

LA FRANCE ET L'EXIT TAX : UNE MEMOIRE DOULOUREUSE

Benjamin BRIGAUD

Juin 2011

1) L'ancien mécanisme d'Exit tax	1
L'exit tax remise au goût du jour pour des motifs budgétaires et politiques	2
Bref examen du dispositif (art 167 ter nouveau)	3
--- Le champ d'application du dispositif	3
--- Le régime institué par le dispositif	4
Les obstacles à l'application du dispositif : de désagréables réminiscences ressurgissent	5
L'exit tax : Et ailleurs ? Les mécanismes analogues institués par nos voisins	8

1) L'ancien mécanisme d'Exit tax

De 1998 à 2004, le transfert de domicile fiscal hors de France donnait lieu à l'imposition **des plus-values latentes afférentes à des participations supérieures à 25 %** (ancien article 167 *bis* du Code général des impôts (CGI)). Existait également un dispositif d'imposition **des plus-values de cession ou d'échange de valeurs mobilières et de droits sociaux en report d'imposition** (ancien article 167-1 *bis* dudit Code).

2) Un dispositif contraire aux libertés fondamentales du traité de l'UE

Le mécanisme de l'article 167 *bis* CGI a été jugé contraire au droit communautaire par l'alors CJCE (aujourd'hui CJUE) dans son arrêt C-9/02 *Lasteyrie du Saillant* en date du 11 mars 2004.

Un dispositif constituant une entrave à la liberté d'établissement

La CJUE a d'abord estimé que **les dispositions instituées par l'article 167 bis constituaient une atteinte à la liberté d'établissement.**

Il existait certes **un mécanisme de sursis de paiement** mais celui-ci n'était appliqué que sur option et sous certaines conditions, notamment des garanties, jugées trop lourdes par la Cour.

Pour tenter de justifier cette entrave, l'objectif de lutte contre l'évasion fiscale était, parmi d'autres, invoqué. **Mais la CJUE a considéré que cet objectif aurait pu être atteint en recourant à des mesures moins restrictives.**

Dans la dialectique, redondante pour de nombreux pays européens, entre lutte contre évasion fiscale et formation d'un marché intérieur européen, la seconde pose des limites à la mise en œuvre de la première.

Les foudres rétroactives de la CJUE s'abattaient donc sur ce mécanisme. Un dispositif similaire est néanmoins aujourd'hui de nouveau mis en place pour des motifs budgétaires et politiques.

L'exit tax remise au goût du jour pour des motifs budgétaires et politiques

1) Les impératifs budgétaires à l'origine du dispositif

Dans une perspective structurelle d'une part: la **dégradation progressive des finances publiques exacerbée par la crise**

Dans une perspective conjoncturelle d'autre part : la **nécessité de financer la réforme de l'ISF**

2) Les justifications politiques du dispositif

En premier lieu, selon la fin visée par ce mécanisme : tentatives de limitation de l'**évasion fiscale**

En deuxième lieu, selon les personnes affectées par ce mécanisme : nécessité de **solidarité et de contribution au financement de services publics ayant concouru à leur réussite matérielle.**

En troisième lieu, dans une perspective plus générale, selon la cohérence de la réforme au regard du départ à l'étranger pour des motifs fiscaux, comme l'indique le rapport présenté par M. Gilles Carrez : **la réforme vise clairement à faire obstacle aux départs à l'étrangers.** Cet objectif se décline sous deux angles : d'une part, par **un acte de suppression, en supprimant une des dimensions fiscales incitant habituellement au départ à l'étranger** (le caractère confiscatoire de l'ISF) ; d'autre part, **par un acte de création, en créant un dispositif renchérissant ce même départ** (l'*exit tax*). La suppression incite en amont, la création entrave en aval.

