorce amiable que le partage amiable pour demander au tribunal qu'il homologue l'état liquidatif qui serait alors établi par un notaire commis.

Reste à espérer que la Cour de cassation ne vienne pas dire un jour que, même si le partage est judiciaire, il y a bien un partage, et par conséquent un acte à titre onéreux. On pourra toutefois rétorquer que si le partage est judiciaire, on ne peut soutenir que le conjoint fait partie de « ceux qui ont traité avec le débiteur ».

En tout cas, si un partage amiable devait être envisagé, la précaution minimale serait d'insérer une reconnaissance d'avis donné, attirant spécialement l'attention des intéressés sur le risque d'annulation en cas d'ouverture d'une procédure collective dans les dix-huit mois suivant l'acte (sur ce conseil, V. par ex. notre note in JCP N 2005, n° 1198).

**La Cour de cassation a, au mépris de la lettre de la loi, dispensé le conjoint divorcé de déclarer la créance née, soit d'une prestation compensatoire, soit d'une pension alimentaire allouée par le juge du divorce**

On ajoutera que, même en cas de partage judiciaire, il conviendra selon nous d'être prudent car l'art. L. 632-2 permet d'annuler tous les paiements pour dettes échues, si bien que, par exemple, le paiement d'une soulte par le débiteur pourrait être annulé même s'il s'agissait d'un paiement établi en exécution d'un jugement d'homologation.

On aura compris que, pour éviter le risque de nullité de la période suspecte, il faut retenir : pas de cadeau, et pas de partage amiable !

## La déclaration de créance

En cas de procédure collective ouverte après le divorce, il est souvent nécessaire de tenir compte d'un autre mécanisme traditionnel du droit des procédures collectives : la vérification du passif. Les créanciers doivent, en effet, se faire connaître pour que le passif puisse être quantifié et les chances de redressement évaluées. Cette exigence de la déclaration de créance figure aujourd'hui à l'art. L. 622-24, al. 1<sup>er</sup>, c. com. Aux termes de ce texte, la déclaration de créance s'impose désormais à tous les créanciers dont la créance est née antérieurement au jugement d'ouverture, à l'exception des salariés, ainsi qu'aux créanciers dont la créance est née régulièrement après le jugement d'ouverture mais seulement si elle n'est pas née pour les besoins du déroulement de la procédure ou de la période d'observation, ou en contrepartie d'une prestation fournie au débiteur. **La déclaration de créance concerne les ex-époux** - Les ex-époux sont assurément concernés par cette formalité lorsqu'ils ont divorcé avant l'ouverture de la procédure et qu'en raison du divorce l'un est créancier de l'autre, en l'occurrence de celui qui a été mis en procédure collective. Est par exemple concerné l'époux qui est créancier d'une prestation compensatoire ou encore d'une soulte de partage. S'agissant de créanciers dont les droits sont nés antérieurement au jugement d'ouverture, l'obligation de déclaration paraît s'imposer. Depuis 2005, la déclaration semble aussi nécessaire si la créance naît en cours de procédure, par exemple parce que le juge condamne au paiement d'une prestation compensatoire après le jugement d'ouverture ; en effet, cette créance n'est pas née pour les besoins du déroulement de la procédure, ni en contrepartie d'une prestation. La Cour de cassation a hier montré sur cette question sensible

qu'elle savait avoir du cœur et que les préoccupations humanistes du droit du divorce pouvaient l'emporter sur les finalités économiques du droit des procédures collectives.

**La prestation compensatoire ou la pension alimentaire n'a pas à être déclarée** - Par deux arrêts remarquables du 8 oct. 2003<sup>9</sup>, la Cour de cassation a, au mépris de la lettre de la loi, dispensé le conjoint divorcé de déclarer la créance née, soit d'une prestation compensatoire, soit d'une pension alimentaire allouée par le juge du divorce<sup>10</sup>.

Le législateur a toutefois pris acte de ce qui pourtant pouvait faire figure de coup d'état judiciaire ; désormais l'art. L. 622-24 prévoit expressément dans un dernier alinéa que « les créances alimentaires ne sont pas soumises aux dispositions du présent article »<sup>11</sup>.

