

Protéger votre entreprise du risque de divorce

Chère Madame,

En vue de notre prochain entretien téléphonique, voici une synthèse de **vosre situation au regard de l'entreprise et mes** recommandations.

Vos parents vous ont donné **les titres d'une** entreprise, holding. Après avoir été mariée sous le régime de la séparation de biens pure et simple, vous avez adopté un régime communautaire sans clause de reprise des apports. Vous souhaitez **vous assurer de la pérennité de l'entreprise** en cas de divorce.

Le divorce conduit à la liquidation du régime matrimonial. Chaque époux conserve ses propres et la communauté est partagée.

La pérennité de l'entreprise pourrait être mise en cause dans le cas où :

- les titres de la holding seraient partagés avec votre mari,
- les pouvoirs de gestion vous échapperaient,
- elle devrait être vendue, notamment pour payer une prestation compensatoire à votre ex-époux.

Dans le contrat de mariage, est-il précisé que vous avez apporté les titres de la holding à la communauté ?

Si tel est le cas, **l'entreprise est un bien commun**. En cas de divorce, les titres sont partagés par moitié car, **en l'absence de clause de reprise des apports**, vous ne pouvez reprendre les biens apportés.

Sinon, les titres vous sont propres et vous les reprenez en cas de divorce¹.

Envisageons les deux hypothèses.

1^{ère} hypothèse. L'entreprise est un propre

Si l'entreprise vous appartient en propre, il convient de prendre les dispositions pour éviter :

- que les titres de la holding tombent dans la communauté
- que vous soyez amenée à payer une prestation compensatoire par la remise de titres.

¹ Les biens reçus par donation restent propres (C. civ., art. 1405) et en cas de dissolution de la communauté, chaque époux reprend ses propres (C. civ., art. 1467, al. 1).

Au cours du mariage, il y a peu de risque que les titres de la holding tombent dans la communauté contre votre volonté. **En cas d'opération en capital (apport, fusion...), les nouveaux titres acquis sont des propres par le jeu de la subrogation² ou de l'accroissement³.**

Vous détenez l'essentiel du patrimoine. En cas de divorce, vous pourriez être amenée à verser une prestation compensatoire⁴ à votre ex-conjoint. La prestation peut consister au versement d'une somme d'argent ou à l'attribution de biens. L'attribution de titres de votre entreprise nécessite votre accord, car vous les avez reçus par donation⁵. Mais vous n'aurez peut-être pas le choix, faute de liquidités.

Pour régler l'éventuelle prestation compensatoire, je vous conseille de constituer un capital, en créant une holding, société civile.

Cette société civile sera constituée par apport de titres de l'entreprise. Les parts vous seront propres par subrogation. Le patrimoine de la société civile sera constitué par les dividendes qui lui seront versés par votre entreprise. La société civile ne vous versera pas de dividende⁶, mais capitalisera ses résultats en réserves⁷. Elle pourra investir par exemple dans un contrat de capitalisation, qui offre une fiscalité attrayante.

La société civile sera de préférence soumise à **l'impôt sur le revenu** ; elle **optera pour l'impôt sur les sociétés** si la plus-value constatée sur les titres de l'entreprise qui lui sont apportés est élevée⁸.

Le montant de la prestation compensatoire sera fortement atténué et la **plus-values d'apport** sera effacée si vous donnez préalablement les titres de l'entreprise à vos enfants⁹.

² C. civ., art 1407 : « Le bien acquis en échange d'un bien qui appartenait en propre à l'un des époux est lui-même propre », à moins que la soulte mise à la charge de la communauté est supérieure à la valeur du bien cédé.

³ C. civ., art. 1406 : « **Forment des propres... les valeurs nouvelles et autres accroissements se rattachant à des valeurs mobilières propres** ».

⁴ La prestation compensatoire, dont le principe est le versement en capital, est envisageable dans toutes les procédures de divorce, **et l'époux dont les torts sont exclusifs n'est plus automatiquement privé du droit à prestation compensatoire. Le montant de la prestation est fixé selon les besoins de l'époux à qui elle est versée et les ressources de l'autre en tenant compte de la situation au moment du divorce et de celle-ci dans un avenir prévisible.**

⁵ C. civ., art 274.