En quatrième lieu, et toujours dans une perspective de cohérence de la réforme, selon la nature de la matière imposable visée par cette dernière : **moindre taxation des éléments du patrimoine** (dimension *statique*) d'un côté, **imposition accrue des « mouvements » du patrimoine** (dimension *dynamique* : successions ; donations ; cessions) d'un autre côté. L'exception à cette tendance demeure la taxation sur les résidences secondaires des non résidents (sans omettre la simplification du régime fiscal des pactes d'actionnaires), qui, à l'inverse, témoigne d'une imposition accrue d'un élément statique du patrimoine. **Peut-être peut-on déceler ici une autre tendance de la réforme, basée sur la distinction entre résidents et non résidents (ou entre domiciliés et non domiciliés) avec la plus forte mise à contribution des seconds au profit des premiers...** L'assimilation posée

et le transfert d'imposition opéré par ce dispositif constituent d'ailleurs une décision politique reprenant clairement ce départ entre résidents et non résidents...

→ Une décision politique reposant sur une assimilation ainsi qu'un transfert de la charge d'imposition

Le champ d'application de l'*exit tax* reflète une décision politique fondée sur :

-1) une assimilation d'une part

Cette assimilation résulte d'une **confrontation entre la lettre du texte d'une part et l'esprit du dispositif d'autre part.**

S'agissant de *la lettre du texte* (nous prenons ici le projet de loi avant amendement), celui-ci vise « **Les contribuables fiscalement domiciliés en France pendant les six années précédant le transfert hors de France de leur domicile fiscal** ».

S'agissant de *l'esprit du texte*, l'exposé des motifs précise que **ce mécanisme est institué « dans l'objectif de limiter l'évasion fiscale ».**

Ainsi, **une assimilation semble s'opérer entre le changement de domicile fiscal des résidents d'une part, la réalisation d'une manœuvre d'évasion fiscale d'autre part.**

Même si cette perspective peut être justifiée par les différences parfois considérables entre le taux d'imposition sur les plus-values en France et dans les autres pays (notamment la Belgique), **le recours à une clause de sauvegarde aurait pu être imaginé.**

Il pourra en outre être rétorqué que **le champ d'application ratione personae du dispositif, restreint aux contribuables détenant des participations d'une certaine importance, en fait clairement un mécanisme anti-abus.**

Ce dispositif est aussi présenté politiquement comme un des **moyens de financement de la réforme de l'ISF, témoignant clairement d'un transfert du poids de l'imposition.**

- 2) un transfert de la charge d'imposition d'autre part

Dans son rapport n° 111 déposé le 18 novembre 2010, **Philippe Marini rappelait la nécessité de trouver des recettes de substitution** face à la future réduction des ressources issue de la réforme de l'ISF.

L'*exit tax* n'était alors certes pas encore à l'ordre du jour, mais constitue aujourd'hui l'une de ces recettes de substitution. Une partie du poids du financement de la réforme de l'ISF est donc **transférée sur les épaules des non-résidents.**

Bref examen du dispositif (art 167 ter nouveau)

--- Le champ d'application du dispositif

S'agissant de *son application substantielle*, sont incluses dans le champ d'application du dispositif les personnes satisfaisant cumulativement deux conditions.

1) **Une condition liée au domicile : les contribuables fiscalement domiciliés en France pendant les six années précédant le transfert hors de France de leur domicile fiscal** (la Commission des Finances de l'Assemblée Nationale a ici adopté un amendement, le n°1257, incluant dans le champ du dispositif les personnes ayant passé six années en France, parmi les dix dernières années dans le but d'éviter qu'une personne change de résidence durant les six dernières années pour éviter l'imposition)

2) **Une condition liée à la détention d'une participation au sein d'une société**, définie selon différents critères (disposition alternative)

S'agissant de son *application temporelle*, **le dispositif vise les transferts de domicile effectués à compter du 1^{er} mars 2011, date à laquelle le projet a été rendu public**. Cette **rétroactivité** soulève d'ailleurs de nombreux débats.

--- Le régime institué par le dispositif

Fait générateur de l'exit tax : Lors du transfert du domicile hors de France

Base d'imposition : Plus-values latentes sur droits sociaux ou valeurs mobilières + certaines PV préalablement placées en report d'imposition

Taux : 19% à compter du 1^{er} janvier 2011 (CGI, art. 200 A-2) + 12,3% (au titre de l'année 2011) de prélèvements sociaux (CSS, art. L 136-6).