**Mais les créances dépourvues de caractère alimentaire doivent être déclarées** - Il ne faudrait pas en déduire que le praticien n'a pas à se préoccuper, en particulier lorsque la procédure de divorce est antérieure à l'ouverture de la procédure collective, de la formalité de la déclaration de créance : seules les créances qui présentent un caractère alimentaire bénéficient de la bienveillance de la jurisprudence (d'hier) et de la loi (d'aujourd'hui). Ainsi, si, à la suite d'un partage, un époux se retrouve créancier de l'autre au titre d'une soulte, il conviendra, en l'absence de caractère alimentaire, de déclarer cette créance, comme tout créancier. Il a ainsi, par exemple, été jugé qu'à l'exclusion des créances nées de la pension alimentaire et de la prestation compensatoire, qui n'ont pas à être déclarées, l'épouse doit déclarer ses créances de toutes sortes contre l'indivision<sup>12</sup>.

À la vérité, les choses semblent à l'analyse un peu plus compliquées. Si lors du jugement d'ouverture, la liquidation-partage de la communauté a été faite, la détermination de la qualité de créancier de l'un des époux ne fait pas difficulté. Mais *quid* si le divorce a été prononcé et si la liquidation-partage est en cours ? Peut-on dire qu'on ne sait pas encore qui est créancier ou doit-on d'ores et déjà déclarer, par exemple, des récompenses ou les créances qui naissent de l'occupation d'un bien indivis ?

Les réponses semblent variables selon les hypothèses.

**Par exemple, il a été jugé à propos des récompenses, qu'elles constituent les éléments d'un compte unique et indivisible dont seul le reliquat est à considérer<sup>13</sup> ; ce qui explique que, selon la doctrine, la récompense n'a pas à être déclarée contrairement à une créance entre époux<sup>14</sup>.**

(9) Com. 8 oct. 2003, n° 99-21.682 et 00-14.760, D. 2003. 2637, obs. A. Lienhard ; *ibid.* 2004. 54, obs. F.-X. Lucas ; *ibid.* 1965, obs. A. Danis-Fatôme ; AJ fam. 2004. 23, obs. S. D. ; RTD com. 2004. 368, obs. A. Martin-Serf.

(10) Sur cette question, V., par ex., Théry, *Mélanges Buffet*, LPA, 2004, p. 463.

(11) Sur la genèse de cette règle, V., par ex., nos obs. in Gaz. Pal 4 et 5 nov. 2005, p. 54.

(12) Civ. 1<sup>re</sup>, 23 mai 2006, n° 03-16.300, D. 2006. 1684, obs. A. Lienhard ; RTD com. 2006. 662, chron. A. Martin-Serf ; Act. proc. coll. 2006, n° 129 ; Gaz. Pal. 6-7 oct. 2006, p. 33, obs. Vauvillé.

(13) Civ. 1<sup>re</sup>, 14 mars 1984, n° 82-16.638, Bull. civ. I, n° 96.

(14) V., par ex., *Entreprises en difficulté*, par Le Cannu, Lucheux, Pitron, Sénéchal, Éd. GNL Joly, n° 1794 qui réserve toutefois le cas où l'exécution de la récompense par prélèvement serait impossible, faute d'actif existant.

S'agissant des créances qui naîtraient du fonctionnement de l'indivision, on sait que s'applique un principe d'entrée en compte qui influe *in fine* sur l'alotissement de chacun<sup>15</sup> et rapproche finalement la situation des indivisaires de celle résultant d'une récompense. Certains arrêts imposent pourtant à l'indivisaire en situation de créancier à l'égard de l'indivision de déclarer sa créance.

Par exemple, alors qu'une cour d'appel avait jugé qu'il serait fait rapport en moins prenant à l'indivision des sommes perçues par le mari, au titre de loyers, car la demande s'inscrit dans le cadre des opérations de comptes, liquidation et partage de la communauté et de l'indivision post-communautaire, de sorte qu'il n'y a ni créance ni dette au sens de la loi du 25 janv. 1985, la Cour de cassation estime que, préalablement aux opérations de partage de l'indivision, l'épouse, en sa qualité d'indivisaire, devait déclarer la créance de l'indivision, au titre des loyers échus antérieurement au jugement d'ouverture et perçus par le mari<sup>16</sup>.

