

ETATS GENERAUX DU DROIT DE LA FAMILLE 2019

LE DIVORCE DE L'ENTREPRENEUR

Anne Marion de CAYEUX – Valérie GRIMAUD – Aurélie LEBEL – Patrice ROND

LE JEUDI 24 JANVIER 2019

Interventions de :

Anne Marion de CAYEUX

Avocat au Barreau de PARIS

Médiateur CNMA et Cours d'appel de PARIS et VERSAILLES

Aurélie LEBEL

Avocat au Barreau de Lille

Valérie GRIMAUD

Avocat au Barreau de SEINE SAINT DENIS

Ancien Bâtonnier du Barreau de SEINE SAINT DENIS

A. Appréhender la situation juridique

1. Identifier la forme sociale et le secrétariat juridique

– vision économique

Les 10 catégories : typologie des 10 sociétés du DAFO

- Vision juridique

Les sociétés de personnes ont pour base la personne des associés, désignés dans les statuts. Ce sont les sociétés civiles type SCI ou SCP, SNC, Société en commandite simple.

Les sociétés mixtes sont les SARL.

Les droits sociaux dans ces sociétés sont des parts sociales.

Les parts sociales ne sont pas librement cessibles ni négociables. Les cessions aux tiers sont soumises à l'agrément de la collectivité des associés, elles sont généralement libres entre conjoints sauf stipulations contraires des statuts.

Si les parts ont été souscrites avec des deniers ou par apport de biens communs, il faut que le conjoint ait été avisé de l'apport et de son droit de revendiquer la qualité d'associé (article 1832-2 du Code civil). La sanction est la nullité de l'acte qui peut être demandée dans les deux ans de la connaissance de l'apport et au plus tard 2 ans après la dissolution de la communauté.

Article 1832-2 du Code civil

Un époux ne peut, sous la sanction prévue à l'article 1427, employer des biens communs pour faire un apport à une société ou acquérir des parts sociales non négociables sans que son conjoint en ait été averti et sans qu'il en soit justifié dans l'acte.

La qualité d'associé est reconnue à celui des époux qui fait l'apport ou réalise l'acquisition.

La qualité d'associé est également reconnue, pour la moitié des parts souscrites ou acquises, au conjoint qui a notifié à la société son intention d'être personnellement associé. Lorsqu'il notifie son intention lors de l'apport ou de l'acquisition, l'acceptation ou l'agrément des associés vaut pour les deux époux. Si cette notification est postérieure à l'apport ou à l'acquisition, les clauses d'agrément prévues à cet effet par les statuts sont opposables au conjoint ; lors de la délibération sur l'agrément, l'époux associé ne participe pas au vote et ses parts ne sont pas prises en compte pour le calcul du quorum et de la majorité.

Les dispositions du présent article ne sont applicables que dans les sociétés dont les parts ne sont pas négociables et seulement jusqu'à la dissolution de la communauté.

Attention donc en l'absence de clause d'agrément qui s'imposerait au conjoint revendiquant soudainement sa qualité d'associé. Il aura alors un droit de vote et d'information.

A noter que le détenteur de parts sociales communes, qui ne peut céder ni donner ses parts sans l'accord de son conjoint même s'il en est le seul titulaire, retrouve cette liberté entre le divorce et le partage (Cass Civ 22 octobre 2014).

Les sociétés de capitaux n'ont pas ces intuitu personae en ce qui concerne les détenteurs des droits sociaux qui sont des actions librement négociables. Ce sont les SAS, les SA, les SCA.

Les relations entre les associés seront régies par les statuts et les pactes d'actionnaires, qui peuvent prévoir :

- Des clauses d'agrément :

En cas de cession des actions à un tiers ou au conjoint, la cession devra être soumise à l'accord du Conseil d'Administration ou de l'Assemblée générale des associés. En cas de refus, les actions devront être rachetées par les associés, par la société ou par un tiers agréé, aux conditions prévues au projet initial ou, en cas de désaccord, à dire d'expert.

- Des clauses de sortie ou de retrait :

Ces clauses organisent la sortie d'un associé ou son droit de retrait selon certaines modalités, à prix fixé à l'avance ou à dire d'expert.

- Des clauses d'exclusion :

Ces clauses permettent l'exclusion d'un associé retrait selon certaines modalités, dans certaines circonstances, à prix fixé à l'avance ou à dire d'expert.

- Des droits de préemption :

Il s'agit de conférer aux associés en place un droit de préférence en cas de cession projetée de tout ou partie de sa participation par un associé.

Il sera nécessaire de prendre connaissance des statuts et pactes d'associés avant toute opération de cession ou attribution pour s'assurer de leur respect et éviter un recours en annulation.

Une attention sera prêtée :

- à la bonne tenue du secrétariat juridique de la société,
- aux organes délibérants,
- aux mandats sociaux : durée, révocation, rémunération...
- aux conventions réglementées : particulièrement celle dont un conjoint pourrait avoir indirectement bénéficié.

Il est fréquent en cas de sociétés familiales, que le secrétariat juridique ne soit pas tenu, voire que l'un des conjoints signe habituellement pour l'autre. Cela peut donner lieu à un contentieux pour faux.

Seront également examinés :

- Les cautions données par les associés ;
- L'approbation des comptes ;
- L'état des comptes courants d'associés...

2. Identifier le statut de l'entrepreneur

Les 3 types d'entrepreneur : Le Dafo / Cadre sup / Investisseur / l'homme clé

3. Identifier le statut du conjoint de l'entrepreneur

L'article L. 121-4 du code de commerce pose le principe du **choix obligatoire** d'un statut pour le conjoint du chef d'entreprise qui travaille dans l'entreprise familiale, qui peut être celui de **conjoint collaborateur, de conjoint associé ou de conjoint salarié**.

Il est important de distinguer les différents cas de figure pour la place du conjoint dans l'entreprise pour conduire le dossier de divorce :

- Le conjoint non associé et qui ne travaille pas dans l'entreprise de son conjoint :

On sera renvoyé aux développements ultérieurs sur la distinction entre le titre et la finance au moment du divorce.

- Le conjoint associé qui ne travaille pas dans l'entreprise de son époux :

Le conjoint associé peut l'être s'il détient directement des droits sociaux dans la société pour :

- y avoir **souscrit** à la constitution, à une augmentation de capital part apport en numéraire, en nature ou en industrie de ses fonds propres,

- avoir **revendiqué** sa qualité d'associé dans le SARL ou dans la société de personnes,
- avoir bénéficié d'un plan de **stock-options**, d'attribution d'actions de l'entreprise qui l'emploie,
- s'être vu **attribuer** par son époux des droits sociaux pour avoir plusieurs associés dans des sociétés autres que SASU ou EURL ou même pour être gratifié ou par souci de montrer au conjoint qu'il « compte », mais sans qu'il ait financé les droits...

Les négociations porteront sur :

- **sa sortie** avec la valorisation des droits, l'éventuelle question d'une libéralité (qui sera examinée tout à l'heure),
- **ou son maintien** dans l'entreprise si les relations sont apaisées et que le chef d'entreprise ne voit pas d'inconvénient, ou au contraire si les relations sont tendues mais que le conjoint est minoritaire donc sans pouvoir de décision ou de délibération, donc le chef d'entreprise préfère le maintenir que de lui payer ses droits.

Il faudra pour cela auditer l'origine de la prise de participation (motifs et flux financiers) et l'éventuelle sortie ou maintien dans le capital.

- Le conjoint qui travaille dans l'entreprise de son époux :

Le conjoint qui travaille dans l'entreprise de son époux est assujetti aux règles suivantes :

Article L121-4 du Code de Commerce

Modifié par LOI n°2008-776 du 4 août 2008 - art. 16

I. - Le conjoint du chef d'une entreprise artisanale, commerciale ou libérale qui y exerce de manière régulière une activité professionnelle opte pour l'un des statuts suivants :

1° Conjoint collaborateur ;

2° Conjoint salarié ;

3° Conjoint associé.

II. - En ce qui concerne les sociétés, le statut de conjoint collaborateur n'est autorisé qu'au conjoint du gérant associé unique ou du gérant associé majoritaire d'une société à responsabilité limitée ou d'une société d'exercice libéral à responsabilité limitée répondant à des conditions de seuils fixées par décret en Conseil d'Etat.

Le choix effectué par le conjoint du gérant associé majoritaire de bénéficiaire du statut de conjoint collaborateur est porté à la connaissance des associés lors de la première assemblée générale suivant la mention de ce statut auprès des organismes mentionnés au

III. - Les droits et obligations professionnels et sociaux du conjoint résultent du statut pour lequel il a opté.

*IV. - **Le chef d'entreprise déclare le statut choisi par son conjoint** auprès des organismes habilités à enregistrer l'immatriculation de l'entreprise. Seul le conjoint collaborateur fait l'objet d'une mention dans les registres de publicité légale à caractère professionnel.*

V. - La définition du conjoint collaborateur, les modalités selon lesquelles le choix de son statut est mentionné auprès des organismes visés au IV et les autres conditions d'application du présent article sont fixées par décret en Conseil d'Etat.

Aucune sanction n'est prévue si le chef d'entreprise dont le conjoint travaille avec lui n'a pas exercé son choix.

Il revient au chef d'entreprise lui-même (et non à son conjoint) de procéder à une déclaration de l'option choisie par le conjoint auprès du centre de formalités des entreprises compétent.

Le statut **d'associé** suppose **la mise en société du fonds de commerce ou du fonds artisanal** : le conjoint devient associé avec toutes les prérogatives pécuniaires et de décision attachées à cette qualité. Il peut donc percevoir des dividendes, voter en assemblée, solliciter, le cas échéant, la désignation d'un expert de gestion, etc. Cette société, pour laquelle la loi n'impose aucune forme prédéterminée, sera constituée entre les deux époux seulement, voire avec d'autres personnes. Il peut également exercer des prérogatives qui se rattachent à la gestion de la société.

En dehors des cas prévus à l'article L 121-4 du Code de Commerce, c'est-à-dire **dans les autres sociétés ou lorsque le statut d'associé ne résulte pas d'un choix déclaré**, il est nécessaire d'examiner si le conjoint qui est investi en tant qu'associé, dispose d'un **mandat social, d'un contrat de travail ou s'il a opté pour le statut du conjoint collaborateur**.

Les modalités de sortie seront différentes et le contentieux porté devant des juridictions spécifiques.

Les négociations porteront sur l'éventuelle rupture de la collaboration parallèle à la qualité d'associée ou son maintien et son réaménagement.

- Le conjoint salarié

L'application du statut du conjoint salarié suppose qu'il soit affilié au régime général de la sécurité sociale. Il faut également que les conditions prévues à l'article L. 311-6, alinéa

1er, du code de la sécurité sociale soient remplies : il doit, à ce titre, **participer effectivement à l'entreprise ou à l'activité de son époux, à titre professionnel et habituel.**

LexisNexis 2010 :

L'ancien article L. 784-1 du Code du travail prévoyait que les dispositions du Code du travail étaient applicables “au conjoint du chef d'entreprise salarié par lui et sous l'autorité duquel il est réputé exercer son activité dès lors qu'il participe effectivement à l'entreprise ou à l'activité de son époux à titre professionnel et habituel et qu'il perçoit une rémunération horaire minimale égale au salaire minimum de croissance”. En application de ce texte, **la jurisprudence considérait que la preuve d'un lien de subordination n'était pas nécessaire pour que le conjoint salarié bénéficie des dispositions du Code du travail**

(Cass. soc., 6 nov. 2001 : JurisData n° 2001-011594 ; JCP E 2002, 548, note D. Corrigan-Carsin. – Cass. soc., 10 avr. 2002 : JurisData n° 2002-014108 ; TPS 2002, comm. 218. – Cass. soc., 24 janv. 2007 : JurisData n° 2007-037056. – Cass. soc., 13 déc. 2007, n° 06-45.243 : JurisData n° 2007-041915 ; JCP S 2008, 1230, comm. T. Lahalle). Cette jurisprudence favorable au conjoint était critiquable car elle rendait difficile la distinction entre le conjoint collaborateur et le conjoint salarié.

L'article L. 784-1 du Code du travail a été abrogé par l'ordonnance n° 2007-329 du 12 mars 2007, confirmant que la nouvelle codification des dispositions du Code du travail ne s'est pas faite à droit constant (D. Boulmier, Quand la volonté de codifier à droit constant est source d'inconstance. Le cas des employés de maison : JCP S 2008, 1625).

La suppression de l'article L. 784-1 laisse penser que la jurisprudence rendue en application de celui-ci n'a plus cours. Dans la mesure où le conjoint salarié est désormais visé par **le seul article L. 121-4 du Code de commerce**, sans autre précision, il est possible de considérer que **la preuve d'un lien de subordination est aujourd'hui nécessaire.** Cette interprétation doit encore être confirmée par la jurisprudence à venir (G. Auzero, Le conjoint salarié victime de la recodification : Semaine sociale Lamy 27 oct. 2008, p. 8).

Si les conditions exigées par la loi sont remplies, la conclusion d'un contrat de travail et l'affiliation du conjoint salarié auprès des différents organismes sociaux sont obligatoires.

L'accomplissement de ces formalités permet au conjoint de bénéficier, comme tout salarié, des avantages offerts par le droit du travail et de la sécurité sociale (**congés payés, assurance-maladie, vieillesse et chômage, etc.**) ; en contrepartie, **il doit renoncer à toute responsabilité dans la gestion de l'entreprise.** Cela confirme que le lien de subordination devrait être caractérisé.

À défaut d'accomplissement de ces formalités, le chef d'entreprise risque de se rendre coupable du délit de travail dissimulé.

Attention car le divorce n'est pas un motif valable de licenciement. Il faudra donc trouver un motif lié à l'exécution du contrat de travail.

Toute modification du contrat de travail devra également respecter la législation en vigueur et notamment la procédure nécessaire à une modification substantielle du contrat de travail.

Le cas échéant la rupture du contrat aura un impact tant vis-à-vis de l'entreprise (indemnisation par l'employeur) que du divorce (pension alimentaire, prestation compensatoire).

- **Le conjoint collaborateur**

Le conjoint collaborateur est défini comme « **le conjoint d'un chef d'une entreprise commerciale, artisanale ou libérale, qui exerce une activité professionnelle régulière dans l'entreprise sans percevoir de rémunération et sans avoir la qualité d'associé au sens de l'article 1832 du code civil** » (C. com., art. R. 121-1).

Le statut de conjoint collaborateur n'est plus seulement réservé à celui qui travaille auprès du chef d'une entreprise individuelle. Il peut être revendiqué, dans certaines conditions, en cas d'activité exercée au sein d'une structure sociétaire : en bénéficiant, lui et lui seul, **le conjoint du gérant associé unique d'une EURL ou du gérant associé majoritaire d'une SARL ou d'une société d'exercice libéral à responsabilité limitée (SELARL) dont l'effectif n'excède pas vingt salariés**, étant précisé que si, sur une période de vingt-quatre mois consécutifs, ce seuil est dépassé, le chef d'entreprise doit demander la radiation de la mention du conjoint collaborateur (C. com., art. R. 121-3).

Activité régulière – La collaboration requiert du collaborateur **qu'il fournisse régulièrement ses services, comme s'il s'agissait d'une activité professionnelle principale**. Mais la collaboration n'est pas la subordination. Le conjoint collaborateur est appelé à faire preuve d'initiative dans les limites de la finalité donnée par l'exploitant à ses fonctions (D. Martin, op. cit., n° 49). Selon l'article R. 121-2 du Code de commerce, "[...] les conjoints qui exercent à l'extérieur de l'entreprise une activité salariée d'une durée au moins égale à la moitié de la durée légale du travail ou une activité non salariée sont présumés ne pas exercer dans l'entreprise une activité professionnelle de manière régulière". Autrement dit, seuls les conjoints exerçant **une activité supérieure à un mi-temps** dans l'entreprise pourront bénéficier du statut.

Absence de salaire – Le conjoint collaborateur ne doit pas être rémunéré pour ses fonctions. Dans le cas contraire, il prend le statut de salarié.

Prérogatives

Le conjoint collaborateur est réputé avoir reçu du chef d'entreprise mandat d'accomplir au nom de ce dernier les **actes d'administration concernant les besoins de l'entreprise**. Si les actes de disposition relatifs au fonds de commerce sont exclus, le conjoint collaborateur est néanmoins associé à la gestion du fonds pour les actes nécessaires à l'exploitation. Il peut s'agir, notamment, de l'achat et de la vente de marchandises, de la signature de factures, de devis ou de lettres au nom du chef

d'entreprise, de la réception des paiements, de l'acquisition de matériel d'équipement ou encore de l'engagement et du licenciement de personnel.

Droits sociaux

Le conjoint collaborateur ne perçoit aucune rémunération au titre de l'activité qu'il déploie au sein de l'entreprise familiale ; toutefois, il se voit reconnaître un certain nombre de droits sociaux. En particulier, il est affilié personnellement au régime **d'assurance vieillesse des travailleurs non-salariés**, afin qu'il se constitue des droits propres, au titre de la retraite de base, de la retraite complémentaire et du régime **invalidité-décès**.

Chaque époux peut **mettre fin unilatéralement à la présomption** sans avoir à justifier des raisons qui le déterminent. Les seules conditions sont d'ordre formel. La déclaration doit être faite **devant notaire**, le conjoint présent ou dûment appelé. On compte sur le rôle de conseil du notaire pour empêcher des révocations irréfléchies ou inconscientes. Car la décision est grave puisque aucune procédure de repentir n'est prévue pour rétablir ce mandat. Il est vrai que le droit commun des régimes matrimoniaux fournira encore aux époux d'autres sources de mandat.

À l'égard des tiers, la déclaration notariée n'a d'effet que trois mois après sa mention au registre du commerce ou au répertoire des métiers (ou au registre des entreprises tenu par les chambres de métiers d'Alsace et de Moselle). « En l'absence de cette mention, elle n'est opposable aux tiers que s'il est établi que ceux-ci en ont eu connaissance » (C. com., art. L. 121-6, al. 2).

La présomption de mandat cesse en outre **de plein droit** dans quatre cas : absence présumée de l'un des époux ; séparation de corps ; séparation de biens judiciaire ; disparition des conditions légales du mandat.

- Le conjoint sans statut

L'immixtion du conjoint à l'activité professionnelle de l'autre peut donner lieu à plusieurs revendications ou risques :

- **Société créée de fait** avec une évaluation difficile des droits du conjoint (qui peut d'ailleurs se cumuler avec le statut de conjoint collaborateur Cass com 10 juillet 2017 Jurisdata 2007-040260) ;
- **Travail dissimulé** avec un risque pénal et social ;
- **Créance entre époux** au titre de l'enrichissement pour l'époux séparé de biens, soit par l'évaluation sur le principe **du profit subsistant (plus-value prise par le bien)** (1469 et 1543 du Code civil) , soit par le calcul de la **rémunération différée** représentant **l'appauvrissement du demandeur** ;

Chaque méthode doit subir des ajustements car comment prouver que la rémunération non versée a servi directement à financer, améliorer ou conserver le bien ?

Et sur la rémunération différée la jp émet aussi des correctifs :

C'est cette idée que traduit un arrêt de la cour d'appel de Montpellier (CA Montpellier, 1^{re} ch., 26 oct. 1992 : JurisData n° 1992-034448). En l'espèce, l'épouse avait travaillé pendant 15 ans à temps plein dans le bar-restaurant-dancing tenu par le mari. Elle percevait 15 000 F par mois pour exercer la même activité chez un tiers. Mais, tenant compte du fait qu'elle avait la possibilité de **prélever sans contrôle dans la caisse** de l'établissement, la cour lui a alloué une indemnité mensuelle de 10 000 F. En définitive lorsqu'il y a activité professionnelle, **la rémunération qu'aurait pu percevoir l'époux en travaillant chez un tiers n'est qu'un élément d'appréciation** : dans l'arrêt précité de la cour de Montpellier, le chiffre de 15 000 F a permis de mesurer « l'économie faite par le mari », et donc son enrichissement.

