

SOMMAIRE

- > L'intérêt de choisir judicieusement son régime de base.
- > Optimiser le régime de base choisi grâce à des aménagements conventionnels.
- > Les clés offertes par le droit des sociétés.

LE CHEF D'ENTREPRISE, FACE A SON DIVORCE.

Rien n'est éternel, et tout est à la merci de la force du temps.
« Abba Farhoud ; Quand le vautour danse (1997) »

Si dans le monde de l'entreprise, le risk management, autrement dit la gestion des risques, est aujourd'hui sur toutes les lèvres, la protection de l'entreprise contre les risques liés à la personne même du dirigeant est encore souvent délaissée.

Les entrepreneurs ont appris à se prémunir ainsi que leur famille contre le risque d'incapacité, d'invalidité, de décès du dirigeant, voire de l'altération de ses facultés mentales.

Peu de couples pensent par contre, à anticiper les conséquences patrimoniales très lourdes d'un divorce. Or, un divorce est une véritable menace pour la pérennité de l'entreprise.

Les problématiques que le dirigeant d'entreprise peut avoir à affronter sont multiples : gestion concurrente en cas de mésentente des époux, perte du contrôle au moment du partage, désintégration capitalistique, impossibilité financière de désintéresser le conjoint, montant insupportable de la prestation compensatoire, revenus de l'entreprise... Ces risques, comme ceux directement liés à l'exploitation de la société créée doivent être identifiés en amont pour permettre à l'entrepreneur de s'en prémunir ou tout au moins d'en limiter les conséquences.

La réflexion s'effectuera principalement autour de deux questions :

- Un choix judicieux de régime matrimonial,
- Une structure juridique adaptée pour l'entreprise.

Comment bien piloter un régime matrimonial, pour ne pas le subir.

- L'intérêt de choisir judicieusement son régime de base.

Trop souvent, nous rencontrons encore dans nos structures des chefs d'entreprise, mariés sous le régime de la communauté légale réduite aux acquêts. Or, les principes qui régissent dans ce régime matrimonial les questions de propriété des biens, de leur administration et la responsabilité des époux quant aux dettes sont totalement inadaptés lorsque survient une mésentente entre époux.

Lors de la liquidation d'un régime matrimonial, l'entreprise tombera dans la communauté. Il convient cependant ici de souligner deux particularités : le fonds libéral créé par un des époux pendant le mariage et les parts sociales d'une société, dont la valeur patrimoniale constitue certes un bien commun, mais dont le droit d'exploitation restera dévolu à leur titulaire en cas de dissolution de la communauté.

Lors du partage des biens communs suite au prononcé du divorce, l'entrepreneur aura pour objectif de se voir attribuer son outil professionnel et devra désintéresser son conjoint de la moitié de sa valeur. Si rien n'a été prévu financièrement, la nécessité de vendre l'entreprise peut s'imposer.

Le Code civil, en son article 1421, attribue aux époux un pouvoir de gestion concurrente sur les biens communs mais soumet les actes de gestion les plus graves à la cogestion (article 1422 du Code Civil). La mésentente entre époux pourra bloquer certaines opérations liées à l'entreprise comme la cession de parts sociales d'une SARL ou la vente d'un fonds de commerce.

Le régime de communauté légale protège enfin bien mal l'époux exploitant puisque la communauté matrimoniale répond des dettes professionnelles, ce qui ne peut que complexifier les opérations de séparation du patrimoine.

Une conclusion s'impose : le régime de communauté est peu adapté aux couples dont l'un des membres est dirigeant d'entreprise, et si malgré tout on opte pour ce dernier, il ne faut pas manquer de choisir avec soin le jour de l'ouverture de son fonds de commerce, si on ne souhaite pas connaître les mésaventures qui ont donné lieu le 4 décembre 2013 à un arrêt de la Cour de Cassation, pourvoi n° 12-28 076.

Au décès de M. X, ses héritiers et son épouse, pharmacienne, se voient notifier par l'administration fiscale un redressement de l'assiette des droits de succession exigibles. Cette dernière considère en effet que la valeur vénale de l'officine de pharmacie fait partie intégrante de la masse commune.

Mme. X oppose à l'administration fiscale, qu'elle a reçu l'autorisation préfectorale d'ouvrir sa pharmacie, quelques jours avant son mariage et en tire la conclusion que la valeur vénale de l'officine ne faisait pas partie intégrante de la communauté. Le redressement est maintenu.

Pour éviter les écueils préalablement décrits, le régime matrimonial le plus usité par les couples dont l'un des membres souhaite devenir entrepreneur est celui de la séparation de biens. Ce régime protège parfaitement bien l'entrepreneur en accordant à ce dernier, une maîtrise totale de son outil professionnel et évite au conjoint la poursuite des créanciers. Le principal inconvénient d'un tel choix est que le conjoint non exploitant ne tire aucun profit des revenus et de la valorisation de l'entreprise.

Ce régime très individualiste peut cependant se retourner contre l'entrepreneur lui-même car il peut conduire à la fixation d'une prestation compensatoire plus importante qu'en régime communautaire. Les époux peuvent d'ailleurs atténuer cette dimension individualiste en ajoutant à leur contrat de mariage

une société d'acquêt. Les époux choisissent eux-mêmes les biens qui y sont inclus. Il est donc possible d'exclure de celle-ci les biens professionnels.

La société d'acquêt permet de cumuler les avantages offerts par un régime séparatiste et un régime communautaire et d'éviter leurs inconvénients (sauf bien évidemment l'engagement auprès des créanciers des deux époux des biens de la société d'acquêts).

