



**HAL**  
open science

## CONVENTIONS DE GARANTIE ET FISCALITE

Lise Chatain

► **To cite this version:**

| Lise Chatain. CONVENTIONS DE GARANTIE ET FISCALITE. Bulletin Joly Sociétés, 2009. <hal-03295486>

**HAL Id: hal-03295486**

**<https://hal.science/hal-03295486v1>**

Submitted on 22 Jul 2021

**HAL** is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.



HAL Authorization

## CONVENTIONS DE GARANTIE ET FISCALITE

Lise CHATAIN-AUTAJON  
Maître de Conférences à la Faculté de Droit de Montpellier

Les conventions de garantie relèvent essentiellement de la volonté des parties. Si leur forme et leur contenu sont très divers, une certaine classification est possible.

Traditionnellement, la convention de garantie protège le cessionnaire dans le cadre d'une cession de titres sociaux.<sup>1</sup> Plus rarement, certaines conventions de garantie ont pour objet la protection du cédant. Il s'agit par exemple des « clauses d'earn out » qui contraignent le cessionnaire à verser au cédant un certain montant des bénéfices réalisés par la société cédée dans les années suivant la cession. Il peut s'agir également d'une clause prévoyant le versement d'une indemnité au cédant en fonction du gain manqué par ce dernier, compte tenu par exemple d'une prudence comptable se révélant particulièrement pessimiste.

Ainsi, nous distinguerons tout au long de l'étude ces deux types de convention de garantie : les premières qui entraînent une obligation de paiement au profit du cessionnaire, de l'apporteur, du donataire, de la société cible ou des créanciers de cette dernière seront dénommées « garantie au profit de l'investisseur » ; les secondes qui entraînent une obligation de paiement au profit du cédant ou de la société bénéficiaire de l'apport seront dénommées « garanties au profit du vendeur ».

Quelle que soit l'hypothèse envisagée, la fiscalité joue un rôle majeur qui ne doit pas être négligé par les rédacteurs. La fiscalité a un impact sur le contenu (I), les effets (II) et sur le calcul (III) de la garantie.

### I/ Le contenu de la garantie

La fiscalité influe sur le contenu de la garantie, que cette dernière ait pour but la protection de l'investisseur (A) ou la protection du vendeur (B).

#### A/ Protection de l'investisseur

Les conventions de garantie portent classiquement sur des postes de passif fiscal de la société cible. Le garant stipule le plus souvent que l'ensemble des impositions dues par la société cible a été valablement acquitté et qu'il n'existe pas de passif fiscal dissimulé. En d'autres termes, les comptes sociaux ont été établis dans le respect de la réglementation fiscale et aucune réclamation ou redressement ne seront effectués par l'administration fiscale.

Le passif fiscal recouvre un large champ d'impositions possibles. En matière d'impôts directs, il peut s'agir de l'impôt sur le revenu ou sur les sociétés, de l'IFA, des diverses taxes

---

<sup>1</sup> P. Mousseron, *Conventions de garantie*, Jurisclasseur Sociétés Traité, Fasc. 165-35, mars 2007 ; L. Chatain-Autajon, *Conventions de garantie dans les opérations sur droit sociaux*, Joly Sociétés, 31 octobre 2008 ; P. Guillon, *Aspects pratiques des garanties de passif*, Journal des sociétés, n° 9, Avril 2004, p. 8.

foncières, de la taxe professionnelle... En matière d'impôts indirects, le cédant garantit que les décomptes de la TVA due et déduite ont été régulièrement effectués et que le montant effectivement versé par la société cible est régulier. La société cible doit également avoir payé l'ensemble des droits d'enregistrement éventuellement dus ainsi que les taxes assises sur les salaires et plus généralement toutes taxes, droits ou redevances imposés dans le cadre de son activité.

Parfois, des clauses écartent la couverture pour des dettes fiscales afférentes à des redressements fiscaux qui ne se traduisent que par un simple décalage d'imposition, notamment en matière de TVA ou d'IS.

Lorsque la société cible détient des participations dans des filiales, la garantie doit prendre en compte les résultats fiscaux de ces structures.

La situation déficitaire des filiales entraîne en effet des conséquences directes sur les comptes de la société cible quand ces sociétés sont des structures fiscalement transparentes passibles de l'impôt sur le revenu (comme les sociétés civiles ou SNC). Quand la société cible détient des titres dans des sociétés non transparentes passibles de l'impôt sur les sociétés, les déficits réalisés par ces dernières influent aussi sur la situation de société cible au regard de la valorisation de ses participations et de la comptabilisation d'éventuelles provisions pour dépréciation.

Il faut également envisager les conséquences de résultats bénéficiaires minorés chez les filiales qui seraient ensuite redressés par l'administration : dans le cas de participations dans des structures fiscalement transparentes, la société cible subira un impact fiscal car elle sera alors taxée sur sa quote-part du résultat supplémentaire de sa filiale ; en revanche, dans le cas de titres détenus dans une structure non transparente, si la valorisation de la participation dans les comptes de la société cible n'est pas relevée, la société cible ne devrait pas subir d'impact fiscal.

Il faut enfin évoquer l'hypothèse d'une intégration fiscale entre la société cible et ses filiales : dans ce cas, toute modification de la situation fiscale d'une ou des filiales entraînera un impact direct sur la fiscalité de la société cible (à l'exception des redressements neutralisés en intégration).

## B/ Protection du vendeur

L'impact de la fiscalité est également avéré quand une garantie est stipulée au profit du vendeur.

Ainsi, le mécanisme des clauses d'earn out impose le versement au cédant d'un pourcentage du résultat de la société cible. Que le résultat de référence soit le résultat comptable, fiscal, brut ou net d'IS, l'impact de la fiscalité sur son montant est indéniable : ce résultat sera évidemment calculé en fonction des contraintes fiscales.

D'autres mécanismes peuvent être envisagés dans l'objectif de faire bénéficier le ou les cédants de certains événements positifs qui surviendraient chez la société cédée après la cession, qui auraient une origine antérieure à la cession et qui n'auraient pas été comptabilisés. Il s'agit ainsi de faire bénéficier le ou les cédants des « bonnes nouvelles » apparues dans les comptes de la société cible après la cession. Ces « bonnes nouvelles » peuvent s'élever à un montant non négligeable compte tenu des règles comptables et fiscales interdisant la comptabilisation des profits latents, notamment dans les comptes qui ont permis la fixation du prix de cession des titres. Parmi ces événements, certains peuvent être de nature

fiscale comme un dégrèvement d'impôt accordé par l'administration ou encore un remboursement de taxe... Il s'agirait dès lors de la prise en compte au profit du cédant d'un nouvel « actif fiscal ».

## II/ Les effets de la garantie

La mise en œuvre de la garantie entraîne le versement par le garant au profit du bénéficiaire garanti d'une certaine somme, qualifiée en fonction du type de convention de révision du prix ou d'indemnité. Il convient dès lors de s'interroger sur l'imposition de cette somme au regard des impôts directs (A) puis des autres impôts (B).

### A/ Au regard des impôts directs

La convention de garantie peut protéger soit l'investisseur (1°), soit le vendeur (2°).

#### 1°/ La garantie protège l'investisseur

Au regard des impôts directs, nous envisagerons la situation du garant (a) avant celle du bénéficiaire (b).