Correctifs à appliquer – Mais il faut, par ailleurs, appliquer au chiffre correspondant divers correctifs pour tenir compte de l'appauvrissement du demandeur ; sur cette notion, et le cas où l'appauvrissement n'est qu'apparent, se reporter ci-dessus (V. JCl. Notarial Formulaire, V° Séparation de biens, fasc. 20).

Ainsi, il a été jugé que l'indemnité à laquelle l'épouse pouvait prétendre devait être **réduite de moitié** en considération de l'obligation dans laquelle elle se serait trouvée, si elle avait eu des revenus professionnels, de **les utiliser pour contribuer aux charges** du mariage (CA Aix-en-Provence, 1^{re} ch., 8 juin 1993 : JurisData n° 1993-049467).

De même, il faudra vérifier si et dans quelle mesure l'époux demandeur n'a pas **indirectement profité, sous une forme ou sous une autre, des revenus produits** par l'activité de son conjoint (à ce propos, V. JCl. Notarial Formulaire, V° Séparation de biens, fasc. 20).

Il résulte de l'application des principes sus-énoncés que, le plus souvent, l'indemnité allouée n'aura **qu'un lointain rapport avec la rémunération à laquelle l'époux aurait pu normalement prétendre**. Ainsi, une épouse qui avait participé à la gestion de l'hôtel-restaurant de son mari pendant 55 mois s'est vue allouer de ce chef une indemnité de 1 500 F par mois (CA Bordeaux, 1^{re} ch., 27 sept. 1984 : JurisData n° 1984-042440).

- **Gérance de fait** : attention en cas de procédure collective. Le gérant de fait non associé peut être considéré comme un salarié non déclaré et non rémunéré.

4. Identifier la rémunération de l'entrepreneur

Les rémunérations du DAFO

Revenus réels du DAFO et fiscalité

Les dividendes dans le compte d'administration post ONC

La nature des fruits de l'entreprise en période de crise

La prime : celle que le DAFO peut s'accorder en cours d'année avant ou après ONC

B. Appréhender la situation économique, comptable et financière

1. L'économie

Forces et faiblesses, matrice SWOT

Exemples – dossiers : un pharmacien, un horloger, un cabinet de consulting RH, une société d'événementiel, une société de négoce

2. La comptabilité

La fiabilité de la comptabilité

Le rôle du Commissaire aux comptes / les seuils / différence avec l'expert-comptable

Organe neutre et indépendant appelé à vérifier que les informations d'ordre comptable émises par la société sont dignes de foi, le commissaire aux comptes est aussi chargé de s'assurer que la vie sociale ne se déroule pas dans des conditions irrégulières ou attentatoires à la pérennité de l'entreprise (C. com., art. L. 820-1 à L. 823-18 et art. R. 821-1 à R. 823-21).

Il est donc "rémunéré pour critiquer éventuellement ceux qui l'ont désigné" (Y. Chaput, Le commissaire aux comptes, partenaire de l'entreprise : Presses Sciences Po / CREDA, 1999, p. 7). Or, seule une autorité extérieure à l'entreprise peut s'exprimer sans réticence. C'est pourquoi l'examen des comptes sociaux est dévolu aux membres d'une profession libérale qui ne sont pas en état de subordination à l'égard des décideurs choisissant de s'adresser à eux.

Place du commissaire dans la société

Par ses attributions, le commissaire aux comptes ne s'identifie :

- **ni à un comptable d'entreprise** : il ne lui appartient pas de tenir la comptabilité mais de certifier que celle-ci est régulière et conforme aux normes en vigueur ;

- **ni à un gestionnaire** : un principe de non-immixtion lui interdit de s'arroger un pouvoir de gestion et d'orienter par conséquent la politique financière ou sociale. Il n'a donc pas à vérifier si la société fait des efforts pour fidéliser sa clientèle et conquérir de nouveaux marchés (CA Poitiers 7 juill. 2005, Guéret Distribution : JurisData n° 2005-308298) ;

- **ni à une émanation du conseil de surveillance**, sa tâche ne consistant pas à traquer les erreurs de gestion, face auxquelles il doit garder le silence, sauf si elles correspondent à des irrégularités comptables ou font peser une menace sur la continuité de l'exploitation;

- **ni à un conciliateur chargé de résoudre les différends entre associés**. Le juge excèderait ses pouvoirs en faisant droit à une demande de désignation d'un commissaire aux comptes formulée à la suite d'incidents survenus au sein d'une SARL, qui ne

permettent pas de jeter la suspicion sur la tenue de la comptabilité de la société (CA Paris, 15 déc. 2004 : RJDA 2006, n° 157).

Lien institutionnel avec la société

Même si la loi énonce que le commissaire aux comptes est titulaire d'un **mandat** (C. com., art. L. 823-3), ses rapports avec la société sont, en réalité, de nature institutionnelle puisque les compétences qui lui sont reconnues par la loi ne sont pas négociables. En effet, les textes définissent de manière impérative aussi bien le domaine que le contenu de sa mission, qui ne s'apparente pas à celle d'un mandataire :

- il n'est pas chargé d'accomplir des actes juridiques mais seulement des opérations matérielles de vérification ;
- il n'est pas librement révocable par l'assemblée générale qui l'a élu ;
- il est responsable non seulement à l'égard de la société contrôlée, mais également vis-à-vis des tiers.

La mission de certification par les commissaires aux comptes ne consiste pas à garantir la viabilité ou la qualité de la gestion de la personne ou de l'entité contrôlée (C. com., art. L. 823-10-1 nouveau).

Entreprises assujetties en raison de leur forme

Pour s'en tenir au secteur privé, les seules entités soumises à l'**obligation** de nommer un ou plusieurs commissaires aux comptes quelle que soit leur envergure économique sont **les sociétés anonymes (C. com., art. L. 225-218) et les sociétés en commandite par actions (C. com., art. L. 226-6)**.

Groupements assujettis en raison de leur dimension

Certaines personnes morales ne doivent faire appel à un commissaire aux comptes que si leur importance économique, mesurée à partir de seuils légaux, le justifie. Ainsi conçue, l'obligation de nomination touche :

les **sociétés en nom collectif, les sociétés en commandite simple et les sociétés à responsabilité limitée** (C. com., art. L. 221-9, al. 2, art. L. 222-2 et L. 223-35, al. 2), si elles dépassent, à la clôture d'un exercice, deux des trois indicateurs suivants : **1 500 000 euros pour le total du bilan, 3 100 000 euros hors taxes pour le chiffre d'affaires, 50 salariés en moyenne sur l'année** (C. com., art. R. 221-5 et R. 223-27).

les **sociétés par actions simplifiées** (C. com., art. L. 227-9-1) qui atteignent, à la clôture d'un exercice social, deux des seuils suivants : un **total du bilan supérieur à 1 million d'euros, un chiffre d'affaires hors taxes supérieur à 2 millions d'euros, un nombre moyen de salariés permanents supérieur à 20** (C. com., art. R. 227-1). Sont également tenues d'avoir un commissaire aux comptes les SAS qui contrôlent une ou plusieurs sociétés au sens des II et III de l'article L. 233-16 du Code de commerce, ainsi que celles faisant l'objet d'un contrôle exclusif ou conjoint au sens de ces mêmes dispositions.

les **groupements d'intérêt économique** qui **émettent des valeurs mobilières ou qui comptent 100 salariés au minimum à la clôture d'un exercice** (C. com., art. L. 251-12) ;

les **personnes morales de droit privé non commerçantes ayant une activité économique (sociétés civiles, associations) et qui répondent aux critères dimensionnels** susvisés pour les sociétés commerciales (C. com., art. L. 612-1). Pour elles, l'obligation disparaît lorsque les conditions cessent d'être remplies pendant deux exercices successifs (C. com., art. R. 612-1) tandis que dans les autres entités, le commissaire aux comptes, une fois nommé, est nécessairement maintenu en fonctions jusqu'au terme de son mandat (V. infra n° 82).

En deçà des chiffres fixés, la nomination d'un commissaire aux comptes peut intervenir de manière facultative dans tous les groupements (V. infra n° 8) ou être demandée en justice dans certaines sociétés (V. infra n° 34).

Désignation volontaire dans les autres entités

Rien n'empêche les structures qui ne répondent pas aux critères prévus de se doter malgré tout d'un commissaire aux comptes. Un tel choix peut servir l'image de l'entreprise, qui affiche par là même une volonté de transparence (H. Hovasse, Comptes sociaux et liberté contractuelle : Dr. sociétés 2004, chron. 3).

Le Commissaire au comptes est **désigné par la collectivité des associés** (statuts constitutifs, AG, acte) ou par le juge en référé à la demande d'un ou plusieurs associés (selon la forme sociale 1 associé ou 10% du capital) si la société n'y a pas procédé et que les seuils sont atteints.

Rôle du commissaire aux comptes

A. Contrôle général des données comptables

B. Certification des comptes

C. Missions de surveillance

- a. Contrôle de l'égalité entre associés
- b. Modifications statutaires : régularité
- c. Autres divers

D. Missions d'information

- a. A l'égard du dirigeant notamment procédure d'alerte
- b. A l'égard des associés : rapport sur les comptes et sur les conventions réglementées intervenant entre les dirigeants et la société, sur les rémunérations exceptionnelles des dirigeants

c. Rapports à l'assemblée générale extraordinaire

- augmentation de capital avec renonciation des actionnaires au droit préférentiel de souscription (C. com., art. L. 225-135 et R. 225-114) ;
- émission de valeurs mobilières donnant accès au capital ou donnant droit à l'attribution de titres de créance (C. com., art. L. 228-92) ;
- création de certificats d'investissement (C. com., art. L. 228-30) ;
- émission de bons de souscription autonomes (C. com., art. L. 228-95) ;
- octroi aux salariés d'options donnant droit à la souscription d'actions (C. com., art. L. 225-177) ;
- conversion d'actions ordinaires en actions à dividende prioritaire sans droit de vote et inversement (C. com., art. L. 228-12) ;
- réduction du capital social (C. com., art. L. 225-204 et R. 225-150) ;
- transformation de la personne morale (C. com., art. L. 223-43 et L. 225-244)

d. Information du Tribunal de Commerce (procédure d'alerte) et du Proc (faits délictueux)

Soumission au secret

Éléments couverts par le secret – **Les commissaires aux comptes sont astreints au secret professionnel “pour les faits, actes et renseignements dont ils ont pu avoir connaissance à raison de leurs fonctions”** (C. com., art. L. 822-15, al. 1er). Cela recouvre tout ce qu'ils voient, entendent ou devinent au cours de leurs travaux. Même des informations circulant dans le public, qu'il s'agisse de simples rumeurs ou de données fiables, sont couvertes par le devoir de confidentialité, en ce sens que le commissaire doit s'abstenir de déclarations relatives à ces événements supposés ou réels. À titre d'exemple, ce n'est pas parce que le dirigeant d'une banque dévoile à la presse les fraudes dont un trader est soupçonné que, de son côté, le commissaire aux comptes sera autorisé à faire des révélations à ce sujet (B. Bouloc, Le secret professionnel des commissaires aux comptes : Rev. sociétés 2008, p. 291).

Opposabilité du secret – La catégorie des acteurs auxquels le secret est opposable, en tout ou en partie, se définit négativement : le commissaire est tenu au silence envers tous ceux qu'aucun texte ne désigne comme titulaires d'un droit à l'information (J.-F. Barbiéri, De quelques aspects du secret professionnel du commissaire aux comptes : Bull. Joly Sociétés 1997, p. 935).

La confidentialité est donc **de rigueur envers les associés qui, à titre individuel et en dehors des assemblées, chercheraient à obtenir du commissaire certaines informations**. Ainsi, un fonds de pension américain qui a pris une participation de 8 % dans une société ne saurait, pour recueillir des preuves d'une gestion sociale critiquable, obtenir la désignation en justice d'un expert chargé de se faire communiquer et d'étudier les dossiers de travail du commissaire aux comptes (CA Versailles, 12 sept. 2002 : Bull. CNCC 2002, p. 572, note Ph. Merle).

Le compte courant de tous les dangers

- **en droit**

En l'absence d'une définition légale des comptes courants d'associés, une **réponse ministérielle** permet d'appréhender cette notion : "**l'apport en compte courant consiste pour l'associé à consentir à la société des avances ou des prêts en versant directement des fonds ou en laissant à sa disposition des sommes qu'il renonce provisoirement à percevoir**" (Rép. min. n° 34969 à M. de Cuttoli : JO Sénat Q, 23 oct. 1980, p. 4001).

Les comptes courants d'associés concernent des prêts émanant d'associés, quelle qu'en soit l'origine : **fonds déposés ou sommes laissées en compte dans la société (rémunérations, dividendes, jetons de présence...)**.

"Apport en compte courant", "comptes courants d'associés" : du point de vue juridique, il n'y a pas lieu de distinguer ces conventions qui toutes **constituent des prêts soumis au régime du prêt à intérêt**, tel qu'il résulte des **articles 1905 et suivants du Code civil**.

Cette qualification juridique de prêt a d'ailleurs été expressément confirmée par la juridiction suprême dans une affaire ayant trait à la procédure collective (Cass. com., 18 nov. 1986 : Bull. civ. 1986, IV, n° 216 ; JCP E 1987, II, 20806, note M. Jeantin ; Rev. sociétés 1987, p. 581, note I. Urbain-Parléani ; RD bancaire et bourse 1987, n° 1, p. 3, obs. M. Jeantin et A. Viandier).

L'apport en compte courant se distingue de l'apport en capital, notamment en numéraire : il ne donne pas lieu à attribution de droits sociaux.

Exemple :

Les associés d'une SCI qui payent personnellement le prêt contracté pour l'acquisition du DC et les charges et taxes.

Les associés d'une société commerciale qui concèdent des avances de trésorerie ou font des apports à la constitution qui ne donnent pas lieu à émission de droits sociaux.

Attention : les comptes courants débiteurs sont interdits. La société ne peut avoir pour objet social de prêter de l'argent à ses associés.

Une convention de compte courant éventuellement conclue donne lieu en principe à l'établissement d'un écrit indiquant les modalités de fonctionnement du compte, en

particulier la stipulation d'intérêts. **À défaut d'écrit préalable, les avances en compte courant sont considérées comme effectuées à titre gratuit** (C. civ., art. 1905, sur le prêt à intérêt). Par ailleurs, l'ouverture de comptes courants d'associés fait l'objet d'une déclaration auprès des services fiscaux dans les conditions et selon les modalités inscrites dans l'article 242 ter, 3 du CGI et son décret d'application.

Bien qu'ils puissent être gratuits, les comptes courants d'associés sont le plus souvent rémunérés ; auquel cas, le taux d'intérêt est librement déterminé par les parties, à condition de respecter les lois d'ordre public relatives à l'usure et le cas échéant à l'indexation.

Sauf disposition conventionnelle contraire telle qu'une convention de blocage, les titulaires de comptes courants d'associés bénéficient d'un droit au remboursement immédiat et intégral de leurs comptes, même en cas de difficultés financières de la société (CA Paris, 9 juin 1989 : RTD com. 1990, p. 45, n° 10, obs. C. Champaud. – CA Paris, 12 nov. 1991 : RJDA 2/1992, n° 155 ; Bull. Joly Sociétés 1992, p. 90 ; RTD com. 1992, p. 820, obs. C. Champaud et D. Danet). A fortiori, lorsque la société se trouve en liquidation, tout créancier d'un compte courant d'associé est fondé à en poursuivre le remboursement (Cass. com., 5 mars 1991 : Bull. Joly Sociétés 1991, p. 499).

Attention toutefois au remboursement d'un compte courant dans le cadre d'un divorce qui mettrait en péril la société : cela risque de préjudicier à l'intérêt social, à celui des autres associés et des tiers créanciers de la société.

Une clause statutaire peut valablement soumettre le remboursement du compte à certaines conditions, encore faut-il qu'elles ne soient pas purement potestatives, c'est-à-dire ne fassent pas dépendre exclusivement le remboursement d'une décision de la société. Ainsi, ont été jugées valables la clause soumettant le remboursement à la condition que l'état de la trésorerie et les besoins de financement de la société le permettent (Cass. com., 9 oct. 2007 : Dr. sociétés 2008, comm. 2, obs. J.-P. Legros ; JurisData n° 2007-040803 ; BRDA 21/2007, n° 1 ; RJDA 1/2008, n° 41), ainsi que la décision de transformer les comptes courants en avances conditionnées dont le remboursement est subordonné à la reconstitution des fonds propres de la société à un certain niveau (CA Paris, 12 déc. 2007 : RJDA 5/2008, n° 526).

On pourra décider de ces aménagements dans le divorce mais cela doit être soumis à la collectivité des associés (ou convention réglementée).

L'associé qui réclame le montant de sa créance doit apporter la preuve de son droit. Par conséquent, s'il n'apporte pas de contradiction motivée aux éléments de la comptabilité produite par la société, c'est la somme figurant dans celle-ci qui doit être retenue (CA Lyon, 1er févr. 2007 : JCP E 2007, 1713, selon lequel la société est également en droit de prétendre que sa créance s'est compensée avec une dette locative de l'associé).

Jp récente sur le remboursement immédiat des comptes courants :

Le retrait d'un associé d'une SCI n'est pas une condition du remboursement de son compte-courant d'associé (Cass. 3e civ., 12 nov. 2014, n° 13-16.182 : JurisData n° 2014-027338 ; Dr. sociétés 2015, comm. 25, note H. Hovasse ; Dr. rural 2015, comm. 71, note A. Cerati-Gauthier).

Les comptes courants d'associés sont remboursables à tout moment sans que la société puisse invoquer des difficultés de trésorerie pour en refuser le remboursement. Il est toutefois possible de déroger à ce principe par des conventions. En l'espèce, une convention prévoyait que le remboursement des comptes courants d'associés est bloqué pendant 18 mois à l'issue desquels le remboursement se fait de plein droit sur simple demande sous réserve que ses modalités ne mettent pas en péril la structure financière de la société. La cour considère que le risque de mise en péril de la structure financière de la société ne constitue pas une condition purement potestative, de sorte que la clause n'est pas nulle (CA Paris, pôle 5, ch. 9, 12 nov. 2015, n° 14/24960, Benhamou c/ SA Cosfi :JurisData n° 2015-026434 ; Dr. sociétés 2016, comm. 24, note R. Mortier).

La caractéristique essentielle du compte courant d'associé est, en l'absence de convention particulière ou statutaire, d'être remboursable à tout moment, de sorte que, en l'absence de terme fixé par le gérant dans les conditions autorisées par les statuts, l'avance en compte courant doit être remboursée à l'associé qui le demande (CA Aix-en-Provence, 6 juill. 2017, 8e ch. B, n° 15/05231, Romain GIL c/ SARL EMOB : JurisData n° 2017-013884 ; Dr. sociétés 2017, comm. 203, note R. Mortier).

Le compte courant peut ainsi être bloqué (non remboursement avant telle date ou dans certaines conditions), rémunéré ou non.

Son montant sera établi par l'expert-comptable / certifié par le commissaire aux comptes. L'expert désigné au titre de 255-9 ou 255-10 pourra s'adjoindre un expert-comptable à cet effet.

Le compte courant est attaché au titulaire des droits sociaux. Son conjoint commun en bien non associé ne peut demander le remboursement du compte courant d'associé. Arrêt du 9 février 2011 1^{ère} Civ 09-68659. Donc même si l'analyse de la finance permet de qualifier le compte courant comme constitué de fonds communs ou indivis, seul l'époux titulaire des parts ou actions peut demander le remboursement du compte courant.