Abattements : **Application des abattements prévus pour les PV habituelles permettant une exonération en cas de non cession des titres pendant un délai de 8 ans (mais distinction selon que les titres ont été acquis avant ou après 2006) .**

Paiement de l'exit tax : **Lors du départ de France** sauf cas de sursis de paiement.

Sursis de paiement : **Mécanisme automatique de sursis de paiement en cas de transfert de domicile vers l'UE ou l'EEE** (sous certaines conditions). A l'inverse, **constitution de garanties en cas de transfert de domicile vers des Etats tiers**.

Expiration du sursis de paiement : **en cas de transmission à titre onéreux des droits sociaux ou valeurs mobilières sur lesquels ont été constatées les PV latentes** (excepté, en vertu d'un amendement adopté par l'Assemblée Nationale, les opérations dites « *intercalaires* », c'est-à-dire les opérations d'échanges réalisées dans certaines conditions).

Evènement purgeant la PV s'il était intervenu en France (donation; décès) lors du séjour à l'étranger : En règle générale (mais sous d'importantes réserves pour les donations), **dégrèvement de l'impôt en sursis de paiement ou restitution de l'impôt déjà payé**

Cas de retour en France : En cas de conservation des titres, le contribuable est replacé dans les mêmes conditions que celles dans lesquelles il se trouverait s'il n'était jamais parti (**restitution de l'impôt éventuellement acquitté**).

Cas de non-retour en France 8 ans après l'année du transfert de domicile : **dégrèvement d'office, ou, le cas échéant, restitution (pour l'impôt mais pas pour la contribution sociale)**

Cession lors du séjour à l'étranger : la plus-value retirée lors de la transmission des titres sert de base d'imposition; **application des abattements pour durée de détention ;**

L'imposition étrangère taxant la même assiette est imputée sur l'impôt français (avec deux limitations liées au taux d'imposition d'une part, au montant de l'impôt d'autre part. Cela s'inscrit **pleinement dans la tradition française de l'imputation, ainsi que dans les limites usuelles posées par la législation française à cette imputation, telles que la règle du butoir**).

Obligations déclaratives : Déclaration de l'adresse du nouveau domicile fiscale + **Déclaration des PV latentes** sur la déclaration d'IR l'année suivant celle du transfert de domicile (avant le 1^{er} mars) ; **En cas de sursis de paiement, déclaration notamment du montant de l'impôt placé en sursis de paiement** chaque année et **de la nature et la date de l'évènement emportant expiration dudit sursis** l'année suivant la survenance de l'évènement précité.

Les obstacles à l'application du dispositif : de désagréables réminiscences resurgissent

1) L'obstacle issu du droit de l'UE d'une part:

Au regard de l'*impôt sur le revenu* d'abord, **le dispositif ne doit pas méconnaître les libertés fondamentales de l'UE.**

Au regard des *contributions sociales* ensuite, **si le sursis de paiement n'est pas appliqué, l'imposition au titre des contributions sociales en vertu de l'article L 136-6 CSS constituerait une entrave aux libertés fondamentales de l'UE** (notons que l'ancien mécanisme était exclusivement fiscal, et ne donnait donc pas lieu à des prélèvements sociaux).

La Commission des finances du Sénat estime d'ailleurs que **cet effort de conformité au droit de l'UE se solde par une certaine complexité du dispositif.** Ainsi, en sus de la **nécessaire complexité de la fiscalité issue de l'obligation de prendre en compte toutes les situations, celle-ci se trouve amplifiée par les influences exercées par des droits « venus d'ailleurs », pour reprendre l'expression du professeur Jean Carbonnier.** A cette influence issue du droit de l'UE, doit s'ajouter celle issue des conventions fiscales internationales.

