

10 Le divorce du chef d'entreprise et du cadre dirigeant

Comment apprécier les rémunérations complexes ?



Nicolas GRAFTIEUX,
avocat au barreau de Paris,
vice-président de l'association des Avocats de la Famille
et du Patrimoine, administrateur de l'Institut du Droit de la Famille
et du Patrimoine



Arnaud BURG,
avocat associé, cabinet DS avocats

Fidéliser le « top management », intéresser les gestionnaires aux résultats de l'entreprise, sécuriser la cession d'une société, le tout en optimisant tant la fiscalité des revenus que des cotisations sociales ; telle est la mission de nos confrères spécialisés en droit des sociétés. Ces nécessités les amènent à créer des outils de rémunérations, parfois complexes, qui entrent ensuite en collision avec le droit de la famille.

1 - Comment appréhender ces avantages lors d'un divorce ? Comment les traiter dans la liquidation du régime matrimonial ? Comment les apprécier dans l'évaluation des capacités financières de l'époux, chef d'entreprise ou cadre dirigeant, pour la fixation des prestations financières : devoir de secours, contribution à l'entretien et l'éducation des enfants, prestation compensatoire ?

Nous vous proposons d'identifier, dans notre boîte à outils de praticiens du droit de la famille, les instruments déjà à disposition pour liquider ces rémunérations et apprécier les forces qu'elles représentent dans les facultés des époux concernés. À noter, le terme « d'époux chef d'entreprise » pourra aussi bien désigner l'époux que l'épouse.

1. Boîte à outils

A. - Traiter la liquidation du régime matrimonial

1° Dates clés de la liquidation

2 - Rappelons, d'abord, l'existence de trois dates charnières dans le divorce.

3 - **Date des effets du divorce.** – Elle marque le point d'arrêt du fonctionnement du régime matrimonial entre les époux. Dans un régime de communauté, elle ferme la période de création des acquêts : les revenus issus du travail ou les biens propres des époux cessent d'être communs. L'article 262-1 du Code civil organise sa possible rétroactivité à la date de fin de cohabitation et de collaboration des époux.

4 - **Date de partage.** – Les biens cessent d'être indivis. Ils sont attribués divisément à l'un ou l'autre des époux qui devient seul bénéficiaire des revenus générés par le bien concerné. En cas de divorce conventionnel, sauf volonté de maintenir des biens en indivision, elle intervient au jour de l'enregistrement de la convention de divorce au rang des minutes du notaire. En cas de divorce contentieux, le partage intervient le jour du divorce par application combinée des articles 267 du Code civil et 1360 et suivants du Code de procédure civile.

5 - **Date de jouissance divise.** – Elle fixe le jour auquel les biens sont évalués et les revenus dévolus à l'attributaire. Elle doit en principe être la plus proche possible du partage (C. civ., art. 829), mais peut rétroagir globalement ou individuellement par biens sur accord des époux ou sur décision du juge recherchant l'égalité (C. civ., art. 829, al. 3).

2° Recherche du fait générateur

6 - Chaque rémunération correspond à une contrepartie attendue de celui qui la délivre : un travail fourni, un résultat atteint, une date échue. Elles en sont le fait générateur, la date de naissance, qu'il faut ensuite placer dans la chronologie du divorce, développée ci-dessus. Le fait générateur est-il antérieur à la date des effets du divorce ? Elle sera tout entière commune. La date de jouissance divise a-t-elle rétroagi avant le fait générateur ? Seul l'époux attributaire du bien anciennement indivis en bénéficiera.

B. - Appréhender les facultés financières de l'époux

7 - Une fois leur sort liquidatif tranché, ces instruments financiers intègrent tout ou partie du patrimoine des époux pour constituer une forme de rémunération que le juge aux affaires familiales devra apprécier pour fixer les prestations alimentaires lors du divorce.

Leur variété, aussi bien que leur complexité, rend parfois difficile cet exercice. Nous proposons ici une grille d'analyse en quatre points, élaborée de manière empirique lors de débats judiciaires passés autour de ces rémunérations :

● **la liquidité de la rémunération** : est-elle rapidement et aisément disponible et mobilisable ?