Cela implique que dans les opérations de liquidation et partage, **il n'est pas possible de demander l'attribution de la créance de compte courant sans celle corrélative des droits sociaux.**

3. La finance

L'évaluation de l'entreprise : les méthodes
Les retraitements financiers (au bilan)

C. Organiser la sortie de crise

1. Déterminer le statut des biens et des rémunérations en fonction du régime juridique

Incidences du régime matrimonial du Chef d'entreprise –

Les époux, dont l'un au moins est chef d'entreprise ou entrepreneur, doivent anticiper :

- Ce qu'ils entendent partager dans le cadre du mariage en terme de :
 - o composition de patrimoine (valeur de l'entreprise et fruits produits)
 - o mais également de risque (contribution à la dette – protection du DC, etc ...),
- Mais aussi, comme ils le font pour le décès ou la maladie, les conséquences du divorce pour la protection de l'entreprise ou la protection des biens du couple

Les époux doivent donc déterminer en priorité le régime matrimonial le plus adapté à leur situation car 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, voir céder l'entreprise.

En outre en cas de mésentente, il peut être la source d'interférences dans la gestion paralysant le fonctionnement de l'entreprise.

I – Communauté légale :

Beaucoup de chefs d'entreprises sont mariés sous le régime légal de la communauté de biens réduites aux acquêts, faute d'avoir fait le choix d'un régime conventionnel.

1- Propriété des biens :

Principe : ce régime prévoit que tous les biens et acquêts du mariage sont communs, ce patrimoine commun a vocation à s'accroître avec le mariage (à défaut de remploi).

Cette vocation expansionniste est encore renforcée par la présomption de communauté qui répute acquêts tout bien dont un époux ne peut prouver qu'il lui est propre :

Article 1402 CC

Tout bien, meuble ou immeuble, est réputé acquêt de communauté si l'on ne prouve qu'il est propre à l'un des époux par application d'une disposition de la loi.

Si le bien est de ceux qui ne portent pas en eux-mêmes preuve ou marque de leur origine, la propriété personnelle de l'époux, si elle est contestée, devra être établie par écrit. A défaut d'inventaire ou autre preuve préconstituée, le juge pourra prendre en considération tous écrits, notamment titres de famille, registres et papiers domestiques, ainsi que documents de banque et factures. Il pourra même admettre la preuve par témoignage ou présomption, s'il constate qu'un époux a été dans l'impossibilité matérielle ou morale de se procurer un écrit.

A noter toutefois que certains biens à caractère professionnel présentent des particularités :

- Le fonds libéral créé pendant le mariage est un bien commun en valeur (ex. le droit de présenter une clientèle) mais dont le titre reste propre à l'époux exerçant la profession.
- La jurisprudence l'a étendu aux parts sociales non négociables (sociétés de personnes – SARL) souscrites par un époux avec des fonds communs

Ici il faut examiner le sort des droits sociaux, distincts selon qu'il s'agisse de parts sociales non négociables (SARL/ sociétés de personne/SCI – acquis pour participer à la vie de la société voir pour la mener ou la contrôler) ou d'actions (droits négociables – SA/SAS – placement – investissement et non une participation à vie de société)

A) les parts sociales non négociables : CREATION JURISPRUDENTIELLE DU TITRE ET DE LA FINANCE :

Les droits sociaux non négociables (parts sociales SARL acquis durant le mariage forment des biens mixtes (Cass. 1e civ. 9-7-1991 n° 90-12.503 P : Bull. civ. I n° 232). Ils intègrent la communauté mais uniquement en valeur, la qualité d'associé et les parts sociales, considérées en nature, demeurant propres à l'époux qui en est titulaire (Cass. 1e civ. 4-7-2012 n° 11-13.384 FS-PBI : BPAT 5/12 inf. 246).

S'ouvre alors uniquement un droit à récompense.

Au travers de la théorie du titre et de la finance consacrée définitivement par la Cour de Cassation en un arrêt de la 1ère chambre civile du 12 juin 2014 (Cass. 1e civ. 12-6-2014 n° 13-16.309 FS-PBI : RJDA 10/14 n° 755), on distingue :

1 « la finance » – c'est-à-dire en fait la propriété stricto-sensu qui dépend de la communauté jusqu'à la date des effets du divorce (notamment maintien des obligations de 1424 CC pour la cession).

2 « le titre » ; le titre reste au nom du seul époux acquéreur ou souscripteur des parts sociales : lui seul exercera donc les prérogatives attachées au titre social et notamment le droit de vote et lui seul aura dès lors la qualité d'associé.

Les conséquences :

L'acquisition des parts sociales non négociables par un époux pendant la communauté avec des fonds communs permet à l'époux de l'associé de revendiquer la qualité d'associé pour moitié des parts jusqu'à ce que le divorce soit passé en force de chose jugée.

Le mécanisme de l'article 1832-2 CC crée à la charge de l'associé une obligation d'information de son conjoint et au bénéfice du conjoint commun en biens un d'un

acquéreur ou souscripteur de parts sociales, un droit de revendication sur la moitié des parts acquises ou souscrites, y compris contre la volonté de l'acquéreur ou souscripteur.

Article 1832-2 CC

Un époux ne peut, sous la sanction prévue à l'article 1427, employer des biens communs pour faire un apport à une société ou acquérir des parts sociales non négociables sans que son conjoint en ait été averti et sans qu'il en soit justifié dans l'acte.

La qualité d'associé est reconnue à celui des époux qui fait l'apport ou réalise l'acquisition.

La qualité d'associé est également reconnue, pour la moitié des parts souscrites ou acquises, au conjoint qui a notifié à la société son intention d'être personnellement associé. Lorsqu'il notifie son intention lors de l'apport ou de l'acquisition, l'acceptation ou l'agrément des associés vaut pour les deux époux. Si cette notification est postérieure à l'apport ou à l'acquisition, les clauses d'agrément prévues à cet effet par les statuts sont opposables au conjoint ; lors de la délibération sur l'agrément, l'époux associé ne participe pas au vote et ses parts ne sont pas prises en compte pour le calcul du quorum et de la majorité.

Les dispositions du présent article ne sont applicables que dans les sociétés dont les parts ne sont pas négociables et seulement jusqu'à la dissolution de la communauté.

Si cette obligation d'information n'a pas été respectée : rappelons que la sanction de l'article 1427 du CC permet de solliciter la nullité de l'acte dans les deux années de la connaissance de l'acte et au maximum dans les deux années qui suivent la dissolution de la communauté :

Ex : Imaginons un époux qui utilise des fonds communs pour acheter des parts sociales de SARL lesquelles ne valent plus rien au moment du divorce ou du partage ...le conjoint non informé aurait tout intérêt à soutenir la nullité de l'acte d'acquisition des parts

Article 1427 CC

Si l'un des époux a outrepassé ses pouvoirs sur les biens communs, l'autre, à moins qu'il n'ait ratifié l'acte, peut en demander l'annulation.

L'action en nullité est ouverte au conjoint pendant deux années à partir du jour où il a eu connaissance de l'acte, sans pouvoir jamais être intentée plus de deux ans après la dissolution de la communauté.

Il faut donc conseiller à l'époux associé de respecter la condition d'information du conjoint.

Pour éviter la crainte d'une immixtion dans les affaires de la société, il est prudent de lui faire renoncer à la qualité d'associé : ce qui est sans incidence naturellement sur l'entrée dans le patrimoine commun de la valeur des parts souscrites, ouvrant un droit à récompense.

On peut aussi envisager une clause dans les statuts de SARL soumettant à agrément la revendication de la qualité d'associé de l'époux (possible en SARL) mais que se passe-t-il en cas de refus d'agrément ?

B – les titres négociables (actions de SA/SAS)

La procédure d'avertissement du conjoint n'existe pas.

Seul le conjoint titulaire des parts est associé et titulaire des droits sociaux attachés.

2- la gestion :

Principe : les époux disposent d'un pouvoir de gestion concurrente sur les biens de communauté avec deux dérogations

- Pour la gestion des biens affectés à une profession séparée (1421)

Article 1421 CC

Chacun des époux a le pouvoir d'administrer seul les biens communs et d'en disposer, sauf à répondre des fautes qu'il aurait commises dans sa gestion. Les actes accomplis sans fraude par un conjoint sont opposables à l'autre.

L'époux qui exerce une profession séparée a seul le pouvoir d'accomplir les actes d'administration et de disposition nécessaires à celle-ci.

Le tout sous réserve des articles 1422 à 1425.

- Pour les actes les plus graves (1422 - 1424)

Article 1422 CC

Les époux ne peuvent, l'un sans l'autre, disposer entre vifs, à titre gratuit, des biens de la communauté.

Ils ne peuvent non plus, l'un sans l'autre, affecter l'un de ces biens à la garantie de la dette d'un tiers.

De même, ils ne peuvent, l'un sans l'autre, transférer un bien de la communauté dans un patrimoine fiduciaire.

A/ Pouvoir de gestion sur les parts non négociables :

Revenons à notre distinction TITRE ET FINANCE pour les droits non négociables -

En cours de communauté un époux ne peut vendre, ni donner seul les parts sociales non négociables même s'il a seul la qualité d'associé.

Article 1424 CC

Les époux ne peuvent, l'un sans l'autre, aliéner ou grever de droits réels les immeubles, fonds de commerce et exploitations dépendant de la communauté, non plus que les droits sociaux non négociables et les meubles corporels dont l'aliénation est soumise à publicité. Ils ne peuvent, sans leur conjoint, percevoir les capitaux provenant de telles opérations.

Mais à partir de la dissolution du mariage et jusqu'au partage, l'époux retrouve cette liberté (1ère Civ 22/10/2014)

Confirme que le conjoint associé peut disposer seul des parts pendant l'indivision post communautaire mais ajoute que ces parts doivent être portées à l'actif de communauté pour leur valeur au jour du partage (et non au prix de cession pour éviter de tronquer les valeurs).

Reprend la JP de 1991 qui autorise le conjoint associé à disposer seul de ses parts sociales non négociables car elles sont attachées à sa qualité d'associé et ne tombent pas davantage dans l'indivision post communautaire qui n'en recueille que la valeur.

B / pour les titres négociables : c'est l'inverse.

- Pendant la communauté, l'époux associé peut disposer librement des actions (1421 CC) mais en situation d'indivision post-communautaire, un arrêt du 7 octobre 2015 (1ère Civ. 7/10/2015 n°14-22224), la Cour de Cassation apporte une précision importante sur le régime juridique des actions « durant l'indivision post-communautaire, l'aliénation d'actions indivises par un époux seul est inopposable à l'autre, de sorte que doit être portée à l'actif de la masse à partager la valeur des actions au jour du partage ».

Si cession en l'absence de l'accord de l'autre, la cession n'est pas nulle mais inopposable au conjoint et donc réintégration de la valeur des titres au jour du partage.

- Les actions anciennement communes devenues indivises : les règles légales de gestion de l'indivision trouvent à s'appliquer et donc l'ex conjoint devenu indivisaire peut contraindre les époux à demander la désignation d'un mandataire pour exercer les droits sociaux (vote aux AG), si désaccord des ex-époux....

Ou peut demander aux associés d'agréer l'entrée de l'ex-conjoint en qualité d'associé (Or en général il existe des clauses d'agrément dans les SA –donc impossible).

D'où le risque d'une situation conflictuelle pouvant conduire à :

- un blocage de certaines opérations soumises à cogestion (ex. cession de parts sociales de SARL ou fonds de commerce),

- une tentative d'immixtion du conjoint non entrepreneur (ex. demande de remboursement d'un compte courant s'associé – non admis par JP)

3- Le sort des revenus de l'entreprise ou des droits sociaux :

Le principe = tout produit d'une activité professionnelle, la rémunération du dirigeant alimentent la communauté, l'époux conservant la libre gestion exclusive de ses gains et salaires.

A/ Les revenus du capital :

Le dirigeant peut percevoir des revenus liés au capital de l'entreprise.

1 – Distribution de dividendes :

- Pas de problème pendant la communauté qu'ils proviennent de droits sociaux propres ou communs puisque ce sont des fruits : ils tombent en communauté.

Même si pour les droits sociaux non négociables, en vertu de cette nature mixte, l'époux titulaire des parts a, durant le mariage, seul qualité pour percevoir les dividendes auxquels ses titres lui donnent droit (Cass. 1e civ. 5-11-2014 n° 13-25.820 PB : BPAT 1/15 inf. 5).

- Sort des bénéfices et dividendes perçus après le divorce et provenant de parts sociales communes

Les bénéfices et dividendes provenant de parts sociales acquises durant le mariage, que l'époux associé perçoit durant l'indivision post-communautaire sont des fruits accroissant l'indivision. Il en est ainsi même si la qualité d'associé attachée aux parts ne relève pas de l'indivision.

Cass.1ère Civ 28/03/2018 n°17-16 198F PB

Des époux mariés sous le régime de la communauté légale divorcent.

Durant l'indivision post-communautaire, un des conjoints perçoit seul des dividendes et bénéfices provenant de parts de SCP acquises durant le mariage.

Selon lui, dès lors qu'il a seul la qualité d'associé, ces parts, à la différence de leur contre-valeur, ne font partie ni de la communauté ni, après dissolution de celle-ci, de l'indivision entre ex-époux. Les dividendes versés au titulaire de ces parts ne sont donc pas des fruits de biens indivis accroissant l'indivision.

Telle n'est pas l'analyse de la Cour de cassation. Les parts sociales détenues par l'époux ont été acquises au cours du mariage. Ces parts seront donc portées à l'actif de communauté pour leur valeur au jour du partage, la qualité d'associé s'y attachant ne relevant pas de l'indivision.

Par conséquent, les bénéfices et dividendes perçus par l'ex-époux pendant l'indivision post-communautaire sont des fruits accroissant l'indivision.

En conséquence, la Cour de cassation nous rappelle ici deux choses :

- la qualité d'associé (le titre) ne relève pas de l'indivision post-communautaire. Il en a déjà été déduit que l'époux titulaire des parts pouvait librement les céder durant cette période (Cass. 1e civ. 12-6-2014 n° 13-16.3009 FS-PBI : RJDA 10/14 n° 755) et que, lors du partage, il en était nécessairement l'attributaire, à charge d'en indemniser son conjoint (Cass. 1e civ. 4-7-2012 n° 11-13-384 FS-PBI : BPAT 5/12 inf. 246, D. 2012 p. 2476 note V. Brémond, M. Nicod, J. Revel)

- en revanche, la valeur des parts (la finance) reste intégrée à l'indivision. Les bénéfices et dividendes, autrement dit les fruits et revenus des parts, suivent le même régime que la finance et accroissent la masse indivise (C. civ. art. 815-10) – Cass.1ère Civ 28/03/2018 n°17-16 198F PB)

déjà en ce sens (Cass. 1e civ. 10-2-1998 n° 96-16.735 P : Bull. civ. n° 47, Defrénois 1998 p. 1119 obs. O. Milhac).

2 – Constitution de réserves :

Les associés peuvent décider d'affecter les bénéfices à la constitution de réserves qui pourront être distribués ultérieurement afin de compléter un dividende trop maigre ou donner lieu à une augmentation de capital.

Quid lorsque les parts sociales de l'époux associé constituent des actifs propres alors qu'en communauté les revenus des propres constituent des fruits tombant en communauté ?

La constitution de réserves peut-elle permettre de contourner le régime communautaire ? la JP semble dire que oui.

1ere CIV 12/12/2006 n°04-20.663 D2007 318 :

Un époux a créé une SARL avant le mariage sous le régime de communauté. Il détenait 200 parts. Après plusieurs années d'affectation des bénéfices aux réserves, il procède en court de communauté à une augmentation de parts par incorporation de réserves et reçoit 1 400 parts.

Après le divorce l'épouse considère que les parts nouvelles sont en communauté ou qu'à tout le moins, il y a un droit à récompense de la communauté équivalente à leur valeur.

La Cour de Cassation considère que les parts nouvelles résultant de l'augmentation de capital par incorporation de réserve constituent des accroissements se rattachant à des valeurs mobilières propres par application de 1 406 CC = BIENS PROPRES PAR NATURE. En outre, la Cour considère que les bénéfices réalisés par une société ne deviennent des fruits ou revenus de biens propres, susceptibles de constituer des acquêts de communauté, que lorsqu'ils sont distribués sous forme de dividende.

Reste à savoir si une affectation à la réserve décidée pour contourner frauduleusement le RM ou par négligence de l'époux à percevoir ses revenus tomberait sous le coup de 1403 du CC ...

Article 1403 CC

Chaque époux conserve la pleine propriété de ses propres.

La communauté n'a droit qu'aux fruits perçus et non consommés. Mais récompense pourra lui être due, à la dissolution de la communauté, pour les fruits que l'époux a négligé de percevoir ou a consommés frauduleusement, sans qu'aucune recherche, toutefois, soit recevable au-delà des cinq dernières années.

Mais la Cour estime que ces fruits n'existent pas tant que les bénéfices n'ont pas été distribués (renvoi à situation des Stocks options)

Pour l'entrepreneur individuel : ces bénéfices sont communs mais il peut faire échapper une partie d'entre eux s'il les réinvestit dans le fonds de commerce, ce qui n'ouvre droit à récompense pour la communauté que s'ils sont massifs et systématiques – rien si c'est normal.

2 - Avances en compte courant d'un associé : en contrepartie, il reçoit des intérêts qui tombent en communauté (si prévu par convention).

Par contre l'époux non associé ne peut exiger le remboursement du compte courant – seul l'époux associé peut le faire mais cela peut donner lieu à récompense si cela provient de fonds communs.

1er Civ 9/02/2011 n°09-68.659 D 2011. 594.

B/ Les revenus du travail :

Ce sont des acquêts puisque provenant de l'industrie de l'époux 1401 CC

Rappel de la libre gestion des gains et salaires (223 CC) après contribution aux charges du mariage – éventuellement droit à récompense si un époux fait don de ses revenus à un tiers.

Le statut des biens dits « mixtes » et le cas particulier des stock-options et des RSU

Quel est le statut, en régime de communauté, des biens dits mixtes, clientèle civile et autres parts de société ?

La force attractive de la communauté doit en effet et par principe donner à ces biens la nature d'acquêts de communauté dès lors qu'ils ont été constitués pendant le mariage.

La réalité est cependant plus nuancée :

- S'agissant de la clientèle civile, on distingue entre la finance, c'est-à-dire la valeur de la « clientèle », qui est commune selon la date de création, d'acquisition et selon l'origine des fonds qui l'ont financée (cass., 1e civ., 4/12/13, n°12-28-076), et le titre, qui lui reste propre parce qu'il résulte des qualités ou compétences professionnelles nécessaires à l'exercice de l'activité (diplôme...)
- Ces règles sont transposables aux titres sociaux non négociables, puisque la qualité d'associé et les droits sociaux qui y sont attachés et les parts elles-mêmes appartiennent à l'époux qui a réalisé l'apport ou l'acquisition des parts sociales, étant précisé que si les deux époux ont effectué l'apport ou l'achat conjointement chacun d'eux reçoit le titre d'associé, sauf mention spéciale des statuts (Cass., com., 15-05-2012, 11-13.240). C'est donc la seule valeur patrimoniale des parts souscrites par un époux avec des fonds communs ou en cours d'union qui sera considérée comme commune.
- Les parts sociales ne peuvent être attribuées, dans le cadre des opérations de liquidation, qu'à l'époux associée, l'entrée en communauté ne se faisant qu'en valeur (Cass., 1e civ. 04-07-2012, 11-13.314). Les parts ne tombant pas dans l'indivision post-communautaire, l'époux associé est libre de les céder (Cass., 1e civ., 12-06-2014, 13-16.309) et elles doivent alors être inscrites pour leur valeur au jour du partage et non pas au jour de leur cession (Cass., 1e civ., 22-10-2014, 12-29.265).
- En l'absence de renonciation à la revendication de la qualité d'associé, l'époux commun en bien peut toujours revendiquer la qualité d'associé.

