

Revue de **DROIT FISCAL**

12 SEPTEMBRE 2013, HEBDOMADAIRE, N° 37 - ISSN 1279-8436

Directeurs scientifiques :
Florence DEBOISSY
Jean-Luc PIERRE

Rédacteur en chef :
Thomas JACQUEMONT

- 405 **PROCÉDURES FISCALES**
Opposabilité de la doctrine administrative contraire
au droit de l'Union européenne : état des lieux
et perspectives
Par Éric DAVOUDET et Omar EL ARJOUN
- 406 **CHRONIQUE**
Sélection de jugements des tribunaux administratifs
Par Nicolas CHAYVIALLE
- 412 **BÉNÉFICES INDUSTRIELS ET COMMERCIAUX**
Garantie de passif ou réduction de prix : le Conseil
d'État confirme sa jurisprudence
CE, 24 juin 2013, M. Caron, concl. N. ESCAUT, note R. POIRIER
- 414 **TAXE SUR LA VALEUR AJOUTÉE**
Déduction par une holding de la TVA grevant les frais
exposés par une filiale en vue d'acquérir des titres
CE, 24 juin 2013, Sté L'Air Liquide, concl. N. ESCAUT, note F. DEBOISSY
- 417 **FISCALITÉ INTERNATIONALE**
Le nouveau régime d'*exit tax* face aux normes supra
législatives : état des lieux des tests de résistance
CE, 12 juill. 2013, M. Gibier et M. Aube-Martin, concl. B. BOHNERT, note F. LE MENTEC
- 419 **PROCÉDURES FISCALES**
ESFP engagé sans souscription de revenu global
préalable
CE, 17 mai 2013, min. c/ M. et Mme Chagoury, concl. C. LEGRAS, note J.-L. PIERRE

412 Garantie de passif ou réduction de prix : le Conseil d'État confirme sa jurisprudence

Pour l'application des dispositions de l'article 39, 1, 5° du CGI, les valeurs mobilières détenues par l'entreprise, qu'il s'agisse de titres de participation ou de titres de placement, doivent figurer à l'actif pour leur prix de revient, l'entreprise ayant toutefois la faculté, en vertu des dispositions du 5° du 1 de l'article 39 du code, de constituer, dans le cas où, à la clôture de l'exercice, la valeur probable de négociation de certains titres apparaît inférieure à leur valeur d'origine, une provision pour dépréciation correspondant à cette moins-value probable. Une provision de cette nature est soumise, en vertu du 5° du 1 de l'article 39 du code, au régime fiscal des moins-values à long terme et n'est donc pas déductible au taux de droit commun de la base imposable à l'impôt sur les sociétés.

En revanche, aucune disposition ne permet que la somme versée par une entreprise qui cède des titres à la société cessionnaire en exécution d'une convention de garantie de passif soit déduite de la base imposable de la société cessionnaire à l'impôt sur les sociétés.

CE, 8^e et 3^e ss-sect., 24 juin 2013, n° 350451, M. Caron, concl. N. Escaut, note R. Poirier

Sera mentionné aux tables du recueil Lebon

1. Considérant qu'il ressort des pièces du dossier soumis aux juges du fond que, par un jugement du 17 octobre 2001 du tribunal de grande instance de Nanterre, M. Caron a, en application des dispositions de l'article L. 267 du Livre des procédures fiscales, été condamné, en qualité d'ancien dirigeant de la société Aster, au règlement des rappels de taxe sur la valeur ajoutée réclamés à cette société au titre de la période du 1^{er} juillet 1995 au 30 juin 1998 et des cotisations supplémentaires d'impôt sur les sociétés et de contribution de 10 % sur l'impôt sur les sociétés auxquelles cette société a été assujettie au titre des années 1996 à 1998, ainsi que des pénalités correspondant à ces impositions ; que la cour d'appel de Versailles statuant, dans son arrêt du 6 mai 2003, sur l'appel formé par M. Caron contre ce jugement a décidé de surseoir à statuer jusqu'au jugement du tribunal administratif de Versailles, qui avait été saisi par M. Caron d'une demande de décharge de ces impositions ; que, par un arrêt du 28 avril 2011, la cour administrative d'appel de Paris a, en premier lieu, réduit de 200 000 F (30 490 euros) et 100 000 F (15 245 euros) les bases d'imposition de la société Aster à l'impôt sur les sociétés au titre des exercices clos en 1996 et 1997, en deuxième lieu, réduit de 200 000 F (30 490 euros) la base d'imposition à la taxe sur la valeur ajoutée de la société Aster au titre de la période du 1^{er} juillet 1995 au 30 juin 1998, en troisième lieu, déchargé la société Aster des droits et pénalités correspondant aux réductions d'imposition correspondantes ; que M. Caron se pourvoit en cassation contre l'article 6 de cet arrêt en ce qu'il rejette le surplus de ses conclusions ; que, par la voie du pourvoi incident, le ministre demande l'annulation des articles 1^{er} à 5 du même arrêt ;

(...)
Sur le pourvoi incident du ministre :

8. Considérant, en premier lieu, qu'aux termes de l'article 38 du Code général des impôts : « 1. Sous réserve des dispositions des articles 33 ter, 40 à 43 bis et 151 sexies, le bénéfice imposable est le bénéfice net, déterminé d'après les résultats d'ensemble des opérations de toute nature effectuées par les entreprises (...) » ; qu'en vertu du 2 de l'article 38 du même code, le bénéfice net imposable est constitué par la différence entre les valeurs de l'actif net à la clôture et à l'ouverture de l'exercice, l'actif net s'entendant de l'excédent des valeurs d'actif sur le total formé au passif par les créances des tiers, les