Autre exemple intéressant le régime de la séparation de biens: la créance de l'ex-épouse au titre du financement de l'acquisition du terrain et du remboursement par elle seule du prêt souscrit pour financer la construction est née à la date du paiement et du remboursement qui étaient antérieurs à l'ouverture de la liquidation, si bien qu'elle devait être déclarée<sup>17</sup>.

On notera que tous ces arrêts ont été rendus sous l'empire des textes antérieurs à la loi sauvegarde des entreprises du 26 juill. 2005, c'est-à-dire à une époque où le défaut de déclaration de créance était sanctionné par l'extinction de la créance.

Désormais, l'art. L. 622-26 prévoit qu'à défaut de déclaration les créanciers ne sont pas admis dans les répartitions et les dividendes. La créance n'est donc plus éteinte. Mais selon certaines décisions,

elle serait inopposable à la procédure<sup>18</sup>, si bien qu'il semblerait difficile de prendre en compte ces créances non déclarées à l'occasion d'un état liquidatif qui serait établi au cours de la procédure collective. D'autre part et surtout, quand bien même ces créances seraient considérées comme nées au cours de la procédure, elles seraient aujourd'hui soumises à la formalité de la déclaration de créance, dès lors qu'elles ne sont pas nées « pour les besoins du déroulement de la procédure ou de la période d'observation, ou en contrepartie d'une prestation fournie au débiteur ». On retrouvera cette problématique dans la seconde hypothèse de raisonnement.

## ■ Le divorce après la procédure collective

À nouveau, deux mécanismes du droit des procédures collectives ont vocation à entrer en jeu.

Le premier concerne les pouvoirs du débiteur; le second consiste à interdire le paiement des créanciers.

### La question des pouvoirs

#### Le débiteur n'est pas dessaisi de ses droits extrapatrimoniaux

- Débutons à nouveau par une lapalissade: les pouvoirs ne posent difficulté que si la procédure collective entraîne restriction des pouvoirs du débiteur. Or, tel n'est pas nécessairement le cas.

Ainsi, en cas de **sauvegarde**, dans le but de rendre cette procédure attractive, l'art. L. 622-1 c. com. pose en principe que l'administration de l'entreprise est assurée par le dirigeant; mais si un administrateur est nommé – ce qui est facultatif pour les petites entreprises –, il peut être chargé ou de surveiller le débiteur dans sa gestion, ou de l'assister pour tous les actes de gestion ou pour certains d'entre eux. En cas de **redressement judiciaire**, l'administrateur, qui est tout aussi facultatif, peut être chargé ou « d'assister le débiteur pour tous les actes relatifs à la gestion ou certains d'entre eux, ou d'assurer seul, entièrement ou en partie, l'administration de l'entreprise » (C. com., art. L. 631-12).

Enfin, en cas de **liquidation judiciaire**, la solution est à la fois radicale et unique; reprenant une solution traditionnelle, l'art. L. 641-9 c. com. prévoit que le débiteur est dessaisi de l'administration et de la disposition de ses biens, tout en ajoutant que « les droits et actions du débiteur concernant son patrimoine sont exercés pendant toute la durée de la liquidation judiciaire par le liquidateur ». Traditionnellement se pose la question de savoir si, même en cas de dessaisissement, le débiteur conserve des pouvoirs, en particulier sur le plan extrapatrimonial.

Depuis la loi de sauvegarde, le nouvel art. L. 641-9 précise que « le débiteur accomplit [...] les actes et exerce les droits et actions qui ne sont pas compris dans la mission du liquidateur »; la précision a été comprise comme une reconnaissance de l'exclusion des droits extrapatrimoniaux de la sphère du dessaisissement<sup>19</sup>. Toutes les difficultés ne sont pas pour autant réglées puisque la loi ne dit rien des « droits et actions qui ne sont pas compris dans la mission du liquidateur ».

Plusieurs précisions ont toutefois été apportées par la Cour de cassation en matière de divorce.

**Le mandataire ne doit pas être laissé de côté** - Doit en premier lieu être évoqué un arrêt de la Chambre commerciale de la Cour de cassation du 26 avr. 2000<sup>20</sup>. En l'espèce, alors que le mari est en liquidation judiciaire, deux époux divorcent par consentement

(15) V., par ex., Dalloz Action, *Droit patrimonial de la famille*, 2011-2012, n° 251.384.