##### a/ L'imposition du garant

###### \* Le garant particulier

Parfois le garant est un particulier, c'est-à-dire une personne physique ayant réalisé une cession de titres dans le cadre de la gestion de son patrimoine privé. Dans ce cas, le traitement fiscal de l'exécution des conventions de garantie de passif est fixé par les dispositions de l'article 150-0 D # 14 du CGI issues de l'article 14-1 de la loi de finances pour 2000 : le cédant peut recalculer la plus-value en prenant en compte les versements effectués « *en exécution de la clause du contrat de cession par laquelle le cédant s'engage à reverser au cessionnaire tout ou partie du prix de cession en cas de révélation, dans les comptes de la société dont les titres sont l'objet du contrat, d'une dette ayant son origine antérieurement à la cession ou d'une surestimation de valeurs d'actif figurant au bilan de cette même société à la date de la cession.* »<sup>2</sup> La mise en jeu de la garantie n'a pas d'effet sur l'imposition initiale de la plus-value pour l'année de la cession, mais le cédant peut réclamer la réduction de l'imposition initialement établie sous la forme d'une déclaration contentieuse adressée à l'Administration<sup>3,4</sup>.

Une lecture stricte de l'article 150-0 D du CGI pourrait conduire à limiter cette solution aux conventions de garantie ayant pour objet une révision du prix. Cependant, certains auteurs

---

<sup>2</sup> Sur l'application de cet article : cf l'instruction de la DGI du 13 juin 2001, 5 C-1-01.

<sup>3</sup> P. Guitton, *Aspects pratiques des garanties de passif*, Journal des sociétés, n° 9, avril 2004, p. 9 : le cédant peut solliciter la réduction de l'imposition initialement établie sous la forme d'une réclamation contentieuse au plus tard le 31 décembre de la deuxième année suivant celle du reversement du prix.

<sup>4</sup> En vertu de l'instruction du 13 juin 2001 5 C-1-01 (n°9), la déduction au titre du versement effectué en exécution d'une clause de garantie n'est admise que dans la limite de la plus-value initialement déclarée et ne peut avoir pour conséquence de dégager une perte nette. Cependant cette restriction ne résulte pas du texte légal : l'article 150-0-D # 14 du CGI prévoit seulement que le prix de cession est diminué du montant du versement, d'où un nouveau calcul de la plus-value pouvant éventuellement se solder par une perte (Documentation Francis Lefebvre, RM – Division VI Plus-values de cession de valeurs mobilières ou droit sociaux – n° 7600).

s'accordent pour appliquer ces dispositions même dans le cas des garanties de type indemnitaire.<sup>5</sup>

Si la plupart des conventions de garantie concernent les cessions de droits sociaux, une telle garantie peut également intervenir dans d'autres opérations sur droits sociaux comme un apport ou un échange. Le régime des plus-values des particuliers s'applique indifféremment aux opérations de cession à titre onéreux de valeurs mobilières, aux apports en société et aux échanges de titres.<sup>6</sup> Par conséquent, le déclenchement de la garantie emportera les mêmes conséquences fiscales pour le garant personne physique dans les cas d'apport ou d'échange de titres : le garant peut ainsi recalculer la plus-value en prenant en compte les versements effectués au titre de la garantie.

Le mécanisme de la garantie est aussi envisageable en cas de donation-partage : il permet de rééquilibrer l'opération entre l'enfant qui reçoit des titres sociaux et ceux qui reçoivent d'autres biens. Il paraît en effet inéquitable de laisser à l'enfant qui a reçu des droits sociaux les conséquences d'éventuels passifs latents attachés à la société cible. On peut ainsi imaginer une clause par laquelle le donateur verserait une indemnité à l'enfant donataire des titres en cas d'apparition de passifs postérieurs au legs dans le bilan de la société cible. Quid alors de la taxation du parent donateur ? Aujourd'hui, les plus-values résultant de mutations à titre gratuit ne sont pas imposables : dès lors, la mise en jeu de la clause de garantie en cas de donation-partage de titres par un donataire personne physique ne devrait pas avoir de conséquence fiscale pour lui au regard des impôts directs.

#### \* Le garant entrepreneur

Si le garant est une entreprise, les principes de l'annualité de l'impôt et de la spécificité des exercices trouvent entière application et confèrent un caractère définitif à l'imposition établie au titre de l'exercice de cession.<sup>7</sup> L'indemnité versée au titre de la garantie est assimilable à des dommages et intérêts et constitue donc une charge déductible au titre de l'exercice du paiement. Cependant, pour certains auteurs, les règles applicables sont incertaines du fait de la nature ambiguë du versement qui d'un point de vue juridique ont un caractère indemnitaire mais qui d'un point de vue financier peuvent être regardés comme un remboursement de prix reçu de l'acquéreur.<sup>8</sup> Dès lors, selon l'approche privilégiée, la charge supportée sera considérée comme des dommages-intérêts déductibles ou comme une restitution du prix engendrant un résultat inverse de celui de la cession initiale (qui par suite peut être soumis au régime des moins-values à long terme si la cession avait dégagé une plus-value à long terme).<sup>9</sup>

---

<sup>5</sup> J.C. Parot, *L'exécution des conventions de garantie de passif : la nouvelle donne fiscale*, JCPN, n° 36, 6 sept. 2002, 1486, n° 7 ; *Garanties de passif, Recours légaux et clauses de garantie*, Dossiers pratiques Francis Lefebvre, éd. 2006, p. 151, n° 3370 ; P. Guitton, *Aspects pratiques des garanties de passif*, Journal des sociétés, n° 9, avril 2004, p. 9.

<sup>6</sup> Les échanges de titres et les apports effectués au profit d'une société soumise à l'impôt sur les sociétés bénéficient toutefois d'un sursis d'imposition : article 150-0 B du CGI.

<sup>7</sup> C.E. 11 octobre 1974, n° 85117, Dupont 1974, p. 413.

<sup>8</sup> *Garanties de passif, Recours légaux et clauses de garantie*, Dossiers pratiques Francis Lefebvre, éd. 2006, p. 156, n° 4080.

<sup>9</sup> Une décision de la cour administrative d'appel de Paris a admis le caractère de charge déductible de la fraction de l'indemnité versée excédant le prix de vente des titres, mais elle ne règle nullement le sort de la partie de l'indemnité correspondant au prix de vente : CAA Paris, 10 juin 1993, n° 91-973, 2<sup>ème</sup> ch., SA Gallay, RJF 8-9/93, n° 1118.

Il faut cependant ajouter que la déduction de l'indemnité par l'entreprise garante semble logique quand elle est versée non pas à l'acquéreur mais à la société cible (ou à ses créanciers). Dans ce cas, les paiements effectués par le cédant revêtent en effet un caractère strictement indemnitare et peuvent difficilement être qualifiés de restitution de prix.<sup>10</sup>

Si la convention de garantie prévoit un mécanisme de réduction de prix, l'imposition de la plus-value initiale n'est pas remise en cause. La perte correspondant à la somme versée plus tard par le garant au titre de la réduction de prix constitue une moins-value. Cette moins-value sera soumise au régime des moins-values à long terme si la plus-value qui a été réalisée à l'occasion de la cession des titres était elle-même une plus-value à long terme. Il faut alors considérer que si la plus-value de cession des titres était une plus-value à court terme, la moins-value liée à la somme versée en réduction du prix doit être considérée comme une perte ordinaire déductible.