● **le pouvoir de gestion** : le conjoint chef d'entreprise a-t-il une emprise sur la rémunération étudiée ? Quelle est la gouvernance de la société ? Est-il décisionnaire de ses propres avantages ?

● **la nécessité d'un investissement** : l'époux est-il contraint d'engager des sommes pour prétendre à la rémunération complexe ?

● **le caractère frugifère de la rémunération** : génère-t-elle des revenus avant ou après l'intervention du fait générateur ?

8 - Ces éléments préalable définis, nous procédons à l'analyse des rémunérations complexes les plus courantes aujourd'hui. Il sera fait abstraction des stock-options, que les sociétés de droit français n'émettent désormais que rarement, malgré le débat passionnant qu'il y aurait encore à mener autour de l'arrêt de la Cour de cassation qui a décidé de leur sort liquidatif¹.

Pour faciliter l'appréhension pragmatique des outils décrits, les rémunérations seront abordées par ordre croissant de complexité et sous forme de cas pratiques :

1. Cass. 1^{re} civ., 9 juill. 2014, n° 13-15.948 : JurisData n° 2014-016002 ; Dr. famille 2014, comm. 145, B. Beignier.

Deux individus, chacun mariés sous le régime légal de la communauté réduite aux acquêts, ont des postes différents au sein de la même société : l'un est salarié cadre dirigeant et l'autre cheffe d'entreprise indépendante.

2. Analyse des rémunérations complexes

A. - Les salaires

1° Définition

9 - Le salaire représente la contrepartie financière du travail fourni par le salarié. Toutes ses composantes sont analysées et traitées de manière identique : gratifications, revenus de remplacement ou substituts de salaire², pension de retraite, etc.

2° Faits

10 - Monsieur A. est marié sous le régime de la communauté légale. Il exerce un emploi de salarié dans une entreprise d'import-export et perçoit une rémunération fixe. Au cours du mois de décembre, il décide d'engager une procédure de divorce par voie d'assignation en date du 15 décembre 2022.

a) Liquidation du régime matrimonial

11 - Fait générateur

Le fait générateur du salaire est le travail accompli par l'époux au fur et à mesure de son accomplissement. Il est donc multiple et peut faire l'objet d'un prorata.

Date à considérer

S'agissant d'une rémunération du travail, c'est la date des effets du divorce qui doit être considérée pour la qualification commune ou propre du salaire. En l'espèce, la date des effets du divorce est celle de l'assignation, soit le 15 décembre 2022.

Solution

Le prorata du salaire correspondant à la première quinzaine du mois de décembre est commun puisque la communauté continuait de profiter, avant l'assignation, de la force de travail du conjoint salarié. À l'inverse, à compter du 15 décembre 2022, les salaires perçus par monsieur A. échappent à la communauté et constituent donc des biens propres de l'époux.

b) Appréciation des capacités financières par le juge

12 - Liquidités

Le délai entre le travail fourni pour obtenir son salaire et sa perception, puis son utilisation, est extrêmement court.

Gestion de l'époux

Le conjoint est en mesure d'influer directement sur le versement de son salaire en fournissant simplement le travail qui en est la contrepartie.

Investissement

Le salarié ne mobilise aucune somme pour percevoir son salaire qui lui est versé sans aucune autre condition que son travail.

Caractère frugifère

Une fois perçu, le salaire peut être investi et produire des intérêts, mais ce n'est pas son caractère essentiel.

Le salaire peut donc être considéré par le juge aux affaires familiales pour fixer les prestations alimentaires, comme entièrement utile et mobilisable.

B. - Les primes et intéressements

1° Définition

13 - Les primes et intéressements sont des outils de rémunérations complémentaires, conditionnés à l'atteinte d'objectifs individuels des salariés ou aux résultats et performances de leur entreprise.

2° Faits

14 - Monsieur A., marié sous le régime de la communauté légale, perçoit, le 28 février 2023, une prime liée à l'atteinte de son objectif commercial à la clôture de l'exercice le 31 décembre 2022. Zélé, il avait même déjà atteint le chiffre demandé dès la fin du mois de novembre 2022. Monsieur A. a engagé une procédure de divorce par voie d'assignation en date du 15 décembre 2022.

a) Liquidation du régime matrimonial

15 - Fait générateur

Le fait générateur de la prime n'est ni la date de son versement ni celle à laquelle l'objectif est vérifié ou l'exercice clôturé. C'est le jour de l'atteinte du chiffre commercial fixé par l'employeur qui est la cause du versement de la prime. Ce fait générateur est donc unique et doublement conditionné : un chiffre minimum à une date maximale. Si les objectifs sont atteints, la prime est totalement versée ; sinon, elle ne l'est pas du tout.