amortissements et les provisions justifiés ; qu'aux termes de l'article 39 du code : « 1. Le bénéfice net est établi sous déduction de toutes charges, celles-ci comprenant, sous réserve des dispositions du 5, notamment : (...) 5° Les provisions constituées en vue de faire face à des pertes ou charges nettement précisées et que des événements en cours rendent probables (...) la provision pour dépréciation qui résulte éventuellement de l'estimation du portefeuille est soumise au régime fiscal des moins-values à long terme défini au 2 du 1 de l'article 39 quinquies (...) » ; que, pour l'application de ces dispositions, les valeurs mobilières détenues par l'entreprise, qu'il s'agisse de titres de participation ou de titres de placement, doivent figurer à l'actif pour leur prix de revient, l'entreprise ayant toutefois la faculté, en vertu des dispositions du 5° du 1 de l'article 39 du code, de constituer, dans le cas où, à la clôture de l'exercice, la valeur probable de négociation de certains titres apparaît inférieure à leur valeur d'origine, une provision pour dépréciation correspondant à cette moins-value probable ; qu'une provision de cette nature est soumise, en vertu du 5° du 1 de l'article 39 du code, au régime fiscal des moins-values à long terme et n'est donc pas déductible au taux de droit commun de la base imposable à l'impôt sur les sociétés ; qu'enfin, aucune disposition ne permet que la somme versée par une entreprise qui cède des titres à la société cessionnaire en exécution d'une convention de garantie de passif soit déduite de la base imposable de la société cessionnaire à l'impôt sur les sociétés ;

9. Considérant qu'il ressort des pièces du dossier soumis aux juges du fond que, pour déduire des bases imposables de la société Aster, anciennement dénommée SFINC'S, la somme de 200 000 F (30 490 euros) versée à la société SFINC'S par la société Girault, dont la société SFINC'S avait acquis les titres en 1987, la cour a jugé que cette somme constituait un remboursement partiel du prix d'acquisition des titres et que, dès lors, elle n'était pas une recette imposable ; qu'en statuant ainsi, alors qu'il n'était pas contesté que cette somme avait été versée en application d'une convention de garantie de passif, qu'elle n'était donc pas déductible de la base imposable de la société Aster à l'impôt sur les sociétés et que cette société pouvait seulement, comme elle l'avait fait, constituer une provision pour dépréciation des titres soumise, en vertu du 5° du 1 de l'article 39 du code, au régime des moins-values à long terme, la cour a commis une erreur de droit ; que, par suite, le ministre est fondé à demander l'annulation de l'article 1^{er} de l'arrêt attaqué, en tant qu'il réduit de 200 000 F (30 490 euros) la base imposable de la société Aster à l'impôt sur les sociétés au titre de l'exercice clos en 1996 ;

10. Considérant, en second lieu, qu'aux termes de l'article 267 du Code général des impôts : « I. Sont à comprendre dans la base d'imposition : 1° Les impôts, taxes, droits et prélèvements de toute nature à l'exception de la taxe sur la valeur ajoutée elle-même (...) » ; qu'il résulte de ces dispositions que lorsqu'un assujetti réalise une opération moyennant un prix convenu qui ne mentionne aucune taxe sur la valeur ajoutée dans des conditions qui ne font pas apparaître que les parties seraient convenues d'ajouter, au prix stipulé, un supplément de prix égal à la taxe sur la valeur ajoutée applicable à l'opération, la taxe due au titre de cette opération doit être assise sur une somme égale à ce prix diminué du montant de cette même taxe ; que, par suite, en prononçant la réduction de la base d'imposition de la société Aster à l'impôt sur les sociétés de 100 000 F (15 245 euros) pour l'exercice clos en 1997 et la réduction de 200 000 F (30 490 euros) de la base d'imposition à la taxe sur la valeur ajoutée de cette société au titre de la période du 1^{er} juillet 1995 au 30 juin 1998, sans tenir compte du fait que ces sommes, ainsi qu'il ressortait du dossier qui lui était soumis, avaient été diminuées par le vérificateur du montant afférent à la taxe sur la valeur ajoutée en vigueur au moment de leur encaissement, la cour a commis une erreur de droit ; qu'en outre, en ne tenant pas compte de l'application à ces mêmes sommes d'un abattement de 20 % opéré par le vérificateur pour tenir compte des charges d'exploitation de la société, la cour a dénaturé les faits ; qu'il résulte de ce qui précède que le ministre, qui ne remet pas en cause devant le juge de cassation le principe de

ces réductions mais leur seul montant, est fondé à demander l'annulation de l'article 1^{er} de l'arrêt attaqué, en tant qu'il fixe à 100 000 F (15 245 euros) et non à une somme tenant compte de la taxe sur la valeur ajoutée et de l'abattement pour charges d'exploitation, la réduction de la base imposable de la société Aster à l'impôt sur les sociétés au titre de l'exercice clos en 1997 et l'annulation de l'article 2 de cet arrêt, en tant qu'il fixe à 200 000 F (30 490 euros) et non à une somme tenant compte des mêmes éléments, la réduction de la base d'imposition à la taxe sur la valeur ajoutée de cette société au titre de la période du 1^{er} juillet 1995 au 30 juin 1998 ;

11. Considérant qu'il résulte de tout ce qui précède que le ministre est fondé à demander l'annulation, dans la mesure de la cassation ainsi prononcée, des articles 1^{er} et 2 de l'arrêt attaqué, et l'annulation des articles 3 à 5 de cet arrêt ;

12. Considérant qu'il y a lieu, dans les circonstances de l'espèce, de régler, dans cette mesure, l'affaire au fond en application des dispositions de l'article L. 821-2 du Code de justice administrative ;

13. Considérant, en premier lieu, que si M. Caron apporte la preuve que la société Girault a versé à la société SFINC'S une somme de 200 000 F (30 490 euros) en application d'une convention de garantie de passif, cette somme constitue, ainsi qu'il a été dit, une recette imposable ; que M. Caron n'est, par suite, pas fondé à demander que soit réduite de 200 000 F (30 490 euros) la base d'imposition de la société Aster à l'impôt sur les sociétés au titre de l'exercice clos en 1996 ;