Quand le garant est une société soumise à l'IS, la mise en œuvre de la clause de garantie emportant une réduction de prix doit faire l'objet d'une réflexion spécifique. En effet, les plus-values réalisées au cours des exercices ouverts à compter du 1<sup>er</sup> janvier 2007 lors de la cession de titres de participation détenus depuis au moins deux ans sont exonérées (sous réserve d'une quote-part de frais et charges qui reste comprise dans le résultat ordinaire de l'exercice).<sup>11</sup> En contrepartie, les moins-values nettes à long terme ne sont pas déductibles du résultat imposable. Dans ces conditions, la réduction de prix versée par le garant soumis à l'IS à l'occasion d'une garantie sur cession de titres de participation postérieure au 1<sup>er</sup> janvier 2007 ne devrait pas entraîner de conséquence fiscale pour lui : le garant soumis à l'IS ne peut comptabiliser de moins-value fiscale dans cette hypothèse.

#### b/ L'imposition du bénéficiaire

La convention de garantie peut prévoir que le bénéficiaire est soit le ou les cessionnaires, soit la société cible.

#### \* Le cessionnaire bénéficiaire

En vertu de l'article 150-0 D, # 14 alinéa 2 du CGI, la somme perçue par le bénéficiaire de la convention de garantie contribue à la diminution du prix d'acquisition des titres pour le calcul d'une plus-value ultérieure. Dès lors, lorsque le bénéficiaire de la convention de garantie est un acquéreur relevant de la fiscalité des particuliers, la somme perçue par ce dernier en exécution de la clause de garantie n'est pas un revenu imposable.

Lorsque le bénéficiaire de la convention de garantie est une entreprise, la somme reçue à titre d'indemnité en application de la convention de garantie est imposable dans son entier montant.<sup>12</sup> Un auteur a tenté de contester cette imposition en invoquant l'arrêt rendu par le

---

<sup>10</sup> *Garanties de passif, Recours légaux et clauses de garantie*, Dossiers pratiques Francis Lefebvre, éd. 2006, p. 157, n° 5000.

<sup>11</sup> Article 219-I-a quinquies du CGI.

<sup>12</sup> C.E. 24 avril 1981, n° 18346, RJF 7-8/81, n° 653 ; JCPE 1982, I, 10408.

Certains auteurs s'accordent sur cette solution jurisprudentielle (P. Guitton, *Aspects pratiques des garanties de passif*, op. cit.) D'autres préfèrent proposer une autre solution calquée sur le traitement fiscal des conventions de garantie applicable aux personnes physiques en vertu de l'article 150-0 D # 14 du CGI : le montant de l'indemnité ne serait pas taxé à hauteur du prix des droits sociaux cédés (ce montant viendrait en diminution du prix de revient des titres acquis) et seule serait soumise à imposition la fraction de l'indemnité excédant le prix

Conseil d'Etat le 12 mars 1982<sup>13</sup>.<sup>14</sup> En vertu de cette décision, une indemnité versée à la société cible en exécution d'une convention de garantie ne constitue pas une recette taxable lorsqu'elle a pour objet de compenser la révélation d'un passif fiscalement non déductible. Ainsi, si la société bénéficiaire de la garantie ne peut constater par voie de provision la diminution de la valeur de la participation acquise, on peut s'interroger sur le bien-fondé de l'imposition de l'indemnité : l'impossibilité de fait de constater la dépréciation qui affecte les titres de la société cédée ne doit-elle pas conduire à considérer que l'indemnité n'est pas imposable ? Il faut cependant admettre que même si la provision ne peut être déduite des résultats du cessionnaire, la diminution de la valeur de ses actions se trouvera nécessairement prise en compte lors de la cession ultérieure desdites actions puisqu'elle viendra diminuer sa plus-value ou augmenter sa moins-value : l'indemnité perçue par le cessionnaire est donc selon nous imposable. La question reste cependant ouverte pour les titres de participation dont la cession n'entraîne pas de plus-value imposable : l'indemnité perçue par le cessionnaire ne permet en effet pas de compenser une perte elle-même déductible de ses revenus imposables ; cette indemnité ne devrait-elle pas échapper dès lors à l'impôt ?

Enfin, lorsque le bénéficiaire de la convention de garantie est une entreprise, la somme perçue au titre d'une réduction de prix n'est pas imposable : le montant de la participation acquise inscrite au bilan du cessionnaire sera évalué à la baisse, ce qui compensera les sommes perçues en contrepartie de la clause de révision de prix. Cette réduction de prix peut cependant avoir une influence sur le résultat fiscal du garanti bénéficiaire en cas de comptabilisation d'une provision pour dépréciation ou d'une plus-value lors de la revente des titres concernés.<sup>15</sup>

#### \* La société cible bénéficiaire

Quand la société cédée est la bénéficiaire de la clause de garantie, la convention a le plus souvent la nature d'une garantie de reconstitution (donc de type indemnitaire). Dans ce cas, il faut distinguer selon que la somme reçue par la société cible couvre ou non un passif déductible. Si l'indemnité reçue par la société couvre un passif déductible, elle est imposable : l'incidence fiscale est donc nulle pour la société cible dans la mesure où l'accroissement d'actif net provoqué par la perception de l'indemnité est compensé par le passif garanti. Si l'indemnité ne couvre pas un passif déductible, la somme reçue par la société cible n'est au contraire pas taxée.<sup>16</sup>

Si la convention stipule une garantie d'actif net, il y a de fortes chances que le bénéficiaire garanti soit le ou les cessionnaires. Il peut cependant arriver, même dans cette hypothèse, que la société cible soit désignée en qualité de bénéficiaire. Il sera alors difficile pour la société

---

de cession des droits sociaux (J.C. Parot, *L'exécution des conventions de garantie de passif : la nouvelle donne fiscale*, op. cit., n° 47 ; P. Mousseron, *Conventions de garantie*, op. cit., n° 68.).

<sup>13</sup> CE Plén. 12 mars 1982, n° 17074, RJF 4/82, n° 334 ; Droit fiscal 1982, n° 23, comm. 1228 ; JCP 1982, I, 10571. Egalement : C.E. 5 octobre 1988, n° 80823, 7<sup>ème</sup> et 8<sup>ème</sup> s.s., RJF 12/88, n° 1294 ; Droit fiscal 1989, n° 16-17, comm. 823, concl. Martin Laprade.

<sup>14</sup> P. Coudin, *Sur certains aspects fiscaux des conventions de garantie dans les cessions de droits sociaux*, Droit fiscal 1990, n° 12 p. 472.

<sup>15</sup> P. Coudin, *Sur certains aspects fiscaux des conventions de garantie dans les cessions de droits sociaux*, Droit fiscal 1990, n° 12 p. 473.

<sup>16</sup> CE Plén. 12 mars 1982, n° 17074, RJF 4/82, n° 334 ; Droit fiscal 1982, n° 23, comm. 1228 ; JCP 1982, I, 10571 ; C.E. 5 octobre 1988, n° 80823, 7<sup>ème</sup> et 8<sup>ème</sup> s.s., RJF 12/88, n° 1294 ; Droit fiscal 1989, n° 16-17, comm. 823, concl. Martin Laprade.

cible de déterminer dans quelle proportion la somme perçue à titre de réduction de prix couvre un passif non déductible.<sup>17</sup> Cette somme devrait ainsi être imposée dans sa totalité.