Celui qui exerce une activité professionnelle séparée a seul le pouvoir d'accomplir les actes de disposition et d'administration nécessaires à celle-ci (article 1421 CC). De la même façon, celui qui est titulaire des parts sociales a seul pouvoir pour percevoir ses dividendes ou pour revendiquer le remboursement de son compte courant d'associé (Cass., 1e civ., 05-11-2014, 13-25.820 et 09-02-2011, 09-68.659).

Le plan de stock-option consiste à attribuer à un dirigeant ou à un salarié le droit d'acquérir, à une date future et pendant une durée déterminée, un certain nombre d'actions à un prix fixé à l'avance. C'est donc une simple option d'achat, et son bénéficiaire sera dans un premier temps simple titulaire d'un droit d'option. Il ne deviendra propriétaire des actions que s'il lève l'option et au jour de cette levée d'option

(c'est la date d'acquisition), au prix de cession initialement fixé (il ne le fera que si le cours a cru, puisqu'il paiera les actions à leur cours antérieur et il dégagera une première plus-value d'acquisition). Il pourra ensuite conserver ou vendre les actions et réaliser une plus ou moins value de cession.

Pour mémoire, le régime des stocks-options est désormais clairement établi par la jurisprudence, ce qui conduit à ce qu'elles bénéficient d'un statut qui s'apprécie en « deux temps » (Cass., 1e civ., 9 juillet 2014, 13-15.948), tant que l'option n'est pas levée, le droit d'option constitue un propre par nature, les actions n'entrant en communauté qu'après la levée de l'option. La Cour de Cassation a clairement, à l'occasion de cette décision, écarté l'analyse conduisant à distinguer entre le titre et la finance. L'évaluation des stocks qui se retrouvent en nature dans l'actif commun sera celui du prix de cession (1e civ., 9 juillet 2014).

Quid des RSU, également qualifiées de « plans d'attribution gratuite d'actions AGA » ? (Lefebvre droit de la famille).

A la différence des stocks, les plans d'actions gratuites consistent à accorder aux salariés et aux mandataires sociaux le droit de recevoir gratuitement, à l'expiration d'un certain délai (2 ans avant 2015, 1 an depuis), des actions de la société. C'est au jour de cette acquisition que le titulaire du droit sera considéré comme propriétaire des actions, l'acquisition étant souvent soumise à des conditions complémentaires de présence dans l'entreprise au jour de celle-ci.

Durant ce délai et tant que les actions attribués ne sont pas acquises, elles n'entrent pas dans le patrimoine du bénéficiaire. S'il quitte l'entreprise, il perd ses droits d'acquérir. C'est à la date d'acquisition que sont valorisées les actions, au cours du marché. Cette valeur constitue le gain d'acquisition. A l'issue de la période de conservation, les actions peuvent être cédées, avec la réalisation d'une plus ou moins value.

Elles seraient assimilées aux Stocks s'agissant de la détermination de leur nature : c'est ainsi qu'il est indiqué, par exemple et s'agissant des « Plans d'attribution gratuite d'action » (autre nom des RSU), que « la solution donnée pour les stock-options nous paraît transposable, par identité de situation, au cas où l'un des époux communs en biens bénéficie d'un plan d'attribution gratuite d'actions. En effet, l'attribution des actions n'est définitive qu'au terme d'une période d'acquisition (C. com. L. 225-197-3, I.al.1). Pendant cette période, les bénéficiaires ne sont pas propriétaires des actions et les droits résultant de l'attribution gratuite sont incessibles jusqu'au terme de cette période (C. Com., article L 225-197-3 I.al.1). Les titulaires disposent donc alors d'un droit qui constitue un bien propre par nature, comme l'option de souscription ou d'achat d'actions. A l'issue de la période d'acquisition, le bénéficiaire devient actionnaire... les actions qui lui sont attribuées entrent alors dans l'actif de la communauté (sauf dissolution de celle-ci) même si ces actions doivent encore être conservées pendant une certaine période (C.Com., arti. L 225-197-1, I. al.6) (Francis LEFEBVRE, Mémento droit de la famille, numéro 3.197).

J'ajoute que les actions ne sont par ailleurs pas acquises en toute circonstance et seraient perdues en cas de départ de l'entreprise.

Pour déterminer la nature des RSU, il faut donc déterminer la date d'acquisition pour chacune des attributions. En d'autres termes, si l'acquisition est intervenue avant la date des effets du divorce, les fonds entrent en communauté, si l'acquisition est intervenue après, ils sont propres.

Les actions acquises au jour des effets du divorce ne seront intégrées à l'actif commun que si elles n'ont pas été débloquées à cette date, à défaut, elles sont comprises dans l'actif du compte commun sur lequel elles ont été versées.

Fiscalité des plus-values professionnelles en cas de divorce

Position de l'administration fiscale :

En matière de plus-value professionnelle, la cessation d'une indivision équivaut à une cession d'entreprise à l'égard de l'indivisaire qui se retire (doc. Admi. 4A-6122, §1, 1e septembre 1993). Dès lors, en cas de partage, l'administration fiscale considère que l'attribution à un époux d'éléments d'actifs professionnels s'analyse en une cessation d'activité pour le conjoint qui cède ses droits sur ses biens initialement communs ou indivis. Cette cessation emporte l'imposition immédiate des éventuelles plus-values réalisées par ce dernier lors du partage, selon les principes applicables aux plus values professionnelles. Elles ont imposées à hauteur des seuls droits indivis de l'époux qui se retire, alors que les droits acquis dans le fonds par l'époux restant ne donnent lieu à aucune imposition. L'époux retrayant est imposable même s'il n'a jamais exercé aucune activité professionnelle dans le fonds. La plus value est imposable au titre de l'année de cession des droits indivis.

Dans un arrêt du conseil d'état du 28 juillet 1999, cette position a été nuancée en opérant une distinction :

- Attribution des biens professionnels à l'époux qui n'exploite pas le fonds : si lors du partage des biens inscrits à l'actif professionnel (éléments incorporels d'un fond de commerce, clientèle, droit au bail, droit de présentation de la clientèle...) sont dévolus à l'époux qui ne participe plus à la conduite de l'entreprise et sont ainsi transférés dans son patrimoine privé, les plus-values dégagées à l'occasion du retrait de cet actif sont imposables au nom du bénéficiaire comme des plus-values professionnelles, qu'il ait ou non participé à l'exercice de la profession ; De son côté, l'ex-indivisaire poursuivant l'exploitation est à l'abri de toute imposition. L'époux qui cède ses droits est donc seul imposé sur les plus-values.

- Attribution de biens professionnels à l'époux qui poursuit l'activité : si les actifs inscrits à l'actif professionnel sont dévolus à l'époux poursuivant l'activité, aucune imposition ne peut être exigée à l'époux qui se retire, alors même que le maintien des actifs au bilan aurait pour contrepartie le versement d'une soulte au profit de l'époux retrayant. En conséquence, la seule dissolution de l'indivision ne constitue pas une réalité suffisante à caractériser la cessation d'entreprise. Si l'exploitation se poursuit et survit au partage, c'est-à-dire que la fin de l'indivision ne rompt pas la continuité de l'exploitation parce qu'aucun bien n'est sorti du bilan, aucune plus-value ne peut être constatée. En d'autres termes, le partage ne constitue pas une cession et n'est pas susceptible de dégager une plus-value imposable chez celui qui se retire, ni chez celui

qui poursuit l'activité et qui maintient les éléments d'actif au bilan de l'entreprise. S'il verse une soulte à son conjoint, l'administration fiscale admet que cette soulte ne doit pas être considérée comme un complément de prix des éléments maintenus dans l'actif.

En régime de communauté, les éléments d'actifs (fonds de commerce, clientèle...) acquis ou créés en cours de mariage et affectés à l'activité de l'un des conjoints sont la propriété commune des époux et ont la nature, fiscalement, d'un élément du « patrimoine professionnel » et non privé des époux, même pour celui qui ne pourrait participer à l'activité professionnelle faute de détenir les titres et diplômes requis ou qui n'y participerait pas (CE-3-9-1997, n°133408...)

En matière de plus-value professionnelle, la cessation d'une indivision équivaut à une cession d'entreprise à l'égard de l'indivisaire qui se retire (doc. Admi. 4A-6122, §1, 1e septembre 1993).

Cependant le transfert de l'actif professionnel dans l'indivision post communautaire ne constitue pas en lui-même une cession susceptible de donner lieu à taxation sur les plus-values (CR 3-9-1997 n° 133406).

En cas de partage et de poursuite de l'activité professionnelle par le conjoint attributaire de l'actif professionnel, les règles sont les suivantes :

- L'ex époux qui n'exploite plus le fond n'est imposable au titre des plus-values que si des biens figurant à l'actif lui sont attribués lors du partage et sont transférés à cette occasion dans son patrimoine privé. S'il abandonne ses droits dans le fonds, même en contrepartie du versement d'une soulte, il n'y a pas de cession imposable à son nom dès lors que son ex-conjoint attributaire du fond maintient les éléments d'actifs au bilan de l'entreprise individuelle (CE 28-7-1999, n°162756).

- L'ex-époux qui poursuit l'activité n'est pas taxable au titre des plus values, la dévolution d'éléments d'actif au conjoint qui poursuit l'activité et les maintient au bilan de l'entreprise ne donne pas lieu à cession et par suite, n'est pas susceptible de dégager une plus-value (même arrêt). S'il verse une soulte à son ex-conjoint, cette soulte ne doit pas être considérée comme un complément du prix de revient des éléments maintenus à l'actif. L'ex-époux qui poursuit l'exploitation supportera la totalité de l'imposition sur les plus-values sans déduction de la soulte lorsqu'il cèdera les éléments d'actifs ou cessera son activité (CE 23-12-2010, n° 307757) et l'administration fiscale a indiqué qu'il convenait de prendre en compte la fiscalité latente sur la plus-value au moment de la fixation du montant de la soulte (BOI-BIC-PVMV-10-10-20, n°400).

- En cas de cession de l'entreprise indivise, chacun des ex-conjoints est imposable sur la moitié de la plus-value de cession (CE 5-3-1993, n°90123).

- Ces règles devraient également s'appliquer en régime de participation aux acquêts ou pour des époux séparés de biens. »

La procédure collective et le couple

Le droit des procédures collectives est apparu en 1967, complété par les lois de 1958 et 2005, puis une ordonnance de 2008.

Pour mémoire, il cumule désormais 3 mesures classées au livre 6 du Code de commerce sous le titre « du droit de la sauvegarde » :

- La procédure de sauvegarde est réservée aux entreprises ou débiteurs personnes physiques qui ne sont pas en état de cessation des paiements, mais qui rencontrent des difficultés qu'ils ne peuvent surmonter, et qui sont de nature à les conduire à la cessation de leurs paiements (impossibilité de faire face au passif exigible avec l'actif disponible). L'objectif d'une procédure de sauvegarde est de permettre la poursuite de l'activité, le maintien de l'emploi et l'apurement du passif, en procédant à une réorganisation de l'entreprise dans le cadre d'un plan arrêté par le Tribunal.

- Le redressement judiciaire est une procédure judiciaire applicable aux commerçants, artisans, agriculteurs et personnes morales de droit privé en état de cessation des paiements. Comme la sauvegarde de l'entreprise, la procédure de redressement judiciaire est destinée à permettre la sauvegarde de l'entreprise, le maintien de l'activité et de l'emploi, et l'apurement du passif.

- La liquidation judiciaire est une procédure judiciaire applicable aux personnes morales de droit privé, commerçantes ou non, aux personnes physiques commerçantes, aux artisans, et aux agriculteurs, dès lors qu'ils sont en état de cessation des paiements et que l'activité a cessé ou que le redressement apparaît manifestement impossible.

Ces lois ont par ailleurs permis d'établir un certain cloisonnement entre le patrimoine professionnel et le patrimoine personnel de l'entrepreneur, permettant, selon la forme sociale qui sera adoptée, de limiter les conséquences d'une éventuelle faillite au seul patrimoine professionnel.

Cette règle n'est cependant valable qu'à la condition que l'exercice professionnel se fasse par l'intermédiaire d'une personne morale. En cas d'exercice en nom propre, de fait, cette césure entre patrimoine professionnel et patrimoine personnel disparaît. Par ailleurs, la césure entre les patrimoines pourra également disparaître à raison des actes accomplis par l'entrepreneur (I).

Lorsque le patrimoine personnel du débiteur est touché par la procédure, soit parce qu'il exerçait en nom individuel, soit parce qu'il a réalisé des emprunts ou des cautionnements en nom propre, soit enfin parce qu'il a été frappé par des sanctions dans le cadre de son exercice professionnel, l'étendue des atteintes sur le patrimoine de son couple sera fonction de son mode de conjugalité et du choix de régime matrimonial qu'il aura réalisé (II).

Par principe, les biens du conjoint, autres que communs, sont en principe à l'abri des poursuites des créanciers du mari, cependant il peut également, par ses actes, se voir atteint dans son propre patrimoine ou faire l'objet d'une procédure collective (III).

Il existe toutefois un certain nombre de mesures qui permettent de limiter les atteintes au patrimoine personnel de l'entrepreneur ou à celui de son couple (IV).

Il est impossible de ne pas tenir compte des procédures collectives dans le cadre du divorce ou de la liquidation du régime matrimonial : les accords conclus dans le cadre de la procédure de divorce pourraient, à défaut, se trouver inapplicables (par exemple parce que tous les biens ont disparu dans la liquidation judiciaire) ou inopposables à la procédure collective (par exemple parce que les accords ont été pris sans le visa du liquidateur) (IV).

La loi de 85 avait, à ses articles 111 à 114, déterminé les droits du conjoint du débiteur, ils ont été repris après les réformes du 26 juillet 2005 et du 18 décembre 2008, aux articles L624-5 à 8 du Code de Commerce. L'article 30, repris à l'article L631-11, permet également au chef d'entreprise, pour lui et pour sa famille, des subsides fixés par le juge commissaire .

I. L'étendue des atteintes au patrimoine personnel de l'entrepreneur, fonction de la forme de son activité

Le droit des procédures collectives n'a pas le même impact sur le patrimoine du débiteur, selon la forme de son activité.

Exercice en nom propre :

De fait, c'est essentiellement dans le cadre de l'exercice en nom propre que l'impact sur le patrimoine personnel, qui n'est pas protégé par l'écran social, est majeur. Les dettes professionnelles de l'entrepreneur l'engagent alors personnellement, son patrimoine personnel et son patrimoine professionnel constituant le gage commun de ses créanciers. La procédure va donc appréhender ses biens professionnels et ses biens personnels, qui constituent une seule masse.

Exercice en société :

La procédure collective est exclue pour les sociétés civiles (cour de cassation), sauf cas particuliers.

L'associé pourra donc, dans ces sociétés, faire l'objet de poursuites sur son patrimoine personnel, mais l'article 1858 rappelle que les créanciers ne peuvent poursuivre le règlement de dettes sociales contre les associés, débiteurs subsidiaires, du passif social envers les tiers, qu'après des poursuites infructueuses contre la personne morale, ce qu'il ne peut faire tant que la société est en plan de sauvegarde ou de redressement judiciaire. Il ne retrouve cette possibilité qu'en cas de liquidation judiciaire.

Pour le surplus et s'il exerce à travers une personne morale, ses dettes professionnelles vont engager le seul patrimoine de celle-ci, distinct de son patrimoine privé, qu'elles n'atteignent pas. Evidemment, la consistance générale de son patrimoine s'en trouvera affectée, mais le gage des créanciers de la personne morale écran se limitera au patrimoine professionnel de l'entrepreneur.

Le patrimoine de l'entreprise ne se confond pas avec le patrimoine personnel du chef d'entreprise, et elle répond donc seul de ses dettes, l'actionnaire, l'associé ou le dirigeant s'analysant comme un tiers par rapport à celle-ci.

Cependant le cloisonnement n'est pas toujours parfaitement étanche et il pourra y avoir, quand-même, une atteinte du patrimoine privé du chef d'entreprise, à la fois en conséquence de son statut de dirigeant que de son statut d'associé.

Cette atteinte, selon les cas de figure et le régime adopté, pourra porter sur les seuls biens propres du débiteur et les biens communs (puisque par ses dettes, il engage la communauté, sauf cas particuliers), sur ses biens personnels et ses droits dans les biens indivis en cas de séparation de biens, enfin dans certain cas, sur les biens propres de son conjoint également.

Le chef d'entreprise peut faire l'objet de poursuite in personam :

- En conséquence des emprunts et cautions qu'il aura pu effectuer en son nom propre.

- A travers les sanctions financières qui pourraient le frapper en conséquence de sa gestion ou de ses fautes, en sa qualité de dirigeant comme en sa qualité d'associé.

- o « Action en comblement de passif » : l'article L651-2 du Code de commerce prévoit la possibilité d'une action en comblement de passif, cantonnée depuis la loi de 2005 aux seules liquidations judiciaires. Le dirigeant peut donc être tenu de répondre, à titre personnel, du passif de la société, en présence de fautes de gestion auxquelles il a contribué. Il semble toutefois que cet article soit assez peu mis en œuvre.

Article L651-2

Lorsque la liquidation judiciaire d'une personne morale fait apparaître une insuffisance d'actif, le tribunal peut, en cas de faute de gestion ayant contribué à cette insuffisance d'actif, décider que le montant de cette insuffisance d'actif sera supporté, en tout ou en partie, par tous les dirigeants de droit ou de fait, ou par certains d'entre eux, ayant contribué à la faute de gestion. En cas de pluralité de dirigeants, le tribunal peut, par décision motivée, les déclarer solidairement responsables. Toutefois, en cas de simple négligence du dirigeant de droit ou de fait dans la gestion de la société, sa responsabilité au titre de l'insuffisance d'actif ne peut être engagée.

Lorsque la liquidation judiciaire a été ouverte ou prononcée à raison de l'activité d'un entrepreneur individuel à responsabilité limitée à laquelle un patrimoine est affecté, le tribunal peut, dans les mêmes conditions, condamner cet entrepreneur à payer tout ou partie de l'insuffisance d'actif. La somme mise à sa charge s'impute sur son patrimoine non affecté

L'action se prescrit par trois ans à compter du jugement qui prononce la liquidation judiciaire.

Les sommes versées par les dirigeants ou l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée sont réparties au marc le franc entre tous les créanciers. Les dirigeants ou l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée ne peuvent pas participer aux répartitions à concurrence des sommes au versement desquelles ils ont été condamnés.

o L'article L 651-4 alinéa 2 permet en complément la prise de mesures conservatoires sur les biens du dirigeant d'une personne morale en liquidation judiciaire auquel est reproché une faute de gestion ayant contribué à l'insuffisance d'actif fassent l'objet de mesures conservatoires. Nul besoin alors de justifier d'une créance fondée dans son principe, seule importe l'utilité de la mesure à la préservation de l'intérêt collectif des créanciers.

Article L651-4

Pour l'application des dispositions de l'article L. 651-2, d'office ou à la demande de l'une des personnes mentionnées à l'article L. 651-3, le président du tribunal peut charger le juge-commissaire ou, à défaut, un membre de la juridiction qu'il désigne d'obtenir, nonobstant toute disposition législative contraire, communication de tout document ou information sur la situation patrimoniale des dirigeants et des représentants permanents des dirigeants personnes morales mentionnées à l'article L. 651-1 ou encore sur les revenus et le patrimoine non affecté de l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée de la part des administrations et organismes publics, des organismes de prévoyance et de sécurité sociale, des établissements de paiement, des sociétés de financement, des établissements de monnaie électronique et des établissements de crédit.