(16) Com. 1<sup>er</sup> févr. 2005, n° 01-13.943, Bull. civ. IV, n° 18; D. 2005. 489, obs. A. Lienhard; *ibid.* 2196, note J. Revel; *ibid.* 2006. 1380, obs. M. Bourassin, E. Claudel, A. Danis-Fatôme et B. Thullier; RTD civ. 2005. 375, obs. J. Hauser. - *Adde* à propos d'une épouse ayant assuré la gestion de biens indivis et réglé des dépenses pour le compte de l'indivision, Civ. 1<sup>re</sup>, 25 oct. 2005, n° 03-20.382, Bull. civ. I, n° 388; D. 2005. 2873, obs. A. Lienhard; *ibid.* 2006. 79, obs. P. M. Le Corre et F. X. Lucas; *ibid.* 1380, obs. M. Bourassin, E. Claudel, A. Danis-Fatôme et B. Thullier; AJ fam. 2006. 34, obs. P. Hilt, qui juge que l'indivision existant entre les ex-époux ne constituant pas une personne morale, et les créances litigieuses ayant pris naissance antérieurement au jugement d'ouverture, le conjoint divorcé devait déclarer sa créance issue de la liquidation du régime matrimonial.

(17) Com. 4 avr. 2006, n° 04-16.672, Gaz. Pal. 6 et 7 oct. 2006, p. 33.

(18) V., en particulier, Com. 3 nov. 2010, n° 09-70.312, D. 2010. 2645, obs. A. Lienhard; *ibid.* 2011. 406, obs. P. Crocq; *ibid.* 2069, obs. P.-M. Le Corre et F.-X. Lucas; Rev. sociétés 2011. 194, obs. P. Roussel Galle; RTD com. 2011. 413, obs. A. Martin-Serf; JCP E 2011. 1030 n° 10, obs. Cabrillac, Gaz.-Pal. 7-8 janv. 2011, p. 18, note Le Corre-Broly.

(19) V., par ex., P.-M. Le Corre, *Droit et pratique des procédures collectives*, Dalloz Action 2012/2013, n° 572-31.

(20) Com. 26 avr. 2000, n° 97-10.335, Bull. civ. IV, n° 81; D. 2000. 263, obs. A. Lienhard; JCP E 2000, n° 40, p. 1562 obs. Ph. Pétel; Procédures 2000, n° 64, obs. C. Laporte. - *Adde*, F. Vauvillé, *Divorce et liquidation judiciaire: astuces et pièges*, RJPF janv. 2001, p. 6.

mutuel et obtiennent l'homologation de leur convention qui prévoit l'abandon par le mari de sa part sur l'immeuble commun à titre de prestation compensatoire. Le liquidateur n'intervient pas. Selon la Cour de cassation, en raison du dessaisissement pour le débiteur en liquidation judiciaire, de l'administration et de la disposition de ses biens, ses droits et actions concernant son patrimoine doivent être exercés pendant toute la durée de la liquidation judiciaire par le liquidateur, si bien que l'état liquidatif attribuant un immeuble de communauté à l'épouse à titre de pension alimentaire, ne pouvait être conclu en dehors du mandataire liquidateur. On comprend que l'état liquidatif aurait donc dû être signé par le mandataire.

Pour autant, on ne sait pas si la convention de divorce ou la requête en divorce doivent être signés par le mandataire, d'où l'intérêt d'un autre arrêt du 7 avr. 2009, rendu dans l'hypothèse d'un divorce contentieux intéressant une épouse séparée de biens qui avait

engagé une instance en divorce avant que son mari ne tombe en liquidation judiciaire. Une cour d'appel avait prononcé le divorce aux torts du mari et avait accordé à la femme l'attribution préférentielle d'un bien indivis constituant l'ancien domicile conjugal. Le liquidateur ne sera pas appelé à la cause, de sorte qu'il deman-

dera la licitation-partage de l'immeuble indivis. La Cour de cassation lui donnera raison: « il appartenait à l'épouse qui demandait l'attribution du logement conjugal indivis, d'appeler en la cause le liquidateur de son époux et, faute de l'avoir fait, son droit à l'attribution préférentielle est inopposable à la liquidation judiciaire et ne peut constituer un obstacle à la licitation du bien indivis »<sup>21</sup>.