Date à considérer

S'agissant d'une rémunération du travail, c'est la date des effets du divorce qui doit être considérée pour la qualification – commune ou propre – du salaire. En l'espèce, la date des effets du divorce est celle de l'assignation, soit le 15 décembre 2022.

Solution

Monsieur A. ayant réalisé ses objectifs au mois de novembre 2022, la prime annuelle d'intéressement entre dans la communauté en totalité, même si elle est vérifiée et versée après la date des effets du divorce.

b) Appréciation des capacités financières par le juge

16 - Liquidités

Les primes dépendant des objectifs du cadre dirigeant ou des performances de l'entreprise sont aléatoires. Leur existence même n'est pas certaine et leur quantum encore moins. En pratique, cependant, le juge aux affaires familiales pourra les considérer en étudiant l'historique de perception de ces primes sur les années passées, à charge pour l'époux concerné de démontrer le fait nouveau justifiant éventuellement l'inverse.

Gestion de l'époux

L'étude des critères d'attribution est essentielle : quelle est la part du travail individuel de l'époux dans la définition des objectifs ? Peut-il agir sur les chiffres de son équipe ? Peut-il reporter une partie de son volume d'affaires sur l'année suivante pour retarder le fait générateur ?

Investissement

Que ce soit avant la survenance du fait générateur ou après, l'époux n'a rien à régler, ni aucune somme à investir pour percevoir sa prime.

Caractère frugifère

Avant son versement, les primes et intéressements ne produisent aucun fruit. Ensuite, des fruits pourront être générés, notamment si l'époux décide de placer les fonds, mais ce n'est pas leur caractère essentiel.

Les primes et intéressements offrent donc une capacité financière moyenne, voire bonne, à l'époux créancier de la pension, en fonction essentiellement de leur récurrence ou du changement éventuel de leurs règles d'attribution.

C. - Les actions gratuites

1° Définition

17 - Les actions gratuites permettent à la fois de fidéliser les cadres dirigeants et de les intéresser à la croissance de l'entreprise. Leur attribution est d'abord soumise à une période d'acquisition – d'un an minimum – au terme de laquelle le salarié deviendra définitivement propriétaire des actions s'il est resté salarié de l'entreprise. Suit une période de conservation – d'un an minimum – durant

2. Par ex., indemnité pour incapacité temporaire de travail : Cass. 1^{re} civ., 23 oct. 1990, n° 89-14.448 : JurisData n° 1990-703072.

laquelle le salarié ne peut pas vendre ses actions, l'incitant à rester dans l'entreprise pour participer à l'effort collectif de valorisation.

2° Faits

18 - Monsieur A. est marié sous le régime de la communauté légale. La société attribue les actions gratuites à monsieur A., le 15 octobre 2021, avec période d'acquisition d'un an et une période de conservation de 2 ans, soit jusqu'au 15 octobre 2024. Il a engagé une procédure de divorce par voie d'assignation, le 15 décembre 2022.

a) Liquidation du régime matrimonial

19 - Fait générateur

Le fait générateur n'est pas la décision d'attribution des actions par la société car l'époux qui choisirait de quitter l'entreprise avant la fin de la période d'acquisition s'interdirait la perception des actions. C'est l'arrivée du terme de la période d'acquisition qui est à retenir. Les titres sont alors définitivement acquis et traitables dans la liquidation. La période de conservation n'influe que sur leur disponibilité.

Date à considérer

C'est la présence de l'époux au sein de l'entreprise à une date donnée et donc son travail qui déclenche l'attribution. La date des effets du divorce doit être considérée pour la qualification commune ou propre de l'action gratuite.