Le président du tribunal peut, dans les mêmes conditions, ordonner toute mesure conservatoire utile à l'égard des biens des dirigeants ou de leurs représentants visés à l'alinéa qui précède ou encore des biens de l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée compris dans son patrimoine non affecté. Il peut maintenir la mesure conservatoire ordonnée à l'égard des biens du dirigeant de droit ou de fait en application de l'article L. 631-10-1.

Les dispositions du présent article sont également applicables aux personnes membres ou associées de la personne morale en procédure de sauvegarde, de redressement ou de liquidation judiciaire, lorsqu'elles sont responsables indéfiniment et solidairement de ses dettes.

o Le dirigeant peut (aussi, mais l'une des mesures exclut l'autre) faire l'objet d'une action en responsabilité sur la base des dispositions de l'article 1240, ex 1382, fondée sur les fautes qu'il aurait pu accomplir et qui auraient contribué à la cessation des paiements, et l'article L 631-10-1 créé en 2012 permet la prise de mesures conservatoires en conséquence.

Article L631-10-1

A la demande de l'administrateur ou du mandataire judiciaire, le président du tribunal saisi peut ordonner toute mesure conservatoire utile à l'égard des biens du dirigeant de droit ou de fait à l'encontre duquel l'administrateur ou le mandataire judiciaire a introduit une action en responsabilité fondée sur une faute ayant contribué à la cessation des paiements du débiteur.

o En cas d'abus de bien social, d'abus de confiance, de banqueroute pour détournement d'actifs...

o « La responsabilité fiscale » du dirigeant pourra être engagée et il sera solidairement tenu avec la personne morale en cas de manœuvres frauduleuses ou

d'inobservations graves et répétées des obligations fiscales ayant rendu impossible le recouvrement de l'impôt. Cette responsabilité se cumule avec l'action en comblement de passif sus mentionné.

o Le simple associé qui assume en réalité la direction de fait de la société pourra également faire l'objet d'une action en comblement de passif. Si les époux sont associés dans la structure, l'ensemble de ces « sanctions » peut concerner les deux époux.

Mais attention, c'est la société qui est placée en procédure collective, pas l'associé ou le dirigeant, de telle sorte qu'il ne peut bénéficier de l'arrêt des poursuites, par exemple. Il pourra donc faire l'objet de poursuites en parallèle de la part des créanciers de l'entreprise en procédure et pourra simplement, s'il en remplit les conditions, entamer des démarches de liquidation personnelle.

- A travers « l'action en extension de la procédure » à une autre personne qui ne remplit pas nécessairement les conditions de la loi de sauvegarde, par exemple à la SCI abritant l'entreprise, au dirigeant ou à son conjoint. L'intérêt de l'extension de procédure est d'attirer à la procédure collective déjà ouverte à l'encontre d'un débiteur un autre patrimoine et donc des actifs supplémentaires. Selon l'article L621-2 du code de commerce, il n'y a que deux causes d'extension de procédure : la fictivité d'une personne morale et la confusion des patrimoines . La confusion des patrimoines peut permettre d'attirer dans le gage des créanciers de la société la SCI dont les parts sont communes. Il suffit que cette SCI n'ait d'autre raison d'exister que de loger la société objet de la procédure.

Article L621-2

Le tribunal compétent est le tribunal de commerce si le débiteur exerce une activité commerciale ou artisanale. Le tribunal de grande instance est compétent dans les autres cas.

A la demande de l'administrateur, du mandataire judiciaire, du débiteur ou du ministère public, la procédure ouverte peut être étendue à une ou plusieurs autres personnes en cas de confusion de leur patrimoine avec celui du débiteur ou de fictivité de la personne morale.

Dans les mêmes conditions, un ou plusieurs autres patrimoines du débiteur entrepreneur individuel à responsabilité limitée peuvent être réunis au patrimoine visé par la procédure, en cas de confusion avec celui-ci. Il en va de même lorsque le débiteur a commis un manquement grave aux règles prévues au deuxième alinéa de l'article L. 526-6 ou aux obligations prévues à l'article L. 526-13 ou encore une fraude à l'égard d'un créancier titulaire d'un droit de gage général sur le patrimoine visé par la procédure.

Pour l'application des deuxième et troisième alinéas du présent article, le président du tribunal peut ordonner toute mesure conservatoire utile à l'égard des biens du défendeur à l'action mentionnée à ces mêmes alinéas, à la demande de l'administrateur, du mandataire judiciaire, du ministère public ou d'office.

Le tribunal ayant ouvert la procédure initiale reste compétent pour ces demandes. Lorsque le débiteur soumis à la procédure initiale ou le débiteur visé par l'extension exerce une profession libérale soumise à un statut législatif ou réglementaire ou dont le titre est protégé, le tribunal statue en chambre du conseil après avoir entendu ou

dûment appelé l'ordre professionnel ou l'autorité compétente dont, le cas échéant, il relève.

II. L'étendue des atteintes du patrimoine du couple, fonction de son statut

Si l'entrepreneur exerce en nom propre, ou si le dirigeant ou l'associé d'une personne morale a fait l'objet d'une mesure étendant les poursuites à son patrimoine personnel, l'étendue des atteintes sur le patrimoine de son couple sera fonction de sa situation conjugale, de son régime matrimonial et de la nature de ses actes.

A. Le couple marié

Le débiteur engage, selon la nature du régime matrimonial, ses biens propres et les biens communs en régime de communauté, ses seuls biens personnels, incluant ses droits dans des biens indivis (et non le bien indivis), en régime séparatiste.

Les biens propres ou personnels du conjoint, en revanche, ne sont pas engagés.

Les organes de la procédure inscrivent en effet à l'inventaire dressé à l'ouverture de la procédure l'ensemble des biens sans s'interroger sur leur nature et le conjoint in bonis est alors contraint de demander la restitution des biens pour lesquels il peut justifier d'un droit de propriété exclusif ou indivis.

Si les biens du conjoint ont été intégrés dans l'inventaire réalisé par les organes de la procédure, l'époux pourra exercer une action en revendication, prévue par l'article 624-5 du Code de commerce.

Article L624-5

Le conjoint du débiteur soumis à une procédure de sauvegarde établit la consistance de ses biens personnels conformément aux règles des régimes matrimoniaux et dans les conditions prévues par les articles L. 624-9 et L. 624-10.

Les présomptions de propriété résultant du régime légal ou des clauses du contrat de mariage sont opposables aux organes de la procédure, étant rappelé que le titre prime la finance, mais qu'il existe, dans le régime de communauté, une présomption de communauté qui ne peut être combattue que par une preuve écrite, sauf impossibilité à se procurer un écrit (1438 CC) et en régime de séparation, une présomption d'indivision, qui peut en revanche être combattue par tout moyen (1538 CC).

Le délai pour exercer l'action en revendication est de 3 mois à compter de la publication du jugement ouvrant la procédure.

Article L624-9

La revendication des meubles ne peut être exercée que dans le délai de trois mois suivant la publication du jugement ouvrant la procédure.

Attention, le titre prime la finance, et l'action mucienne, qui permettait en conséquence de l'article L624-6 du Code de commerce la réintégration des actifs acquis par le conjoint à l'aide de valeurs fournies par l'autre a été supprimé à la suite d'une QPC qui

en a relevé le caractère inconstitutionnel (19 janvier 2012). Cet article n'a pas été réintroduit par le législateur, de telle sorte qu'il n'existe plus.

Article L624-6

· Abrogé par Décision n°2011-212 QPC du 20 janvier 2012 - art. 1, v. init.

Le mandataire judiciaire ou l'administrateur peut, en prouvant par tous les moyens que les biens acquis par le conjoint du débiteur l'ont été avec des valeurs fournies par celui-ci, demander que les acquisitions ainsi faites soient réunies à l'actif.

NOTA :

Dans sa décision n° 2011-212 QPC du 20 janvier 2012 (NOR : CSCX1201992S), le Conseil constitutionnel a déclaré l'article L. 624-6 du code de commerce contraire à la Constitution. La déclaration d'inconstitutionnalité prend effet à compter de la publication de la présente décision dans les conditions fixées au considérant 9.

- En régime de communauté

Les dettes d'un époux, en régime de communauté, engagent ses biens propres et les biens communs (article 1413).

Article 1413

Le paiement des dettes dont chaque époux est tenu, pour quelque cause que ce soit, pendant la communauté, peut toujours être poursuivi sur les biens communs, à moins qu'il n'y ait eu fraude de l'époux débiteur et mauvaise foi du créancier, sauf la récompense due à la communauté s'il y a lieu.

En conséquence, ses créanciers pourront atteindre à la fois les biens propres du débiteur, mais aussi les biens communs, qui sont intégralement engagés.

Les biens communs, en effet, sont compris dans l'actif du débiteur soumis à la procédure collective (Civ., 31 novembre 1978, 77-13.426), notamment en conséquence des dispositions de l'article 1413 du code civil qui dispose que « le paiement des dettes dont chaque époux est tenu peut toujours être poursuivi sur des biens communs, à moins qu'il n'y ait fraude de l'époux débiteur et mauvaise foi du créancier ».

Sont inclus dans le gage des créanciers les biens sur lesquels un époux ne peut disposer sans l'accord de l'autre et donc les meubles qui garnissent le domicile conjugal, et le domicile conjugal. En revanche, en sont exclus les biens propres du conjoint, par application des dispositions de l'article 1418 du Code civil. En cas d'acte soumis à cogestion, le consentement exprimé par le conjoint ne fait pas de celui-ci une partie à l'acte et ses biens ne peuvent donc être saisis.

Article 1418

Lorsqu'une dette est entrée en communauté du chef d'un seul des époux, elle ne peut être poursuivie sur les biens propres de l'autre.

S'il y a solidarité, la dette est réputée entrer en communauté du chef des deux époux.

Les gains et salaires de l'époux in boni, sont par ailleurs et nonobstant leur statut commun, exclus du gage des créanciers, en application des dispositions de l'article 1414 du Code civil, qui rappelle que les gains et salaires ne peuvent être saisis par les

créanciers de son conjoint que si la dette a été contractée pour les besoins du ménage ou l'entretien des enfants conformément à l'article 220 du Code Civil.

Article 1414

Les gains et salaires d'un époux ne peuvent être saisis par les créanciers de son conjoint que si l'obligation a été contractée pour l'entretien du ménage ou l'éducation des enfants, conformément à l'article 220.

Lorsque les gains et salaires sont versés à un compte courant ou de dépôt, ceux-ci ne peuvent être saisis que dans les conditions définies par décret.

Le décret précise que si les salaires sont versés sur un compte, la saisie sera « cantonnée » et devra laisser à la disposition de l'époux non débiteur l'équivalent d'un mois de salaire, soit sur la base du versement du mois précédent, soit sur la base de ceux intervenus durant les 12 derniers mois ; A l'expiration d'un délai d'un mois, en revanche, ces gains et salaires deviennent des acquêts et peuvent être saisis (cela ne vaut donc que pour le salaire du mois et non pour les salaires « économisés »).

Cependant, le droit de gage des créanciers se trouve étendu en présence de dettes ménagères solidaires. Dans un tel cas et quoiqu'il ait existé des discussions doctrinales, les gains et salaires de l'époux placés sur un compte en banque sont saisissables. Le conjoint, en présence d'une telle dette, devient personnellement tenu nonobstant les dispositions de l'article 1414. Cette règle serait également valable pour les dettes ménagères dont la solidarité est exclue (voir 111.20 à 107), la loi ne distinguant pas et l'insaisissabilité une exception.

Par ailleurs, en cas de procédure collective, les cotisations sociales dues sur les salaires constituent une dette personnelle du dirigeant. Contractée pour les besoins du ménage et l'entretien des enfants, elle demeure exécutoire sur les salaires et biens propres du conjoint, y compris en cas de liquidation judiciaire, qui éteint les dettes de la société ou de son conjoint. Elle engage donc les biens des deux époux, et ne peut bénéficier de l'effacement consécutif à la procédure de rétablissement personnel dans le cadre du dispositif de traitement du surendettement des particuliers.

Toutes les dettes du débiteur, en revanche, n'engagent pas la communauté :

- les dettes dites « dangereuses » que sont le cautionnement et l'emprunt, visées à l'article 1415 du Code civil n'engagent que l'époux caution ou emprunteur qui répond de ceux-ci sur ses seuls biens propres et sur ses gains et revenus. Les biens communs ne seront engagés qu'en cas de consentement du conjoint, qui dans ce cas n'engage pas ses biens propres. Les revenus et salaires du conjoint et ses propres ne sont pas engagés, l'accord ne valant pas engagement personnel et l'article 1414 demeurant applicable, sauf volonté explicite du conjoint qui accepterait d'engager également ses gains et salaires et ses propres. L'accord donné par le conjoint peut à l'inverse exclure les biens communs, ou certains d'entre eux.

Article 1415

Chacun des époux ne peut engager que ses biens propres et ses revenus, par un cautionnement ou un emprunt, à moins que ceux-ci n'aient été contractés avec le consentement exprès de l'autre conjoint qui, dans ce cas, n'engage pas ses biens propres.

Chacun des époux peut donc se prévaloir des dispositions de l'article 1415 pour s'opposer dans ce cas à une voie d'exécution sur les biens communs.

Il peut donc être évoqué par celui des époux qui est à l'origine du cautionnement (renversement de jp, civ., 1e 15 mai 2002, 99-21.464), mais seuls les époux peuvent s'en prévaloir. Les biens communs ne sont donc engagés par le cautionnement ou l'emprunt de l'un des époux que si l'autre y donne son accord, mais il n'existe pas de condition de forme à cet accord soumis à l'appréciation souveraine des juges du fond, qui doivent rechercher une manifestation expresse de volonté (Civ., 1e, 29 avril 1997, 95-14.500) et en cas de fausse signature du conjoint, la condition n'est évidemment pas remplie (civ., 1e, 3 juin 1997, 94-20.788).

La protection vaut pour les emprunts et toutes les opérations assimilées (découverts...)

Cela ne vaut pas pour les dettes contractées pour l'entretien du ménage.

- Les dettes de nature frauduleuse (article 1413 in fine) : il faut en ce cas deux conditions cumulatives, la fraude de l'époux et la mauvaise foi du débiteur. La fraude ne résulterait pas de la simple volonté de nuire de l'époux débiteur, mais du fait qu'il transforme par ce biais une dette qui ne devrait pas engager la communauté, soit une dette « dangereuse » ou propre. Le tiers doit avoir connaissance de la nature frauduleuse de sa créance, et la preuve de ces deux conditions incombe à la victime. Les biens communs, dans ce cas, échappent à l'action du créancier, et la cour de cassation s'est prononcée pour la nullité de l'acte frauduleux, ce qui est assez décrié car en principe la sanction de la fraude est l'inopposabilité, sauf à avantager l'époux de mauvaise foi.

Article 1413

Le paiement des dettes dont chaque époux est tenu, pour quelque cause que ce soit, pendant la communauté, peut toujours être poursuivi sur les biens communs, à moins qu'il n'y ait eu fraude de l'époux débiteur et mauvaise foi du créancier, sauf la récompense due à la communauté s'il y a lieu.

Les créanciers de l'époux in bonis ne sont pas tenus de déclarer leur créance, puisqu'ils ne sont pas soumis aux dispositions de l'article L 622-26 du Code de commerce, contrairement à ceux de l'époux frappés par la procédure, l'exercice et l'étendue de leurs droits obéissant à un régime distinct de celui de l'époux en redressement judiciaire (mais la cour de cassation leur conseille de leur faire) : s'ils ne le font pas, ils seront payés après les créanciers déclarant, mais leur créance ne sera pas éteinte.

En revanche, ils sont soumis aux règles de la liquidation quant à l'exercice de leurs droits sur les biens communs (Cass., ass. Plénière, 23 décembre 1994, 90-15.305) : l'arrêt des poursuites individuelles, l'interdiction des inscriptions, et les voies d'exécution après ouverture de la procédure leur est applicable.

Les gains et salaires d'un époux communs en bien, quoiqu'insaisissables dans la procédure collective, sont des biens communs et bénéficient de l'arrêt des poursuites, de telle sorte qu'ils ne peuvent plus être saisis directement par les créanciers du conjoint in bonis durant la procédure (Cass. Com, 16 mars 2010, 08-13.147).

L'ouverture de la procédure emporte suspension des poursuites sur l'ensemble des biens concernés par la procédure, dont les biens communs, ce qui signifie que ni les créanciers du conjoint débiteur, ni ceux du conjoint in bonis ne pourront plus exercer leurs poursuites sur les biens communs et que le conjoint en bénéficie donc, quoiqu'il ne soit pas visé par la procédure.

La procédure emporte dessaisissement du débiteur, dont les conséquences sont fonction de la nature de la mesure ordonnée, qui ne peut donc plus disposer ni administrer ses biens et ne peut procéder à des cessions amiables qu'avec l'accord des organes de la procédure. Le débiteur conserve la possibilité d'exercer ses droits personnels, notamment pour agir en divorce.

Le conjoint in bonis, en revanche, n'est pas frappé du dessaisissement qui touche son conjoint sur l'ensemble de ses biens et il conserve la liberté de disposer de ses biens propres.

En revanche et s'agissant des biens communs, le conjoint non soumis à la procédure, qui dispose en principe du pouvoir d'administrer seul les biens communs et d'en disposer à titre onéreux, ne pourra accomplir que des actes de gestion courante de l'entreprise. Aucun acte de disposition n'est possible, même avec l'accord du juge commissaire. Il devrait pouvoir engager les biens communs, même après l'ouverture de la procédure, ses créanciers étant soumis au sort commun des créanciers ordinaires.

S'il y a un plan de redressement ou de continuation ou de sauvegarde, le droit commun est rétabli et chacun des époux retrouve ses pouvoirs sur les biens communs. En cas de liquidation judiciaire, le dessaisissement est total, les biens communs sont administrés par le liquidateur et il n'est même plus possible de donner à bail un bien commun (Com, 4 octobre 2005, 04-12.610).

Les biens communs peuvent être, dans la procédure, cédés sans l'accord du conjoint (com., 28 avril 2009, 08-10.368) et la protection du logement de la famille de l'article 215 du Code civil se trouve écartée.

L'action paulienne est possible, en démontrant la volonté de soustraire des biens aux poursuites du créancier.

L'ouverture de la procédure ne dissout pas la communauté, l'énumération de l'article 1441 étant à la fois limitative et impérative. La dissolution ne peut intervenir que par décès, divorce, séparation de corps ou changement de régime matrimonial et ne peut être provoquée par le liquidateur.

Article 1441

La communauté se dissout :

- 1° par la mort de l'un des époux ;
- 2° par l'absence déclarée ;
- 3° par le divorce ;
- 4° par la séparation de corps ;
- 5° par la séparation de biens ;
- 6° par le changement du régime matrimonial.

Les droits des parties n'étant définis qu'à la dissolution du régime, tant que celle-ci n'est pas intervenue les créanciers de l'un des époux ne peuvent agir pour obtenir la part de leur débiteur : c'est ainsi que dans le cas de la construction aux frais de la communauté sur le terrain propre de l'épouse, les créanciers du mari n'ont pu obtenir la mise en vente de l'immeuble afin d'accéder à la récompense due par l'épouse à la communauté. Celle-ci n'est due qu'à la dissolution de la communauté (Cass., 1^e civ., 16 avril 1991), il n'y a pas de calcul de récompense ou de règlement de celle-ci en cours de fonctionnement du régime (CA Caen, 14 octobre 1999).

