



Rapport présenté par Mr. Christian Eckert (AN)

Projet de loi de finances rectificative pour 2012 (n° 403),

Article 16

Précisions des modalités d'imposition en cas de transfert de siège ou d'établissement stable hors de France

I.– le droit existant	2
a.– un mécanisme d'exit tax dont la base juridique est assez complexe	2
1.– le regime general.....	2
2.– l'exception du transfert dans un autre état membre.....	2
3.– une exception a cette exception	2
b.– un mécanisme remis en cause par la cour de justice de l'union européenne ...	3
ii.– le droit proposé	5
a.– l'ouverture d'une option en faveur d'un paiement fractionné de l'exit tax	5
1.– une distinction plus claire du regime de taxation applicable selon la destination du transfert.....	5
2.– les nouvelles caracteristiques de l'exit tax.....	6
b.– l'entrée en vigueur et l'effet budgétaire	8
texte du projet de loi :	9

Observations et décision de la Commission :

Le présent article a pour objet de tirer les conséquences de la jurisprudence de la Cour de Justice de l'Union européenne. Dans deux arrêts assez récents, celle-ci a estimé que les mécanismes d'*exit tax* ayant pour effet d'imposer de manière immédiate les plus-values latentes sur les actifs d'une société transférés d'un État de l'Union européenne vers un autre portent une atteinte disproportionnée au principe de liberté d'établissement, consacré par l'article 49 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne.

Ces deux arrêts ne concernaient pas la législation française, mais les législations néerlandaise et portugaise. Le code général des impôts prévoit cependant, selon des modalités au demeurant peu claires, un dispositif identique. Afin d'éviter une condamnation ultérieure de la France au titre de ce dispositif, le Gouvernement entend par le présent article offrir aux entreprises concernées la possibilité de fractionner le

paiement de leur impôt, l'option en faveur d'un paiement différé étant considérée par la Cour comme une condition de conformité de l'*exit tax* au droit de l'Union européenne.

I.– LE DROIT EXISTANT

A.– UN MÉCANISME D'EXIT TAX DONT LA BASE JURIDIQUE EST ASSEZ COMPLEXE

1.– Le régime général

En application du 2 de l'article 221 du code général des impôts (CGI), le **transfert à l'étranger du siège** ou d'un établissement d'une entreprise redevable de l'impôt sur les sociétés (IS) entraîne – à l'instar de la dissolution de la société ou de la création d'une personne morale nouvelle – les conséquences fiscales de la cessation d'entreprise. Il en résulte que **les bénéfices qui n'ont pas encore été imposés le sont immédiatement**, par une forme d'*exit tax*, afin d'assurer au Trésor public le recouvrement de l'impôt, qui pourrait à défaut être menacé par la disparition de l'entreprise.

2.– L'exception du transfert dans un autre État membre

Afin de mettre la législation française en conformité avec le droit de l'Union européenne⁽⁶³⁾, l'article 34 de la loi de finances pour 2005⁽⁶⁴⁾ a prévu une **exception** au principe de taxation immédiate des bénéfices en cas de transfert à l'étranger.

Le dernier alinéa du 2 de l'article 221 dispose en effet que « *le transfert de siège dans un autre État membre de la Communauté européenne, qu'il s'accompagne ou non de la perte de la personnalité juridique en France, n'emporte pas les conséquences de la cessation d'entreprise* ».

3.– Une exception à cette exception

L'évaluation préalable annexée au présent article indique que « *cette exception au principe de la cessation d'entreprise ne s'applique que dans la mesure où le transfert de siège d'une société française dans un autre État membre ne s'accompagne pas du transfert total des actifs* ».

Le transfert total des actifs entraîne donc, en l'état du droit en vigueur, l'imposition immédiate :

– des bénéfices d'exploitation dégagés depuis la date d'ouverture de l'exercice en cours ;

– des bénéfices en sursis d'imposition (notamment les provisions constituées en franchise d'impôt et les plus-values issues de fusions antérieures) ;

– des plus-values latentes afférentes aux éléments d'actif immobilisé⁽⁶⁵⁾.