2°/ La garantie protège le vendeur

Ici aussi, il faut distinguer situation du garant cessionnaire (a) puis celle du bénéficiaire cédant (b).

a/ L'imposition du garant

\* Le garant particulier

Quand la garantie bénéficie au cédant, elle peut également revêtir les deux caractères déjà évoqués : indemnité ou révision de prix.

Le mécanisme de révision de prix le plus fréquemment utilisé pour protéger le cédant est la clause d'earn out. Elle est définie par le CGI comme la clause du contrat de cession par laquelle l'acquéreur s'engage à verser au cédant un complément de prix exclusivement déterminé en fonction d'une indexation en relation directe avec l'activité de la société dont les titres sont l'objet du contrat.<sup>18</sup>

Pour l'acquéreur particulier des titres, les sommes versées en exécution de la clause d'earn out viennent en augmentation du prix d'acquisition des titres qui sera retenu lors de leur cession ultérieure pour le calcul de la plus-value (ou moins-value). La plus-value se trouvera donc réduite d'autant (et la moins-value augmentée d'autant...)<sup>19</sup>.

Si la somme versée par l'acquéreur des titres au cédant est qualifiée d'indemnité, la solution est incertaine. L'acquéreur pourra-t-il tenir compte de cette somme pour augmenter le coût d'acquisition des titres lors d'une cession ultérieure et minorer d'autant sa plus-value taxable ? Comme nous l'avons vu, cela semble possible quand le cédant particulier indemnise son acquéreur au titre d'une garantie de passif « classique ». Pourquoi ne pas le permettre quand c'est le cessionnaire particulier qui indemnise le cédant ?

\* Le garant entreprise

Quand le cessionnaire tenu de garantir le cédant est une entreprise, la somme versée relève souvent de la qualification du supplément de prix. Dans ce cas, la question porte sur la possibilité de constater le complément de prix en charge déductible. Un auteur propose de copier le traitement fiscal du complément de prix sur celui des biens dont une partie du prix est payé par le versement de redevances.<sup>20</sup> Or le Conseil d'Etat a jugé dans cette hypothèse que l'entreprise doit, corrélativement à l'inscription à l'actif de l'élément acquis, porter au passif du même bilan la dette à termes échelonnés contractée du fait de l'engagement de verser lesdites redevances. Lorsque le versement de redevances se poursuit après que cette dette a été soldée, il peut ainsi donner lieu à la constatation d'une perte exceptionnelle.<sup>21</sup> Sur

---

<sup>17</sup> *Garanties de passif, Recours légaux et clauses de garantie*, Dossiers pratiques Francis Lefebvre, éd. 2006, p. 161, n° 5090.

<sup>18</sup> Article 150-0 A, I-2 du CGI.

<sup>19</sup> Mémento Lefebvre Fiscal 2009 n° 2973.

<sup>20</sup> M. Maheust, *La fiscalité des clauses d'earn out*, JCPE 23 juillet 2009, n° 30, 1750, n° 25 et s.

<sup>21</sup> CE 14 octobre 2005, 9<sup>ème</sup> et 10<sup>ème</sup> s.-s., n° 262219.

la base de cette jurisprudence, le cessionnaire doit pouvoir constater une charge déductible à raison du complément de prix. Le même auteur reconnaît cependant que cette analyse ne semble aujourd'hui plus possible compte tenu de la dernière doctrine comptable et notamment d'un avis rendu par le Conseil national de la comptabilité le 2 octobre 2008 à propos du traitement comptable du complément de prix versé postérieurement à une transmission universelle du patrimoine<sup>22</sup> : le complément de prix s'analyse comme un élément du coût d'acquisition et il doit donc modifier le prix de revient des titres au bilan de la société cessionnaire, excluant tout impact sur le compte de résultat de l'acquéreur. Ainsi, le complément de prix ne peut être comptabilisé comme une charge déductible.

Indiquons enfin que l'impact fiscal de l'opération devrait être nul pour le cessionnaire : la revalorisation des titres inscrits au bilan est compensée par le versement du supplément de prix.<sup>23</sup>

Si la somme versée par l'entreprise cessionnaire garante représente une indemnité, elle devrait être déductible de son résultat taxable. Cependant, les dommages-intérêts ne sont pas déductibles lorsqu'ils sont versés en contrepartie de l'acquisition d'éléments d'actif.<sup>24</sup> L'indemnité versée par l'entreprise cessionnaire étant liée à l'acquisition de titres de participation, elle ne devrait dès lors pas être déductible.

#### b/ L'imposition du bénéficiaire

##### \*Le bénéficiaire particulier

Le complément de prix reçu par le cédant en exécution d'une clause d'earn out est imposable au taux applicable aux plus-values sur titres, au titre de l'année au cours de laquelle il est reçu, quel que soit le montant des cessions réalisées au cours de cette année, c'est-à-dire même si le seuil d'imposition n'est pas dépassé.<sup>25</sup>

Quant à l'indemnité reçue par le cédant à l'occasion de la mise en œuvre de la convention de garantie, son traitement fiscal est discutable. Cette somme pourrait être assimilée à un complément de prix et taxée comme telle. On pourrait également concevoir qu'il s'agit de dommages et intérêts non taxables à ce titre.

##### \* Le bénéficiaire entreprise

Le complément de prix versé à l'entreprise cédante contribue à augmenter la plus-value réalisée à l'occasion de l'acquisition des titres. Elle sera donc taxée comme telle. Dans son instruction du 4 avril 2008<sup>26</sup>, l'administration indique que le complément de prix exclusivement déterminé en fonction d'une indexation directe avec l'activité de la société cédée est imposable au titre de l'exercice au cours duquel ce complément de prix est acquis et selon le même régime appliqué au prix initial. Le complément de prix pourra être ainsi

---

<sup>22</sup> A. Colmet-Daâge, *Les nouveautés comptables en 2008 et leurs incidences fiscales*, Droit fiscal 2009, 223.

<sup>23</sup> Une telle revalorisation de la participation pourrait elle-même entraîner une réduction de l'éventuelle plus-value réalisée lors de la revente ultérieure des titres par l'entreprise garante.

<sup>24</sup> Mémento Lefebvre Fiscal 2009, n° 801.

<sup>25</sup> Article 150-0 A, I-2 du CGI ; Mémento Lefebvre Fiscal 2009, n° 2973 ; M. Maheust, *La fiscalité des clauses d'earn out*, JCPE 23 juillet 2009, n° 30, 1750, n° 7 et s.

<sup>26</sup> Instruction 4 avril 2008, 4-B-1-08.

exonéré si la plus-value à long terme a elle-même bénéficié de l'exonération (la quote-part de frais et charges de 5 % sera toutefois exigible).<sup>27</sup>

Si la clause de garantie met en jeu un mécanisme indemnitaire, la solution est différente. La réglementation fiscale dispose que les indemnités perçues par une entreprise en réparation d'un préjudice constituent des produits imposables dès lors qu'elles ont pour objet de compenser des charges ou pertes déductibles par nature, des pertes de recettes taxables, la perte ou la dépréciation d'éléments d'actif.<sup>28</sup> Selon la nature du préjudice subi, les indemnités sont imposées comme des produits d'exploitation ou des plus-values d'actif si elles sont perçues en contrepartie de la perte d'un élément d'actif.

L'indemnité versée par le cessionnaire garant à l'entreprise cédante ne compensant pas une perte ou une charge déductible, elle ne devrait donc pas être taxable. Au contraire, on pourrait considérer que cette indemnité compense une sous-évaluation d'une participation cédée et qu'elle constitue donc un produit taxable.

