

Quel dispositif d'*exit tax* pour les sociétés au sein de l'Union européenne ? Réflexions sur l'arrêt *National Grid Indus BV*

Cyril Valentin

Avocat associé

Bertrand Lacombe

Avocat à la Cour

Freshfields Bruckhaus Deringer LLP

La Cour de justice de l'Union Européenne (*CJUE*) a rendu le 29 novembre 2011¹ une décision riche d'enseignements pour les sociétés résidentes d'un État membre susceptibles de transférer leur siège dans un autre État membre. Le dispositif néerlandais d'*exit tax*, qui prévoit une imposition au moment du transfert de siège des plus-values latentes de la société « migrante », a en effet été jugé incompatible avec la liberté d'établissement. Dans ces conditions, la compatibilité avec le droit communautaire du dispositif français d'*exit tax*, semblable au droit néerlandais à cet égard, prête à discussion.

I. Le raisonnement des juges

1. Les faits

La société néerlandaise National Grid Indus BV (*NGI*) avait transféré son siège de direction effective au Royaume-Uni. Conformément à la convention fiscale entre les deux États, la société *NGI* était considérée, après le transfert, comme résidente du Royaume-Uni. La société *NGI* ne disposant plus d'établissement stable aux Pays-Bas, le droit d'imposer le bénéfice et les plus-values de la société *NGI*, pour la période postérieure au transfert, revenait ainsi exclusivement au Royaume-Uni. L'administration fiscale néerlandaise, conformément au droit interne néerlandais, avait alors établi un décompte final des plus-values latentes existant au moment du transfert de siège et imposé celles-ci immédiatement. Suite au recours de la société *NGI*, la *CJUE* a été saisie de questions préjudicielles visant à déterminer si la liberté d'établissement² pouvait être invoquée et si le droit néerlandais portait une atteinte injustifiée à cette liberté.

1 CJUE, 29 novembre 2011, aff. 371/10, National Grid Indus.

2 Article 49 du Traité sur le fonctionnement de l'UE.

2. La possibilité d'invoquer la liberté d'établissement

En matière de droit des sociétés, la *CJUE* a précisé, dans des arrêts antérieurs, que les États membres sont libres de déterminer les critères sur la base desquels ils considèrent une société comme constituée selon leur droit interne, et ce en dépit du fait que ces critères peuvent, dans certaines hypothèses, dissuader une société souhaitant conserver la personnalité juridique d'un État membre de déplacer son siège de direction effective hors du territoire cet État³. Le droit néerlandais allait au-delà des exigences du droit communautaire, en permettant, en application de la théorie de la constitution, à une société néerlandaise de transférer son siège de direction effective à l'étranger sans que soit remise en cause sa personnalité juridique de droit néerlandais. La Cour constate à cet égard que le transfert du siège de la société *NGI*, qui n'a pas affecté sa qualité de société de droit néerlandais, est sans impact sur sa faculté d'invoquer la liberté d'établissement, s'agissant des autres conséquences (notamment fiscales) attachées à un tel transfert.

3. L'existence d'une restriction

Selon la Cour, l'*exit tax* néerlandaise caractérise une restriction à la liberté d'établissement, eu égard au désavantage de trésorerie subi par la société *NGI* par rapport à une société analogue qui aurait transféré son siège de direction effective au sein même des Pays-Bas sans subir aucune imposition de ce fait. Cette restriction pourrait toutefois être justifiée : la nécessité de préserver une répartition équilibrée du pouvoir d'imposer entre les différents États membres est avancée par la Cour, comme en matière d'*exit tax* sur les personnes physiques⁴. En effet, « l'imposition [...] au moment du transfert de siège de direction effective d'une société vise à soumettre à l'impôt sur les bénéfices de l'État membre d'origine les plus-values non réalisées, nées dans le cadre de la compétence fiscale de cet État membre, avant le transfert dudit siège »⁵.

4. La proportionnalité de l'*exit tax* néerlandaise aux objectifs poursuivis

Troisième temps du raisonnement de la Cour : la vérification de la proportionnalité de la mesure d'*exit tax* néerlandaise aux objectifs qu'elle poursuit⁶. A cet égard, une distinction est opérée entre l'établissement définitif du montant de l'*exit tax* et son recouvrement.