Même en cas de transfert partiel, la taxation immédiate des actifs transférés est possible (à l'exclusion, donc, des actifs maintenus au bilan d'un établissement stable français⁽⁶⁶⁾) : l'évaluation préalable indique que dans ce cas, « *seules les plus-values latentes afférentes aux éléments d'actif immobilisé transférés sont immédiatement taxables* ». Les bénéfices d'exploitation et les bénéfices en sursis d'imposition restent en effet taxables en France du fait du maintien d'un établissement stable.

Ces « exceptions à l'exception » ne sont toutefois pas expressément prévues par l'article 221 du CGI. Dans leurs commentaires précités de l'article 17 du projet de loi de finances pour 2005, les Rapporteurs généraux d'alors indiquaient que seraient seules soumises à taxation immédiate, en cas de transfert de siège au sein de l'Union, « *les plus-values afférentes aux actifs réellement transférés dans le pays d'accueil ou cédés lors du transfert de siège* ».

Selon certains commentateurs, la possibilité d'imposer les plus-values latentes résulte de « *la simple application du droit commun [...]. Une simple sortie de bilan constitue en effet une "cession" rendant exigible l'impôt de plus-values [...]. Il en va ainsi d'un transfert d'actif d'un bilan français vers un bilan étranger. À strictement parler, c'est donc la sortie des actifs hors de France qui constitue l'événement imposable, et non le transfert du siège à l'étranger qui, en tant que tel, n'emporte pas cessation d'entreprise* »⁽⁶⁷⁾. Le même auteur indique que la position selon laquelle les plus-values latentes sont imposables lors du transfert d'actifs « *est défendue par l'administration fiscale et figure dans un projet d'instruction, qui n'a jamais été publié* »⁽⁶⁸⁾. Cette affirmation n'a pas été démentie auprès du Rapporteur général.

Il lui a en revanche été confirmé que la taxation immédiate des bénéfices d'exploitation et des bénéfices en report en cas de transfert total des actifs résulte de l'application des dispositions de droit commun (2 de l'article 221), qui assimilent un tel transfert à la disparition du sujet fiscal, rendant nécessaire l'établissement de l'impôt *sine die*.

B.- UN MÉCANISME REMIS EN CAUSE PAR LA COUR DE JUSTICE DE L'UNION EUROPÉENNE

- La taxation immédiate des plus-values latentes en cas de transfert d'actifs au sein de l'Union européenne a récemment été remise en cause par la jurisprudence. La Cour de Justice de l'Union européenne (CJUE) a en effet jugé que le régime de taxation néerlandais – similaire au nôtre – portait une atteinte disproportionnée au principe de liberté d'établissement posé par l'article 49 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (**29 novembre 2011, *National Grind Indus BV*, affaire C-371/10**).

Cette décision s'inscrit dans la ligne jurisprudentielle tracée par l'arrêt *Lasteyrie du Saillant* du 11 mars 2004 (affaire C-9/02), dans lequel la même Cour a déclaré contraire à la liberté d'établissement l'*exit tax* qui frappait, en application de l'article 167 *bis* du CGI, les plus-values latentes sur les droits sociaux des personnes physiques transférant leur domicile fiscal hors de France.

- La législation néerlandaise considérée prévoit l'**imposition immédiate des plus-values latentes** afférentes aux actifs transférés à l'occasion d'un transfert du

siège d'une société de droit néerlandais vers un autre État membre de l'Union européenne (UE). Les plus-values latentes n'étant pas imposées à l'occasion du transfert du siège d'une même société à l'intérieur du territoire néerlandais, mais uniquement lors de leur éventuelle réalisation (donc lorsqu'elles ne sont plus latentes), la législation nationale crée un **désavantage de trésorerie** au détriment de la société dont le siège est transféré dans un autre État. La Cour a jugé qu'en ce sens, elle est constitutive d'une **restriction à la liberté d'établissement**.

● Par application d'une jurisprudence constante, **une restriction à la liberté d'établissement peut cependant être admise** si elle se justifie par des raisons impérieuses d'intérêt général et qu'elle n'excède pas ce qui est nécessaire pour atteindre les objectifs fixés, en vertu du principe de proportionnalité (CJUE, 13 décembre 2005, *Marks & Spencer*, affaire C-446/03).