Il faut par ailleurs indiquer que cette discussion ne présente pas d'intérêt pour les entreprises passibles de l'IS puisque les indemnités qu'elles perçoivent sont toujours imposables dans les conditions de droit commun (à l'exception de certaines indemnités d'assurance et d'expropriation). Dès lors, l'indemnité reçue par l'entreprise cédante lors de l'exécution d'une clause de garantie à son profit est imposable aux conditions de droit commun.

## B/ Au regard des autres impôts

Nous envisagerons l'impact fiscal de la convention de garantie au regard de la TVA (1°), des droits d'enregistrement (2°) puis de l'ISF (3°).

### 1°/ TVA

La mise en œuvre d'une convention de garantie de passif, qu'elle ait la nature d'une indemnité ou d'une réduction de prix, n'a pas d'effet en matière de TVA. Les sommes versées par le cédant ne sont pas assujetties à TVA en raison de l'absence d'onérosité au sens de la 6<sup>ème</sup> directive n° 77/388/CEE en date du 17 mai 1977.<sup>29</sup> En d'autres termes, les indemnités sont hors champ d'application de la TVA et les opérations de cession de titres sont des opérations exonérées de la TVA.

Le raisonnement, et donc la solution, doivent être identiques dans le cas d'une garantie stipulée au profit du cédant.

### 2°/ Droits d'enregistrement

La garantie peut profiter à l'investisseur (a) ou au vendeur (b).

---

<sup>27</sup> M. Maheust, *La fiscalité des clauses d'earn out*, JCPE 23 juillet 2009, n° 30, 1750, n° 18 et s.

<sup>28</sup> Mémento Lefebvre Fiscal 2009, n° 667.

<sup>29</sup> P. Mousseron, *Les conventions de garantie dans les cessions de droits sociaux*, Nouvelles Editions Fiduciaires, 1997, n° 356 et s. ; J.C. Parot, *L'exécution des conventions de garantie de passif : la nouvelle donne fiscale*, op. cit., n° 8 ; *Garanties de passif, Recours légaux et clauses de garantie*, Dossiers pratiques Francis Lefebvre, éd. 2006, p. 149, n° 3310 ; T. Vialaneix, *TVA, préjudices, indemnités et contrats*, Journal des sociétés, n° 66, juin 2009, p. 55 et p. 59.

#### a/ Garantie au profit de l'investisseur

Quand la garantie repose sur le mécanisme de la réduction de prix, sa mise en œuvre permet au cessionnaire de demander un dégrèvement des droits d'enregistrement acquittés à l'occasion de l'acquisition des titres. Toutefois, en vertu d'une réponse ministérielle, ce dégrèvement ne s'applique que dans la limite de la valeur vénale des droits sociaux.<sup>30</sup> Cette restriction peut se révéler difficilement applicable dans la mesure où en dehors des titres de sociétés cotées, la valeur vénale des droits sociaux est difficilement déterminable.

La solution devrait être identique en cas d'échange ou de donation de titres sociaux.

En revanche, le dégrèvement des droits d'enregistrement acquittés ne semble pas possible quand la garantie revêt la forme d'un mécanisme indemnitaire.

#### b/ Garantie au profit du vendeur

Quand l'acte de cession des titres comporte une clause d'earn out, les droits d'enregistrement sont calculés sur la base d'une déclaration estimative présentant un caractère provisoire.<sup>31</sup> Si le montant définitif versé au titre du complément de prix est supérieur au prix ayant servi d'assiette pour le paiement des droits d'enregistrement, l'administration est alors fondée à réclamer un complément de droits. A l'inverse, lorsque la partie variable se révèle inférieure à l'évaluation, les parties peuvent réclamer la restitution du trop versé de droits.<sup>32</sup>

En revanche, si la somme payée par le cessionnaire a une nature indemnitaire, elle ne devrait pas supporter de droits d'enregistrement.

#### 3°/ ISF

Quel est l'impact fiscal de la garantie en matière d'ISF quand elle profite à l'investisseur (a) ou au vendeur (b) ?

#### a/ Garantie au profit de l'investisseur

Si la mise en jeu de la clause de garantie entraîne le versement d'une somme qualifiée de réduction de prix au profit du cessionnaire redevable de l'ISF, elle ne devrait pas avoir de conséquence en matière d'ISF. En effet, la somme perçue par le cessionnaire sera compensée par la baisse de la valeur de sa participation dans le capital de la société cible. Dans ces conditions, le montant de l'ISF dû au 1<sup>er</sup> janvier suivant ne devrait pas être majoré. En revanche, si la somme versée par le cédant a un caractère indemnitaire, elle contribue à augmenter le patrimoine taxable du cessionnaire (sauf à considérer qu'il faut également dans ce cas diminuer la valeur de la participation).

Une question supplémentaire peut se poser si la participation acquise par le cessionnaire est exonérée au titre des biens professionnels.<sup>33</sup> Dans cette hypothèse, l'indemnité reçue au titre

---

<sup>30</sup> Réponse Kergueris, AN 5 février 1996, p. 625, n° 21982.

<sup>31</sup> M. Maheust, *La fiscalité des clauses d'earn out*, JCPE 23 juillet 2009, n° 30, 1750, n° 21.

<sup>32</sup> Réponse ministérielle Kergueris, n° 21982 : JOAN Q 5 février 1996, p. 625.

<sup>33</sup> Articles 885 O à 885 O quinquies du CGI : certaines catégories de titres de sociétés sont susceptibles de bénéficier de l'exonération des biens professionnels lorsque leur détenteur remplit certaines conditions : les parts de sociétés relevant de l'impôt sur le revenu visées aux articles 8 et 8 ter du CGI et les parts et actions de sociétés

d'une réduction de prix ne devrait pas avoir d'impact en matière d'ISF puisqu'elle est liée à l'acquisition d'un bien exonéré. Mais le raisonnement doit-il être identique si la somme est reçue à titre d'indemnité ? Le fisc pourrait considérer que cette indemnité est un simple avoir financier à déclarer.

Si la somme est versée à la société cible elle-même, le patrimoine du cessionnaire n'est pas modifié par ce versement, l'impact en matière d'ISF devrait donc être nul. En effet, la valeur de la participation du cessionnaire dans la société cible n'est pas modifiée puisque la perte d'actif net constatée chez la cible est compensée par le versement de l'indemnité.

Chez le cédant taxable à l'ISF, le paiement de la garantie au cessionnaire ou à la société cible entraîne une diminution de son patrimoine net, donc une baisse corrélative de l'ISF dû le 1<sup>er</sup> janvier suivant ce paiement.

#### b/ Garantie au profit du vendeur

En exécution de la clause de garantie, le cédant reçoit une somme versée par le cessionnaire. Qu'il s'agisse d'un complément de prix ou d'une indemnité, ce règlement augmente la valeur du patrimoine taxable du cédant et donc l'ISF qui sera dû le 1<sup>er</sup> janvier suivant le versement.<sup>34</sup>

Du côté du cessionnaire garant, le versement d'une somme au cessionnaire au titre d'une augmentation du prix d'acquisition des titres ne devrait pas avoir de conséquence au regard de l'ISF. En effet, l'augmentation de la valeur de la participation acquise est compensée par la somme versée en exécution de la garantie. En revanche, la somme versée à titre indemnitaire contribue à diminuer son patrimoine taxable et devrait donc induire une réduction de l'ISF dû au 1<sup>er</sup> janvier de l'année suivante.