Solution

Monsieur A. est devenu propriétaire des actions gratuites le 15 octobre 2022 à l'issue de la période d'acquisition, soit avant la date des effets du divorce figée par l'assignation du 15 décembre 2022. La valeur des actions gratuites, dont dispose monsieur A., profite intégralement à la communauté.

b) Appréciation des capacités financières par le juge

20 - Liquidités

Les actions gratuites ne fournissent aucune disponibilité en capital à l'époux avant l'expiration du délai d'acquisition. De la même façon, la cession des actions gratuites avant l'expiration du délai de conservation est soumise à une fiscalité extrêmement désavantageuse qui la rend, en pratique, totalement inintéressante pour le titulaire des actions.

Gestion de l'époux

Contrairement aux stock-options, l'époux n'a pas le pouvoir de lever l'option de sa propre initiative. C'est le temps qui agit seul sur leur perception.

Investissement

Les actions sont correctement libellées comme « gratuites ». L'époux ne règle rien, jamais.

Caractère frugifère

Avant l'attribution, les actions gratuites ne génèrent aucun fruit. Après l'attribution, elles peuvent produire des dividendes, y compris pendant la période de conservation.

L'appréciation que le juge fera des actions gratuites dépendra quasi exclusivement de la chronologie de sa décision par rapport à l'expiration de la période de conservation. Plus elle est proche, plus elle impacte positivement le patrimoine de son titulaire.

D. - Les dividendes

1° Définition

21 - Les dividendes sont les sommes distribuées par une société à ses associés au titre de leur participation aux bénéfices.

2° Faits

22 - Monsieur A., toujours marié sous le régime de la communauté légale, a déjà bénéficié – il y a quelques années – d'actions gratuites qui lui sont récemment acquises. Pour la première fois,

l'exercice 2021/2022, clos le 30 juin 2022, est bénéficiaire et la société décide, en assemblée générale du 30 décembre 2022, de distribuer des dividendes, effectivement versés le 28 février 2023. C'est d'ailleurs la raison pour laquelle monsieur A. s'était empressé d'assigner le 15 décembre 2022, ayant eu vent de la potentielle distribution.

De son côté, madame B. a participé à la création de cette entreprise, avant même de se marier sous le régime de la communauté légale. Courant janvier 2023, elle et son époux prennent la décision de divorcer et de fixer la date d'effet de leur divorce à la même date que monsieur A., soit le 15 décembre 2022.

a) Liquidation du régime matrimonial

23 - Fait générateur

S'agissant des dividendes, seule la décision de l'assemblée des associés de distribuer tout ou partie des bénéfices sous forme de dividendes confère à ceux-ci l'existence juridique³. Cet événement fait naître la créance de dividendes de l'associé. En principe, les dividendes distribués aux associés leur sont définitivement acquis (*C. com.*, art. L. 232-17).

Date à considérer

Le droit aux dividendes est seulement lié à la propriété d'une action, pas au travail effectué par l'époux titulaire. C'est un revenu du capital dont le traitement n'est pas affecté par la date des effets du divorce. L'action, anciennement commune, bascule simplement dans une indivision post-communautaire à laquelle chaque époux est également intéressé. Seule la date de jouissance modifiera le bénéficiaire des dividendes.

Solution

L'assignation en urgence de monsieur A. est sans effet ! Même votés après la date des effets du divorce, les dividendes ne lui profitent pas seul puisque les actions ne sont pas partagées à la date de l'assemblée générale et que la date de jouissance divise n'était pas intervenue.

Au contraire, madame B. bénéficiera seule des dividendes puisque la date des effets du divorce marque la fin du caractère commun des revenus de biens propres que sont les actions acquises avant mariage.

b) Appréciation des capacités financières par le juge

24 - Liquidités

Avant la décision de l'assemblée générale décidant de l'affectation des bénéfices, l'époux associé ou actionnaire ne reçoit aucune liquidité. Après la décision de l'assemblée générale, tout dépendra de la trésorerie de la société. L'actionnaire peut en effet recevoir le versement des dividendes de nombreux mois, voire des années, après la décision de l'assemblée générale.

Gestion de l'époux

L'époux dispose d'un pouvoir en ce qu'il a vocation à voter pour la distribution des dividendes en sa qualité d'associé ou d'actionnaire. La réalité de son influence doit être jugée à l'aune de sa part relative dans le capital social de la société et dans l'étude de la nature de sa participation ; certains titres pouvant être privés de droit de vote, notamment lorsqu'il s'agit du sort des bénéfices de la société.