Le même arrêt reconnaît la préservation du pouvoir d'imposition entre les États membres comme un objectif légitime, pouvant justifier une restriction à la liberté d'établissement. La Cour a en conséquence jugé que le transfert du siège d'une entreprise dans un autre État membre ne contraint pas l'État d'origine à renoncer à imposer une plus-value née avant le transfert (12 décembre 2006, *Test Claimants in Class IV of the ACT Group Litigation*, affaire C-374/04).

La Cour a ainsi jugé que **le pouvoir d'imposition de la plus-value latente par l'État d'origine au moment du transfert ne porte pas, en tant que tel, une atteinte disproportionnée au principe de liberté d'établissement** tel que posé par l'article 49 du traité.

● Comme le relève l'avocat général dans ses conclusions, « *il est considérablement plus difficile d'évaluer si le recouvrement immédiat de la dette fiscale est, lui aussi, compatible avec le principe de proportionnalité* » ⁽⁶⁹⁾.

La Cour a posé comme postulat de bon sens que « *le recouvrement de la dette fiscale au moment de la réalisation effective, dans l'État membre d'accueil, de l'actif pour lequel une plus-value a été constatée par les autorités de l'État membre d'origine à l'occasion du transfert [...] tend à éviter les problèmes de trésorerie que le recouvrement immédiat de l'imposition due sur les plus-values latentes pourrait générer* » ⁽⁷⁰⁾. Mais la Cour a reconnu, comme l'avocat général, que **le suivi des actifs transférés** – indispensable si la taxation des plus-values latentes doit intervenir au moment de la cession de l'actif – **pourrait générer pour l'entreprise une charge administrative constituant « une entrave à la liberté d'établissement qui ne serait pas nécessairement moins attentatoire à cette liberté que le recouvrement immédiat de la dette fiscale »** ⁽⁷¹⁾.

En conséquence, seul un dispositif optionnel a été jugé par la Cour conforme au principe de proportionnalité, dans les termes suivants : « *une réglementation nationale offrant le choix à la société qui transfère [...] entre, d'une part, le paiement immédiat du montant de l'imposition, qui crée un désavantage en matière de trésorerie pour cette société mais la dispense de charges administratives ultérieures, et, d'autre part, le paiement différé du montant de ladite imposition, [...] qui est nécessairement accompagné d'une charge administrative pour la société concernée, liée au suivi des actifs transférés, constituerait une mesure qui, tout en étant propre à garantir la répartition équilibrée du pouvoir d'imposition entre les*

États membres, serait moins attentatoire à la liberté d'établissement que la mesure en cause au principal » (à savoir l'imposition nécessairement immédiate des plus-values latentes)⁽⁷²⁾.

- La Cour a eu l'occasion de confirmer la jurisprudence ainsi bâtie dans un arrêt *Commission contre Portugal* du 6 septembre 2012 (affaire C-38/10). Elle en a étendu la portée à l'imposition des plus-values latentes afférentes au transfert des actifs d'un établissement stable d'un État membre vers un autre État membre (sans que ce transfert s'accompagne nécessairement du transfert du siège).

Dans ses conclusions, l'avocat général a proposé de reconnaître une autre alternative à la taxation immédiate en cas de transfert d'actifs, en plus du paiement différé de l'impôt : « *offrir également aux sociétés le choix d'échelonner le paiement de la dette fiscale, [...] par exemple lors d'échéances annuelles ou en fonction de la réalisation des plus-values, [peut] constituer une mesure adéquate et proportionnée à l'objectif de préservation de la répartition équilibrée du pouvoir d'imposition entre les États membres* »⁽⁷³⁾.

- **L'exit tax française, qui impose automatiquement les plus-values latentes au moment de leur transfert, serait donc vraisemblablement jugée contraire au droit de l'Union en cas de contentieux.**

L'évaluation préalable annexée au présent article indique que « *la Commission a d'ailleurs d'ores et déjà adressé une lettre à la France le 17 avril 2012 l'interrogeant sur son régime de taxation immédiate prévu au 2 de l'article 221 du code général des impôts* ».