En revanche, une fois la communauté dissoute, les biens qui étaient communs deviennent indivis et sont régis par les articles 815 à 815-18 CC. En application de l'article 815-17, les créanciers de l'époux débiteur peuvent soit réclamer le paiement par prélèvement sur l'actif indivis avant le partage des biens indivis, soit saisir et vendre le bien indivis ; pendant la période d'observations, la règle de la suspension des poursuites individuelles fait cependant obstacle à une telle action.

Cependant l'article 815-17 distingue encore entre les créanciers de l'indivision, qui sont aptes à saisir directement le bien, et les créanciers de l'indivisaire, qui sont condamnés à attendre le partage, qu'ils peuvent toutefois provoquer.

Par ailleurs, seul le conjoint touché par la procédure bénéficiant de l'arrêt des poursuites, dès la dissolution et sans attendre son partage, l'article 1483 du Code civil permet aux créanciers de l'époux en procédure collective de poursuivre son conjoint in bonis sur sa part de communauté, à concurrence de la moitié des dettes entrées en communauté du chef de son conjoint.

La règle de la suspension des poursuites individuelles ne joue en effet que pour le conjoint qui fait l'objet de la procédure, de telle sorte que son conjoint in bonis ne peut s'en prévaloir et s'expose à des poursuites immédiates. Il ne peut néanmoins faire valoir son bénéfice d'émolument, qui ne peut être évoqué qu'après partage de la communauté, de telle sorte qu'il risque de se trouver poursuivi par les créanciers de la procédure au-delà de son émolument et ne pourrait faire jouer qu'ultérieurement un illusoire recours contre le créancier ou son conjoint pour l'excédent, à condition qu'il ait mentionné dans la quittance remise par le créancier lors du paiement qu'il n'entendait payer que dans la limite de son obligation (article 1488 et action en répétition de l'indu).

Article 1483

Chacun des époux ne peut être poursuivi que pour la moitié des dettes qui étaient entrées en communauté du chef de son conjoint.

Après le partage et sauf en cas de recel, il n'en est tenu que jusqu'à concurrence de son émolument pourvu qu'il y ait eu inventaire, et à charge de rendre compte tant du contenu de cet inventaire que de ce qui lui est échu par le partage ainsi que du passif commun déjà acquitté.

- En régime séparatiste

L'époux en procédure n'engage, le cas échéant, que ses biens personnels et ses droits dans les biens indivis.

Il existe donc trois masses de biens, celle constituée par les biens personnels de chacun des époux et celle des biens indivis. Ils constituent souvent une part importante du patrimoine du couple, étant rappelée la présomption posée par l'article 1538 alinéa 2 qui veut que les biens non identifiés soient considérés comme indivis.

Article 1538

Tant à l'égard de son conjoint que des tiers, un époux peut prouver par tous les moyens qu'il a la propriété exclusive d'un bien.

Les présomptions de propriété énoncées au contrat de mariage ont effet à l'égard des tiers aussi bien que dans les rapports entre époux, s'il n'en a été autrement convenu. La preuve contraire sera de droit, et elle se fera par tous les moyens propres à établir que les biens n'appartiennent pas à l'époux que la présomption désigne, ou même, s'ils lui appartiennent, qu'il les a acquis par une libéralité de l'autre époux.

Les biens sur lesquels aucun des époux ne peut justifier d'une propriété exclusive sont réputés leur appartenir indivisément, à chacun pour moitié.

Le partage, par ailleurs, peut toujours être demandé (contrairement au régime de communauté) par l'un des époux ou par un créancier.

Si le liquidateur est chargé d'aliéner les biens répondant des dettes du débiteur, il provoquera le partage, la quote part du conjoint in bonis étant insaisissable. Le partage est donc systématiquement demandé à l'ouverture d'une procédure collective en présence d'époux mariés sous le régime de la séparation de biens.

L'action en compte liquidation partage sera intentée sur le fondement de l'article 815 ou 815-17 du code civil.

Attention, toutefois, au régime d'indivision conventionnelle permettant le maintien en indivision en application des articles 1873-2 à 1873-15, les biens indivis sont soumis au régime légal de l'indivision des articles 815 à 815-18.

Cette convention, faisant obstacle au partage, rendra le bien indisponible pour la procédure le temps de sa validité.

B. Le couple de concubins

Par ses dettes, le concubin entrepreneur n'engage que ses biens, et sa part dans les biens qu'il détient en indivision avec des tiers, concubins ou non.

Le droit de l'indivision est alors applicable et les créanciers peuvent toujours provoquer le partage, comme indiqué supra.

Comme en régime de séparation de biens, seule la part dont dispose le concubin dans les biens indivis pourra être appréhendée ensuite par ses créanciers.

C. Le couple pacsé

Chacun des partenaires n'engage, par ses dettes, que ses biens, sauf pour les dettes contractées pour les besoins du ménage.

Article 515-4

Les partenaires liés par un pacte civil de solidarité s'engagent à une vie commune, ainsi qu'à une aide matérielle et une assistance réciproques. Si les partenaires n'en disposent autrement, l'aide matérielle est proportionnelle à leurs facultés respectives.

Les partenaires sont tenus solidairement à l'égard des tiers des dettes contractées par l'un d'eux pour les besoins de la vie courante. Toutefois, cette solidarité n'a pas lieu pour les dépenses manifestement excessives. Elle n'a pas lieu non plus, s'ils n'ont été conclus du consentement des deux partenaires, pour les achats à tempérament ni pour les emprunts à moins que ces derniers ne portent sur des sommes modestes nécessaires aux besoins de la vie courante et que le montant cumulé de ces sommes, en cas de pluralité d'emprunts, ne soit pas manifestement excessif eu égard au train de vie du ménage.

Article 515-5

Sauf dispositions contraires de la convention visée au troisième alinéa de l'article 515-3, chacun des partenaires conserve l'administration, la jouissance et la libre disposition de ses biens personnels. Chacun d'eux reste seul tenu des dettes personnelles nées avant ou pendant le pacte, hors le cas du dernier alinéa de l'article 515-4.

Chacun des partenaires peut prouver par tous les moyens, tant à l'égard de son partenaire que des tiers, qu'il a la propriété exclusive d'un bien. Les biens sur lesquels aucun des partenaires ne peut justifier d'une propriété exclusive sont réputés leur appartenir indivisément, à chacun pour moitié.

Le partenaire qui détient individuellement un bien meuble est réputé, à l'égard des tiers de bonne foi, avoir le pouvoir de faire seul sur ce bien tout acte d'administration, de jouissance ou de disposition.

La procédure collective n'aura donc d'impact que sur les biens personnels des partenaires, ou sur leurs biens indivis, avec le même régime applicable que supra.

De fait, les partenaires de pacs peuvent, au choix, opter pour le régime de l'indivision ou pour celui de la séparation de biens, étant rappelé que le régime de l'indivision se rapproche, en pratique, de celui de la communauté.

Pour le pacs conclus avant l'entrée en vigueur de la loi du 23 juin 2006 : le régime du pacs était celui de l'indivision si l'acte d'acquisition ou de souscription n'en disposait autrement. Les biens étaient donc réputés indivis sauf preuve contraire.

Pour les pacs conclus après, c'est la séparation de biens qui est la règle et les biens sont réputés personnels, sauf acquisition commune. Les parties peuvent néanmoins pour le régime de l'indivision, auquel cas les biens sont réputés indivis par moitié, sauf preuve contraire, chacun des partenaires pouvant en vertu de l'article 515-5 du Code civil,

prouver par tout moyen qu'il a la propriété exclusive d'un bien outre les biens réputés personnels de l'article 515-5-2.

Article 515-5-1

Les partenaires peuvent, dans la convention initiale ou dans une convention modificative, choisir de soumettre au régime de l'indivision les biens qu'ils acquièrent, ensemble ou séparément, à compter de l'enregistrement de ces conventions. Ces biens sont alors réputés indivis par moitié, sans recours de l'un des partenaires contre l'autre au titre d'une contribution inégale.

S'ils ont opté pour le régime de la séparation des biens, chacun des partenaires gère librement son entreprise, et n'engage en principe que ses biens en conséquence de son activité professionnelle, puisqu'il n'existe pas de patrimoine « commun ».

S'ils ont opté pour le régime de l'indivision, les parts sociales détenues dans la société du conjoint peuvent se retrouver intégrées à l'actif indivis. Chacun des partenaire gère librement les biens indivis.

Article 515-5-3

A défaut de dispositions contraires dans la convention, chaque partenaire est gérant de l'indivision et peut exercer les pouvoirs reconnus par les articles 1873-6 à 1873-8.

Pour l'administration des biens indivis, les partenaires peuvent conclure une convention relative à l'exercice de leurs droits indivis dans les conditions énoncées aux articles 1873-1 à 1873-15. A peine d'inopposabilité, cette convention est, à l'occasion de chaque acte d'acquisition d'un bien soumis à publicité foncière, publiée au fichier immobilier.

Par dérogation à l'article 1873-3, la convention d'indivision est réputée conclue pour la durée du pacte civil de solidarité. Toutefois, lors de la dissolution du pacte, les partenaires peuvent décider qu'elle continue de produire ses effets. Cette décision est soumise aux dispositions des articles 1873-1 à 1873-15.

Les créanciers professionnels du partenaire pacsé peuvent évidemment exercer leurs poursuites pour la part des biens détenus par le partenaire dans un bien acquis sous le régime de la séparation de biens mais en indivision par les partenaires.

En revanche, il semble que le partenaire qui a fait choix du régime de l'indivision engage, par ses actes, et comme le conjoint marié sous le régime de la communauté, les biens indivis. Les créanciers peuvent alors poursuivre le débiteur sur ses biens propres et les biens indivis.

III. La possibilité d'atteindre le patrimoine personnel du conjoint, fonction des actes accomplis par celui-ci

Si les biens propres ou personnels du conjoint ou du partenaire et ceux du concubins sont en principe préservés des dettes de l'entrepreneur, ils peuvent, par un certain nombre de leurs actes, se trouver néanmoins engagés :

- Ils peuvent engager leurs biens par leur cautionnement ou le fait de se porter coemprunteur, avec le même régime que vu supra pour l'entrepreneur.

- Le conjoint, partenaire ou concubin ne pourra bénéficier d'une procédure collective qu'à la condition qu'il entre dans les conditions prescrites par le code de commerce (conf. infra), à défaut, il ne pourra que bénéficier de la procédure de traitement du surendettement des particuliers et la dette née de son cautionnement sera prise en compte pour apprécier celui-ci. S'il bénéficie d'une procédure de rétablissement personnel, la clôture de cette procédure entraînera l'effacement de la dette née de son engagement de caution.

- Il pourra engager ses biens s'il participe d'un peu trop près à l'activité de l'autre.
- o Société de fait
- o Coexploitation
- o Confusion des patrimoines, qui emporte extension de la procédure au conjoint, au concubin, au partenaire de pacs .

Pour éviter ces risques d'extension des poursuites et des procédures, il est possible, pour permettre néanmoins au couple de travailler en commun et au conjoint/partenaire/concubin de participer à l'exploitation, de recourir à des mécanismes qui exclueront la société de fait ou la coexploitation :

- Le contrat de mandat conclu par le commerçant, l'artisan, l'agriculteur ou le professionnel libéral avec son concubin lui donne le statut de représentant de l'exploitant : seul le mandant est alors engagé par ses actes, mais il faudra alors que le mandataire stipule en toute lettre dans ses actes qu'il agit en cette qualité et non pas qu'il apparaisse en personne.
- Le contrat de travail, à condition qu'il y ait effectivement un lien de subordination
- En cas d'exploitation sous forme de société dotée d'une personnalité morale, puisque c'est elle qui sera soumise à la procédure collective en cas de cessation des paiements, sauf s'il est établi que le patrimoine social s'est confondu avec le patrimoine des concubins, auquel cas une procédure collective commune sera ouverte contre la société et les concubins

IV. Comment protéger le patrimoine familial ?

Sont à exclure :

- Le changement de régime matrimonial, s'il n'est pas fait à temps :
 - o S'il est intervenu peu de temps avant l'ouverture de la procédure, il peut être attaqué au titre des nullités de la période suspecte.
 - o Il peut à défaut être attaqué par les créanciers s'il a été fait en fraude à leurs droits dans les conditions de l'article 1167 du Code civil (article 1397).
 - o En dehors de ces cas et en cas de passage d'un régime de communauté à un régime de séparation les articles 1482 et 1483 du Code civil permettent de maintenir le droit de poursuite des créanciers dans la communauté à hauteur de $\frac{3}{4}$ des biens (moitié des biens de l'époux qui a fait entrer la dette en communauté et $\frac{1}{4}$ des biens de l'autre).

o Le changement de régime est inopposable s'il intervient moins de trois mois après la publication du jugement d'ouverture. Si le changement de régime est judiciaire, les organes de la procédure sont parties à la procédure de changement de régime. Voir toutefois l'article de Bernard Beignier qui continue toutefois de la préconiser : on pourrait, en présence d'une situation de danger et de difficulté à obtenir un divorce rapide, envisager de solliciter une séparation judiciaire des biens (1443 CC), à titre de solution immédiate et préventive, mais elle ne joue pas pour le passé. La séparation de biens volontaire, elle, sera globalement sans effet, étant par ailleurs rappelé qu'elle permet le partage à l'initiative des créanciers, contrairement au régime de communauté.

- les avantages matrimoniaux (enrichissement procuré à l'un des époux par les règles du régime matrimonial et échappant aux règles des libéralités : clause de partage inégal, clause d'attribution au survivant...) sont inopposables à la procédure collective et l'article 624-8 interdit à un époux quelque action à raison des avantages faits par le contrat ou pendant le cours du mariage. Le conjoint ne peut donc soustraire des actifs de la communauté en invoquant un avantage matrimonial non exécuté.

- les actes de disposition à titre gratuit : rentrent sous le coup des nullités de la période suspecte et sont interdits ensuite, une donation effectuée depuis les biens propres ou commun par le débiteur serait nulle. Il en va de même de la donation effectuée sur les biens communs par le conjoint in bonis.

En réalité, la protection du patrimoine ne vient pas du droit des régimes matrimoniaux, mais d'autres mécanismes :

- Pour l'entrepreneur individuel : l'option pour l'EIRL, qui permet de « cantonner » le droit de poursuite des créanciers au patrimoine qui lui est affectée. En faisant choix de cette forme sociale, l'entrepreneur affecte en effet une partie de ses biens propres, indivis ou communs, à la société, de telle sorte que ledit patrimoine devient le gage des créanciers de l'EIRL et constitue son patrimoine professionnel, distinct de son patrimoine personnel. On l'appelle le « patrimoine d'affectation » qui sera saisi par les créanciers professionnels dont les droits sont nés postérieurement à l'affectation et sur option, par ceux dont les dettes sont nées avant l'affectation. En cas d'affectation de biens indivis ou communs, l'accord du conjoint est requis. A défaut, l'affectation sera inopposable. L'affectation d'un bien indivis ne portera que sur la part du bien dont l'entrepreneur est propriétaire. Seuls les créanciers de l'indivision pourront saisir le bien, les autres ne pourront que provoquer le partage. A compter de la déclaration d'affectation, le patrimoine de l'entrepreneur est scindé en 2 parties : le patrimoine affecté, qui est le gage de ses créanciers professionnels et le patrimoine non affecté, composé du reste de ses actifs. L'affectation du patrimoine peut être remise en cause en cas de confusion des patrimoines et de flux financiers anormaux, ou si l'entrepreneur commet une fraude. Par ailleurs, le débiteur peut faire l'objet d'une procédure distincte pour chacun de ses patrimoines affecté ou non affecté.

- L'entrepreneur individuel dispose par ailleurs, quel que soit son régime et en vertu de la loi Madelin du 11 février 1994 qui a introduit à la loi du 9 juillet portant réforme du code des procédures civiles d'exécution un article 22-1 qui donne au débiteur entrepreneur individuel la possibilité d'orienter le droit de poursuite de ses créanciers : face à une dette contractuelle née de son activité professionnelle,

l'entrepreneur individuel peut demander que le droit de poursuite soit exercé prioritairement sur les biens nécessaires à l'exploitation de l'entreprise, dans la mesure où la valeur de ces biens suffit à garantir le paiement de la créance et le créancier ne peut s'y opposer que si cette demande met en péril le recouvrement de sa créance.

- L'assurance vie peut être appréhendée comme un outil de protection dès lors que le liquidateur ne peut demander le rachat de l'assurance vie souscrite par le défaillant car il s'agit d'un droit exclusivement lié à la personne (Cass., com., 11 décembre 2012, 11-27.437). Aucun actif n'a échappé à la procédure, dès lors qu'avant l'exercice du rachat, la valeur de rachat demeure hors patrimoine du débiteur. Les primes toutefois ne doivent pas avoir été exagérées et la convention conclue pendant la période suspecte. L. 132-17 du code des assurances (qui renvoie toutefois à des dispositions de toute façon abrogées).

- Article L132-17

L'article L. 624-6 du code de commerce concernant les droits du conjoint du débiteur en redressement judiciaire est sans application en cas d'assurance sur la vie contractée par un commerçant au profit de son conjoint.

- Pour l'entrepreneur individuel, par la déclaration d'insaisissabilité (déclaration impossible pour les entrepreneurs exerçant en société) : les créanciers personnels et professionnels peuvent saisir indifféremment ses biens personnels et professionnels. Ils peuvent donc saisir son domicile. L'insertion d'une déclaration d'insaisissabilité de l'habitation principale (pp, nue ppté, usufruit) ou de tout bien foncier bâti ou non bâti non affecté à son usage professionnel, qu'il soit propre à l'époux, commun ou personnel, Attention, toutefois, les créanciers auxquels elle n'est pas opposable pourront toujours agir selon le droit commun, dès lors que le bien échappe au périmètre de la procédure collective. Si le bien est mixte, c'est-à-dire qu'il comprend à la fois des parties professionnelles et non professionnelles, la clause ne vaudra que pour la partie destinée à l'habitation à condition de désigner précisément cette partie dans un état descriptif de division. Le local professionnel dans lequel est domiciliée une activité professionnelle peut également faire l'objet d'une déclaration d'insaisissabilité. Les biens immobiliers détenus en indivision doivent également faire l'objet d'un état descriptif de division accepté par tous les indivisaires. Les parts de SCI ne peuvent faire l'objet d'une déclaration d'insaisissabilité (Rep. Ministérielle 52.819, JO 7 décembre 2004). La déclaration d'insaisissabilité doit être faite par acte notarié à peine de nullité. Elle doit contenir une description détaillée du bien, une indication de leur nature, un état descriptif de division le cas échéant. Cette déclaration échappe aux dispositions de l'article 215 car elle ne constitue pas un acte de disposition mais de conservation. Elle doit être publiée à la conservation des hypothèques, sur le RCS et à défaut d'inscription (professions libérales par exemple), publiée dans un journal d'annonces légales. Les frais de cet acte sont de 139,93 au titre des émoluments du notaire, aux frais liés à l'accomplissement des formalités par le notaire (419,79 euros + 23,32 eu et à l'état descriptif de division (466,44 et 419,79 euros). Cette déclaration est opposable à compter de sa publication au bureau des hypothèques. Les biens deviennent insaisissables uniquement à l'égard des créanciers professionnels, et uniquement à ceux dont la créance est postérieure à la publication. Cette déclaration ne protège donc pas des poursuites des créanciers professionnels de l'époux non déclarants, ni des créanciers personnels des époux, par exemple à raison d'un emprunt ou d'une caution

(1413 si communauté et 815-17 en cas de séparation de biens, qui permet aux créanciers de provoquer le partage). La répartition du prix de vente se fait en cas de saisie par les créanciers à qui la déclaration est inopposable entre ces derniers. Les autres ne pourront participer à la distribution et le surplus de prix bénéficiera au débiteur. Cependant en raison du principe de la suspension des poursuites, les créanciers personnels, à quoi la déclaration est pourtant inopposable, ne peuvent ni faire vendre l'immeuble, ni le saisir (622-21, 641-3, 643-11). La déclaration est à durée indéterminée et si le bien est vendu, elle se reporte sur la nouvelle résidence principale à condition qu'il soit acquis dans un délai d'un an et que l'acte comporte une déclaration de emploi de fonds. L'entrepreneur peut à tout moment renoncer à sa déclaration d'insaisissabilité, qui ne vaudra que pour l'avenir. Les effets subsistent après la dissolution du régime matrimonial mais en revanche, cessent avec l'attribution. Le décès du déclarant emporte révocation de la clause qui ne peut plus produire d'effet.