Investissement

Le vote de l'assemblée générale crée une créance immédiate au bénéfice de l'associé qui ne peut avoir aucune somme à verser pour en bénéficier.

Caractère frugifère

Avant la décision de l'assemblée générale décidant de l'affectation des bénéfices, l'époux associé ou actionnaire ne reçoit rien, ce qui ne peut produire des fruits. Comme il sera vu ci-dessous, après la décision, le caractère frugifère varie en fonction de l'exis-

3. *Cass. com.*, 28 nov. 2006, n° 04-17.486 : *JurisData* n° 2006-036163.

tence d'une convention de compte courant prévoyant la rémunération de l'époux chef d'entreprise ou cadre dirigeant.

25 - En résumé, l'impact réel des dividendes sur les capacités financières d'un époux dépend d'un nombre assez important de variables : bénéfice de la société (rendant plus difficile l'anticipation d'une récurrence), vote, traitement liquidatif (le dividende revient-il pour moitié au créancier alimentaire ?), existence de la trésorerie, etc.

Notre rôle d'avocat est de présenter, lors des échanges amiables ou des débats judiciaires, une analyse complète et pédagogique du système sociétal dans lequel est impliqué l'époux.

E. - Le compte courant d'associé

1° Définition

26 - Le compte courant d'associé est une créance dont un associé bénéficie contre sa société et inscrite au passif de sa comptabilité. Il peut être constitué par des avances de fonds réalisées par lui lorsque l'entreprise est confrontée à des besoins en financement ou par des dividendes qui n'auraient pas été appréhendés par l'associé en l'absence de trésorerie. Les comptes courants d'associés ne sont pas à proprement parler des éléments de rémunération, mais le juge aux affaires familiales devra envisager leur liquidation et déterminer s'il s'agit de fonds mobilisables.

2° Faits

27 - Madame B., mariée sous le régime de la communauté légale, dispose d'un compte courant d'associé justifié par une distribution ancienne de dividendes, non distribuée et qu'elle s'est engagée à ne pas réclamer pour ne pas mettre la société en difficultés. En contrepartie de cet engagement formalisé dans une convention de compte courant, elle a demandé à percevoir des intérêts.

a) Liquidation du régime matrimonial

28 - Fait générateur

Le fait générateur dépend de la nature de la somme inscrite au compte courant. Il sera lié au versement de l'associé s'il a prêté de l'argent à sa société ou à la date de l'assemblée générale s'il s'agit d'un dividende voté, mais non distribué.

Date à considérer

Rappelons que les actions de madame B. lui sont propres. Il convient donc de prendre en compte la date des effets du divorce puisqu'elle met fin au bénéfice que la communauté fait de leurs fruits.

Solution

Même non encore distribuée au jour des effets du divorce, la valeur du compte courant d'associé est commune puisque le droit à créance est né préalablement. Notons que le compte courant d'associé est attaché au titulaire des droits sociaux, son conjoint commun en biens ne peut donc pas en demander le remboursement⁴. En outre, dans les opérations de liquidation et de partage du régime matrimonial, l'époux de madame B. ne pourra pas en demander l'attribution.

b) Appréciation des capacités financières par le juge

29 - Liquidités

Le juge aux affaires familiales appréciera différemment le paiement du compte courant à l'associé selon qu'il constitue un remboursement de sommes avancées par lui (qui ne sont pas des bénéfiques) ou le paiement simplement retardé de dividendes. Pourtant, le critère d'analyse principal dans le cadre du divorce sera la

disponibilité des fonds qui est d'abord fonction de la trésorerie effective de la société.

Le juge aux affaires familiales appréciera également l'existence d'une convention écrite de compte courant instaurant une période contractuelle d'indisponibilité.

Gestion de l'époux

L'appréciation du pouvoir de gestion de l'époux dépend à la fois de l'existence de trésorerie effective dans la société, d'une convention de blocage et de son statut. Est-il gérant ? Peut-il choisir de se faire payer de son compte courant ?

Investissement

L'époux n'a rien à régler, ni à investir afin de percevoir les fonds avancés dans le compte courant d'associé.

