

LA SITUATION DES FEMMES D'ENTREPRENEURS

Des mesures de protection s'imposent

On évoque souvent la situation de l'entrepreneur, le sort de son patrimoine et les mesures à mettre en place pour sa protection. Bien que ce rôle puisse être inversé, qu'en est-il pour la conjointe du chef d'entreprise qui participe ou non à l'activité de son époux?

1. INTRODUCTION

Les risques principaux auxquels l'épouse d'un entrepreneur doit faire face sont le cas du décès de ce dernier et son incapacité de discernement, le divorce, ainsi que le risque d'incapacité de gain de cette dernière. Certaines des conséquences découlant des cas de figure précités dépendent également du statut de l'épouse dans l'entreprise: apporte-t-elle un certain soutien, est-elle salariée et à quel taux, ou associée s'il s'agit d'une société de capitaux?

2. LA SITUATION DE L'ÉPOUSE DE L'ENTREPRENEUR

2.1 L'épouse collaborant à l'entreprise de son conjoint.

Une protection est accordée à l'époux qui collabore à l'entreprise de l'autre et qui a droit à une compensation, lorsque sa contribution excède ce qui peut être attendu de lui, du fait de ses obligations d'entretien de la famille (art. 165 du *code civil*, CC). Cette contribution ne doit, dès lors, comprendre ni les besoins ordinaires de la famille (vêtements, nourriture, soins, logement, assurances, impôts, argent de poche de l'épouse sans activité lucrative, notamment), ni l'entretien convenable auquel les époux doivent pourvoir selon leurs ressources et leur train de vie, chacun ayant le droit de jouir du même niveau de vie; ce principe s'applique également en cas de séparation.

L'activité qui peut être considérée comme une aide non rémunérée, puisque contribution ordinaire de la famille selon l'art. 163 al. 2 CC, peut concerner des fonctions dirigeantes comme des tâches administratives, des interventions ponctuelles à une activité plus longue et à des taux variables selon les besoins, ce qui est souvent le cas dans des PME [1].

Ainsi, dans certains cas désignés par le législateur comme des «contributions extraordinaires notablement supérieures» accordées par l'épouse (en l'espèce), la situation est considérée comme inéquitable lorsqu'aucune rémunération n'est prévue. S'il n'existe pas d'accord entre les époux sur la répartition des tâches, l'examen se fait sur la base de l'ensemble des circonstances concrètes, afin de savoir si l'épouse a droit à une indemnité équitable. Il est notamment tenu compte des éléments suivants, qui ne doivent pas être interprétés de manière restrictive, étant rappelé que cette indemnité ne correspond pas au montant dû pour une activité équivalente: (i) l'importance, la durée et la régularité du travail, lorsque celui-ci peut se comparer aux services d'un employé salarié, (ii) le niveau de qualification requis qui permet de déterminer l'étendue de l'indemnité mais n'est pas pertinent pour justifier de cette dernière, (iii) la nécessité du travail fourni pour l'augmentation ou le maintien de la rentabilité, (iv) les autres tâches accomplies par l'épouse pour la famille, (v) les éventuels inconvénients et (vi) avantages retirés par l'épouse. Il ne doit pas exister une compensation pour l'épouse à ses efforts de par l'élévation du train de vie du couple, ses prétentions dans le cadre de la liquidation du régime matrimonial (ce qui n'est, en principe, pas le cas si les époux sont sous le régime de la séparation de biens) ou ses attentes successorales [2].

De par le principe de l'unité économique du couple, il y a imposition unique du revenu lors de son acquisition (art. 9 al. 1 LIFD et art. 3 al. 3 de la *loi sur l'harmonisation des impôts directs*, LHID) [3]. L'indemnité équitable de l'art. 165 CC est considérée, par la législation fiscale, comme une répartition entre époux vivant en ménage commun du revenu acquis par l'un d'eux et n'est, dès lors, pas un revenu imposable. L'Office fédéral des assurances sociales (OFAS) et le Tribunal fédéral s'accordent en revanche à dire que des cotisations AVS sont dues pour cette indemnité extraordinaire [4]. Du point de vue des assurances sociales, les cotisations dues pour cette indemnité équitable sont les mêmes que pour un salaire, excepté le fait que le montant des cotisations et gains assurés ne sera pas fixé sur la base d'un «salaire équivalent», comme relevé précédemment. Lorsque l'indemnité équitable est versée ultérieurement, les cotisations ne sont exigibles avec effet rétroactif que sur 5 ans [5].