Les avocats doivent en tirer la leçon: en cas de divorce intéressant un époux susceptible d'être mis en procédure, il faut s'assurer à chaque acte de la procédure de divorce qu'il n'y a pas ouverture d'une procédure collective.

#### Le mandataire ne peut tenter une action en divorce ou y défendre

- Cet arrêt du 7 avr. 2009 confirme que le mandataire ne doit pas être laissé sur la touche; il permet aussi de répondre à certaines des interrogations suscitées par un autre arrêt du 4 juin 2007<sup>22</sup>. En l'espèce, l'épouse après avoir assigné son mari en divorce pour faute, avait ensuite assigné en intervention forcée le liquidateur à la liquidation judiciaire ouverte en cours d'instance à l'égard de son époux; le liquidateur n'avait donc pas ici été oublié. Déboutée de sa demande de prestation compensatoire, l'épouse avait formé un appel limité; le liquidateur était alors intervenu volontairement à l'instance d'appel, non pas en qualité de mandataire liquidateur du mari mais en qualité de mandataire liquidateur d'une société dirigée par le mari et propriétaire d'un appartement dont l'épouse bénéficiait de la jouissance à titre gratuit, et demandait qu'il soit statué sur le mérite de l'appel cantonné de l'épouse. Selon la Cour de cassation, la cour d'appel ne pouvait déclarer recevable cette intervention volontaire du mandataire liquidateur de la société. Visant les art. 31 et 329, al. 2, c. pr. civ., la Cour de cassation souligne que l'action est ouverte à tous ceux qui ont un intérêt légitime au succès ou au rejet d'une prétention, sous réserve des cas dans lesquels la loi attribue le droit d'agir aux seules personnes qu'elle qualifie pour élever ou combattre une prétention, ou pour défendre un droit déterminé, que l'intervention principale n'est recevable que si son auteur a le droit d'agir relativement à la prétention qu'il élève; la cour d'appel ne pouvait donc énoncer que le liquidateur a un intérêt légitime à intervenir en qualité de mandataire de la société au motif que celle-ci est propriétaire d'un appartement dont l'épouse bénéficie de la jouissance à titre gratuit, alors que *seuls les époux ont qualité pour tenter une action en divorce ou y défendre*.

Si l'on comprend bien, l'intervenant principal doit avoir le droit d'agir relativement à la prétention qu'il élève; or, seuls les époux

ont qualité pour tenter une action en divorce ou y défendre. Le mandataire liquidateur de la société ne pouvait donc élever de prétention à intervenir à titre principal s'agissant d'une procédure de divorce.

Cet arrêt du 4 juin 2007 semble faire de l'action en divorce, une action attirée que seuls les époux peuvent tenter.

**Mais il ne peut être laissé à l'écart des conséquences patrimoniales du divorce** - Pour autant, le mandataire liquidateur ne saurait rester totalement en dehors de la procédure de divorce; si le mandataire n'a pas qualité pour tenter une action en divorce ou y défendre, il ne peut être tenu à l'écart des conséquences patrimoniales du divorce, comme le révèle l'arrêt précité du 7 avr. 2009, à propos de l'attribution préférentielle. Il semble donc nécessaire sur cette question des pouvoirs, d'entrer dans une casuistique relativement subtile.

Ainsi, **en cas de divorce par consentement mutuel**, le mandataire ne doit pas signer la requête en divorce; en revanche, il doit intervenir à la convention de divorce. Doit-il pour autant la signer seul alors qu'elle contient aussi des aspects extrapatrimoniaux à propos desquels le dessaisissement semble jouer pleinement (par ex: en ce qui concerne le nom de la femme mariée, ou encore de l'autorité parentale)? La double signature du mandataire liquidateur et de l'époux en liquidation judiciaire semble constituer une sage précaution pour le praticien.

Pour les **autres cas de divorce**, la jurisprudence de 2007 interdit au mandataire de déposer une requête ou d'assigner, mais l'arrêt de 2009 impose de l'appeler en la cause si on entend lui opposer des conséquences patrimoniales.