Caractère frugifère

Les revenus générés par le compte courant d'associé sont entièrement fonction de l'existence d'une convention de compte courant.

L'appréciation de l'apport financier constitué par un compte courant d'associé est donc moins simple qu'il n'y paraît et ne saurait surtout être confondu avec le compte bancaire courant qui représente, sans nul doute, une somme mobilisable bien plus aisément.

F. - La clause de « earn out »

1° Définition

30 - La clause de « *earn out* » constitue la partie variable du prix de cession qui est versé par l'acquéreur d'une entreprise au cédant en fonction des performances opérationnelles futures de la société cédée. Cette clause est souvent négociée lorsque l'acquéreur et le vendeur ont du mal à s'accorder sur le prix de cession et que le vendeur accepte de mettre en risque une partie de son prix de vente en le conditionnant à la réalisation d'objectifs par la société cédée après la cession.

2° Faits

31 - Monsieur A. est associé et marié sous le régime de la communauté réduite aux acquêts. Il a assigné en divorce le 15 décembre 2022, puis cédé ses participations dans la société le 28 février 2023, pour une somme de 2 millions d'euros. L'opération bénéficie en outre d'une clause d'*earn out* prévoyant le versement de 500 000 € en cas d'atteinte d'un objectif de chiffre d'affaires 3 années après la cession.

Entre-temps, le 15 janvier 2023, aidés de leurs conseils, les époux sont parvenus à un divorce par consentement mutuel. La liquidation prévoit l'attribution des titres à l'époux titulaire pour une somme de 1 800 000 €.

a) Liquidation du régime matrimonial

32 - Fait générateur

Le fait générateur de la clause d'*earn out* réside dans l'atteinte des objectifs de performances opérationnelles futures de la société cédée à une date fixée contractuellement.

Date à considérer

La date à prendre en compte, en comparaison avec le fait générateur, est la date de jouissance divise puisque c'est le titulaire des actions au jour de la cession qui se voit ensuite verser cet éventuel complément de prix, quelle que soit la réalité de son travail personnel dans l'intervalle.

En l'espèce, les objectifs ont été atteints par la société après la date du partage (nécessairement fixée au jour du divorce dans un régime de communauté, sauf volonté expresse contraire des époux).

Solution

La communauté a partagé les titres sociaux au jour du divorce. L'épouse ne bénéficiera donc ni du prix de cession amélioré de 200 000 €, ni de la clause d'*earn out*.

b) *Appréciation des capacités financières par le juge*

33 - Liquidités

Avant le versement de la clause, la probabilité de la rémunération est très aléatoire et dépend du critère fixé dans le contrat de cession. En tout état de cause, il n'existe aucun historique qui permettrait au juge d'anticiper une récurrence. Après le versement de la clause, l'époux peut utiliser pleinement le complément de prix, les fonds sont disponibles.

Gestion de l'époux

Le versement de la clause est incertain et échappe normalement au contrôle de l'époux associé ou chef d'entreprise. C'est la performance de la société dans son entier qui est jaugée postérieurement à la cession avec un aléa plus ou moins important en fonction de la fixation des objectifs.

Investissement

L'époux n'a rien à investir ou à régler pour bénéficier de la clause d'*earn out*. Elle constitue une partie du prix de cession versée en cas d'atteinte de l'objectif fixé.

Caractère frugifère

Avant son versement, l'*earn out* ne produit aucun fruit. Ensuite, des revenus pourront être générés, notamment si l'époux décide de placer les fonds, mais ce n'est pas leur caractère essentiel.

En conséquence, du fait de son versement unique et incertain, de l'absence de référent passé, du peu de pouvoir de l'époux concerné sur son paiement, le juge du divorce aura du mal à inclure les sommes liées à l'*earn out* dans la capacité financière générale de madame B. cheffe d'entreprise.

G. - Les bons de souscription d'actions

1° Définition

34 - Les bons de souscription d'actions (BSA) sont des valeurs mobilières permettant d'acheter une action de société (« *sous-jacent* ») à un prix déterminé à l'avance (« *prix d'exercice* ») et jusqu'à une certaine date (« *l'échéance* »).

Schématiquement, les BSA sont votés en assemblée générale, en parallèle d'une augmentation de capital, pour fidéliser les cadres dirigeants les plus précieux.

