

La pratique du «droit de suite» en matière de cession d'une participation

Dans le domaine des contrats ou dans celui des voies d'exécution, la terminologie «droit de suite» indique la prérogative donnée à certains créanciers, par exemple hypothécaire ou privilégié, d'exercer leurs droits sur un bien en quelque main qu'il se trouve.



Par Roy Arakellian,
avocat associé



et Pierre Hermet, avocat
associé, PDGB

En matière de cession de participation le «droit de suite» représente une des différentes formes d'ajustement de prix. Ce droit prévoit en faveur d'un actionnaire cédant le droit de percevoir ultérieurement à la cession de ses titres, un complément de prix, en cas de revente des titres de la société par le cessionnaire. Après avoir analysé les principes applicables au droit de suite nous verrons les conséquences fiscales qui peuvent en résulter.

1. Les principes applicables au droit de suite

La clause de droit de suite, qui dans la plupart des cas figurera dans un pacte d'actionnaires, introduit une clause d'ajustement du prix calculé sur le prix de la revente des actions, au cas où il y a un prix plus élevé au cas où la revente des actions intervient à un prix supérieur. En règle générale la durée d'application de la clause varie de 6 à 18 mois et elle ne s'applique qu'en cas d'augmentation de valeur, pratiquement jamais en cas de baisse. Cette clause contractuelle a un double but : (i) rééquilibrer le prix de vente qui peut être différent entre des cessions successives et (ii) accessoirement prévenir une tromperie entre les actionnaires (droit

de suite «sanction»).

Dans l'objectif d'un rééquilibrage, le vendeur, au moment de la vente de ses titres, estime que le potentiel économique de la société dont les titres font l'objet de la transaction est dans une certaine mesure au-dessus de celui agréé par l'acheteur. Néanmoins, afin d'accélérer la vente et de faciliter la transaction les parties acceptent d'introduire une clause de droit de suite qui satisfera les deux parties en cas

d'une cession ultérieure des titres avec une valorisation supérieure.

Le droit de suite calque dans ce cas les caractéristiques de l'earn out, également très usité dans les cessions, afin de tenir compte des performances de l'entreprise, mais contrairement à la clause earn-out le droit de suite n'a pas de lien direct avec le résultat de la société.

Dans l'objectif d'une prévention d'une tromperie, la philosophie de la clause est toute différente ; les parties signataires du pacte d'actionnaires veulent se prémunir contre l'agissement indélicat d'un des signataires qui ayant trouvé un acquéreur pour ses titres à un certain prix essaye d'acquérir ou faire acquérir par un tiers complice à un prix sous-évalué les actions des autres actionnaires.

Dans cette hypothèse, la clause de droit de suite, le plus souvent imposée par l'investisseur tout puissant au moment de son entrée au capital, peut être vécue par les autres actionnaires et plus particulièrement par les dirigeants comme une véritable sanction. Les raisons d'une telle appréciation sont nombreuses :

- incompatibilité avec le principe de «bonne foi» présumé par le Code civil ;
- captation par le créancier de droit de suite d'une augmentation de valeur postérieure à la cession qui pourrait être du notamment à la compétence du débiteur de droit de suite.

Aux potentiels de gains s'opposent les probabilités de pertes, et l'acheteur (débiteur du droit de suite) dans le cas de baisse de prix n'a aucune protection. Contrairement au surplus économique, la perte économique ne donne pas droit à un traitement équitable entre les parties.

Bien évidemment, ce raisonnement tombe s'il s'agit véritablement d'une indélité frauduleuse de l'acheteur débiteur du droit de suite.

Ceci étant exposé demeure la difficulté de rédaction de la clause afin de fixer les principes de répartition du prix. En pratique la rédaction la plus simple se trouve dans l'hypo-

Cette clause contractuelle a un double but : (i) rééquilibrer le prix de vente qui peut être différent entre des cessions successives et (ii) accessoirement prévenir une tromperie entre les actionnaires.

thèse du «droit de suite sanction» ; tout ou partie du supplément du prix est reversé au bénéficiaire du droit de suite par le débiteur de l'obligation. Ce dernier ne bénéficie pas ou peu de la plus-value supplémentaire qu'il a réalisé car il est obligé de reverser cette plus-value à son premier vendeur. Par exemple «A» (bénéficiaire du droit de suite) cède à «B» (débiteur du droit de suite) son action pour 100 euros, «B» cède la même action à «C» pour 150 euros, «B» devra verser à «A» 50 euros complémentaires.