DANIÈLE BONETTI,
MASTER EN DROIT,
ASSOCIÉE,
FJF FAVRE JURIDIQUE
ET FISCAL SA,
LAUSANNE/VD

Il n'y a pas de droit à une contribution équitable si l'activité de l'épouse, dans l'entreprise, relève d'un contrat de travail, de mandat ou d'un autre rapport juridique. Un tel rapport juridique ordinaire n'est, cependant, pas présumé de facto.

2.2 L'épouse salariée

2.2.1 *L'existence d'un contrat de travail.* Pour être valable, un contrat de travail n'est soumis à aucune forme spéciale

«Il est recommandé de prévoir un contrat de travail sous forme écrite, si la volonté des époux est de constituer un tel rapport juridique.»

(art. 320 al. 1 CO). Il y a présomption de l'existence d'un tel contrat, lorsque «l'employeur accepte, pour un temps donné, l'exécution d'un travail qui, d'après les circonstances, ne doit être fourni que contre un salaire» [6]. Cependant, si le doute perdure, il n'y a aucune présomption en faveur de son existence [7]. Il faut donc déterminer cette dernière sur la base des critères cumulatifs suivants: (i) une prestation de travail, (ii) un rapport durable (d'une durée déterminée ou indéterminée), le contrat ne s'éteignant pas suite à une prestation et contre-prestation, (iii) un rapport de subordination et (iv) un salaire.

L'existence d'un tel contrat entraîne l'application, pour l'épouse-employée, d'être soumise au droit du travail pour son activité. Son salaire est, dès lors, soumis aux cotisations AVS/AI/APG/AC, à la loi sur la prévoyance professionnelle (LPP) et à la loi sur l'assurance accident (LAA), selon la législation applicable.

En principe, sans contrat de travail écrit entre les époux, c'est la règle de l'indemnité extraordinaire de l'art. 165 CC qui l'emporte sur la reconnaissance de l'existence d'un contrat de travail. La doctrine relève quelques cas pouvant valoir exception, si l'épouse a une activité dirigeante à plein temps ou en raison de la protection sociale, notamment du contrat de travail [8].

Ainsi, il est recommandé de prévoir un contrat de travail sous forme écrite, si la volonté des époux est de constituer un tel rapport juridique.

2.2.2 *Le risque d'incapacité de gain.* Lorsque l'épouse a une activité salariée partielle ou interrompue temporairement ou à long terme, elle se trouve, en principe, dans une situation défavorable du point de vue des assurances sociales. En effet, les besoins en prévoyance de l'épouse sont les mêmes que ceux de son conjoint, pourtant celle-ci est souvent moins bien couverte. Le risque d'incapacité de gain prend alors tout son sens. Si l'épouse répond aux conditions d'obtention d'une rente de l'assurance invalidité (AI), cette dernière est calculée sur la base du revenu moyen annuel et des années de cotisation de l'assurée [9]. Une activité partielle ou à 100% a, dès lors, un impact différent sur le montant de la rente AI et éga-

lement sur l'éventuelle rente de veuf auquel l'époux pourrait avoir droit.

Des solutions d'assurance-vie peuvent être proposées selon la protection souhaitée, mais également les moyens financiers à disposition pour le paiement des primes. Selon le cas d'espèce, une assurance-vie prévoyant des rentes d'incapacité de gain avec ou sans capital décès (risque pur 3B) peut être une solution permettant de couvrir la partie risque jusqu'à un terme prédéfini, étant précisé que le capital décès n'est, dans ce type d'assurance, perçu que si le cas assuré intervient pendant la durée de protection prévue. Le capital décès perçu est souvent un soutien pour le conjoint survivant, qui peut l'utiliser pour l'aide familiale et/ou ménagère, par exemple. Si le but est d'assurer la perte de gain et le décès tout en prévoyant une partie épargne, l'opportunité d'une assurance-vie mixte (3a ou 3b), combinée à une rente pour incapacité de gain, peut être examinée. La partie du capital épargne permet, selon le montant prévu, une certaine autonomie de la bénéficiaire, y compris en cas de divorce. Dans tous les cas, il faut s'assurer, au préalable, du traitement fiscal d'une telle assurance. Il faut également être attentif à chaque cas d'espèce et, autant que possible, tenir compte de l'évolution de vie souhaitée. L'épouse ne peut cotiser à une police d'assurance ou compte bancaire 3A que si elle a une activité lucrative, mais les effets de l'interruption de cette activité ne seront pas identiques selon l'un ou l'autre des types de 3A précités; de même en cas de reprise d'une activité lucrative.