De même, tout **règlement conventionnel** devrait, selon nous, avoir lieu en mettant en cause le mandataire.

Ainsi, par exemple, la convention que prévoit l'art. 265-2 c. civ. et que les époux peuvent passer, pendant l'instance en divorce pour la liquidation et le partage de leur régime matrimonial, paraît difficilement pouvoir être conclue en dehors du mandataire liquidateur<sup>23</sup>.

Reste une dernière interrogation: si le divorce est prononcé ou engagé en cours de procédure, et si l'époux dit « *in bonis* » est reconnu créancier de l'époux en procédure, peut-il obtenir paiement alors que, en cas de procédure, est traditionnellement posé un principe d'interdiction?

## L'interdiction des paiements

Plusieurs situations concrètes peuvent être envisagées.

Par exemple, et alors que la procédure est ouverte, au titre des mesures provisoires du divorce, le juge fixe, en application de l'art. 255

(21) Com. 7 avr. 2009, n° 08-16.510, JCP N 2009, n° 1281.

(22) Civ. 1<sup>re</sup>, 4 juin 2007, n° 06-18.515, D. 2007. 1794; *ibid.* 2690, obs. M. Douchy-Oudot; AJ fam. 2007. 313, obs. S. David; RTD civ. 2007. 551, obs. J. Hauser; Act. proc. coll. 2007, n° 154, obs. Leproux; Defrénois 2007. 1575, obs. J. Gibirila; RJPF nov. 2007, p. 20, note Th. Garé.

(23) Sur toutes ces solutions, V. notre note in JCP N 2009, n° 1281.

c. civ., une pension alimentaire et une provision pour frais d'instance à la charge de l'époux en procédure. Autre exemple: le juge du divorce, postérieurement au jugement d'ouverture, accorde à l'époux *in bonis* une prestation compensatoire.

Ces diverses créances peuvent-elles être payées alors que le débiteur est en procédure collective? **Interdiction des paiements des créances nées avant comme après le jugement d'ouverture** - La jurisprudence s'est prononcée sur cette difficulté avant la réforme de 2005. À l'époque, toute créance née postérieurement au jugement d'ouverture bénéficiait d'un traitement préférentiel; en particulier, elle n'était pas soumise au principe de l'interdiction des poursuites. Dans l'une des affaires ayant donné lieu à l'un des arrêts de la Cour de cassation du 8 oct. 2003, une cour d'appel avait jugé que la créance de pension alimentaire, qui est une créance à exécution successive, est née à chaque échéance et donc postérieurement à la liquidation judiciaire, si bien qu'elle devait bénéficier du privilège accordé aux créances postérieures. La Cour de cassation avait, pour sa part, estimé que: « la créance d'aliments, qui est une dette personnelle du débiteur soumise à une procédure collective, doit être payée sur les revenus dont il conserve la disposition, ou bien être recouvré par la voie de la procédure de paiement direct ou de recouvrement public des pensions alimentaires »<sup>24</sup>. La réforme de 2005 a changé la donne: un nouvel art.

(24) Com. 8 oct. 2003, n° 00-14.760, D. 2003. 2637, obs. A. Lienhard; *ibid.* 2004. 54, obs. F.-X. Lucas; *ibid.* 1965, obs. A. Danis-Fatôme; RTD com. 2004. 368, obs. A. Martin-Serf. - *Addé* en ce sens, Com. 15 nov. 2005, n° 04-17.112, RJP 2006-4/30.

L. 622-7 c. com. pose toujours le principe d'interdiction des paiements des créances antérieures, mais, désormais, ce principe vaut aussi pour les créances nées après le jugement d'ouverture, sauf si elles sont « méritantes », c'est-à-dire sauf si elles sont nées pour les besoins du déroulement de la procédure ou de la période d'observation, ou en contrepartie d'une prestation fournie au débiteur.

**Exception des créances alimentaires** - Le texte prévoit toutefois désormais: « ces interdictions ne sont pas applicables au paiement des créances alimentaires ». Celles-ci ne sont donc pas soumises à l'interdiction des paiements qui frappe d'une part les créances antérieures, d'autre part les créances postérieures non méritantes, ce qui serait le cas d'une créance alimentaire, puisqu'elle n'est pas née pour les besoins de la procédure ni en contrepartie d'une prestation. On doit toutefois observer que la loi ne dit rien quant au rang de ces créances alimentaires; en particulier, elles ne figurent pas dans le classement des créances postérieures méritantes que dresse l'art. L. 622-17, III.