Les BSA concernent les sociétés par actions uniquement (SA, SAS, SCA).

2° Faits

35 - Madame B., mariée sous le régime de la communauté légale, s'est vu accorder des bons de souscription d'actions, le 10 mars 2021, expirant le 10 mars 2024.

Elle prend la décision d'exercer 50 % de ses bons en octobre 2022, pour vendre ensuite les actions ainsi acquises afin de se reloger après sa séparation. Elle exercera en janvier 2024 ses derniers bons.

a) *Liquidation du régime matrimonial*

36 - *Fait générateur*

Le fait générateur réside dans l'attribution du bon de souscription, lequel dispose tout de suite d'une valeur ; il est donc possible de céder un BSA non encore exercé.

Un deuxième fait générateur doit être étudié : l'exercice du bon qui fait entrer l'action elle-même dans le patrimoine du souscripteur à la place du bon.

Date à considérer

L'attribution des BSA est une forme de rémunération du travail. La date des effets du divorce déterminera donc la nature commune ou propre des bons (mais pas des actions).

La souscription des actions est une prérogative uniquement dévolue au titulaire. Une fois les bons attribués à ce dernier, il devient seul propriétaire des actions achetées. C'est donc la date de jouissance divise qui conditionne la propriété commune ou propre des actions.

Solution

Au jour du divorce de madame B., en janvier 2023, la communauté est constituée du prix de cession des actions reçues après exercice de 50 % des BSA et de la valeur des bons restants, soit 50 %.

Les bons restants étant attribués à madame B., elle bénéficiera seule des titres et de leur valeur, en mars 2024, lorsqu'elle exercera ses bons restants. Précisons qu'à défaut de les exercer à la date limite, les bons deviennent caducs.

Courant janvier 2023, elle et son époux prennent la décision de divorcer et de fixer la date d'effet de leur divorce à la même date que monsieur A., le 15 décembre 2022.

b) *Appréciation des capacités financières par le juge*

37 - Liquidités

Les BSA ont une valeur avant même leur exercice. Ils sont cessibles, mais leur liquidité dépend du nombre d'acquéreurs potentiels. Il faut trouver un investisseur, confiant dans l'avenir de l'entreprise et dans le fait que les actions de la société vaudront plus chères à terme que le prix d'achat du bon auxquelles elles sont attachées.

Une fois l'option exercée, le titulaire dispose d'une action. Comme tous les titres sociaux, leur liquidité dépend du marché sur lequel elles sont émises : *private equity*, CAC 40, marchés secondaires, etc. En résumé, existe-t-il des acheteurs ?

Gestion de l'époux

Avant l'attribution de bons, l'époux a potentiellement peu de pouvoirs sur la distribution des BSA qui dépendent de l'AGE de la société.

Une fois les bons distribués, il a seul l'entier pouvoir pour exercer l'option et peut donc directement agir sur l'entrée de son patrimoine des actions correspondantes.

Investissement

L'épouse cheffe d'entreprise doit assumer le prix de souscription des BSA, mais qui est le plus souvent très faible.

Par la suite, elle doit investir le prix de souscription des actions pour les recevoir. Relevons cependant que cet investissement est par définition favorable, l'exercice de l'option n'ayant évidemment d'intérêt que si le prix de souscription est inférieur à la valeur de l'action obtenue en retour.

Caractère frugifère

Ce n'est qu'une fois les bons exercés et les actions reçues que des fruits sont envisageables via la distribution de dividendes.

38 - En conclusion, les BSA offrent un patrimoine immédiat aux époux. Pour en déterminer la valeur, le juge ou les époux devront considérer la fin de la période d'exercice et opérer une comparaison entre le prix d'exercice et la valeur de l'action. Mais ces options n'offrent pas de capacité financière mobilisable immédiatement pour le paiement d'une prestation alimentaire. ■

Essentiel à retenir

- Une description complète des rémunérations complexes n'est pas envisageable ici en raison de leur développement croissant et évolutif.
- Toutefois, nous espérons que la boîte à outils, proposée ci-dessus, permette aux praticiens du droit de la famille de bénéficier d'une grille de lecture complète afin d'appréhender toutes les formes de rémunérations complexes rencontrées.