14. Considérant, en second lieu, que pour déterminer le montant des redressements résultant de la réintégration de la somme de 100 000 F (15 245 euros) dans la base imposable de la société Aster à l'impôt sur les sociétés au titre de l'exercice clos en 1997 et de la somme de 200 000 F (30 490 euros) dans la base imposable de cette société à la taxe sur la valeur ajoutée au titre de la période du 1^{er} juillet 1995 au 30 juin 1998, l'Administration a tenu compte de la taxe sur la valeur ajoutée et d'un abattement forfaitaire de 20 % pour charges d'exploitation ; qu'en conséquence, la réduction de la base imposable à l'impôt sur les sociétés de la société Aster au titre de l'exercice clos en 1997 doit être fixée non à 100 000 F (15 245 euros) mais à 66 334 F (10 113 euros) et la réduction de la base imposable à la taxe sur la valeur ajoutée au titre de la période du 1^{er} juillet 1995 au 30 juin 1998 s'établit non à 200 000 F (30 490 euros) mais à 132 309 F (20 170 euros) ;

15. Considérant qu'il résulte de ce qui précède que M. Caron est seulement fondé à soutenir que c'est à tort que, par le jugement attaqué, le tribunal administratif de Paris a refusé de réduire de 66 334 F (10 113 euros) la base imposable à l'impôt sur les sociétés de la société Aster au titre de l'exercice clos en 1997 et de 132 309 F (20 170 euros) la base imposable à la taxe sur la valeur ajoutée de cette société au titre de la période du 1^{er} juillet 1995 au 30 juin 1998 ;

(...)

CONCLUSIONS

1 – Le pourvoi dont vous a saisi M. Caron va vous donner l'occasion de réaffirmer votre jurisprudence sur les conséquences fiscales du versement d'une somme en exécution d'une convention de garantie de passif entre les mains du cessionnaire des titres d'une société.

À la suite d'un contrôle sur pièces en matière de TVA et d'une vérification de comptabilité pour la période du 1^{er} juillet 1995 au 30 juin 1998 de la société Financière Caron Telders, dite SFINC'S, société holding, l'administration fiscale a procédé à plusieurs redressements en matière d'impôt sur les sociétés et de TVA. Après la mise en liquidation judiciaire, le 14 octobre 1999, de la société, devenue la société Aster, son dirigeant et associé, M. Caron, a été, par un jugement en date du 17 octobre 2001 du tribunal de grande instance de Nanterre, déclaré solidairement responsable des impositions dues par la société Aster sur le fondement de l'article L. 267 du LPF. Il a fait appel de ce jugement et la cour d'appel de Versailles a décidé, le 6 mai

2003, de surseoir à statuer dans l'attente de la décision de la juridiction administrative sur sa demande de décharge des impositions en litige. M. Caron se pourvoit régulièrement en cassation contre l'arrêt en date du 28 avril 2011 par lequel la cour administrative d'appel de Paris n'a réduit que partiellement les bases d'imposition de la société Aster à l'impôt sur les sociétés au titre des exercices 1996 et 1997, à hauteur respectivement des sommes de 200 000 et 100 000 F, ainsi que la base d'imposition de la TVA pour la période du 1^{er} juillet 1995 au 30 juin 1998, à hauteur de la somme de 200 000 F. Le ministre a formé un pourvoi incident contestant la réduction d'imposition décidée par la cour.

2 – Le pourvoi principal de M. Caron ne devrait pas vous retenir.
(...)

3 – Plus délicat est le pourvoi incident du ministre.

4 – Son premier moyen de cassation porte sur la réintégration dans le résultat imposable de la société Aster d'une somme de 200 000 F versée, en 1995, par le vendeur des titres de la société Girault qu'elle avait acquis en 1987.

La société Aster, alors encore dénommée SFINC'S, avait acheté, en 1987, 50 % des titres de la société Girault. Mais les comptes de cette société s'étant révélés inexacts et cette dernière ayant été mise en liquidation judiciaire dès l'année 1989, la société SFINC'S avait engagé une action en garantie de passif contre le vendeur des titres. Ce dernier lui a payé, le 28 décembre 1995, une somme de 200 000 F. Alors que l'Administration avait regardé cette somme comme un résultat imposable, la cour a jugé le contraire. A l'appui de son pourvoi incident, le ministre reproche à la cour **d'avoir commis une erreur de droit** au motif qu'une indemnité versée au titre d'une garantie de passif ne vient pas en diminution du prix des titres achetés mais constitue un profit imposable.

En application de l'article 38 quinquies de l'annexe III du CGI, les valeurs mobilières acquises par une société doivent figurer à l'actif de ses bilans pour leur prix de revient.

Lors de la cession de titres d'une société, deux types de garanties conventionnelles peuvent être stipulés :

- il existe d'abord la clause de garantie de passif par laquelle le cédant d'une part, certifie l'exactitude des renseignements fournis sur le patrimoine de la société vendue, ses engagements et sa situation comptable ayant servi de base à la détermination du prix de cession et d'autre part, s'engage à prendre à sa charge tout ou partie des dettes ne figurant pas au bilan et apparues après la cession ;

- on distingue cette clause de garantie de passif de la clause de révision du prix par laquelle le cédant s'engage à garantir l'acquéreur de la baisse de valeur des titres cédés du fait de l'apparition d'un passif ou de la diminution d'un actif postérieurement à la cession.

Le traitement fiscal de ces deux garanties conventionnelles est différent :

- le versement d'une somme en exécution d'une clause de révision de prix permet au cessionnaire de réduire le prix de revient des titres à due concurrence ;

- le versement d'une somme en exécution d'une clause de garantie de passif n'autorise pas la même réduction du prix de revient des titres et constitue un produit imposable de l'exercice. Ce principe a été posé par votre décision du 24 avril 1981 (*CE, 7^e et 8^e ss.-sect., 24 avr. 1981, n° 18346, Sté X : Rec. CE 1981, tables p. 705 ; RJF 7-8/1981, n° 653*). Cette dernière a aussi précisé que s'il apparaît que la valeur probable des actions est inférieure à leur prix de revient, la société qui les a achetées peut seulement, en application de l'article 39, 1, 5° du CGI, constituer une provision pour dépréciation qui sera soumise au régime fiscal des moins-values à long terme.