II.– LE DROIT PROPOSÉ

A.– L'OUVERTURE D'UNE OPTION EN FAVEUR D'UN PAIEMENT FRACTIONNÉ DE L'EXIT TAX

En l'absence de modification législative, la France devrait appliquer pleinement l'exception prévue au dernier alinéa du 2 de l'article 221 du CGI, et conséquemment exonérer d'impôt sur les sociétés les transferts d'actifs au sein de l'Union européenne. Le manque à gagner potentiel n'est pas chiffrable. L'objectif du présent article est de mettre le droit français en conformité avec les prescriptions de la CJUE, afin de permettre, sans risque juridique, la taxation de ces transferts.

1.– Une distinction plus claire du régime de taxation applicable selon la destination du transfert

Il est proposé de distinguer clairement, au sein du 2 de l'article 221 du CGI, le régime applicable aux transferts de siège ou d'établissement hors de l'Union européenne du régime applicable au transfert d'éléments d'actifs en son sein.

Il y a lieu de préciser à cet égard que **le régime applicable aux transferts au sein de l'UE sera également applicable aux transferts dans un État partie à l'Espace économique européen (EEE) ayant conclu avec la France :**

– une convention d’assistance administrative en vue de lutter contre la fraude et l’évasion fiscales ;

– et une convention d’assistance mutuelle en matière de recouvrement, ayant une portée similaire à celle prévue par la directive régissant cette matière pour les États membres de l’UE ⁽⁷⁴⁾.

Il faut rappeler que l’article 31 de l’Accord sur l’Espace économique européen proscrit, au sein de cet espace, les restrictions à la liberté d’établissement. La Cour de l’Association européenne de libre-échange a récemment rendu un arrêt dont les conclusions sont proches de celles des arrêts précités de la CJUE (3 octobre 2012, *Arcade Drilling AS v Staten v/Skatt Vest*, affaire E-15/11).

La modification apportée au premier alinéa du 2 de l’article 221 (**alinéa 3**) a pour effet de réserver le mécanisme de taxation immédiate, en cas de transfert du siège ou d’un établissement de la société hors de France, aux transferts réalisés dans un État hors UE ou hors EEE (à condition que la France ait signé avec ce dernier les deux conventions précédemment évoquées).

2.– Les nouvelles caractéristiques de l’exit tax

Pour les transferts dans les États membres de l’UE ou de l’EEE (avec lesquels la France a signé les conventions précitées), un nouveau dispositif est prévu, qui se substitue à l’actuel dernier alinéa du 2 de l’article 221.

• Le premier mérite de ce dispositif est de **prévoir explicitement, à une place pertinente dans le code général des impôts, que ces transferts ne sont pas intégralement et systématiquement exonérés d’IS.**

Comme cela a été rappelé, le mécanisme actuel de taxation n’apparaît pas clairement à la lecture du 2 de l’article 221, dont le dernier alinéa dispose que « *le transfert de siège dans autre État membre de la Communauté européenne ⁽⁷⁵⁾, qu’il s’accompagne ou non de la perte de la personnalité juridique en France, n’emporte pas les conséquences de la cessation d’activité* ».

• **Le fait générateur de la taxation est précisé** : conformément aux interprétations qui pouvaient être faites du droit existant (cf. *supra*), il est confirmé que l’imposition n’est déclenchée que lorsque le transfert de siège ou d’un établissement « *s’accompagne du transfert d’éléments d’actifs* » (**alinéa 5**).

Il est explicitement prévu que le transfert du siège ou d’un établissement accompagné du transfert d’éléments d’actifs entraînera le paiement de l’IS au titre :

– des plus-values latentes constatées sur les éléments de l’actif immobilisé transféré ;

– des plus-values en report ou en sursis d’imposition.

On rappellera pour mémoire que dans le régime du sursis, la plus-value n’est ni constatée ni imposée au moment de la cession, la charge fiscale latente étant transférée au cessionnaire, qui devra payer l’impôt lorsque le sursis prendra fin, c’est-

à-dire en cas de revente de l'actif concerné. Le sursis s'applique notamment en cas de fusion, pour les plus-values sur les immobilisations non amortissables. Dans le régime du report, la plus-value est constatée au moment de la cession, mais non imposée. Lorsque le report prend fin (le plus souvent à la revente de l'actif), la plus-value est imposée dans le chef du cédant.