2) L'obstacle issu des conventions fiscales internationales d'autre part

En vertu de l'article 13 du modèle de convention OCDE afférent aux gains en capital, **le droit d'imposer les plus-values de cession de droit sociaux est conféré à l'Etat de résidence du cédant (même si des exceptions à ce modèle existent : c'est le cas des conventions comportant des clauses de participation substantielle, ou encore des conventions signées avec les Etats-Unis et le Royaume-Uni, comportant une sorte de « droit de suite »** pour les contribuables ayant transféré leur domicile. Dans la même perspective, la Suède et la Finlande conserve le droit d'imposer leurs « anciens résidents » lors de leur séjour à l'étranger, et ce durant une certaine période).

En raison de **l'usage répandu du modèle OCDE, il s'avérait nécessaire d'instituer un dispositif dans lequel le principe, le champ et l'assiette de l'imposition étaient fixés avant que le contribuable ne transfère son domicile** (même si d'aucuns estiment que de telles précautions ne sauraient être suffisantes ou relèveraient d'une mauvaise foi dans l'application des conventions internationales- cf l'article de Maître Le Mentec, Droit fiscal n° 22, 2 Juin 2011, act. 175).

—> Quand le bicamérisme français s'exprime : les modifications apportées par les députés au présent texte

Le double élargissement du dispositif opéré par l'Assemblée Nationale

Outre des modifications relatives au calcul de la plus-value (notamment une sévérité croissante s'agissant des modalités d'imputation des moins-values réalisées à l'étranger), l'Assemblée Nationale, intervenant en première lecture, a consacré un double élargissement de l'exit tax. Cette extension vise le champ d'application d'une part, l'assiette d'autre part.

--- S'agissant du champ d'application *ratione personae* : Sont ainsi assujettis, non seulement les personnes fiscalement domiciliées en France pendant les six années précédant le transfert de leur domicile hors de France, mais également les contribuables domiciliés durant six des dix dernières années antérieures au transfert de leur domicile. De surcroît, la totalité des contribuables effectuant un transfert de leur domicile hors de France et bénéficiant d'un report d'imposition seront également frappés par cette taxe.

--- S'agissant de l'assiette : Alors que le projet visait seulement les « sociétés passibles de l'impôt sur les sociétés ou d'un impôt équivalent », un amendement du député Gilles Carrez intègre à la taxe les titres détenus dans des sociétés de capitaux ayant opté pour le régime fiscal des sociétés de personnes et celles exonérées de l'impôt sur les sociétés.

La remise en cause de la « nature anti-abusive » du dispositif

--- L'extension du dispositif aux personnes bénéficiant d'un report d'imposition : Si l'extension du champ d'application aux personnes domiciliées durant six des dix dernières années se justifie pleinement (la condition de six années consécutives pouvant être aisément contournée en transférant son domicile une fois lors de cette période), l'application de la taxe aux contribuables bénéficiant d'un report d'imposition résulte d'un amendement ayant recueilli un avis défavorable du Gouvernement.

--- Une extension heurtant la nature anti-abusive du dispositif : Selon le Gouvernement, cet amendement porte atteinte à l'esprit même du dispositif : celui-ci n'est alors plus un dispositif anti-abus, mais un mécanisme frappant l'ensemble des plus-values latentes. On rappellera au passage que, comme le revendiquaient certains auteurs à l'égard de l'article 212 CGI issue de la LF pour 2011 (amendement Marini afférent à l'inclusion des prêts *back-to-back*, c'est-à-dire des prêts revêtus de sûretés apportées par des sociétés liées à celle souscrivant le prêt, dans le calcul du ratio de sous-capitalisation), une des caractéristiques des clauses anti-abus devrait être l'existence d'une clause de sauvegarde...

Cet amendement pourrait d'ailleurs soulever des interrogations au regard du droit de l'UE : Cet amendement donnerait lieu à une discrimination car des transferts de domicile des contribuables au sein du territoire français, sans franchissement de frontière, n'emporteraient pas la perte du bénéfice de ces reports (la France ne manquerait alors pas de faire valoir la difficulté de suivre le devenir des reports d'impositions dans le chef des contribuables domiciliés à l'étranger).