Notons que des cours administratives d'appel ont jugé, de façon symétrique, que le cédant pouvait déduire de ses résultats imposables les sommes versées en exécution d'une convention de passif : voir un

arrêt de la cour administrative d'appel de Paris du 10 juin 1993 (CAA Paris, 2^e ch., 10 juin 1993, n° 91PA00973, SA Gallay : Dr. fisc. 1994, n° 5, comm. 125 ; RJF 8-9/1993, n° 1118 ; BDCF 7/1993, concl. J.-F. Gipoulon, p. 33), et un arrêt de la cour administrative d'appel de Douai du 31 juillet 2007 (CAA Douai, 3^e ch., 31 juill. 2012 n° 11DA00407, SA Pafic : RJF 12/2012, n° 1102).

En l'espèce, après avoir relevé que la société SFINC'S avait engagé contre les vendeurs une action en garantie de passif, la cour a jugé que la somme de 200 000 F qui lui avait été versée par les vendeurs des titres en « remboursement partiel du prix payé » n'avait pas de caractère imposable. Dès lors que, comme le souligne le ministre devant vous, la société n'a jamais contesté avoir reçu la somme en cause en exécution d'une convention de garantie de passif, doit s'appliquer le principe dégagé par votre décision précitée du 24 avril 1981 que vous aurez ainsi l'occasion de réaffirmer pour la première fois. Ce sera l'apport de votre décision. Vous censurez l'erreur de droit commise par la cour à avoir regardé une somme versée au cessionnaire de titres d'une société en exécution d'une clause de garantie de passif comme non imposable. Cela vous conduira à annuler l'article 1^{er} de l'arrêt attaqué en tant qu'il a réduit de 200 000 F les bases imposables de la société Aster à l'impôt sur les sociétés de l'exercice 1996.

5 – Le second moyen du ministre porte non plus sur le principe mais sur le montant des réductions de base imposable ordonnées par la cour. Il reproche à cette dernière d'avoir commis une erreur de droit en prononçant cette réduction à partir des montants bruts des sommes en cause et non sur leur montant net de TVA et d'autre part, d'avoir dénaturé les pièces du dossier en ne tenant pas compte de l'abattement pour charges de 20 % dont le vérificateur avait fait application pour déterminer les bases imposables.

Est en cause la réduction d'une part, de la base d'imposition à l'impôt sur les sociétés de la société Aster à hauteur de la somme de 100 000 F, prononcée par la cour au titre de l'exercice 1997, à raison de la déduction de son résultat imposable de deux chèques impayés de 50 000 F chacun, et d'autre part, de la base d'imposition à la TVA pour la période du 1^{er} juillet 1995 au 30 juin 1998 de laquelle la cour a déduit la somme de 200 000 F versée par le vendeur des titres de la société Girault. Si vous nous suivez pour faire droit au précédent moyen du ministre, n'est plus concernée la réduction, à due concurrence, de la base d'imposition à l'impôt sur les sociétés.

La cour a ainsi pris en compte le montant total des deux chèques ainsi que de la somme versée par le vendeur des titres de la société Girault. Or, le vérificateur, comme l'explique le ministre, avait réintégré les sommes en litige dans les résultats de la société Aster après avoir procédé à un double abattement :

– le premier s'inscrit dans la logique du principe dégagé par votre décision de section du 14 décembre 1979 Comité de propagande de la banane, 11798, au recueil p. 468 et à la RJF 2/80 n° 99, selon lequel, en l'absence de mention de la TVA sur une facture, la taxe due doit être assise sur une somme égale au prix stipulé diminué du montant de cette taxe (V. CE, sect., 28 juill. 1993, n° 62865, Mitsukoshi France : JurisData n° 1993-044581 ; Rec. CE 1993, p. 242 ; Dr. fisc. 1993, n° 45, comm. 2153 ; JCP E 1993, 1063 ; RJF 8-9/1993, n° 1140, concl. O. Fouquet, p. 631). En l'espèce, les redressements opérés ont porté sur les sommes après déduction de la TVA. La cour en ne prenant pas en compte cet abattement a commis une erreur de droit ;

– il ressort ensuite de la notification de redressement en date du 21 octobre 1999 que le vérificateur avait aussi fait application d'un abattement de 20 % sur les sommes réintégréées pour tenir compte des charges d'exploitation de la société. En ne déduisant pas cet abattement de la réduction de la base imposable qu'elle a prononcée, la cour a dénaturé les pièces du dossier.

Nous vous proposons d'annuler, dans cette mesure, les articles 1 et 2 de l'arrêt attaqué.

6 – Réglant l'affaire au fond, vous pourrez tirer les conséquences de votre décision en cassation :

– d'une part, vous confirmerez le bien-fondé du redressement portant sur la somme de 200 000 F versée à la société Aster par les vendeurs des titres de la société Girault en exécution d'une clause de garantie de passif.

– d'autre part, dès lors qu'il ne peut être prononcé une décharge supérieure au montant des redressements opérés, vous limiterez le montant de la réduction de la base imposable à l'impôt sur les sociétés de la société Aster au titre de l'exercice clos en 1997 et de sa base imposable à la TVA au titre de la période du 1^{er} juillet 1995 au 30 juin 1998 en tenant compte du double abattement opéré par le vérificateur, soit respectivement à une somme de 66 334 F et de 132 309 F.

Par ces motifs, nous concluons : 1° au non-lieu à statuer sur les conclusions du pourvoi de M. Caron à concurrence du dégrèvement prononcé en cours d'instance ; 2° à l'annulation de l'article 1^{er} de l'arrêt du 28 avril 2011 de la cour administrative de Paris, en tant qu'il a réduit de 200 000 F les bases imposables de la société Aster à l'impôt sur les sociétés au titre de l'exercice clos en 1996 et en tant qu'il a fixé à 100 000 F la réduction des bases imposables de la société Aster à l'impôt sur les sociétés au titre de l'exercice clos en 1997, de l'article 2 de cet arrêt, en tant qu'il a fixé à 200 000 F la réduction de la base d'imposition à la taxe sur la valeur ajoutée de cette société au titre de la période du 1^{er} juillet 1995 au 30 juin 1998, ainsi que des articles 3 à 5 ; 3° à ce que la somme de 200 000 F soit réintégréée dans la base imposable à l'impôt sur les sociétés de la société Aster au titre de l'exercice clos en 1996 et à ce que la réduction de la base imposable à l'impôt sur les sociétés de la société Aster au titre de l'exercice clos en 1997 et la réduction de sa base imposable à la taxe sur la valeur ajoutée au titre de la période du 1^{er} juillet 1995 au 30 juin 1998 soient respectivement ramenées à 66 334 F et 132 309 F ; 4° à ce que le jugement du 10 octobre 2008 du tribunal administratif de Paris soit réformé en ce qu'il est contraire à ces conclusions ; 5° à ce que l'État verse à M. Caron la somme de 2 000 € au titre de l'article L. 761-1 du Code de justice administrative ; 6° et au rejet du surplus des conclusions du pourvoi de M. Caron.