⁶ Le dividende est un revenu de bien propre qui tombe dans la communauté (C. civ., art. 1401 et 1403).

⁷ Les réserves appartiennent à la société ; **il s'agit de biens acquis par accroissement qui forment des propres** (C. civ., art. 1406).

⁸ **L'apport d'une société à l'IS à une société à l'IR entraîne l'imposition de la plus-value. L'apport d'une société à l'IS à une autre à l'IS bénéficie d'un report d'imposition.**

⁹ CGI, art. 150-0 D. La donation de titres efface la plus-value.

La donation aux enfants mineurs, dont l'autorité parentale est confiée aux deux parents¹⁰, présente trois inconvénients qu'il est possible d'écarter. Premièrement, l'apport des titres appartenant aux enfants est un acte de disposition qui requiert l'accord de votre époux¹¹. Deuxièmement, les parents ont la jouissance des biens de l'enfant¹², c'est-à-dire le droit de percevoir et de s'approprier les revenus de l'enfant jusqu'à l'âge de ses seize ans. Troisièmement, les père et mère ont l'administration des biens des enfants et votre époux peut représenter les enfants, seul pour les actes d'administration, avec votre accord pour les actes de disposition.

Cependant, d'une part il vous est possible d'écarter votre époux en tant qu'administrateur légal dans l'acte de donation ou un pacte adjoint¹³. D'autre part, les pouvoirs de l'administrateur légal peuvent être réduits à néant lorsque les enfants détiennent des parts de société civile ; les statuts vous nommeront gérant sans limitation de durée et vous donneront les pouvoirs qui excèdent ceux du gérant (vote plural).

2^{ème} hypothèse. L'entreprise est un commun

Si l'entreprise reçue de vos parents est entrée en communauté, l'étendue des pouvoirs de votre époux sur la destinée et la gestion de l'entreprise varie selon la forme juridique. Elle plus grande si les titres sont des parts sociales (SARL, société civile) et non des actions (SA, SAS).

Si les titres sont des parts sociales, vous ne pouvez en disposer sans l'accord de votre époux¹⁴ et il peut à tout moment revendiquer la qualité d'associé, jusqu'au divorce¹⁵. S'il ne l'a pas fait, vous devez transformer sans tarder la SARL en SAS, société par actions simplifiée (la modification est soumise à l'accord unanime des autres associés). Avec des actions, la valeur patrimoniale entre en communauté, mais la qualité d'associé ne peut être revendiquée par votre époux au cours du mariage.

La SAS offre une grande liberté pour aménager les statuts et vous donner les pleins pouvoirs, surtout en créant des actions de préférence à votre profit.

¹⁰ C. civ., art. 389-1, régime de l'administration légale pure et simple.

¹¹ C. civ., art. 389-5. Décret n° 2008-1484, ann. II, 22 déc. 2008.

¹² C. civ., art 382.

¹³ C. civ., art. 389-3, al. 3 : « Ne sont pas soumis à l'administration légale les biens qui auraient été donnés ou légués au mineur sous la condition qu'ils seraient administrés par un tiers. Ce tiers administrateur aura les pouvoirs qui lui auront été conférés par la donation ou le testament ; à défaut, ceux d'un administrateur légal sous contrôle judiciaire ».

¹⁴ Vous ne pouvez aliéner des parts sociales (vendre, apporter à société) sans l'accord de votre mari (C. civ., art. 1424). Qu'il s'agisse d'actions ou de parts sociales, vous ne pouvez donner des biens communs sans l'accord de votre mari (C. civ., art. 1422, al. 1).

¹⁵ C. civ., art. 1832-2.

Ainsi, en cas de divorce, votre époux recevra la moitié des actions et il **aura la qualité d'associé. Mais ses pouvoirs seront** très restreints.

Des clauses d'inaliénabilité et d'agrément, voire d'exclusion, vous permettront de contrôler le capital **et d'assurer ainsi la pérennité de l'entreprise.**