- Constitution d'une SCI dont les statuts contiendraient une clause d'inaliénabilité des parts sociales, étant rappelé que les statuts ne peuvent être modifiés par le liquidateur « qui n'a pas qualité pour exercer les actions liées à sa qualité d'associé ou de gérant et concernant le patrimoine de la personne morale, non plus que son droit de participer aux décisions collectives » (Cass. Com, 19 juin 2012, 11-19.775).

- Les biens placés en fiducie gestion échappent à la procédure collective, dès lors que l'associé gérant n'en est pas désigné bénéficiaire. Elle ne doit pas avoir été constituée en période suspecte.

- Par ailleurs, permettront de faire obstacle à la vente de l'immeuble dans le cadre de la procédure collective :

o la clause d'inaliénabilité insérée dans la donation constitutive de la propriété. qui rend le bien inaliénable et en conséquence, insaisissable (Cass., 1e., 15 juin 1994), l'action en levée de la clause étant exclusivement attachée à la personne du donataire (Cass., 1e civ., 29 mai 2001, 99-15.776) et elle ne pourra être levée qu'en démontrant son défaut de validité, faute d'être temporaire (limitée à la vie du donateur) ou justifiée par un intérêt légitime et sérieux.

o La vente à réméré, qui permet au vendeur de racheter le bien dans un délai de 5 ans

o La clause de tontine, clause par laquelle les acquéreurs d'un même bien conviennent que l'acquisition sera réputée faite pour le compte du seul survivant d'entre eux dès le jour de l'acquisition, à l'exclusion des prémourants qui sont rétroactivement sensés n'avoir été jamais propriétaires. Le bien est alors hors tout : hors procédure et hors succession.

o Le droit d'usage et d'habitation qui rend l'immeuble inaliénable et présente un caractère alimentaire

IV. Divorce et procédure collective

1. Les impacts de la procédure collective dans la procédure de divorce

Le débiteur conserve l'exercice de ses droits extra-patrimoniaux et le mandataire n'a donc pas à apposer sa signature sur les actes de la procédure.

Toutefois, il ne doit pas être exclu, sauf à quoi les accords ou décisions relatifs aux biens pourraient se retrouver dépourvus d'efficacité ou même inopposables à la procédure.

C'est ainsi que dans le cadre d'un divorce par consentement mutuel, les époux ont obtenu l'homologation de leur convention prévoyant l'abandon par le mari de ses droits dans l'immeuble commun à titre de prestation compensatoire, sans intervention du liquidateur. Selon la cour de cassation, toutefois, en raison du dessaisissement par 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 durant toute la durée de la liquidation judiciaire par le liquidateur, si bien que l'acte liquidatif attribuant un immeuble de communauté à l'épouse ne pouvait être conclu n dehors du mandataire, qui aurait dû signer l'acte.

Il doit donc être appelé à la signature de l'acte liquidatif et de la convention de divorce par consentement mutuel et toute convention que les époux pourraient passer quant à leurs biens, et notamment ceux frappés du dessaisissement.

Il faut l'appeler en la cause si on entend lui opposer les conséquences patrimoniales du divorce.

S'il faut attirer le liquidateur à la procédure afin de s'assurer de la validité des décisions quant aux biens, le liquidateur n'a pas d'intérêt à agir à la procédure, en revanche, et ne peut agir seul.

Le conjoint du débiteur, par ailleurs, n'est pas un créancier comme les autres.

Le conjoint qui serait lui-même créancier du débiteur, notamment pour une prestation compensatoire ou une pension alimentaire (si le divorce a été entamé ou prononcé entre-temps) n'a pas à déclarer sa créance dans la procédure (arrêt de principe, com., 8 octobre 2003, 99-21.682). S'il ne la déclare pas il conserve le droit de poursuivre le créancier d'aliments sur les droits dont il garde la libre disposition, et peut intenter une mesure de paiement direct. Il peut choisir de déclarer sa créance, et il sera soumis aux règles de la procédure, mais il ne perdra pas son droit à défaut (Com, 13 juin 2006, 05-17.081). Il profitera, si sa créances est admise, du droit de participer aux répartitions.

Quid par ailleurs de l'interdiction des paiements en matière de divorce ?

Le principe est celui de l'interdiction es paiements, qui ne frappe pas les créances nées postérieurement au jugement d'ouverture dès lors qu'elles sont dites « méritantes », cad celles qui sont nées pour les besoins de la poursuite d'activité ou de la procédure.

Le texte prévoit toutefois désormais que ces interdictions ne sont pas applicables au paiement des créances alimentaires, qui ne sont donc pas soumises à l'interdiction des paiements. Attention, toutefois, la provision ad litem est elle une créance alimentaire ?

Le rang de ces créances n'est pas précisé, et elles ne seront donc payées qu'en l'absence de créancier de rang préférable.

Lorsque deux époux mis successivement en liquidation judiciaire divorcent, le prix de vente de l'immeuble commun, devenu indivis, doit être versé intégralement au liquidateur de l'époux ayant fait l'objet de la première procédure, et non par moitié à chaque liquidateur en raison de l'effet réel de la première procédure ouverte (Cass. Com, 26 janvier 2016, 14-13.851).

L'effet réel peut être défini comme l'effet de saisie des biens du débiteur par la collectivité de ses créanciers et la mise en œuvre de leur gage commun dans la procédure collective

La date du report des effets du divorce est sans incidence sur le droit de poursuite des créanciers de l'époux auteur de la dette, puisqu'elle ne vaut qu'entre époux, au titre de la contribution et non de l'obligation à la dette. Le divorce n'est en effet opposable aux tiers qu'à compter de la transcription en marge des actes de l'état civil. Les mesures conservatoires prises entre ces deux dates par un créancier sur les biens communs sont donc valables (Cass., 1e civ., 1e juin 1994).

S'il y a conjonction d'un divorce et d'une procédure collective, à l'égard des tiers, la dissolution de la communauté qui en résulte ne peut être opposée aux tiers qu'à compter de la transcription. La dissolution au jour de l'onc et le report des effets du divorce ne joue qu'entre époux, au titre de la contribution à la dette.

2. Le sort des dettes professionnelles des époux en cas de divorce

Le nouvel article 1387-1 permet au Tribunal d'ordonner que la charge des dettes ou sûretés consenties par les époux, solidairement ou séparément, dans le cadre de la gestion d'une entreprise, pèsera sur celui des époux qui conserve le patrimoine professionnel ou la qualification professionnelle ayant servi de fondement à l'entreprise.

Article 1387-1

Lorsque le divorce est prononcé, si des dettes ou sûretés ont été consenties par les époux, solidairement ou séparément, dans le cadre de la gestion d'une entreprise, le tribunal de grande instance peut décider d'en faire supporter la charge exclusive au conjoint qui conserve le patrimoine professionnel ou, à défaut, la qualification professionnelle ayant servi de fondement à l'entreprise.

Il permet donc de concentrer le passif professionnel sur la tête de l'époux attributaire de l'entreprise.

C'est un transfert judiciaire d'obligation, qui n'a évidemment d'intérêt que si l'entreprise perdure et n'est pas frappée de liquidation judiciaire.

Cet article a reçu une première application de l'article 1387.1 CC (Cass., 1e civ., 5 septembre 2018, 17-23.120).

Il était critiqué en ce qu'il était sans intérêt en cas de liquidation, l'entreprise disparaissant et par son effet exorbitant.

La doctrine continue de souhaiter qu'il soit cantonné aux hypothèses de motifs graves et légitimes, comme dans le cas de l'espèce objet de l'arrêt de la cour de cassation.

De fait et comme l'a confirmé la cour de cassation, cet article permet aux juges du fond, dans leur pouvoir souverain d'appréciation, de libérer de manière discrétionnaire l'ex conjoint codébiteur.

Cet article a pour but d'éviter que l'un des époux ne se trouve tenu du passif spécifique à une entreprise qui serait, dans le partage, attribué à l'autre conjoint et de protéger en conséquence le conjoint de l'exploitant. Il n'avait à ce jour jamais été fait application de ce texte. Les conditions d'application de ce texte sont au nombre de 3. Il faut :

- Que le divorce ait été prononcé
- Que l'ex époux entrepreneur ait conservé le patrimoine professionnel
- Que la dette ou la sureté ait été consentie par l'époux dans le cadre de la gestion de l'entreprise

3. La contribution à la dette

Les dettes professionnelles d'un époux et celles résultant de la procédure collective obligent-elles le conjoint à la dette ?

Principe : engagement définitif de la communauté

Toutes les dettes nées durant le mariage incombent définitivement à la communauté sauf si la loi en dispose autrement. Il est vrai que cette règle ne découle expressément d'aucun texte, mais le code civil prévoit uniquement des cas de récompense due à la communauté en cas de paiement de la dette . Par conséquent, feront partie du passif définitif de la communauté toutes les dépenses qui n'ont pas été qualifiées par les textes de définitivement propres.

Cette interprétation, qui présume qu'en principe chaque dette est souscrite au profit de la communauté, semble conforme à l'économie générale du régime légal. Elle serait en quelque sorte le pendant passif de la présomption de communauté de l'article 1402 (V. Communauté légale [1o actif des patrimoines]). La règle s'applique si la dette a été souscrite par un seul des conjoints ou, a fortiori, par les deux ensemble, conjointement ou solidairement.

En somme, le patrimoine propre aura droit à récompense toutes les fois que la dette a été réglée par des fonds propres ou que le créancier a saisi un bien propre. En pratique, cette hypothèse est loin d'être un cas d'école puisqu'en principe, toute dette souscrite par l'un des époux au cours du régime engage non seulement la communauté, mais également les propres du débiteur. En revanche, si la dépense a été financée à l'aide de biens communs, aucune récompense ne sera due.

L'objet de la dette est indifférent. Ainsi, une dette de loisir contractée par un époux fait partie du passif définitif de la communauté, même si elle profite uniquement à l'un des conjoints (en ce sens : Riom 10 nov. 1988, Defrénois 1990. 555, art. 34774, obs. G. Champenois, JCP N 1991. II. p. 62, obs. Ph. Simler, où le mari s'adonnait à un sport automobile). Une telle dépense n'est pas nécessairement contraire aux devoirs du mariage. De même, une dette souscrite par un époux dans le cadre de son activité professionnelle est supportée par la communauté. Par exemple, les dettes de loyers résultant d'un crédit-bail conclu au cours du mariage par un époux sur du matériel professionnel ont été déclarées communes au plan de la contribution (Civ. 1re, 12 janv. 1994, no 91-15.562 , Bull. civ. I, no 11, Defrénois 1994. 430, art. 35761, obs. L. Aynès, D. 1994. 311, note R. Cabrillac , Defrénois 1997, art. 36526, obs. M. Grimaldi, JCP 1994. I. 3785, obs. Ph. Simler ; Civ. 1re, 29 nov. 1994, no 93-13.536 , Bull. civ. I, no 345).

Il en va de même pour la taxe professionnelle à laquelle était assujéti l'un des époux, alors même que l'entreprise est propre, à condition que l'activité qui l'a générée ait été déployée au cours du régime (Civ. 1re, 3 déc. 2002, no 00-16.877 , Bull. civ. I, no 291, Dr. fam. 2003. Comm. 134, obs. B. Beignier, Defrénois 2003. 1000, obs. G. Champenois, RFN 2003, fisc. act. 7, note M. Mathieu, D. 2003. Somm. 1864, obs. J. Revel , JCP 2003. I. 158, no 10, obs. Ph. Simler, et no 14, obs. A. Tisserand, RJPF 2003-4/31, obs. F. Vauvillé, RTD civ. 2004. 134, obs. B. Vareille). La solution paraît logique puisque la communauté tire profit des revenus des époux (sur cette question, V. D. PONTON-GRILLET, La qualification des dettes fiscales nées au cours du régime communautaire, JCP N 1993. I. 423 ; R. SAVATIER, Le régime matrimonial et la contribution respective des époux aux impôts, D. 1979. Chron. 147 ; M.-C. BERGERÈS, Vers une égalité des conjoints en droit fiscal, D. 1980. Chron. 25).

Le découvert professionnel du compte bancaire d'un époux est à la charge définitive de la communauté (Cass., 1e civ., 8 juillet 2010, 09-14.230).

En revanche, ne le sera pas la dette résultant d'une faute de gestion d'un époux.

Les dépenses relatives à un redressement fiscal ont une nature identique au paiement de l'impôt et doivent être portées au passif définitif de la communauté (Civ. 1re, 19 févr. 1991, no 88-19.303 , Bull. civ. I, no 64, Defrénois 1991, art. 35119, obs. G. Champenois ; Civ. 1re, 17 sept. 2003, no 02-11.532 , Bull. civ. I, no 176). Seules les pénalités dues par un époux à la suite du redressement restent à la charge définitive du patrimoine propre (Civ. 1re, 20 janv. 2004, no 01-17.124 , Bull. civ. I, no 20, JCP 2005. I. 128, obs. A. Tisserand-Martin, RTD civ. 2004. 765, obs. B. Vareille ; V. infra, no 223).

Le sort des dettes résultant des emprunts et cautionnements est plus incertain, car le texte qui leur est applicable ne traite que de la contribution et non de l'obligation. Le code précise certes, au titre de l'obligation, que le créancier n'a d'action que contre les biens propres et les revenus du débiteur, mais le remboursement des dettes résultant des emprunts de l'un des époux ne fait pas partie des exceptions ouvrant droit à récompense dans le code civil, de telle sorte que l'on ne peut en déduire de conséquence au titre de la contribution. En pratique, la réponse sera fonction de la nature de l'emprunt et de son objet : s'il a été contracté dans l'intérêt exclusif d'un époux (par exemple pour financer un propre) alors la récompense sera due. La présomption veut

toutefois qu'il a été utilisé dans l'intérêt commun (Cass., 1e civ., 17 octobre 2018, 17-26.713 : l'emprunt réalisé par un époux relève du passif commun définitif, sauf intérêt personnel du souscripteur).

Le nouvel article 1387-1 permet par ailleurs d'écarter l'engagement définitif de la communauté, cet article n'étant analysé par la doctrine que dans les rapports entre époux.

Enfin, il sera rappelé que la communauté a droit à récompense toute les fois qu'elle aura payé les amendes encourues par un époux en raison d'infractions pénales ou les réparations et dépens il a été condamné pour des délits et quasi délits civils, déduction faite le cas échéant du profit retiré par elle.

Article 1417

La communauté a droit à récompense, déduction faite, le cas échéant, du profit retiré par elle, quand elle a payé les amendes encourues par un époux, en raison d'infractions pénales, ou les réparations et dépens auxquels il avait été condamné pour des délits ou quasi-délits civils.

Elle a pareillement droit à récompense si la dette qu'elle a acquittée avait été contractée par l'un des époux au mépris des devoirs que lui imposait le mariage.

Le droit à récompense est cependant exclu si la communauté a retiré profit du fait générateur de cette dette.

Chaque époux exerçant une profession séparée tient de l'article 1421 le pouvoir exclusif d'accomplir les actes d'administration et de disposition nécessaires à son activité professionnelle.

Article 1421

Chacun des époux a le pouvoir d'administrer seul les biens communs et d'en disposer, sauf à répondre des fautes qu'il aurait commises dans sa gestion. Les actes accomplis sans fraude par un conjoint sont opposables à l'autre.

L'époux qui exerce une profession séparée a seul le pouvoir d'accomplir les actes d'administration et de disposition nécessaires à celle-ci.

Le tout sous réserve des articles 1422 à 1425.

2. Organiser la sortie du conjoint de l'entreprise... ou organiser son maintien !

Les aspects juridiques

2.1. Les précautions à prendre pour la sortie du conjoint de la société :

a. Tenir les AG en bonne et due forme

L'avocat ne devra pas se contenter de préparer la convention de divorce et l'acte de liquidation et partage. Il surveillera la bonne tenue des documents sociaux, le respect des pactes sociaux et statuts, et déclarations fiscales, le cas échéant en s'adjoignant un confrère en droit des affaires ou en s'assurant que l'expert-comptable est mandaté.

Idéalement les actes sont signés en même temps que le divorce, les règlements effectués.

b. Eviter de lier la révocation des mandats et la rupture du contrat de travail au divorce

Le divorce n'est pas un motif de **licenciement**. Fut-il négocié.

Les **mandats** d'administrateurs, dirigeant ou gérants sont **révocables** ad nutum mais en respectant une procédure. Ils ne sont pas un organe délibérant. Une indemnisation peut être revendiquée si les conditions de révocation sont considérées comme abusives. En outre, lier la révocation au divorce pourrait entraîner une demande indemnitaire dans le cadre du divorce (dommages et intérêts, pension au titre du devoir de secours lié à la perte de revenus, prestation compensatoire...).

Si les conjoints sont **partenaires commerciaux**, la rupture de relations commerciales établies suppose le respect d'un préavis, à défaut le versement d'une indemnité. Il faut le prévoir ou y renoncer. (L 442-6 5° du Code de commerce).

La cession ou l'attribution des actions ou parts sociales doit être assortie d'une garantie d'actif et de passif. Il s'agit de garantir la valeur des droits en permettant de réviser à la hausse ou à la baisse le prix en cas de survenance d'une baisse de l'actif ou une hausse du passif postérieurement à l'opération, pour une cause antérieure à l'opération (apparition d'un passif fiscal ou social essentiellement).

Le cas échéant, on demandera au cédant de mettre en place **une garantie bancaire à première demande** pour sécuriser le cessionnaire, qui pourra être réduite par paliers d'année en année. La durée de cette GAP est en général celle des prescriptions sociales et fiscales.

2.2. Les précautions à prendre pour le maintien du conjoint dans la société

Si l'on opte pour le maintien du conjoint dans la société, on mettra en place **des clauses statutaires ou pactes d'associés ménageant** :

- **des clauses de sortie** (qui s'analyseront en promesses croisées de cession et d'acquisition des droits sociaux dans certaines circonstances et à des conditions prédéterminées ou à dire d'expert) ;
- **un droit de retrait** par lequel c'est la société qui doit reprendre les droits de l'associé sortant si aucun associé ne les lui rachète ;
- **éventuellement d'exclusion** prévoyant la fin automatique du mandat social ;
- **en cas de mandat social**, prévoir un mandat pour des durées limitées à reconduire annuellement par délibération des associés ou du conseil d'administration...

Si la personne de l'un ou des deux associés est essentiel à la viabilité de l'entreprise, le divorce pourra être l'occasion d'organiser sa protection en cas de décès ou d'incapacité du chef d'entreprise ou de son ex-conjoint associé par la mise en place de **mandats à effet posthume ou de protection future**.

En cas de poursuite du **contrat de travail**, la modification du contrat ne pourra être faite que pour motif économique, ou d'un commun accord en cas de modification d'un élément substantiel.