Nathalie ESCAUT,
rapporteur public

NOTE

1. Confirmation de la différence entre le traitement fiscal des garanties de passif et celui des réductions de prix en matière d'impôt sur les sociétés

1 – Les garanties contractuelles qui accompagnent les cessions de droits sociaux sont libellées soit sous la forme d'une clause de révision de prix (aussi appelée « garantie de valeur ») permettant de réduire le prix initialement convenu à la vraie valeur des titres, soit sous la forme d'une garantie (dite « garantie d'actif et de passif » ou « garantie de bilan ») permettant d'indemniser l'acquéreur de la perte de valeur de la société acquise. Ces garanties protègent l'acquéreur contre l'apparition d'un nouveau passif ou la diminution de la valeur d'un actif trouvant sa cause dans un événement antérieur à la cession, et/ou contre l'inexactitude des déclarations faites par le vendeur tenant au patrimoine de la société cédée. Les deux types de garanties diffèrent l'une de l'autre par l'effet que les parties entendent leur donner : corriger le prix, ou indemniser le cessionnaire en laissant le prix inchangé (nous l'appellerons ci-après « garantie de passif stricto sensu »). La garantie peut également prévoir une stipulation pour autrui au béné-

fice de la société cédée, qui permet de reconstituer le patrimoine de cette dernière.

Sans surprise, le Conseil d'État réitère dans cet arrêt *Caron* des huitième et troisième sections réunies la distinction opérée dans sa jurisprudence antérieure entre réduction de prix et garantie de passif stricto sensu. Dans sa décision du 24 avril 1981 (*CE, 7^e et 8^e ss.-sect., 24 avr. 1981, n° 18346, Sté X : Rec. CE 1981, tables p. 705 ; Dr. fisc. 1981, n° 29, comm. 1475 ; RJF 7-8/1981, n° 653*), la Haute assemblée avait déjà jugé qu'une somme reçue au titre d'une clause de garantie de passif stricto sensu constitue une recette imposable pour le cessionnaire. Cette distinction découle de la loi fiscale :

– comme le souligne le rapporteur public Nathalie Escaut, un texte fiscal spécifique, l'article 38 quinquies de l'annexe III au CGI, prévoit que les valeurs mobilières acquises par l'entreprise doivent être enregistrées dans les livres sociaux à leur coût d'acquisition, c'est-à-dire au prix d'achat minoré des remises et rabais commerciaux payés par l'acquéreur. Ce texte s'applique aux clauses contractuelles visant à corriger le prix initialement convenu lorsqu'il apparaît que la valeur des titres est devenue inférieure au prix par suite de l'apparition d'un passif ou de la diminution de la valeur d'un actif. En permettant d'ajuster le montant pour lequel les valeurs mobilières acquises sont inscrites au bilan sans affecter le compte de résultat, les dispositions de l'article 38 quinquies de l'annexe III du CGI autorisent donc de déduire la somme reçue par l'entreprise cessionnaire de sa base imposable à l'impôt sur les sociétés ;

– a contrario, aucun texte fiscal spécifique ne régit le traitement fiscal des sommes reçues en exécution d'une clause de garantie de passif stricto sensu, laquelle ne modifie pas le prix. Puisqu'aucune disposition ne permet de déduire la somme versée en exécution de la convention de garantie de passif stricto sensu de la base imposable, il doit être fait application du principe posé au 2 de l'article 38 du CGI selon lequel le bénéfice imposable est constitué par la différence entre les valeurs de l'actif net à la clôture et à l'ouverture de l'exercice.

– les dispositions spécifiques de l'article 38 quinquies de l'annexe III qui permettent de s'affranchir du droit commun de l'article 38, 2 font écho à celles de l'article 150-0 D, 14 du CGI applicable aux particuliers cédant des valeurs mobilières. Ce texte applicable à la mise en jeu de garanties de passif stricto sensu ou de garanties de valeur postérieurement au 31 décembre 1999 permet de déduire les sommes reversées pour le calcul du gain imposable. Auparavant, en l'absence de règles dérogatoires les reversements de prix par le cédant ne pouvaient venir en diminution de la plus-value imposable, calculée définitivement à la date de la cession (*CE, 8^e et 9^e ss.-sect., 22 mars 1991, n° 67966, Domenjoud : Dr. fisc. 1991, n° 29, comm. 1510 ; RJF 5/1991, n° 615*). Aujourd'hui encore, la somme versée après l'expiration de la garantie n'est plus admise en déduction pour le calcul de la plus-value imposable et le droit commun s'applique à nouveau (*CAA Douai, 2^e ch., 3 févr. 2009, n° 08DA00500, Verreulst : BDCF 8-9/2009, n° 104, concl. P. Minne*).

2. Enjeux juridiques et fiscaux du choix entre l'une ou l'autre formule de garantie

2 – Sur la base de la jurisprudence récente, il apparaît que le choix entre l'une ou l'autre formule de garantie est loin d'être neutre au plan du droit des obligations comme au plan fiscal.

A. - Droit des obligations

1° Clause de révision de prix

1 – La clause de révision de prix limite le versement que le cessionnaire peut recevoir au montant du prix convenu, nonobstant l'appa-

rition éventuelle d'un montant supérieur (*Cass. com., 18 déc. 2001, n° 2193 FS-D ; Marduel c/ Plantevin. – V. J. Raynard, Technique contractuelle : JCP E 2003, 543*).