Les bénéficiaires d'exploitation restent soumis au droit commun décrit *supra* (imposition immédiate en cas de transfert total des actifs).

- L'impôt est dû dans les deux mois suivant le transfert des actifs.

- Mais, et c'est là le principal apport du présent article, **le montant d'impôt dû à l'expiration de ce délai de deux mois est variable**. La société peut – elle le doit aujourd'hui – régler en une seule fois sa cotisation d'impôt (**alinéa 6**). Elle peut également, « *sur demande expresse* », ne régler qu'un cinquième de cette cotisation (**alinéa 7**). Le solde doit en principe être acquitté « *par fractions égales au plus tard à la date anniversaire du premier paiement au cours des quatre années suivantes* ».

Exemple : soit une entreprise redevable de l'IS en France qui transfère son siège et ses actifs en Allemagne au 1^{er} janvier de l'année N. L'administration fiscale constate une plus-value latente sur les actifs, ayant pour effet de mettre à la charge de l'entreprise une *exit tax* d'un montant de 100. Au 1^{er} mars de la même année, cette entreprise peut s'acquitter de la totalité de ce montant, ou bien demander à n'en payer qu'un cinquième. Si l'entreprise choisit cette seconde option, elle devra s'acquitter d'un montant de 20 au 1^{er} mars de l'année N, puis d'un montant égal au plus tard le 1^{er} mars de chacune des années N+1 à N+4.

Après le premier versement, l'entreprise peut toutefois choisir de verser le solde à tout moment, en une seule fois.

L'exposé des motifs indique qu'« *un paiement fractionné de l'imposition sur plusieurs années, à l'instar de ce que prévoient les législations suédoise et allemande, permet de concilier la liberté d'établissement et l'objectif de juste répartition de la matière imposable entre États membres* ». La Commission a retiré une procédure en manquement engagée contre la Suède après que celle-ci a introduit une option en faveur du paiement fractionné. Par ailleurs, une réponse explicite de la Cour sera apportée au sujet de la conformité de la législation allemande au traité, une question préjudicielle lui ayant été posée par un tribunal.

La législation française serait ainsi mise en conformité avec la jurisprudence de la CJUE. À l'appui de cette thèse, l'évaluation préalable indique que « *dans le cas où l'option pour le paiement échelonné est exercée, les sociétés pourront ainsi bénéficier d'une trésorerie supplémentaire* ».

Cette affirmation n'est pas contestable. Il faut cependant relever que l'arrêt *National Grind Indus BV* semble considérer que la perte de trésorerie subie par une entreprise immédiatement taxée au titre d'une plus-value latente en cas de transfert de siège résulte surtout du fait que la taxation intervient avant la réalisation de la plus-value.

Dans le dispositif proposé par le présent article, l'entreprise choisissant de ne pas procéder au paiement immédiat de son impôt doit néanmoins s'en acquitter, au moins pour partie, avant la revente éventuelle de l'actif. Le Gouvernement considère que l'**option en faveur d'un paiement fractionné** répond à l'exigence de la Cour, dont l'arrêt évoque expressément un paiement « *différé* » ⁽⁷⁶⁾. Les conclusions de l'avocat général sur l'arrêt Commission contre Portugal, qui n'ont pas été démenties par la Cour, confortent, à cet égard, l'option retenue par le Gouvernement.

● L'article prévoit en son **alinéa 8** l'interruption du paiement fractionné, au profit d'un **paiement immédiat du solde**, lorsque, dans le délai de cinq ans, intervient l'un des événements suivants :

- la cession des actifs ;
- leur transfert dans un autre État, hors UE ou EEE ⁽⁷⁷⁾ ;
- la dissolution de la société ;
- le non-respect de l'une des échéances de paiement.