3. Gérer la procédure de divorce

Les pouvoirs du JAF

- Ordonner une expertise 255-9 ou 255-10 du Code Civil
- Contrôler l'expertise en cas de difficultés dans la mission
- Entériner les constats de carence
- Dire le droit / la consistance des droits des époux sur la base des investigations : statuer sur le caractère commun des parts, actions, stocks options, comptes courants d'associés...
- Faire des attributions :
 - Dans le partage : attribution des parts sociales qu'elles soient indivises ou communes, attribution de compte courant d'associés en même temps que des parts
 - à titre de PC attribution des parts en propre de l'autre époux (ex : attribution des parts de la SCI qui détient le domicile conjugal à celui des époux qui est demeuré au domicile)

Le contentieux de société pur devant le TGI ou TC ou Tribunal arbitral :

- **Nomination d'un administrateur provisoire / ad hoc :**

Sur le fondement de l'article 873 du CPC, l'associé peut demander la désignation d'un administrateur ad hoc.

Article 873 du Code de procédure civile

Le président peut, dans les mêmes limites, et même en présence d'une contestation sérieuse, prescrire en référé les mesures conservatoires ou de remise en état qui s'imposent, soit pour prévenir un dommage imminent, soit pour faire cesser un trouble manifestement illicite.

Dans les cas où l'existence de l'obligation n'est pas sérieusement contestable, il peut accorder une provision au créancier, ou ordonner l'exécution de l'obligation même s'il s'agit d'une obligation de faire.

En cas de conflit soit une mésentente grave entre les associés paralysant le fonctionnement de la société.

Trouvant son origine dans le séquestre judiciaire et son développement ayant été favorisé par l'évolution de la juridiction des référés, l'administration provisoire a un champ d'application très général et peut être requise pour toute forme de société ou de groupement privé, personnalisé ou non.

La désignation d'un administrateur provisoire **est une mesure exceptionnelle, qui suppose que soient réunies cumulativement deux conditions relatives à la gravité de la crise sociale, de nature à rendre impossible le fonctionnement normal de la société, et à l'urgence, du fait d'un péril imminent menaçant la société.**

La nomination d'un administrateur provisoire **n'est pas un moyen de protéger les minoritaires contre les majoritaires ; d'autres voies de recours (expertise de minorité, droit d'alerte, abus de majorité...)** sont faites pour cela. L'administrateur provisoire n'est là que pour permettre d'assurer le fonctionnement d'une société provisoirement et gravement entravé.

Il arrive que, même en l'absence de paralysie totale du fonctionnement social, la jurisprudence admette la nomination d'un administrateur provisoire **lorsque le conflit entre associés est provoqué, ou finit lui-même par provoquer des anomalies très graves de fonctionnement faisant apparaître des risques flagrants d'irrégularités.**

Une **violation manifeste de la loi ou des statuts** peut ainsi être invoquée. Par exemple, une décision de cour d'appel "a constaté que la mésentente existant entre associés rendait anormal le fonctionnement de la société et a considéré que l'annulation, prévisible à brève échéance, de la désignation des dirigeants sociaux entraînerait de très graves conséquences pour la société auxquelles il fallait immédiatement porter remède" (Cass. com., 17 janv. 1989 : JurisData n° 1989-700050 ; JCP E 1989, I, p. 78 ; Bull. civ. 1989, IV, n° 28 ; Bull. Joly 1989, p. 321, note J.-J. Daigre).

Il en va ainsi **également lorsque des détournements imputés au gérant sont "en partie confirmés" et qu'il n'apparaît pas possible de "maintenir l'administration sociale entre les mains d'un gérant sérieusement accusé de ne pas l'avoir conduite de façon normale et qui avait perdu la confiance de l'associé porteur de la moitié des parts"** (Cass. com., 17 oct. 1989 : JurisData n° 1989-703104 ; Bull. civ. 1989, IV, n° 250 ; Rev. sociétés 1990, p. 30, note Y. Chartier).

De la même manière, "dès lors que les dispositions légales et statutaires relatives à la tenue des assemblées générales, à la convocation et à l'information des associés ne sont nullement respectées, la violation de ces exigences justifie que la gérante soit dessaisie provisoirement de ses pouvoirs au profit d'un tiers qui aura pour mission de gérer provisoirement la société" (CA Paris, 16 oct. 2002 : Rev. sociétés 2003, p. 166, comm. Y. Guyon).

Il a encore été jugé qu'un gérant **ne peut pas prétendre que le fonctionnement de la société se déroule normalement alors qu'il est dans l'incapacité de rendre compte**

de sa gestion, de justifier de l'encaissement des loyers et de présenter tant des comptes approuvés que les procès-verbaux de l'assemblée générale
(CA Nîmes, 7 juin 2005 : JurisData n° 2005-284037).

Mesure de nature conservatoire, l'administrateur provisoire peut être **désigné par un juge du principal ou, ce qui est le plus fréquent, par un juge des référés**, selon une procédure nécessairement contradictoire. Parfois la procédure sur requête peut également être utilisée.

Sauf définition judiciaire plus précise, la mission de l'administrateur judiciaire est une **mission d'administration générale, limitée aux actes d'administration courante. Le juge peut y ajouter des mandats précis. En tout état de cause, elle emporte normalement dessaisissement de l'organe légal de représentation.**

À la différence de l'administrateur provisoire, qui dispose d'un mandat général d'administration courante, **le mandataire ad hoc reçoit un mandat spécial lui permettant d'accomplir un ou plusieurs actes déterminés.**

Selon la nature des actes ainsi autorisés, la désignation d'un mandataire ad hoc peut être ordonnée par un juge des référés ou, au contraire, suppose nécessairement qu'une décision soit rendue sur le fond du litige. D'autres intervenants judiciaires ont des missions qui se rapprochent de l'expertise.

Cour d'appel
Aix-en-Provence
2e chambre
6 Avril 2017
Confirmation
Numéro de rôle : 16/19347

Numéro : 2017/196
Numéro JurisData : 2017-008758
Résumé

Le président du Tribunal de commerce, saisi en référé sur le fondement de l'article 873, alinéa 1 du Code de procédure civile, peut désigner un administrateur provisoire. Cette désignation constitue, selon la jurisprudence constante de la Cour de Cassation, une mesure exceptionnelle qui suppose que soient établies les circonstances rendant impossible le fonctionnement normal de la société et menaçant celle-ci d'un péril imminent. Un conflit opposant les associés, ayant donné lieu à plusieurs litiges, en cours, ainsi qu'à des dépôts de plaintes pénales, ne constitue pas de telles circonstances dès lors que le fonctionnement de la société n'est ni rendu impossible, ni même paralysé et que les sociétés ou leur intérêt social ne sont pas menacés. D'autant que si le juge des référés faisait droit à une telle demande, cela risquerait d'interférer avec ces litiges en cours. En l'espèce, un conflit intervient entre deux associés de deux sociétés concernant des cessions de parts sociales approuvées par un procès-verbal d'assemblée générale. Non seulement, ces cessions sont remises en cause par une des associés, mais celle-ci affirme également, d'une part, que le procès-verbal approuvant une des cessions est un faux émis par l'autre associé-gérant et, d'autre part,

que la cession à laquelle a consenti a été viciée par un vice de consentement. Le conflit porte également sur le licenciement de ladite associée. Ce contexte conflictuel, ayant donné lieu à de multiples litiges en cours et à des dépôts de plaintes pénales, ne permet pas la désignation en référé d'un administrateur provisoire dans la mesure où ni le fonctionnement des sociétés, ni même leur existence ou leur intérêt social ne s'en trouvent affectés.

Est recevable, en vertu de l'article 70 du code précité, la demande reconventionnelle de condamnation de l'associée au paiement du solde débiteur de son compte courant d'associé puisqu'elle se rattache par un lien suffisant à la demande originaires portant sur l'intérêt social de la société. En effet, les deux demandes sont fondées sur l'intérêt social de la société. Dès lors, dans la mesure où l'article L. 223-21 du Code de commerce interdit aux associés d'une SARL de se faire consentir par la société un découvert notamment en compte courant et que le découvert dudit compte est établi, sans être contesté, par un rapport d'expertise, la société est fondée en sa demande provisionnelle de paiement dudit solde débiteur, fondée sur l'article 873, alinéa 2 du Code de procédure civile. En l'espèce, le gérant de la société réclame le paiement du solde débiteur du compte courant de l'associée sollicitant la désignation d'un administrateur provisoire.

Cette demande reconventionnelle est formée dans l'intérêt social de la société et se rattache donc par un lien suffisant à la demande originaires de désignation d'un administrateur provisoire. Les associés ne pouvant pas se faire consentir par la société un découvert en compte courant, la société peut alors obtenir le paiement provisionnel du solde débiteur dudit compte de l'associée. Ce solde débiteur constitue effectivement une obligation non sérieusement contestable car établie par un rapport d'expertise judiciaire déposé dans le cadre d'une autre instance entre les mêmes parties.

La demande est faite en référé ou sur requête, à la demande d'associés, dirigeants, créanciers, salariés... qui ont un intérêt légitime à la mesure.

- **Contestation des décisions collectives (abus de majorité, nullité...) :**

Nullité :

Un associé peut contester la validité d'une délibération, soit parce qu'elle est nulle comme contrevenant aux statuts ou aux règles légales impératives, soit pour abus de droit.

En l'absence de précision des textes, l'action en nullité qui sanctionne un vice de portée générale est **une action banale appartenant à tout intéressé** alors que l'action qui protège un intérêt particulier est une action attitrée.

Un associé peut soulever la nullité d'une délibération en invoquant l'absence de convocation d'un autre.

Un associé peut demander la nullité d'une délibération antérieure à son arrivée .

Rien n'interdit à l'associé favorable à une résolution d'en soulever ensuite la nullité.

La prescription est triennale sauf textes édictant un délai plus court.

Le prononcé de la nullité est parfois laissé à l'appréciation du juge en vertu d'un texte ou en vertu de la règle "pas de nullité sans grief".

La nullité entraîne l'anéantissement rétroactif de la décision mais elle est inopposable aux tiers de bonne foi.

La nullité d'une décision implique en principe celle des décisions postérieures .

L'existence d'une action en nullité n'interdit pas d'engager la responsabilité de l'auteur de l'irrégularité.

Abus de majorité :

Un minoritaire peut contester une délibération constitutive d'un abus de majorité si la délibération avantage l'associé **ET si elle est contraire à l'intérêt social.**

Ex : une SCI familiale expulse le conjoint occupant du DC qui ne paye aucun loyer. Cela ne constitue pas un abus de majorité puisqu'il va de l'intérêt social que la SCI perçoive un loyer.

Abus de minorité :

L'abus de minorité est un vice propre aux assemblées extraordinaires puisque le minoritaire doit détenir **un pouvoir de blocage** (A. Constantin, La tyrannie des faibles : De l'abus de minorité en droit des sociétés, in Mél Guyon : Dalloz, 2003, p. 213 s.).

L'abus de minorité ne donne lieu qu'à la désignation d'un mandataire qui votera au lieu et place du minoritaire (F.-X. Lucas, La réparation du préjudice causé par un abus de minorité en droit des sociétés : LPA 12 sept. 1997, p. 7. – G. Kengne, Le rôle du juge en matière d'abus du droit de vote : LPA 12 juin 2000, p. 10. – D. Schmidt, Les conflits d'intérêts dans la société anonyme, Version nouvelle : Joly 2004, 1re éd., n° 404 s. – J.-F. Barbiéri, Retour sur les sanctions de l'abus de minorité, Mél Schmidt : Joly, 2005, p. 51 s.)

En revanche, l'assemblée elle-même ne peut pas remédier à cet abus en décidant que la délibération sera adoptée malgré l'opposition des minoritaires. Le juge annulera la délibération qui n'a pas été adoptée à la majorité requise pour modifier les statuts.

- **Assignation en remboursement du compte courant d'associé**

cf plus haut

- **Dissolution pour mésentente grave**

« L'article 1844-7, 5° du Code civil dispose :

La société prend fin : [...]

5° Par la dissolution anticipée prononcée par le tribunal à la demande d'un associé pour justes motifs, notamment en cas d'inexécution de ses obligations par un associé, ou de mésentente entre associés paralysant le fonctionnement de la société. entre les associés paralysant le fonctionnement de la société ; »

Il est nécessaire que la société soit paralysée ou qu'elle ne puisse fonctionner normalement. Même en cas d'inexécution de ses obligations par un associé.

*Une SARL a été constituée entre trois associés ayant chacun la qualité de gérant. Faisant état de l'inexécution de ses obligations par un associé ainsi que de la mésentente entre les associés, paralysant le fonctionnement de la société, un associé a demandé sa dissolution anticipée pour justes motifs, ainsi que l'annulation de délibérations d'assemblées générales et la condamnation de ses associés et de la société à lui payer des dommages-intérêts. **L'inexécution de ses obligations par un associé ne permet, en application de l'article 1844-7, 5°, du Code civil, le prononcé judiciaire de la dissolution anticipée de la société pour juste motif qu'à la condition qu'elle paralyse le fonctionnement de la société.***

Pour condamner solidairement deux associés et la société à payer au troisième associé une certaine somme à titre de dommages-intérêts, l'arrêt retient que si les délibérations relatives au changement de calcul de la rémunération des gérants et à la révocation de l'associé de ses fonctions de gérant ne peuvent être qualifiées d'abus dans la mesure où elles n'ont pas eu d'effet contraire à l'intérêt social au point de pouvoir justifier leur annulation, il n'en demeure pas moins qu'elles s'inscrivent dans un contexte global qui avait pour but l'éviction de l'associé, en créant une situation intenable pour elle avec pour objectif de la faire céder sur le prix de cession de ses parts ; il relève que le changement de calcul de la rémunération des gérants a réduit substantiellement ses revenus, sans que la cour soit cependant en mesure de déterminer précisément les facteurs de cette perte ; il retient que la décision de ne plus répartir les dividendes entre les associés, contrairement aux années précédentes et sans qu'il soit prévu d'investissement particulier, a privé l'associé d'une source de revenus complémentaires, et que la brusque révocation de la gérance l'a privé de toute rémunération à compter de janvier 2013 et exclu de la gestion de l'entreprise, la privant d'un droit de regard sur la gestion de la clientèle ; il en déduit que ces décisions successives ont de toute évidence nui aux intérêts de l'associé et lui ouvrent droit à l'allocation de dommages-intérêts. En statuant ainsi, après avoir exclu l'abus de majorité et sans caractériser aucune faute distincte commise par les associés et la société, la cour d'appel, qui n'a pas tiré les conséquences légales de ses constatations, a violé l'article 1382 du Code civil, devenu l'article 1240 du Code civil (Cass. com., 3 mai 2018 : n° 15-23.456 : JurisData n° 2018-007710).

Toutefois, parmi l'abondante jurisprudence que suscite cette cause particulière de dissolution, on relève un certain nombre de décisions **négligeant la nécessité de la paralysie de la société**, se contentant soit de relever qu'il revient à l'associé demandeur d'établir « l'impossibilité pour la société de fonctionner normalement » (Cass. com., 23 mars 2010, n° 355 , 08-22.073 : JurisData n° 2010-002639 ; JCP E 2010, 1449, note A. Viandier ; Rev. sociétés 2011, p. 163, note L. Amiel-Cosme),

soit de prononcer la dissolution même quand la société **continue de fonctionner tant bien que mal**

(Cass. com., 28 févr. 1977 : JurisData n° 1977-799065 ; D. 1977, IR p. 312 ; Rev. sociétés 1978, p. 245, note J.-P. Gastaud ; RJ com. 1978, p. 294, note P. Merle), les décisions continuant à être prises en violation des statuts (Cass. com., 10 mai 2011, n° 454, 10-16.323 : JurisData n° 2011-008373 ; Dr. sociétés 2011, comm. 148, note R. Mortier ; Bull. Joly 2011, p. 874, note F.-X. Lucas ; Rev. sociétés 2011, p. 566, note B. Saintourens).

Un arrêt de la première chambre civile de la Cour de cassation du 16 octobre 2013 (Cass. 1re civ. , 16 oct. 2013, n° 12-26.729, 1124 : JurisData n° 2013-022726 ; Dr. sociétés 2014, comm. 22, note R. Mortier)

opère à ce sujet ***un glissement remarquable de la paralysie du fonctionnement d'une SCP de notaires à son simple dysfonctionnement*** en constatant dans une formulation très claire que « le fonctionnement normal de l'étude était paralysé ».

Dans le même esprit également, il a été jugé que ***l'abus de droit commis par l'un des associés peut constituer un juste motif de dissolution de la société.***

Tel est le cas dans une SARL, lorsque le gérant majoritaire, abusant de ses prérogatives, a imposé la réduction de l'activité sociale à des relations commerciales avec deux sociétés auxquelles il était lié et que cette situation, contraire à l'intérêt social, n'a été organisée par lui que pour servir ses intérêts au détriment de son coassocié

(Cass. com., 18 mai 1982, n° 80-12.209, Mauvoisin et SARL Asiatrading : Rev. sociétés 1982, p. 804, note P. Le Cannu. – Cass. com., 28 févr. 1977, préc. – V. aussi, Cass. com., 19 mars 2013, n° 12-15.283 : JurisData n° 2013-004943 ; JCP E 2013, 1289, note B. Dondero).

Le titulaire de l'action sera la victime de la mésentente. Parfois l'action de l'auteur du dysfonctionnement a été admise, de même en cas de faute commune.

Le Tribunal peut :

- surseoir à statuer pour laisser aux associés le temps de résoudre la mésentente : on imagine jusqu'au divorce et attributions ? ;
- désigner un administrateur provisoire chargé de dénouer la crise ;
- ordonner l'exclusion de l'associé seulement si cela est prévu dans les statuts ou un pacte social

• **Exercice d'un droit de retrait**

Seulement pour les sociétés civiles :

« Article 1869 du Code Civil

Sans préjudice des droits des tiers, un associé peut se retirer totalement ou partiellement de la société, dans les conditions prévues par les statuts ou, à défaut, après autorisation donnée par une décision unanime des autres associés. Ce retrait peut également être autorisé pour justes motifs par une décision de justice.

A moins qu'il ne soit fait application de l'article 1844-9 (3ème alinéa), l'associé qui se retire a droit au remboursement de la valeur de ses droits sociaux, fixée, à défaut d'accord amiable, conformément à l'article 1843-4. »

On procède donc à une réduction du capital social.

- **Demande de désignation d'un expert pour la valeur des droits sociaux en cas de sortie / cession etc.**

Dans la mise en œuvre des statuts et pactes, en contentieux devant le TC, TGI ou Tribunal arbitral :

Article 1843-4 du Code Civil

I. – Dans les cas où la loi renvoie au présent article pour fixer les conditions de prix d'une cession des droits sociaux d'un associé, ou le rachat de ceux-ci par la société, la valeur de ces droits est déterminée, en cas de contestation, par un expert désigné, soit par les parties, soit à défaut d'accord entre elles, par ordonnance du président du tribunal statuant en la forme des référés et sans recours possible.

L'expert ainsi désigné est tenu d'appliquer, lorsqu'elles existent, les règles et modalités de détermination de la valeur prévues par les statuts de la société ou par toute convention liant les parties.

II. – Dans les cas où les statuts prévoient la cession des droits sociaux d'un associé ou le rachat de ces droits par la société sans que leur valeur soit ni déterminée ni déterminable, celle-ci est déterminée, en cas de contestation, par un expert désigné dans les conditions du premier alinéa.

L'expert ainsi désigné est tenu d'appliquer, lorsqu'elles existent, les règles et modalités de détermination de la valeur prévues par toute convention liant les parties.

Sources principales : Lexis Nexis, Dalloz.fr