2 – En cas de revente des titres, le cédant continue à bénéficier de la garantie (*Cass. com., 11 mars 2008, n° 06-20.738, F-D, Diallo c/ Andrieux : JurisData n° 2008-043211 ; JCP E 2008, 2400, note M. Dubertret*). L'arrêt précise qu'une garantie de reprise du passif conclue entre le cédant et le cessionnaire désigné comme bénéficiaire de cette garantie profite à ce dernier indépendamment de la cession de ses titres.

Le nouvel acquéreur ne bénéficie pas automatiquement de la garantie de prix convenue lors de la première vente. Toutefois rien ne s'oppose à ce que la créance d'indemnisation soit transmise au sous-acquéreur en respectant les conditions des cessions de créances et les formalités de l'article 1690 du Code civil. La Cour de cassation a jugé que l'absence de stipulation dans l'acte de cession initial d'une faculté de transmission de la garantie contractuelle ne fait pas en elle-même obstacle à ce que le bénéficiaire de cette garantie cède la créance en résultant à un sous-acquéreur (*Cass. com., 9 oct. 2012, n° 11-21.528, F-P+B, Cabinet d'expertise comptable Champel c/ Pernet : JurisData n° 2012-022670 ; Dr. sociétés 2013, comm. 2, note R. Mortier ; JCP E 2012, 1777 et JCP G 2013, doctr. 90, n° 2, obs. F. Deboissy et G. Wicker ; JCP E 2012, 1654, note P. Mousseron ; Gaz. Pal. 24 janv. 2013, n° 24, p. 1, note D. Houtcieff*). En pratique, le cédant initial pourra avoir intérêt à stipuler le caractère intransmissible de la garantie qu'il consent au premier cessionnaire s'il veut éviter que le sous-acquéreur ne se prévale de cette garantie à son profit (*A. Couret et B. Condero, Bull. Joly Sociétés 1^{er} janv. 2013, p. 10*).

2° Garantie de passif stricto sensu bénéficiant au cessionnaire

4 – La garantie de passif stricto sensu ne limite pas le montant de l'indemnité à laquelle peut prétendre le cessionnaire, même s'il est d'usage d'encadrer cette dernière à une partie du prix.

5 – La revente des titres ne fait pas obstacle à ce que le bénéficiaire d'une garantie de passif et d'actif stricto sensu puisse continuer à l'invoquer en dépit du fait qu'il a revendu ses actions. Il nous semble que la créance d'indemnisation peut être transmise au sous-acquéreur sous les mêmes conditions que pour une garantie de valeur.

3° Garantie de passif stipulée au bénéfice de la société cédée

6 – Si une garantie de passif a été stipulée au bénéfice de la société cédée, elle seule est en droit d'en revendiquer la mise en œuvre par l'intermédiaire de son dirigeant. La société cessionnaire n'est pas en droit d'invoquer cette garantie (*Cass. com., 14 mai 2013, n° 12-15.119, F-P+B, SA Ieps-Straling c/ Cts R. : JurisData n° 2013-009382 ; JCP E 2013, act. 409*).

7 – L'indemnité qui bénéficie à la société cédée ne peut avoir la nature d'une réduction de prix et constitue dès lors un produit imposable, pourvu qu'elle compense une perte ou une charge déductible chez cette société (*CE, sect., 12 mars 1982, n° 17074, SA. X : Dr. fisc. 1982, n° 23, comm. 1228 ; D. 1982, p. 464, note J. Schmidt et F. Bénac-Schmidt ; RJF 4/1982, n° 334, concl. O. Schrameck, p. 160*).

8 – Si les titres de la cible sont cédés, la garantie de passif consentie au bénéfice de cette société continue de jouer même si les nouveaux passifs sont découverts par les acquéreurs successifs. Ainsi la société cédée doit pouvoir invoquer la garantie de passif comportant une stipulation à son profit même si elle ne compte plus le cessionnaire qui l'avait contractée au nombre de ses actionnaires (*P. Le Cannu, note sous Cass. com., 11 mars 2008, n° 06-20.738, F D, Diallo c/ Andrieux : RTD com. 2008, p. 794*).

B. - Droit fiscal

9 – Les conséquences fiscales de la mise en œuvre d'une garantie de passif stricto sensu ou d'une clause de réduction de prix peuvent motiver le choix des parties entre l'un ou l'autre type d'indemnité. Ainsi, une société cédante qui est bénéficiaire pourra avoir intérêt à déduire la somme versée au titre d'une garantie de passif stricto sensu, et ce souhait sera d'autant mieux admis par le cessionnaire s'il s'agit d'une société déficitaire chez qui la recette n'engendre pas une charge d'impôt. A contrario, une société cédante qui est déficitaire pourra avoir intérêt à ne pas dégrader son compte de résultat par une charge nouvelle et préférer une réduction de prix qui fera les affaires de la société cessionnaire bénéficiaire qui ne souhaite pas être imposée sur la somme reçue. Encore l'impact fiscal de la mise en jeu de la garantie est-il difficile à prévoir à l'avance, la situation fiscale de la société cédante et de la société cessionnaire pouvant évoluer pendant la durée de la garantie, la mise en jeu même de la garantie étant d'ailleurs éventuelle.

3. Ecueils liés à l'interprétation des clauses de garantie

10 – Les parties sont libres de donner à la garantie le caractère d'une garantie de passif stricto sensu ou d'une réduction de prix. Différentes combinaisons sont possibles. Il est par exemple possible de prévoir que la somme versée au cessionnaire aura le caractère d'une réduction de prix à concurrence du prix, et d'une garantie de passif stricto sensu pour l'excédent. On peut aussi prévoir une clause de réduction de prix en faveur du cessionnaire en cas de diminution de la valeur d'un actif, tout en décidant d'indemniser la société cédée en cas d'apparition d'un passif (en ce sens, V. les faits de l'affaire jugée dans *Cass. com.*, 14 mai 2013, n° 12-15.119, F-P+B, SA *Ieps-Straling c/ Cts R.*, préc.).