Dans l'hypothèse de «droit de suite compensation», l'idée est d'avoir un prix moyen de vente identique. Dans l'exemple précédent «B» ne versera que 25 euros, les deux actionnaires ayant chacun touché in fine 125 euros.

Les exemples qui suivent montrent qu'une rédaction pour une répartition équitable n'est pas aisée.

Les choses se compliquent quand la clause doit s'appliquer plusieurs fois pendant la période avec des prix de cessions différents. «A» cède à «B» 2 actions pour 100 euros, «B» cède une première fois une action pour 150 euros et une deuxième fois pour 250 euros, le prix moyen des actions est de 200 euros $(150 + 250/2)$, «B» devra verser à «A» 100 euros complémentaires (2×50) , «A» et «B» auront eu in fine 150 euros par action.

Si pendant la période d'application de la clause de droit de suite «B» cède seulement une action, le prix moyen se calcule en principe seulement sur cette action, soit dans l'exemple précédent avec une seule action vendue pour 150 euros pendant la période, «B» versera à «A» 25 euros complémentaires.

Compliquons maintenant l'équation avec l'hypothèse où plusieurs actionnaires débiteurs de l'obligation cèdent à des prix différents. «A» cède 100 actions à «B», 100 à «C» et 100 à «D» ; chacun des trois cède par la suite la totalité des actions respectivement à 250, 350 et 450 euros. Chacun devra verser, à «A» respectivement 75, 125 et 175 euros complémentaires par action. On notera que cette mécanique n'a pas pour but d'égaler le montant du gain réalisé par chaque cédant, en effet chacun partage sa plus-value avec le créancier du droit de suite et il n'y a pas de pondération.

Ces exemples pourraient être multipliés, à chaque cas il faudra adapter une rédaction spécifique, en tenant compte, le cas échéant, des pondérations nécessaires pour un partage équitable.

2. Les conséquences fiscales

Il convient de distinguer les situations suivantes.

2.1. Le cédant est une personne non soumise au régime des bénéfices industriels et commerciaux

2.1.1. Régime fiscal chez le cédant, créancier du droit de suite

Les sommes versées par le cessionnaire au cédant bénéficiaire du droit de suite constituent un complément de prix imposable sous le régime des plus-values sur titres.

La question qui se pose est celle de la date d'imposition.

Précisons tout de suite que les sommes versées par le cessionnaire au cédant en application du droit de suite ne pourront pas être considérées comme un complément de

prix en application de l'article 150-0 A I.2 du CGI régissant les compléments de prix résultant d'une clause de earn-out et qui prévoit leur imposition au titre de l'année au cours de laquelle le complément est perçu¹. En effet, bien que la situation créée par le droit de suite soit, pour l'essentiel, comparable à celle qui résulte des clauses de earn-out, toutes les deux étant caractérisées par l'existence d'un complément de prix dépendant d'un événement futur, rien ne permet de raisonner par analogie dès lors que le législateur a clairement limité le champ de l'article 150-0 A I.2 du CGI aux cas d'indexation directement liée aux résultats de l'entreprise et que tel n'est pas le cas dans le droit de suite.

L'article 150-0 A I bis 1 du CGI place le fait générateur de l'imposition à la date de cession des titres par le bénéficiaire du droit de suite. Le complément de prix doit donc être imposé à cette date. Le principe est simple mais son application délicate dès lors que le complément de prix n'est pas connu à la date de la cession.