→ Quand le bicamérisme français s'exprime : les modifications apportées par les sénateurs au présent texte

La position de la Commission de finances du Sénat

S'agissant de l'appréciation globale du dispositif, la Commission des finances du Sénat analyse le dispositif à travers son influence sur les acteurs économiques : **la dissuasion**. Elle estime que cet objectif est poursuivi de manière adéquate en permettant par exemple la taxation au titre des cotisations sociales.

S'agissant de l'extension de l'assiette de l'imposition, elle se déclare **favorable à l'extension de l'assiette de la taxe aux sociétés assujetties à l'IR et aux sociétés exonérées d'IS**. Mais elle va plus loin **en intégrant les actions et parts détenues respectivement dans les SICAV et FCP**.

Une remise en cause de l'identité des personnes visées par ce dispositif

L'objectif du dispositif au travers des personnes visées: **Celui-ci semblait avoir pour objectif de départ la taxation des anciens dirigeants et actionnaires importants détenant des participations substantielles**.

La déviation de cet objectif opérée par l'amendement proposé par la Commission des finances du Sénat : **Or, un contribuable détenant des parts de FCP ou des actions de SICAV n'exerce pas, par cette seule détention, une activité comparable à celle d'un dirigeant ou d'actionnaires importants...** En tout état de cause, cette ultime préconisation semble réorienter l'objectif du dispositif. Il conviendra par ailleurs de **rester attentif à l'impact d'un tel amendement sur l'industrie française de la gestion d'actifs**.

C'est donc une extension des fins du dispositif qui transparaît au travers de cet amendement proposé au sein de la Commission des finances du Sénat.

Les effets probables de l'exit tax : les conséquences enchanteresses d'une relation désenchantée ?

1) Sur l'instigateur du dispositif: l'Etat

Des recettes supplémentaires : Pour chaque année complète au cours de laquelle le mécanisme serait en vigueur, **les recettes supplémentaires sont estimées à 189 millions d'Euros**.

Des recettes conservées : **Mais l'intérêt principal du mécanisme, comme en témoigne son « esprit », réside davantage dans les moindres pertes qu'il permet** (les contribuables ne s'exilant pas demeurent en effet soumis à l'impôt en France) plutôt que dans ses recettes additionnelles.

Mais, outre des invectives techniques liées à l'absence de prise en compte de certains paramètres (comme l'imputation de l'impôt étranger payé au titre de cette même plus-value), une importante limite, provenant, comme souvent en matière de politique économique, de **la**

réaction des acteurs économiques affectés par cette réforme, doit être posée à ces recettes potentielles.

2) Sur les personnes visées par le dispositif : les entrepreneurs et actionnaires importants

Dans une *perspective microéconomique*, les entrepreneurs, ne pouvant plus se rendre à l'étranger aux fins de bénéficier d'une fiscalité avantageuse, pourraient décider de ne plus exercer leur activité en France. L'exonération des PV sur titres au bout de huit ans pourrait toutefois les rassurer et fortement atténuer l'effet d'éviction susmentionné.

Dans une *perspective macroéconomique*, le maintien en France de ces forces vives, dissuadées de s'exiler à l'étranger, permettrait toutefois de stimuler les capacités d'investissement de/dans l'économie française.

L'exit tax : Et ailleurs ? Les mécanismes analogues institués par nos voisins

1) Les mécanismes analogues d'autres Etats Membres

Trois Etats-Membres de l'Union Européenne appliquent un mécanisme analogue à celui que la France souhaite instituer: les Pays-Bas, l'Allemagne et le Royaume-Uni.