A. - Difficultés pratiques de la distinction entre garantie de passif et réduction de prix

11 – Si la distinction établie par la jurisprudence administrative entre le traitement fiscal des garanties de passif stricto sensu et celui des réductions de prix repose sur des bases fiscales claires, sa mise en œuvre peut poser de sérieux obstacles en pratique du fait de l'absence de critères fermement établis de distinction entre les deux types de clauses ou de l'imprécision de la rédaction de la clause d'indemnisation.

Ainsi, l'erreur de droit qu'a commise la cour administrative d'appel de Paris dans l'affaire *Caron* ici commentée tient peut-être à la rédaction ambiguë de l'accord entre les parties, comme le suggère le libellé de l'arrêt du 28 avril 2011 (n° 08PA06254) qui précise que la société a « engagé contre les vendeurs une action en garantie de passif destinée à obtenir le remboursement partiel du prix payé ». Sans se livrer à une analyse du contrat de cession qui relève du pouvoir souverain des juges du fond, le Conseil d'État prend soin d'observer que les parties n'avaient pas contesté l'affirmation de l'Administration selon laquelle la somme avait été versée en application d'une convention de garantie de passif.

Il faut dire qu'en matière fiscale le législateur n'a pas fait beaucoup d'efforts pour distinguer clairement les deux types de clauses, si ce n'est par leurs conséquences sur la base imposable. On retrouve par exemple les mots « réduction de prix » et « garantie de passif » employés ensemble dans l'article 150-0 D, 14 du CGI, relatif aux plus-values des particuliers, qui prévoit que « le prix de cession des titres (...) est diminué du montant du versement effectué par le cédant 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 révéla-

tion (...) d'une dette (...) ou d'une surestimation de valeurs d'actif (...). Le montant des sommes reçues en exécution d'une telle clause de garantie de passif ou d'actif net diminue le prix d'acquisition à retenir (...) ». Idem à l'article 74-0 H de l'annexe II au CGI. L'Administration a rétabli la distinction dans sa doctrine puisqu'elle définit « une convention de garantie de passif et d'actif » comme « une clause par laquelle le cédant s'engage à reverser au cessionnaire tout ou partie du prix de cession (...) » ou « qui peut également garantir financièrement le cessionnaire contre le risque de révélation d'un passif ou d'une surestimation de valeurs d'actif (...) » (*BOI-RPPM-PVBMI-20-10-10-30*, § 10, § 20 et § 30, 12 sept. 2012).

En réalité, l'objet de la garantie est toujours de prémunir le cessionnaire contre l'apparition d'un passif ou la diminution de l'actif pour rétablir l'équilibre économique de la transaction. En ce sens la garantie a donc toujours le caractère d'une garantie d'actif et de passif. Ce sont les conséquences de la mise en jeu de la garantie qui diffèrent : les parties peuvent choisir de garantir le bien-fondé du prix convenu pour qu'il corresponde à la valeur des titres, auquel cas le prix initial est révisé, ou d'indemniser le préjudice subi par le cessionnaire du fait de la diminution de la valeur de la société cédée, auquel cas les dommages-intérêts versés n'affectent pas le prix et constituent une recette chez ce dernier. Ce n'est qu'en raison de la distinction établie par l'article 38 quinquies de l'annexe III que le versement reçu par le cessionnaire en exécution de la garantie suit un traitement fiscal différent selon qu'il se traduit ou non par une réduction du prix.

L'administration fiscale est tenue par les termes clairs de la convention mais elle est en droit de restituer à la convention la qualification qui correspond à sa véritable nature juridique et d'interpréter la volonté des parties sous le contrôle du juge. La qualification de la garantie conclue entre l'acheteur et le vendeur pose les mêmes difficultés d'analyse en matière juridique et fiscale.

La distinction de ce qui relève d'une garantie de passif stricto sensu ou d'une réduction de prix est peu commentée dans la jurisprudence fiscale. On en trouve un exemple dans le jugement du tribunal administratif de Cergy-Pontoise du 28 mars 2012 (n° 0802180, SA *PPR : RJF 2012*, n° 795). Pour les juges, la clause litigieuse avait le caractère juridique d'une garantie de passif dès lors que la société cédante « s'engageait à assumer toute augmentation de passif de la société cédée ». Dans un arrêt du 31 juillet 2012 (*CAA Douai*, 3^e ch., 31 juill. 2012, n° 11DA00407, SA *Pafic : RJF 12/2012*, n° 1102), la cour administrative d'appel de Douai a jugé que le versement d'une indemnité par la société cédante relevait bien de la garantie de passif (stricto sensu) conclue avec le cessionnaire même si son montant excédait le prix convenu avec ce dernier et constituait dès lors une charge déductible.

La jurisprudence relative à la mise en jeu de garanties liées aux cessions de droits sociaux est beaucoup plus fournie en matière judiciaire. Toutefois, les préoccupations des juges civils tiennent davantage à l'identification du bénéficiaire de la garantie (cessionnaire ou société cédée) qu'à l'impact financier de la somme reçue par le cessionnaire. Il en résulte que les critères de distinction entre garantie de passif stricto sensu et clauses de révision de prix sont encore imprécis, l'emploi des mots « garantie de passif » étant parfois exclusivement réservé à la garantie qui bénéficie à la société cédée tandis que la garantie qui bénéficie au cessionnaire est uniquement qualifiée de clause de révision de prix (en ce sens, V. *Cass. com.*, 11 mars 2008, n° 06-20.738, F-D, *Diallo c/ Andrieux*, préc.).

Le juge civil retient sans difficultés la qualification de réduction de prix lorsque les termes de la garantie sont clairs et précis : dans un cas où le cédant et le cessionnaire avaient signé une convention intitulée « garantie d'actif et de passif » qui stipulait que « les sommes dues au titre de la garantie ont juridiquement le caractère d'une diminution du prix des actions », la Cour de cassation a retenu la qualification de

clause de révision de prix (*Cass. com.*, 21 oct. 1997, *Sté Transports Lucien Robinet, Sté Transports Pierre Cassegrain c/ M. M. Cassegrain* : *BRDA* 1998/7, p. 3). Il en va de même d'une convention qui prévoit qu'en cas de diminution de l'actif net, l'écart négatif doit venir en diminution du prix de cession et que cette clause constitue une clause de révision de prix (*Cass. com.*, 18 déc. 2001, n° 2193, *FS-D* ; *Marduel c/ Plantevin, préc.*).