Ces créances n'ont donc une chance d'être payées qu'en l'absence de tout créancier postérieur méritant, d'où ce conseil souvent donné par les initiés aux créanciers d'aliments: pratiquer une saisie entre les mains d'un tiers détenant une somme d'argent, tel que le nouvel employeur (même s'il faut reconnaître que l'art. L. 622-21 qui pose le principe d'arrêt des poursuites ne prévoit pas d'exception pour les créances alimentaires...).

Reste qu'à nouveau, le traitement de faveur réservé par la loi ne vaut que pour les créances alimentaires. Toute autre créance devrait logiquement être soumise aux règles ordinaires et en particulier à l'interdiction des paiements. Tel devrait être le cas par exemple d'une soule de partage, quand bien même serait-elle née postérieurement, en cours de procédure, car il paraît difficile de soutenir qu'elle est née en contrepartie d'une prestation fournie au débiteur; *a priori*, elle suit donc aujourd'hui le sort des créances antérieures, si bien qu'au regard de l'exécution au cours de la procédure, il importe finalement peu que la liquidation soit finalisée avant ou après la procédure: la discipline qu'impose le droit de l'entreprise en difficulté doit être respectée.

## UNE COMMISSION DE DROIT DE LA FAMILLE AU SEIN DE L'ASSOCIATION DES AVOCATS-CONSEILS D'ENTREPRISES

par William Feugère,  
Président national de l'ACE

L'association des Avocats-conseils d'entreprises (ACE), qui représente l'ensemble du barreau d'affaires en France, a décidé la création voici quelques mois d'une nouvelle commission, consacrée au droit de la famille.

Co-présidée par deux avocates spécialistes reconnues, Céline Cadars-Beaufour et Andréanne Sacaze, cette commission rejoint donc celles dont bénéficiaient déjà l'ACE, telles les commissions de droit fiscal, social, patrimonial, de droit des sociétés..., qui réunissent les avocats exerçant dans ces matières, leur permettent de confronter leurs expériences, leurs pratiques, de former des propositions d'évolutions législatives, relayées par l'ACE auprès des pouvoirs publics.

Ces commissions bénéficient en outre du partenariat conclu entre l'ACE et l'Association française des juristes d'entreprises (AFJE) qui fait participer à leurs travaux et réflexions les juristes, conseils internes de l'entreprise.

La création de cette nouvelle commission s'imposait comme une évidence. Composante historique de l'activité des avocats auprès des particuliers, le droit de la famille concerne en effet tout autant l'entreprise, ses dirigeants et ses salariés, nécessitant sa prise en compte constante dans le conseil qui est donné par l'avocat de l'entreprise, depuis sa constitution (choix de la forme sociale et du régime de rémunération du dirigeant, répartition des droits sociaux...) et tout au long de sa vie, en ce compris ses difficultés éventuelles, sa transmission, voire sa dissolution.

Ce dossier « Divorce de l'entrepreneur » est le fruit des premiers travaux

de la nouvelle commission, permettant de mesurer son dynamisme. Placé notamment sous l'angle du conseil, il montre comment prévenir les risques et les contentieux en intégrant à tout instant la dimension familiale pour une sécurité accrue.

Une entreprise n'est pas une construction théorique, une société n'est pas seulement une personne morale: elle est évidemment le fruit des femmes et hommes qui la composent, qui l'ont constituée, l'animent, ou y sont employés. Elle est un ensemble profondément humain, dans lequel le droit de la famille a une place parfois insoupçonnée, et néanmoins centrale.

## SECONDE PARTIE DU DOSSIER

(octobre 2012)

- Patrimoine professionnel et prestation compensatoire, par Céline Cadars-Beaufour et Myriam Cadart
- Liquidation du régime de communauté et pérennité de l'entreprise, par Jean-François Desbuquois
- L'exercice de l'autorité parentale par le chef d'entreprise, par Céline Cadars-Beaufour
- L'altération des facultés mentales du chef d'entreprise divorcé, par Hugues Letellier