3 CJCE 16 décembre 2008, Cartesio, C-210/06 ; RJDA 3/09 numéro 218 ; CJCE 5 novembre 2002 aff. 208/00, Überseering ; RCDIP 2003, p. 508 ; CJCE 27 septembre 1988, aff. 81/87, Daily Mail and General Trust ; RTD eur., 1989, p. 260, obs. Cartou.

4 CJCE, 7 septembre 2006, aff. 90/04 ; RJF 11/06 numéro 1481 ; contra : CJCE 11 mars 2004, aff. C-9/02, Hughes de Lasteyrie du Saillant ; RJF 5/04 numéro 558, point 68.

5 Point 48.

6 Voir notamment : CJUE, 30 juin 2011, Meilicke, C-262/09, point 42.

Sur le premier point, la Cour précise que l'État d'origine n'a pas à tenir compte, avant de liquider l'*exit tax*, des variations négatives de la valeur des actifs entre le moment du transfert de siège et celui de leur cession effective, et ce même si l'État d'accueil ne prend pas, lui non plus, en considération ces fluctuations⁷. Cette solution, destinée à éviter les doubles déductions (mais ouvrant la voie à des doubles impositions⁸), tranche avec celle qui avait été retenue s'agissant de l'*exit tax* des personnes physiques.

Toutefois, selon la Cour, le recouvrement immédiat de l'*exit tax* au moment du transfert de siège est de nature à décourager une société d'un État membre d'exercer sa liberté d'établissement et constitue une restriction disproportionnée au regard de l'objectif de répartition équilibrée du pouvoir d'imposer. La CJUE va toutefois plus loin et esquisse, par *obiter dictum*, les principaux traits d'une *exit tax* compatible avec la liberté d'établissement et la nécessité de répartir de façon équilibrée le pouvoir d'imposer.

La Cour constate en effet que si le recouvrement de l'*exit tax* au moment du transfert de siège est disproportionné, un mécanisme de différé automatique, nécessairement assorti d'obligations déclaratives potentiellement lourdes pour la société, pourrait s'avérer, dans certaines hypothèses, tout aussi dissuasif. Face à cette difficulté, la Cour propose une « troisième voie »⁹ en suggérant que les États membres offrent aux sociétés transférant leur siège de direction effective le choix entre un recouvrement immédiat de l'imposition, qui les dispense de tout suivi administratif postérieur vis-à-vis de leur État membre d'origine, et un recouvrement différé de cette imposition, lequel pourrait être assorti d'exigences d'ordre déclaratif, du paiement d'intérêts et de la constitution de garanties visant à prévenir le risque de non-recouvrement.

Ces deux dernières « suggestions » sont particulièrement étonnantes. En effet, la possibilité d'assortir le sursis d'imposition d'un intérêt de retard nous semble discutable, dans la mesure où elle aboutirait *in fine* à imposer une charge fiscale plus lourde que dans un contexte interne à une société transférant son siège dans l'UE avant de céder ses actifs. De même, en proposant de couvrir le risque de non-recouvrement par la constitution de garanties, la Cour semble contredire sa jurisprudence relative à l'*exit tax* des personnes physiques, selon laquelle la constitution de telles garanties est attentatoire à la liberté d'établissement, et ce alors même qu'est entrée en vigueur une nouvelle directive relative à l'assistance au recouvrement au sein de l'UE¹⁰.

II. Les conséquences en France

1. Les conséquences sur les dispositions actuelles

Avant d'examiner les conséquences de cette décision, il convient, comme la Cour, de s'assurer de la possibilité, pour une société française transférant son siège dans un autre État

d'invoquer la liberté d'établissement. Une société transférant son siège de direction effective (mais conservant son siège statutaire en France) conserve la personnalité juridique au regard du droit français et peut donc invoquer la liberté d'établissement¹¹. La solution est toutefois moins tranchée dans l'hypothèse d'un transfert du siège statutaire¹².