Si le cessionnaire bénéficie d'une exonération d'ISF au titre de la participation acquise, l'augmentation ou la baisse de valeur de cette participation n'a pas de conséquence sur l'ISF dû. La somme versée en complément de prix ne devrait pas pouvoir être déduite de la partie du patrimoine du cessionnaire soumise à ISF. Par ailleurs, l'indemnité versée au cédant est liée à l'acquisition de biens exonérés : elle ne devrait pas diminuer le reste du patrimoine taxable à l'ISF.

Il ressort d'une réponse ministérielle que les dettes contractées pour l'acquisition de droits sociaux ayant le caractère de biens professionnels constituent une dette personnelle des associés. Elles s'imputent en priorité sur la valeur des droits. Lorsqu'elles excèdent cette valeur, l'excédent est déductible du patrimoine taxable à l'ISF.<sup>35</sup> On pourrait raisonner par analogie quand une somme est versée par le cessionnaire en exécution d'une clause de garantie : cette somme s'impute en priorité sur la valeur des droits. Ce n'est que si elle excède cette valeur que l'excédent sera déductible du patrimoine taxable à l'ISF.

---

assujetties à l'impôt sur les sociétés détenues par les associés dirigeants. Dans tous les cas, l'activité de la société doit en principe être de nature industrielle, commerciale, artisanale, agricole ou libérale et seule la fraction de la valeur des droits sociaux correspondant aux éléments du patrimoine social nécessaires à l'exercice d'une telle activité est considérée comme un bien professionnel. Les titres ne remplissant pas ces conditions peuvent néanmoins être exonérés s'ils font l'objet d'un engagement collectif de conservation (« pacte Dutreil »).

<sup>34</sup> C.A. Paris, 1<sup>ère</sup> ch. B., 21 novembre 2008, n° 07-3508 ; J. Duhem, *Chronique annuelle en matière d'ISF*, JCPE n° 22, 28 mai 2009, 1564, n° 9 p. 45.

<sup>35</sup> Réponse Mathieu : Sénat 2-4-1998, p. 1055, n° 4868.

### III/ Le calcul de la garantie

Les incidences fiscales en matière de conventions de garantie peuvent se révéler de façon insidieuse dans la mesure où elles interfèrent sur le calcul même de la dotation qui sera mise à la charge du garant au titre de la garantie. Nous envisagerons l'impact des impôts directs sur le calcul de la garantie (A) puis l'impact des impôts indirects (B).

#### A/ Prise en compte des impôts directs

Si le principe de prise en compte des impôts directs en matière d'indemnisation des victimes est assez simple (1°), la problématique concernant les conventions de garantie est plus malaisée (2°). Nous évoquerons donc les solutions possibles (3°).

##### 1°/ Principe en matière d'indemnisation des victimes

Selon une jurisprudence établie, le juge doit fixer le montant de l'indemnité de dommages et intérêts dus à une victime en faisant abstraction de toute considération fiscale : « *Vu l'article 1382 du Code civil, Attendu que les dispositions fiscales frappant les revenus sont sans incidence sur les obligations des personnes responsables du dommage et le calcul de l'indemnisation des victimes* ». <sup>36</sup>

Cette jurisprudence s'applique tant pour les relations entre particuliers que pour les relations entre entreprises. <sup>37</sup> Dans une affaire tranchée le 7 avril 1998 par la Cour de cassation, une société victime d'un refus de vente injustifié demande l'indemnisation du manque à gagner dont elle a été privée. La Cour d'appel évalue la perte réelle en prenant en compte l'impôt sur les sociétés qui aurait grevé ce manque à gagner, limitant ainsi le calcul de l'indemnité au préjudice réellement subi, c'est-à-dire le bénéfice net après impôt. La Chambre commerciale casse l'arrêt au motif que la fiscalité ne peut influencer sur le montant du préjudice réparable. <sup>38</sup>

Le juge ne doit tenir compte ni de l'imposition susceptible de peser sur la victime bénéficiaire du dédommagement, ni de celle du responsable : peu importe que l'indemnité soit taxable ou pas chez le bénéficiaire et déductible ou non chez le débiteur. Un commentateur indique que cette solution n'est peut-être pas la plus juste, puisqu'elle ne permet pas d'indemniser tout le préjudice et rien que le préjudice, mais qu'elle est pratiquement la plus simple face à l'imbroglio fiscal que déclenche le paiement d'une telle indemnité en fonction des différentes situations envisageables. <sup>39</sup>

---

<sup>36</sup> C. Cass., 2<sup>ème</sup> chambre civile, 16 novembre 1994, n° 93-14.554, D. 1995, jurisprudence p. 220, note Y. Chartier. Egalement : Cass. 2<sup>ème</sup> civ. 28 octobre 1992, Recueil Dalloz 1992, p. 278 : les dispositions fiscales frappant les revenus sont sans incidence sur les obligations du responsable du dommage et le calcul de l'indemnisation de la victime ; Cass. crim. 25 mai 1992, Recueil Dalloz 1992, p. 229 : le juge pénal n'est pas tenu de déduire des sommes allouées aux ayants droit d'une victime décédée le montant de l'impôt sur le revenu que celle-ci aurait dû acquitter.

<sup>37</sup> M. Cozian, *Arbitrage et incidences fiscales des clauses de garantie de passif*, Revue de l'arbitrage 2001, n° 2, p. 293, n° 10.

<sup>38</sup> Cass. Com. 7 avril 1998, Quot. Jur. 28 avril 1998 ; RTDCom. 1998.966, obs. F. Deboissy.

<sup>39</sup> Y. Chartier, note sous Cass. 2<sup>ème</sup> civ., 16 novembre 1994, D. 1995, jurisprudence 220, p. 220. Contra : G. Viney estime que la compensation financière des pertes de gain doit prendre en compte ce que la victime aurait dû payer au titre de l'imposition fiscale (*La responsabilité : effets*, LGDJ, 1988, n° 115).

Ainsi, le principe est établi en matière de responsabilité civile que les incidences des impôts directs ne peuvent être prises en compte par le juge pour le calcul des dommages dus à la victime.

## 2°/ Problématique en matière de conventions de garantie

Comme nous l'avons exposé, la mise en œuvre d'une clause de garantie entraîne des incidences fiscales diverses tant sur le bénéficiaire de la garantie que sur le garant. La somme versée à titre de garantie, qualifiée tantôt de révision du prix et tantôt d'indemnité, peut être déductible ou non chez son débiteur et taxée ou non chez son bénéficiaire.

Imaginons une convention de garantie aux termes de laquelle le cédant est tenu d'indemniser le cessionnaire pour tout nouveau passif subi par la société cible. Le nouveau passif apparu dans les comptes de la société cible permet à cette dernière de réduire son bénéfice imposable : le calcul de l'indemnité doit-il alors se limiter à 66,66 % du passif découvert ?<sup>40</sup> Par ailleurs, l'entreprise cessionnaire sera vraisemblablement taxée sur cette indemnité : faut-il majorer d'autant le calcul de l'indemnité qui doit lui être versée ? Au surplus, l'entreprise cédante pourra déduire dans ses charges le montant ainsi versé : faut-il en tenir compte ?