La jurisprudence impose la plus-value l'année de la cession sur une base incluant le complément de prix lorsque celui-ci peut être déterminé au 31 décembre de l'année de cession (CE CE 29 décembre 2000, n° 182185, 9° et 10° s.-s., Bellane, CAA Bordeaux 30 octobre 2007, n° 04-1812, 3° ch., Engelhard). Il ne résulte nullement de cette jurisprudence que le complément, qui n'a pas été imposé en application de ces principes, à la date de la cession puisse être imposé ultérieurement, à la date à laquelle le complément pourra être déterminé. Ce différé de la date du fait générateur de l'imposition étant spécifiquement prévu par la loi pour le seul cas des clauses d'earn-out en liaison avec l'activité de la société.

Le cédant se trouve dans la situation décrite par Monsieur Didier Migaud dans le rapport de la commission des finances pour la loi de finances pour 2000 : «Actuellement il n'existe qu'un seul fait générateur de l'imposition : la cession, la plus-value étant déterminée l'année de la cession. Le contribuable doit donc procéder à l'estimation du bénéfice retiré de la clause d'intéressement», et il précise : «Si la période d'imposition n'est pas encore prescrite, une correction est possible ; si la période d'imposition est prescrite, aucune correction n'est plus possible.»

A notre avis, compte tenu du caractère aléatoire du complément de prix résultant du droit de suite, il n'y a pas lieu de majorer le prix de cession servant à calculer la plus-value.

2.1.2. Régime fiscal chez le cessionnaire, débiteur du droit de suite

Pour le calcul de la plus-value, le prix d'acquisition devra tenir compte du complément de prix, indépendamment du fait que ce complément ait été ou non imposé entre les mains du cédant créancier du droit de suite.

2.2. Le cédant est une personne soumise au régime des bénéfices industriels et commerciaux

2.2.1. Régime fiscal chez le cédant, créancier du droit de suite

En matière de bénéfices industriels et commerciaux c'est le principe des créances acquises qui trouve à s'appliquer,

1. Article 94 de la loi de finances pour 2000, applicable au 1^{er} janvier 2000.

*Les sommes acquises
au cédant en exécution
du droit de suite deviennent
imposables si et quand
la cession ultérieure à
un prix qui déclenche
le droit de suite est
intervenue.*

le complément de prix résultant de l'exercice du droit de suite sera imposé lorsque celui-ci sera déterminé dans son principe et dans son montant. A la date de cession aucune somme correspondant au droit de suite n'est acquise au cédant. Dès lors il n'a pas à prendre en considération ce droit

pour calculer la plus-value. Les sommes acquises au cédant en exécution du droit de suite deviennent imposables si et quand la cession ultérieure à un prix qui déclenche le droit de suite est intervenue, date à laquelle elles seront devenues certaines et exigibles.

Le caractère éventuel du droit de suite n'enlève pas aux sommes versées le caractère de complément de prix dès lors que les sommes sont versées par le cessionnaire au

cédant en contrepartie de la cession des titres, elles seront donc soumises au régime des plus-values.

La documentation administrative (D. adm. 4 B-1-08 n° 156 et 157, 4 avril 2008) semble retenir une solution différente en considérant que tout «complément de prix subordonné à la réalisation de certaines conditions» doit être considéré comme un produit exceptionnel ou financier, au même titre

qu'un gain provenant d'une modalité de paiement, tels le produit d'une indexation ou les versements de rente viagère excèdent le capital constitué par le prix de vente. Cette doctrine précise que le régime de plus-values doit être réservé aux compléments de prix «exclusivement déterminés en fonction d'une indexation en relation directe avec l'activité de la société».

A notre avis cette doctrine est critiquable car elle assimile abusivement tout complément de prix subordonné à la réalisation de certaines conditions à un produit résultant d'une modalité particulière de paiement. Le complément de prix résultant du droit de suite est un élément du prix et non un produit résultant d'une modalité particulière de paiement.

2.2.2. Régime fiscal chez le cessionnaire, débiteur du droit de suite

Dès lors que les sommes en cause constituent un élément du prix de cession elles viennent augmenter le prix de revient des titres acquis par le débiteur du droit de suite.

En invoquant la doctrine précitée qui traite tout complément de prix subordonné à la réalisation d'une condition comme un profit exceptionnel ou un produit financier chez le cédant, le cessionnaire pourra prétendre déduire le complément versé de prix des résultats imposables aux conditions de droit commun. ■