● L'option en faveur du paiement fractionné nécessite le suivi des actifs transférés, par exemple pour procéder au recouvrement du solde en cas de cession desdits actifs pendant la période de cinq ans. C'est pourquoi l'**alinéa 9** prévoit que la société adresse chaque année au service des impôts des non résidents un **état de suivi des plus-values latentes** sur les éléments de l'actif immobilisé transférés.

● L'**alinéa 11** prévoit l'adjonction de cet état de suivi à la liste des documents dont, en application de l'article 1763 du CGI, le défaut de production ou le caractère inexact ou incomplet entraîne l'application d'une **amende égale à 5 % des sommes omises** (5 % de la plus-value en l'espèce).

B.– L'ENTRÉE EN VIGUEUR ET L'EFFET BUDGÉTAIRE

● Le II du présent article (**alinéa 12**) prévoit une entrée en vigueur permettant son application aux transferts réalisés au cours des exercices clos à compter du 31 décembre 2012.

● **L'impact des dispositions de cet article sur le budget de l'État n'est pas chiffré par l'évaluation préalable.** Deux effets peuvent toutefois être distingués :

– l'État pourrait enregistrer une perte de trésorerie, puisque les montants d'impôts encaissés aujourd'hui en une seule fois seraient susceptibles de l'être demain sur une période de cinq ans ;

– la sécurisation juridique du dispositif permettra le maintien d'un dispositif de taxation, en évitant sa censure par la CJUE.

*

**

*

* *

Texte du projet de loi :

I.– Le code général des impôts est ainsi modifié :

A.– Le 2 de l'article 221 est ainsi modifié :

1° Au premier alinéa, les mots : « à l'étranger » sont remplacés par les mots : « dans un État étranger autre qu'un État membre de l'Union européenne ou qu'un État partie à l'Espace économique européen ayant conclu avec la France une convention d'assistance administrative en vue de lutter contre la fraude et l'évasion fiscales ainsi qu'une convention d'assistance mutuelle en matière de recouvrement ayant une portée similaire à celle prévue par la directive 2010/24/UE du Conseil du 16 mars 2010 concernant l'assistance mutuelle en matière de recouvrement des créances relatives aux taxes, impôts, droits et autres mesures, » ;

2° Le troisième alinéa est remplacé par cinq alinéas ainsi rédigés :

« Lorsque le transfert de siège ou d'un établissement s'effectue dans un autre État membre de l'Union européenne ou dans un État partie à l'Espace économique européen ayant conclu avec la France une convention d'assistance administrative en vue de lutter contre la fraude et l'évasion fiscales ainsi qu'une convention d'assistance mutuelle en matière de recouvrement ayant une portée similaire à celle prévue par la directive 2010/24/UE du Conseil du 16 mars 2010 précitée et qu'il s'accompagne du transfert d'éléments d'actifs, l'impôt sur les sociétés calculé à raison des plus-values latentes constatées sur les éléments de l'actif immobilisé transférés et des plus-values en report ou en sursis d'imposition est acquitté dans les deux mois suivant le transfert des actifs :

« a) Soit pour la totalité de son montant ;

« b) Soit, sur demande expresse de la société, pour le cinquième de son montant. Le solde est acquitté par fractions égales au plus tard à la date anniversaire du premier paiement au cours des quatre années suivantes. Le solde des fractions dues en application de la phrase précédente peut être versé à tout moment, en une seule fois, avant l'expiration de ce délai.

« L'impôt devient immédiatement exigible lorsqu'intervient, dans le délai de cinq ans, la cession des actifs ou leur transfert dans un autre État que ceux mentionnés au troisième alinéa du présent 2 ou la dissolution de la société ou le non-respect de l'une des échéances de paiement.

« La société adresse chaque année au service des impôts des non résidents un état conforme au modèle fourni par l'administration faisant apparaître les renseignements nécessaires au suivi des plus-values latentes sur les éléments de l'actif immobilisé transférés, mentionnées au quatrième alinéa. »

B.– Après le g du I de l'article 1763, est inséré un alinéa ainsi rédigé :

« h) L'état mentionné au septième alinéa du 2 de l'article 221. »

II.– Le I s'applique aux transferts réalisés au cours des exercices clos à compter du 31 décembre 2012.