La rédaction d'un tel contrat de mariage, doit être confiée à des mains expérimentées, car la limite entre la zone communautaire et la zone séparatiste va dépendre de la qualité de la rédaction si on veut éviter les difficultés de qualification d'un bien, et par conséquent de détermination des règles juridiques applicables à ce dernier.

Le couple peut enfin décider de s'orienter vers un régime de participation aux acquêts. Tout au long du mariage, le régime fonctionne comme un régime séparatiste. Chaque époux est titulaire d'une créance de participation. Schématiquement, lors du divorce, il est procédé au calcul de la différence entre le patrimoine final de chaque époux et celui dont il disposait initialement. Celui dont le patrimoine, s'est le moins valorisé, a droit à la moitié de l'enrichissement supplémentaire réalisé par le conjoint.

Le conjoint non exploitant ne pourra pas s'immiscer dans la gestion de l'entreprise en cours de mariage et les créanciers de l'époux exploitant ne pourront prétendre poursuivre auprès de lui les dettes professionnelles de son conjoint.

Attention, cependant, la formule de participation aux acquêts issue du Code Civil, va entraîner pour le conjoint exploitant la nécessité de désintéresser l'autre membre du couple, et il pourra, comme en régime communautaire, être placé devant la nécessité de céder son entreprise.

Pour éviter cet écueil, la pratique l'aménage conventionnellement en excluant du calcul de la créance de participation, l'outil professionnel. La qualité du rédacteur est là encore primordiale pour éviter tout litige ultérieur.

C'est là une première illustration de la possibilité pour le dirigeant d'entreprise de piloter son régime matrimonial final en aménageant conventionnellement le régime de base.

- **Optimiser le régime de base choisi grâce à des aménagements conventionnels.**

Une fois le choix du régime matrimonial de base effectué, les époux peuvent choisir d'aller plus loin dans l'organisation des conséquences de leur divorce.

De nombreux experts juridiques se sont faits l'écho de la créativité dont il est possible de faire preuve en la matière.

On peut citer pour l'exemple :

Pour un régime de communauté :

- la suppression de certaines clauses de récompense ou de modification des modalités de calcul de ces dernières,
- l'intégration d'une clause prévoyant que les biens professionnels, même acquis en cours de mariage, restent propres à l'un des époux.

Pour un régime séparatiste :

- l'ajout d'une clause excluant les biens professionnels de la créance de participation,
- le recours à une clause prévoyant des modalités différentes de liquidation de la créance de participation selon l'évènement à l'origine de la dissolution du régime matrimonial.

La liste n'est pas exhaustive.

Un constat s'impose en pratique, la manipulation de ces clauses est délicate.

Il faut en effet savoir que de telles clauses peuvent être prises en compte en cas de divorce uniquement si l'aménagement conventionnel peut-être qualifié d'avantage matrimonial.

Il est indispensable de faire appel à un professionnel du droit aguerrri pour sécuriser au maximum la clause rédigée sur ce point si on veut assurer son efficacité car la notion d'avantage matrimonial ne fait pas l'objet d'une définition reconnue par tous.

Les membres du réseau JURIS DEFI, par leur connaissance des évolutions de la doctrine et des positions des tribunaux, peuvent vous accompagner pour optimiser les effets des clauses mises en place.

Une seconde difficulté peut apparaître quant à la détermination de l'assiette de l'avantage matrimonial. Le concours d'un rédacteur expérimenté est ici également précieux pour éviter toute source de contestation sur ce point.

Enfin, il est également important d'être conseillé sur les avantages et les risques à insérer de telles clauses dans un contrat de mariage.

La seconde piste de réflexion à la disposition du chef d'entreprise pour éviter que son entreprise soit mise en péril par son divorce relève du droit des sociétés

• Les clés offertes par le droit des sociétés.

Il est très majoritairement admis, au regard du risque divorce, que le choix de la forme sociétaire est le plus adapté pour un entrepreneur soumis à un régime communautaire.

Dans cette hypothèse, en effet, les actifs n'appartiennent plus directement au chef d'entreprise. Il y a donc un premier rempart en cas de divorce.

De plus si un partage est nécessaire, il portera sur les titres sociaux et un démantèlement de l'entreprise ne sera plus inéluctable.

Même en société, le chef d'entreprise n'est pas à l'abri de tout risque et il est fortement recommandé, au-delà du choix du mode sociétaire, de travailler en détail les statuts de l'entité créée, en vue d'empêcher l'intrusion du futur ex-conjoint dans le capital en soumettant son intervention à un agrément préalable.

Si la forme sociétaire n'autorise pas un tel agrément, il est possible de se pencher sur l'opportunité de détenir les titres par l'intermédiaire d'une autre personne morale.

Il est également recommandé, de prévoir des mesures permettant d'éviter le blocage des organes de la société en réfléchissant par exemple à l'intérêt de mentionner dans les statuts les clauses statutaires traditionnelles permettant de gérer les conflits entre sociétés comme par exemple, les clauses dites de « Buy and Sell ».

Enfin, il faut s'assurer qu'en cas de divorce, l'entreprise conservera bien la jouissance des biens nécessaires à son activité.

C'est une difficulté que l'on rencontre souvent dans les structures familiales, au regard notamment du développement du recours à des SCI détenues conjointement par l'entrepreneur et son conjoint pour l'achat de l'immobilier professionnel.

L'entrepreneur doit dans ce cas être attentif aux contrats souscrits entre l'entreprise et la SCI avant que le conflit naisse entre les conjoints.

La pluralité de l'expertise des membres de JURIS DEFI peut vous permettre de trouver sur ces questions de droit des sociétés, la réponse la plus adaptée à votre situation.

Gardez cependant en mémoire que même si le conflit né alors que rien n'est prévu, des solutions existent pour réduire le nombre de cas ou le démantèlement de l'entreprise va s'imposer.

Parlons-en ensemble !