	<u>Champ d'application</u>	<u>Date d'imposition</u>	<u>Aménagement des modalités de paiement de l'impôt</u>
<u>Pays-Bas</u>	<p><u>Champ d'application</u> <i>ratione materiae</i> :</p> <p>Taxation de l'accroissement de valeur des actifs constatée</p>	Transfert du domicile	<p><i>Report de l'imposition effective</i> à la réalisation d'un fait générateur (tel que la cession)</p> <p><i>Renonciation à l'impôt</i> à l'issue d'une période de 10 années</p>

<p><u>Allemagne</u></p>	<p><u>Champ d'application ratione personae</u> :</p> <p>personnes résidentes depuis au moins 10 années à la date de leur départ</p> <p><u>Champ d'application ratione materiae</u> : Pv constatées sur certaines participations dans des sociétés allemandes</p>	<p>Transfert du domicile (imposition au taux de 28,48%)</p>	<p><u>Faculté d'échelonnement</u> pendant une période maximale de cinq ans</p> <p><u>Report d'imposition</u> : contribuables s'installant dans un Etat partie à l'EEE et lié à l'Allemagne par un accord d'assistance administrative en matière de recouvrement; Fin du report en cas de cession des participations</p> <p><u>Expiration du report</u> au terme d'un délai de 5 ans sauf si le contribuable montre que son séjour à l'étranger est motivé par des raisons professionnelles et que son intention est de revenir s'installer en Allemagne.</p> <p><u>Exonération d'imposition</u> si le contribuable redevient résident allemand lors des cinq années suivant son transfert, et ce sans céder ses actifs</p>

<p><u>Royaume-Uni</u> (« <i>Re-entry charge</i> » - Section 10 A du Taxation of Chargeable Gains Acts de 1992)</p>	<p><i>Champ d'application ratione personae</i> : le contribuable doit avoir été résident fiscal avant son départ (au moins 4 des 7 années précédentes)</p> <p><i>Champ d'application ratione materiae</i> : l'ensemble des revenus rapatriés (et non uniquement les PV)</p>	<p>Retour après un séjour de moins de 5 années à l'étranger (assujettissement à la « capital gains tax » et disposition qui peut être écartée par les conventions fiscales bilatérales)</p>	
---	---	---	--

Tableau élaboré au moyen des rapports Carrez et Marini afférents au projet de Loi de Finance Rectificative 2011

2) Les doutes émis par Gilles Carrez au regard de l'euro-compatibilité du mécanisme allemand

Monsieur le Rapporteur Général, Gilles Carrez, lors de la discussion relative à l'*exit tax* s'étant tenue au sein de la Commission des finances de l'Assemblée Nationale, exprima d'ailleurs son étonnement à l'égard du dispositif allemand. Il estime en effet qu'un tel mécanisme, en ce qu'il frappe les PV latentes, sans effet suspensif retardant l'imposition au moment d'une éventuelle cession, méconnaît le principe de liberté d'établissement consacré par le droit de l'Union Européenne.

A l'appui de son assertion, Gilles Carrez fait valoir la position de l'alors CJCE au point 46 du célèbre arrêt Lasteyrie du Saillant, lequel comporte les énonciations reproduites ci-après (surlignées et soulignées par nos soins): « *En effet, le contribuable désireux de transférer son domicile en dehors du territoire français, dans le cadre de l'exercice du droit que lui garantit l'article 52 du traité, est soumis à un traitement désavantageux par rapport à une personne qui maintient sa résidence en France. Ce contribuable devient redevable, du seul fait d'un tel transfert, d'un impôt sur un revenu qui n'est pas encore réalisé et dont il ne dispose donc pas, alors que, s'il demeurait en France, les plus-values ne seraient imposables que*

lorsque et dans la mesure où elles ont été effectivement réalisées. Cette différence de traitement concernant l'imposition des plus-values, qui est susceptible d'avoir des répercussions considérables sur le patrimoine du contribuable désireux de transférer son domicile hors de France, est de nature à décourager un contribuable de procéder à un tel transfert. »

Ainsi, différents dispositifs d'exit tax existent déjà au sein de l'Union Européenne, la France s'inspire donc de manière sélective des mécanismes susmentionnés, en prenant garde à ne pas porter atteinte aux Libertés Fondamentales de l'Union Européenne.