Le code général des impôts (CGI) prévoit que le transfert du siège à l'étranger d'une société passible de l'impôt sur les sociétés (IS) constitue une cause d'imposition immédiate des bénéfices d'exploitation de l'exercice en cours, des bénéfices en sursis d'imposition et des plus-values latentes incluses dans l'actif social¹³.

Ce principe fait toutefois l'objet d'un tempérament important : l'article 221-2 du CGI, dans son troisième alinéa, prévoit 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 »¹⁴.

La portée de ce texte, silencieux sur le point de savoir si le siège qui y est mentionné correspond au siège statutaire ou au siège réel, doit être relativisée. Dès lors qu'une société française transfère son siège de direction effective dans un autre État membre et devient, en application d'une convention fiscale bilatérale, exclusivement imposable dans l'État d'accueil, celle-ci cesse d'être soumise à l'IS et est immédiatement imposable sur ses bénéfices de l'exercice en cours et en sursis d'imposition, ainsi que sur ses plus-values latentes. Dans une telle situation, il est désormais légitime de s'interroger sur la compatibilité avec le droit communautaire d'une telle imposition immédiate.

En second lieu, l'administration fiscale considère, dans l'hypothèse d'un transfert de siège social, que les plus-values afférentes aux actifs transférés dans le pays d'accueil demeurent immédiatement imposables si le transfert se traduit par la sortie de ces actifs du bilan de l'entreprise soumise à l'IS en France. En d'autres termes, la neutralité prévue ne s'applique selon l'administration que pour autant que l'intégralité des actifs de la société transférant son siège social demeure au bilan (fiscal) d'un établissement stable français. Au regard de la décision de la CJUE, il est permis de douter de la compatibilité d'une telle interprétation avec le droit communautaire.

2. Une réaction du législateur ?

Il découle de ce qui précède que le dispositif actuel d'*exit tax* applicable aux sociétés françaises transférant leur siège dans un autre État de l'UE pourrait être regardé comme incompatible avec la liberté d'établissement.

11 Article 1837 du code civil et article L. 120-3 du code de commerce.

12 Les textes et de la jurisprudence contemporaine ne sont, il est vrai, pas d'un grand secours à cet égard. La doctrine majoritaire milite toutefois pour le maintien de la personnalité juridique (voir notamment : J. Beguin, « les sociétés commerciales sont-elles condamnées à l'immobilité commerciale ? », in *Mélanges en l'honneur de J. Paillusseau*, Dalloz, 2003).

13 Article 221-2 alinéa 1 du CGI.

14 On observera que cet article déconnecte la fiscalité du transfert du traitement juridique de l'opération puisque l'absence de taxation est indépendante de la survie ou non de la personne morale. Or, en droit des sociétés, il ne saurait y avoir de transfert de siège sans maintien de la personnalité juridique de la société (la seule alternative étant la dissolution de la société dans l'État d'origine et la constitution d'une nouvelle société dans l'État d'accueil).

7 Points 58 et 59.

8 En pratique, les cas devraient être limités, dans la mesure où de nombreux États d'accueil prévoient l'inscription des actifs à leur valeur réelle au moment du transfert (« step-up »).

9 Points 73 et 74.

10 Directive 2010/24/UE du 16 mars 2010.

Il est possible que le législateur, qui a adopté il y a quelques mois une nouvelle *exit tax* applicable aux personnes physiques¹⁵, intervienne à nouveau pour mettre fin au débat et préempter une éventuelle exonération des plus-values latentes des sociétés françaises candidates à l'exil européen¹⁶. Il pourrait alors s'inspirer des solutions esquissées par la CJUE : une assiette fixée au moment du transfert et un recouvrement qui peut, au choix de l'entreprise, être immédiat ou différé. Un choix qui pourrait être synonyme d'embarras, si le sursis venait à s'accompagner d'un intérêt de retard ou à être subordonné à la constitution de garanties. ■

.....

15 Article 167 bis du CGI.

16 En toute logique, si le législateur venait à adopter un nouveau dispositif d'*exit tax*, celui-ci devrait également couvrir, outre les transferts dans un État de l'UE, ceux dans un État partie à l'accord sur 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 précitée. Il en est d'ailleurs ainsi du sursis d'imposition à l'*exit tax* des personnes physiques.