Imaginons encore qu'une créance comptabilisée comme irrécouvrable se trouve par chance payée à la société cible : il s'agit donc d'une « bonne nouvelle » susceptible d'entraîner la mise en jeu de la clause de garantie stipulée au profit du cédant. Le cessionnaire verse alors une indemnité au cédant : le calcul de cette indemnité doit-il tenir compte de l'impôt qui va grever cette créance recouvrée chez la société cible ? Faut-il également tenir compte de l'imposition qui va s'appliquer à l'indemnité reçue par le cédant ? Faut-il enfin prendre en compte dans le calcul de cette indemnité la déduction éventuelle d'impôt dont va bénéficier le cessionnaire au titre du versement ?

## 3°/ Solutions possibles

Les parties peuvent prévoir dans la convention de garantie dans quelles conditions l'impact fiscal de la garantie influe sur son calcul (b), mais quelle solution doit être retenue par le juge en l'absence de clause d'impact fiscal (a) ?

### a/ En l'absence de clause d'impact fiscal dans la convention de garantie

Soulignons tout d'abord que la qualité du redevable légal de l'imposition vis-à-vis de l'administration fiscale ou la dette d'impôt ne sont pas en cause : si un redressement fiscal est notifié à la société cible, elle sera seule tenue du paiement de l'impôt. Même si la convention de garantie stipule que le cédant se porte garant du paiement de tout supplément d'impôt dû par la société cible, le fisc ne saurait en réclamer directement le paiement au garant.<sup>41</sup> En d'autres termes la convention de garantie profite au bénéficiaire (cédant ou cessionnaire) et ne saurait profiter au fisc qui reste un tiers face à cette convention.

Ceci étant rappelé, le juge doit-il prendre en compte dans le calcul de la somme allouée au bénéficiaire de la garantie les incidences fiscales de ce versement ? Doit-il faire une stricte application de la jurisprudence établie en matière de responsabilité civile selon laquelle les

---

<sup>40</sup> Si l'on applique un taux d'IS de 33,33 %.

<sup>41</sup> Tribunal administratif Lille 18 décembre 1997, Dr. Fiscal 1998, n° 25, comm. 581, conclusions G. Mulsant.

dispositions fiscales frappant les revenus sont sans incidence sur les obligations du responsable du dommage et le calcul de l'indemnisation de la victime ?

La difficulté de la question a contraint un éminent auteur à changer sa position à ce sujet. Ainsi, dans un premier article, Maurice Cozian soutenait la stricte application du principe jurisprudentiel du rejet de toute considération fiscale dans le calcul d'une indemnité, même dans l'hypothèse d'une garantie de passif.<sup>42</sup> Dans une publication ultérieure, Maurice Cozian s'interroge sur la transposition de cette jurisprudence à l'occasion de la mise en jeu d'une garantie de passif.<sup>43</sup>

En matière de convention de garantie, il convient en effet de distinguer chronologiquement deux calculs : le calcul du montant couvert d'abord, le calcul de l'obligation de règlement ensuite. La détermination de la somme versée au garanti dépend en effet de l'évaluation du montant couvert chez la société cible.

En ce qui concerne le calcul du montant couvert chez la société cible, les considérations fiscales ne sauraient être écartées. En effet, un passif nouveau dans les comptes et/ou un actif qui apparaît entraîne des incidences fiscales et modifie la situation nette de la société cible. Le calcul du montant couvert consiste à comparer la situation nette visée dans l'accord de cession avec la situation nette obtenue après prise en compte des nouveaux postes de passif et/ou d'actif. Or ces situations nettes prennent évidemment en compte l'impact fiscal des nouveaux éléments révélés. Ainsi, que la garantie ait pour objet la reconstitution de la situation nette de la société cible ou le prix payé par le cessionnaire, il faut calculer le montant couvert chez la société cible et prendre en compte dans ce calcul les économies fiscales liées au nouveau passif découvert ainsi que les charges fiscales liées au nouvel actif apparu.

En ce qui concerne le calcul de l'obligation de règlement elle-même, les questions sont nombreuses : faut-il tenir compte de l'imposition de la société cible « victime », de l'imposition du cédant garant et/ou de l'imposition du cessionnaire bénéficiaire ? En l'absence de dispositions à ce titre dans la convention de garantie, il serait cohérent de prendre en compte cet impact fiscal. Toutefois, les complications pratiques que cette prise en compte emporterait condamnent cette solution : la fiscalité des parties ne devrait donc pas influencer le calcul de l'obligation de règlement.

Dès lors, le montant couvert sera fixé en fonction de la situation nette de la société cible, prenant en compte les incidences fiscales des événements positifs ou négatifs frappant la cible ; mais le montant de l'obligation de règlement sera déterminé indépendamment de toute considération de la fiscalité qui sera appliquée à ce règlement aux sociétés cessionnaire, cédante ou cible.

b/ En présence de clause d'impact fiscal dans la convention de garantie

Les parties sont libres de déterminer dans la convention de garantie les modalités de calcul de la dotation versée au bénéficiaire.

---

<sup>42</sup> M. Cozian, *Colloque de Rennes du 21 mai 2000*, Cahiers de droit de l'entreprise, 2000, n° 3, p. 16 et 17.

<sup>43</sup> M. Cozian, *Arbitrage et incidences fiscales des clauses de garantie de passif*, Revue de l'arbitrage 2001, n° 2, p. 294, n° 14.

S'agissant du calcul du montant couvert, elles peuvent ainsi prévoir de prendre en compte l'impact fiscal chez la société cible du nouveau passif apparu ou du nouvel actif découvert. Cette solution ne semble pas d'une complexité dirimante dans la mesure où il s'agit essentiellement de déterminer la situation nette de la société cible. Des difficultés peuvent cependant apparaître si la société cible fait partie d'un groupe intégré fiscalement<sup>44</sup> ou si ses résultats sont déficitaires. La clause d'impact fiscal devra résoudre ces difficultés.

S'agissant du montant de l'obligation de règlement, les parties peuvent également décider de tenir compte de l'impact fiscal de son versement. Ici, les obstacles seront nombreux compte tenu des diverses hypothèses possibles : le traitement fiscal sera différent s'il s'agit d'une convention de révision du prix ou d'une convention de reconstitution du patrimoine à caractère indemnitaire ; le traitement fiscal différera également en fonction du régime fiscal des parties à la convention ; le traitement fiscal dépendra aussi de la personne choisie en tant que bénéficiaire (cessionnaire, société cible, cédante, créanciers sociaux...). Ces difficultés semblent redoutables et laissent présager une clause d'une complexité extrême.

La clause d'impact fiscal doit également déterminer si le montant de l'impôt pris en compte (pour le calcul du préjudice ou du montant de la dotation) est l'imposition effective ou éventuelle. Les rédacteurs de la garantie doivent clairement indiquer si la clause prend en compte l'impact fiscal éventuel ou effectif : faut-il par exemple prendre en compte l'économie d'impôt effective ou l'économie d'impôt éventuelle ?<sup>45</sup> Si la clause n'est pas claire, la jurisprudence hésite : la Cour de cassation a indiqué que seuls doivent être prises en compte les économies d'impôt effectives et non les économies qui n'auraient qu'un caractère hypothétique...<sup>46</sup>

Enfin, une dernière difficulté doit être évoquée compte tenu de la rétroactivité de la loi fiscale. Ce n'est en effet qu'après le vote de la loi de finances que sont connus le mode et le taux des impositions applicables aux opérations de l'exercice en cours. Il est dès lors difficile de calculer de façon définitive le jour de la mise en jeu de la garantie le montant de l'obligation de règlement prenant en compte l'impôt.<sup>47</sup> Cette situation impose un calcul en deux étapes : le montant de la dotation est tout d'abord provisoirement fixé en appliquant l'imposition applicable au moment de la mise en oeuvre de la clause de garantie ; puis ce montant est ensuite régularisé après le vote de la loi de finances.