2.3 *Un effet du divorce.* Si l'épouse a été femme au foyer ou si cette activité a été quasi exclusive durant son mariage, elle garde, en cas de divorce, le droit de bénéficier du même niveau de vie que son époux grâce aux revenus de l'époux actif professionnellement, selon l'art. 163 CC. Cependant, le conjoint qui est dans cette situation n'a pas de revenu et n'a pas pu constituer une prévoyance adéquate. La législation

«Le capital décès perçu est souvent un soutien pour le conjoint survivant, qui peut l'utiliser pour l'aide familiale et/ou ménagère, par exemple.»

prévoit, dès lors, le partage des droits de prévoyance au divorce, l'attribution de la moitié des bonifications pour tâches éducatives pour le calcul de la rente AVS, ainsi que d'éventuelles contributions d'entretien.

L'épouse qui a droit à une indemnité équitable, au sens de l'art. 165 CC, doit faire valoir son droit au plus tard dans la procédure de divorce, cette créance étant exigible dès l'exécution de la prestation et en tout temps durant le mariage [10].

2.4 *L'incapacité de discernement.* Un époux a un pouvoir légal de représentation de son conjoint, pour autant qu'il n'existe ni un mandat pour cause d'incapacité, ni une curatelle, ni l'existence d'un refus de représentation du conjoint

incapable [11]. Ce pouvoir ne porte pas, sans l'accord de l'autorité de protection, sur l'administration extraordinaire des revenus et autres biens de l'incapable, soit les actes économiquement plus importants [12] (acquisition ou vente d'im-

«Si l'épouse a été femme au foyer ou si cette activité a été quasi exclusive durant son mariage, elle garde, en cas de divorce, le droit de bénéficier du même niveau de vie que son époux grâce aux revenus de l'époux actif professionnellement.»

meuble, acquisition ou liquidation d'une société, notamment). Les actes habituellement nécessaires pour satisfaire les besoins du représenté (achat de nourriture, vêtements, équipements adaptés, notamment) et le droit d'ouvrir et de traiter le courrier du représenté font également partie de la représentation légale. Ainsi, pour chaque acte considéré comme extraordinaire, le représentant doit demander, au préalable, l'autorisation de l'autorité de protection.

Il est conseillé dès lors à chacun de rédiger un mandat pour cause d'incapacité non seulement pour éviter l'institution d'une curatelle et de s'assurer que la personne souhaitée puisse représenter l'époux incapable de discernement dans les rapports juridiques avec les tiers, que ce soit dans l'administration de son patrimoine ou pour le soin à la personne, mais également afin de prévoir dans l'acte un pouvoir de représentation suffisamment large et adapté à la situation concrète (p. ex. l'existence d'une société familiale) pour ne pas devoir interpellier l'autorité de protection pour chaque cas particulier.

2.5 La succession. Lorsqu'un époux décède, il y a d'abord la liquidation de son régime matrimonial, puis le partage de la succession.

Le statut des époux, quant à leur patrimoine, est défini par la loi. Selon le régime matrimonial en vigueur, le rapport pécuniaire entre les époux durant le mariage et les droits de chacun à sa dissolution sont réglés en conséquence.

Sans contrat de mariage, ni de dispositions testamentaires, le sort des actions de l'entreprise est réglé par la législation en vigueur. Si l'entreprise a été constituée par un des conjoints durant le mariage avec des biens d'acquêts, une partie des actions pourrait être dévolue à l'autre en cas de décès de l'époux entrepreneur. Toutefois, si le but est la reprise de l'entreprise

par un descendant, il faut s'assurer que l'épouse aura toujours des moyens d'existence à la suite de la mise en place des mesures prévues au niveau matrimonial et successoral. Il est donc recommandé de s'appuyer sur une planification financière, qui permet d'éviter certains écueils.