A contrario, le cessionnaire ne peut se plaindre des conséquences de la rédaction défectueuse de la garantie : c'est par une interprétation rendue nécessaire par les termes ambigus de la convention de cession qu'une cour d'appel a retenu que la garantie litigieuse ne constituait pas une clause de révision de prix (*CA Paris*, 3^e ch., 26 avr. 1990, *Avenier c/ SALF* : *BRDA* 1991/5, p. 10. – et sur pourvoi, *Cass. com.*, 28 janv. 1992, n° 90-15 935, *Avenier c/ SALF* : *JurisData* n° 1992-001495 ; *JCPG* 1992, I, 3612 ; *JCPE* 1992, I, 172, obs. A. Viandier et J.-J. Caussain).

B. - Contrôle par le juge de l'intention des parties exprimée dans l'acte : quels sont les critères de distinction ?

12 – Il est clair qu'en l'absence de stipulation expresse de la garantie de passif au bénéfice de la société cédée, elle ne bénéficie qu'au cessionnaire (*Cass. com.*, 11 mars 2008, n° 06-20.738, *F D*, *Diallo c/ Andrieux, préc.*).

Il nous semble que la somme reçue devrait être déduite du résultat du cessionnaire en application de la jurisprudence *Caron* chaque fois que les parties ont fait expressément mention de leur volonté de réviser le prix ou de garantir la valeur des titres cédés, soit dans l'intitulé soit dans le contenu d'une clause de garantie, dans la limite où la mise en jeu de la garantie ne se traduit pas par un prix négatif.

En l'absence de référence expresse au prix, il nous paraît réducteur de déduire de la seule dénomination « garantie de passif » donnée à la clause de garantie que la somme reçue par le cessionnaire a nécessairement un caractère indemnitaire qui constitue une recette imposable. On pourrait en effet défendre que la garantie constitue une clause de révision de prix si les parties ont fait varier le plancher ou le plafond de la garantie par référence au prix, ou si le montant du versement est calculé en utilisant les mêmes critères que ceux qui ont servi à calculer le prix (actif net réévalué, etc.), si de surcroît le cessionnaire a corrigé le prix d'entrée des titres dans ses livres. Pour l'instant, le silence de la jurisprudence administrative sur l'analyse des conventions de garantie de passif ne permet peut-être pas d'aller jusque-là.

Faut-il déduire de l'existence d'un plafond de la garantie supérieur au prix de cession, que les parties ont entendu écarter le caractère d'une révision de prix, comme l'a retenu la cour d'appel de Paris dans un arrêt du 26 avril 1990 (*CA Paris*, 3^e ch., 26 avr. 1990, *Avenier c/ SALF, préc.*) ? La réponse n'est pas évidente, car les parties peuvent avoir voulu donner à la somme versée au cessionnaire le caractère d'une réduction de prix à concurrence du prix, et celui d'une garantie de passif stricto sensu pour l'excédent.

En raison de la frontière un peu floue entre garanties de passif stricto sensu et clauses de révision de prix dans la jurisprudence, le professeur Le Cannu a émis le souhait que la jurisprudence « formule une règle de qualification par défaut des clauses de garantie en clauses de révision de prix ». Il avance notamment l'argument que « en raison des effets extraordinaires qu'elle produit (exposer le garant à verser plus que le prix reçu du cessionnaire, ce qui se conçoit difficilement sauf dans les cessions à prix symbolique) et du traitement fiscal défavorable qui lui est réservé, la garantie de passif stricto sensu devrait être réservée aux cas où les parties l'ont expressément voulue » (*P. Le Cannu note sous Cass. com.*, 11 mars 2008, n° 06-20.738, *F D*, *Diallo c/ Andrieux, préc.*).

Il s'agit d'une piste intéressante qui trouve sa logique dans le fait que le versement accordé au cessionnaire a pour objet de rétablir l'équilibre économique devant exister entre le prix d'achat des titres et leur valeur réelle. Ce versement n'a pas vocation à permettre à l'acheteur de réaliser une recette extraordinaire qui serait dépourvue de tout lien avec son activité ordinaire, mais avant tout nous semble-t-il d'afficher dans ses livres un prix d'acquisition des titres correspondant à la valeur réelle qu'il a entendu payer.

C. - Les incertitudes fiscales qui demeurent

13 – Le Conseil d'État n'a pas encore eu à trancher le sort de l'indemnité versée par une entreprise commerciale à titre de réduction de prix, mais on peut imaginer qu'il pourrait confirmer la solution donnée par la cour administrative d'appel de Paris du 10 juin 1993 dans l'arrêt *Sté Gallay* si l'occasion lui en était donnée. En effet, la société cédante qui agit dans le cadre de sa gestion commerciale en consentant une garantie de passif à la société cessionnaire ne peut se voir refuser la déduction d'une charge qui ne revêt pas un caractère anormal.

Par ailleurs, quel traitement fiscal appliquer à la somme reçue par le cessionnaire qui a fait jouer la clause de réduction de prix après avoir revendu les titres, mais sans avoir cédé la créance de garantie au sous-acquéreur ? La réponse n'est pas évidente dès lors que le corollaire du traitement de la somme reçue comme un remboursement de prix par le cessionnaire est la correction du prix des titres à son bilan.

On l'a compris, au vu des conséquences fiscales radicalement opposées qui s'attachent à la dénomination et à la rédaction des clauses de garantie par les parties (garantie de passif stricto sensu ou clause réduction de prix), celles-ci ont tout intérêt à préciser les effets qu'elles entendent donner à la garantie.

Roland POIRIER,
avocat associé,
Brandford-Griffith & Associés

MOTS-CLÉS : Frais et charges (BIC-IS) - Sommes versées en exécution d'une clause de garantie de passif - Non-déductibilité

JURISCLASSEUR : Fiscal ID, Fasc. 235-10, B. Delignières