## B/ Prise en compte des autres impôts

Le calcul de la garantie doit-il prendre en compte l'impact de la TVA (1°), des droits d'enregistrement (2°) et de l'ISF (3°) ?

### 1°/ TVA

Quel est l'impact de la TVA quand un dédommagement est versé à une victime ?

---

<sup>44</sup> B. Pichard, *Garanties de passif : les risques juridiques*, Journal des sociétés, avril 2004, p. 4.

<sup>45</sup> P. Mousseron, *Juriste des Sociétés*, *Traité, Groupes de sociétés, Cessions de contrôle, Conventions de garantie*, Fasc. 165-35, n° 50.

<sup>46</sup> Cass. com. 17 décembre 2002, Bull. Joly Sociétés 2003, p. 287, note G. Fréchet. Contra : CA Paris 30 janvier 2004, RJDA 2004, n° 570.

<sup>47</sup> M. Cozian, *Arbitrage et fiscalité des garanties de passif : l'arbitre doit-il prendre en compte la rétroactivité de la loi fiscale?*, JCPE, 1998.1033.

Quand la victime est assujettie à la TVA et qu'elle peut récupérer la TVA qui lui est facturée, on lui rembourse la valeur du dommage hors TVA. Ainsi, si la société cible reçoit une indemnité pour une nouvelle dette apparue soumise à TVA, cette indemnité sera calculée nette de TVA.

Quand la victime ne peut pas récupérer la TVA qui lui est facturée, parce qu'elle n'a pas la qualité d'assujetti ou que le bien n'ouvre pas droit à déclaration, le montant de l'indemnité comprend la charge de la TVA. Cette taxe constitue en effet une charge définitive pour la victime.<sup>48</sup>

Ainsi, la TVA entre évidemment en compte dans le calcul du montant couvert chez la cible. En revanche, la TVA n'entre pas en compte dans le calcul de l'obligation de règlement puisque son versement exclut tout paiement de la taxe (les indemnités venant réparer un préjudice se situent selon la jurisprudence de la CJCE en dehors du champ d'application de la TVA).

## 2°/ Droits d'enregistrement

L'impact du paiement des droits d'enregistrement sur le montant de la garantie doit être évoqué quand la somme versée au bénéficiaire d'une clause de garantie de passif est qualifiée de révision de prix. Il peut s'agir d'une réduction de prix en faveur du cessionnaire, auquel cas ce dernier peut dans certaines conditions bénéficier d'un dégrèvement des droits d'enregistrement acquittés. Il peut également s'agir d'un supplément de prix versé au cédant : dans cette hypothèse on peut raisonnablement envisager que le fisc demandera au cessionnaire le paiement d'un complément de droits d'enregistrement...

Faut-il prendre en compte dans le calcul de la garantie le supplément ou le dégrèvement de droits d'enregistrement ? Les parties sont libres de déterminer leur solution dans la clause d'impact fiscal qu'elles rédigent.

En l'absence d'une telle disposition dans la convention de garantie, la solution est incertaine. On peut tout d'abord raisonner par analogie avec la solution fixée par la Cour de cassation en matière d'impôts directs et fixer le montant de la garantie en faisant abstraction de toute considération fiscale. D'ailleurs, les droits d'enregistrement incombent légalement à l'acheteur au titre des frais d'achat : la hausse du prix augmente naturellement les droits à sa charge et la baisse du prix lui fait profiter du remboursement de ses droits... On pourrait au contraire s'éloigner de cette solution et considérer que le montant de la garantie doit prendre en compte l'impact des droits d'enregistrement. Nous avons en effet évoqué que la solution sévère de la Cour de cassation en matière d'impôts directs semble essentiellement dictée par la complexité des calculs qui devraient être échafaudés pour prendre en compte les diverses impositions en présence.<sup>49</sup> En revanche, la prise en compte des droits d'enregistrement supplémentaires ou remboursés ne soulève pas de difficulté particulière : l'équité conduirait alors à préférer la seconde solution qui intègre dans le calcul de la garantie le nouveau montant des droits d'enregistrement.<sup>50</sup> Aux juges donc de trancher...

---

<sup>48</sup> Cass. 1<sup>ère</sup> civ. 17 novembre 1998, n° 96-19.263 ; Cass. 1<sup>ère</sup> civ. 1<sup>er</sup> décembre 1998, n° 96-21.278.

<sup>49</sup> Y. Chartier, note sous Cass. 2<sup>ème</sup> civ., 16 novembre 1994, D. 1995, jurisprudence 220, p. 220.

<sup>50</sup> Une difficulté déjà évoquée doit cependant être ici rappelée : compte tenu de la rétroactivité de la loi fiscale, le taux des droits d'enregistrement est susceptible d'être modifié pour l'exercice en cours et il faut donc éventuellement prévoir une révision du calcul après le vote de la loi de finances (cf supra).

### 3°/ ISF

Nous avons évoqué les incidences éventuelles de la mise en œuvre de la garantie au regard de l'ISF. Faut-il en tenir compte pour le calcul du montant de la garantie ?

Rien n'interdit évidemment d'envisager cette solution dans la clause de garantie : les parties peuvent par exemple disposer que le surplus d'ISF dû par le cédant personne physique du fait de la réception d'un supplément de prix sera intégré dans le calcul du montant reçu. En l'absence d'indication des parties, rien n'est moins sûr. Il y a de fortes chances que la solution appliquée soit celle classiquement retenue en matière de responsabilité civile, le juge fixant dès lors le montant de l'indemnité due à la victime en faisant abstraction de toute considération fiscale.<sup>51</sup> Le montant de l'ISF supplémentaire payé par le bénéficiaire ou la diminution de l'ISF dû par le garant ne devrait ainsi pas être pris en compte dans le calcul de la garantie. Il faut par ailleurs indiquer que la prise en compte de l'ISF semble pour le moins irréaliste : l'ISF est un impôt complexe car progressif, calculé par tranches avec abattement à la base. Et, surtout, la discussion entre les parties pour déterminer l'impact en matière d'ISF imposerait à l'assujetti de révéler le montant de son patrimoine...

La fiscalité est ainsi intrinsèquement liée aux conventions de garantie que ce soit au niveau de leur contenu, de leurs effets ou de leur calcul. Comme nous l'avons vu, cette interaction est complexe et nombre de questions restent ouvertes. Il appartient donc aux praticiens d'être conscients de ces difficultés : tout leur talent consistera à proposer aux parties des clauses qui tendent à simplifier plutôt qu'à compliquer une matière déjà ardue.

---

<sup>51</sup> C. Cass., 2<sup>ème</sup> chambre civile, 16 novembre 1994, n° 93-14.554, D. 1995, jurisprudence p. 220, note Y. Chartier ; Cass. 2<sup>ème</sup> civ. 28 octobre 1992, Recueil Dalloz 1992, p. 278 ; Cass. crim. 25 mai 1992, Recueil Dalloz 1992, p. 229.