Lorsqu'il existe une entreprise dans le patrimoine, ainsi qu'un contrat de mariage, il s'agit souvent du contrat de séparation de biens ou de constitution conventionnel de biens propres prévoyant que des acquêts affectés à l'exploitation d'une entreprise font partie des biens propres (art. 199 al. 1 CC). Ainsi, à la suite de la liquidation du régime matrimonial, l'entreprise reste en principe dans le patrimoine de l'époux entrepreneur. Si ce contrat entre en vigueur en cours de mariage, une compensation adaptée au cas par cas peut être prévue pour le conjoint non-entrepreneur.

L'épouse est héritière de son conjoint et hérite, de par la loi, de la moitié de sa succession et au minimum de sa réserve. Plusieurs mesures peuvent être prises au niveau successoral, selon le cas d'espèce. Outre le fait de recevoir tout ou partie de l'entreprise, elle peut en être usufruitière, afin, notamment, de conserver l'actif de la succession pour les descendants, surtout si des enfants travaillent ou travailleront dans l'entreprise. L'usufruitière se voit attribuer certains droits tels que le droit de vote et le dividende. Un pacte successoral peut également être prévu entre les héritiers, afin de prévoir la reprise de l'entreprise par l'un d'entre eux, la valeur de cette dernière et la part de patrimoine revenant aux autres, dont l'épouse.

3. CONCLUSION

Même si certains aspects seulement de la situation de la femme d'entrepreneur ont été abordés ici, ces éléments rappellent le besoin de protection de cette dernière. En effet, essentiellement pour des raisons familiales, le nombre de femmes travaillant à temps partiel ou inactives est supérieur

«L'épouse est héritière de son conjoint et hérite, de par la loi, de la moitié de sa succession et au minimum sa réserve.»

à celui des hommes. Cela implique plusieurs conséquences au niveau des prestations des assurances sociales ou des risques financiers, à la suite d'une perte de gain ou du décès de son conjoint, selon la situation du couple. Il faut également régler les questions liées au patrimoine du couple, afin de mettre en place des mesures adéquates pour la famille. Une planification financière et successorale est un bon outil pour appréhender les diverses étapes de vie et leur évolution. ■

Notes: 1) Henri Deschenaux, Paul-Henri Steinauer, Margareta Baddeley, Les effets du mariage, 3^e éd., Berne 2017, n° 436. 2) Pascal Pichonnaz, Art. 165 CC, N 6-13, in Pichonnaz-Foëx (éd.), Code civil I – Art. 1–359 CC, Commentaire romand, Bâle 2010. 3) Selon l'art. 9 al. 1 LIFD, les revenus des époux qui vivent en ménage commun sont additionnés, quel que soit le régime matrimonial. 4) Pascal Favre, Transmission d'entreprise, Lausanne 2018, p. 76 s.

5) Selon l'art. 24 LPGA qui prévoit que le droit à des prestations ou à des cotisations arriérées s'éteint cinq ans après la fin du mois pour lequel la prestation était due et cinq ans après la fin de l'année civile pour laquelle la cotisation devait être payée. 6) Art. 320 al. 2 CO. 7) Jean-Philippe Dunand, Art. 319 CO, N 38, in Jean-Philippe Dunand, Pascal Mahon (éd.), Commentaire du contrat de travail, Berne 2013. 8) Pascal Pichonnaz, Art. 165 CC, N 47 s., in

Pichonnaz-Foëx (éd.), Code civil I – Art. 1–359 CC, Commentaire romand, Bâle 2010. 9) Memento AVS/AI, 4.04. Prestations de l'AI – Rentes d'invalidité de l'AI, état au 1^{er} janvier 2018. 10) Pascal Favre, Transmission d'entreprise, Lausanne 2018, p. 75, 4^e §, ch. 2. 11) Paul-Henri Steinauer, Christiana Fountoulakis, Droit des personnes physiques et de la protection de l'adulte, Berne 2014, nos 960 ss. 12) Liste de l'art. 416 al. 1 CC notamment.