

Transfert de siège social à l'étranger : quelle fiscalité pour les actionnaires ?

Un transfert de siège intracommunautaire doit rester sans conséquence fiscale pour les actionnaires dès lors que la société reste assujettie à l'impôt sur les sociétés dans l'Etat membre de destination.



Par Gilbert Ladreyt,
avocat associé,
Gide Loyrette Nouel

Le projet de loi de finances rectificative pour 2012 (PLFR) apporte une réponse législative à la question sur la mobilité des entreprises au sein de l'Union européenne, débat ouvert par plusieurs jurisprudences communautaires récentes (CJUE 29 nov. 2011 C-371/10, National Grid Indus BV, et CJUE 6 sept. 2012 C-38/10, Commission contre Portugal).

L'article 16 du PLFR vient préciser les conséquences, pour les sociétés résidentes soumises à l'IS, du transfert de leur siège dans un autre Etat membre ou un Etat de l'EEE ayant conclu avec la France une convention d'assistance administrative. Il prévoit une possibilité d'étalement sur cinq ans de l'imposition afférente aux plus-values latentes (ou en report/sursis) sur les actifs immobilisés transférés.

Les conséquences de ce transfert restent en revanche (volontairement ?) floues en ce qui concerne la situation fiscale des actionnaires de la société migrante, le PLFR ne contenant aucune disposition sur ce point. Le dossier de presse qui accompagnait le PLFR se plaît à souffler le chaud et le froid en indiquant que lorsque le transfert de siège s'accompagne du transfert de la totalité des actifs, les bénéfices et les réserves de la société sont réputés distribués aux associés en vertu de l'article 111 bis du CGI.

Cette disposition indique dans son premier alinéa : «Lorsqu'une personne morale soumise à l'impôt sur les sociétés cesse d'y être assujettie, ses bénéfices et réserves, capitalisés ou non, sont réputés distribués aux associés en proportion de leurs droits¹.»

Lorsque l'associé est une personne physique, l'imposition correspondante peut être dirimante, notamment depuis que la loi de finances pour 2013 impose les dividendes au taux progressif de l'IR, la possibilité d'opter pour le prélèvement forfaitaire libératoire ayant été supprimée. Si l'associé est une

société, les dividendes réputés distribués seront taxables à l'IS dans les conditions de droit commun ou pourront bénéficier du régime mère-fille si les conditions en sont réunies. Dans les développements qui suivent, nous tenterons de démontrer que l'article 111 bis n'a pas vocation à s'appliquer aux transferts de siège, ni au regard des règles internes (1 et 2), ni au regard des libertés communautaires (3).

1. L'article 111 bis du CGI vise les sociétés qui cessent d'être assujetties à l'IS pour adopter le régime fiscal des sociétés de personnes

L'article 111 bis du CGI résulte de la loi du 12 juillet 1965. La rédaction de son premier alinéa (le seul qui importe dans le débat) est depuis 47 ans restée inchangée.

L'exposé des motifs de la loi éclaire parfaitement l'objectif poursuivi en rappelant tout d'abord la différence fondamentale qui oppose les sociétés soumises à l'IS et celles relevant du régime des sociétés de personnes : les bénéficiaires taxés à l'IS et «mis en réserve ou reportés à nouveau ne sont imposables entre les mains des associés qu'au moment de leur distribution. En revanche, les bénéfices des sociétés de personnes sont imposables en totalité au nom des associés, dès qu'ils sont réalisés, leur distribution immédiate ou ultérieure étant dépourvue d'incidence fiscale».

L'exposé des motifs poursuit : «Lorsqu'une société passe du premier régime au second, ce changement implique nécessairement que ses bénéfices et réserves en sursis d'imposition doivent être réputés distribués et imposés chez les associés, du seul fait du changement de régime fiscal. A défaut, en effet, leur imposition ne pourrait plus avoir lieu, dans l'avenir, sous le régime des sociétés de personnes².»

L'article 111 bis n'a donc pas vocation à s'appliquer à une société française qui transférerait son siège en dehors de France, tout en restant assujettie à l'impôt sur les sociétés

dans son nouveau pays de résidence, que cet impôt s'appelle Körperschaftsteuer (Allemagne), vennootschapsbelasting (Pays-Bas), corporation tax (Irlande, Royaume-Uni) ou même tulumaks (Estonie). En effet, en cas de distribution ultérieure de ses bénéfices par la société migrante toujours soumise à l'IS, l'actionnaire percevra un dividende imposable dans son pays de résidence, et notamment en France si l'actionnaire y réside.

A l'inverse d'un changement de régime fiscal, le transfert de siège n'a donc pas d'incidence sur la situation fiscale de l'actionnaire à raison des dividendes qu'il percevra ultérieurement, et la question d'une imposition immédiate entre ses mains des bénéfices et réserves ne devrait pas se poser.

2. Depuis 2005, les transferts de siège intracommunautaires n'emportent plus

cessation d'entreprise

L'administration a cependant, dans la pratique, appliqué l'article 111 bis aux sociétés qui, du fait d'un transfert de siège, cessaient d'acquiescer l'IS en France. Elle a été en cela suivie par le juge dans deux affaires (cf. arrêts CE 05/02/2001, Zucchet, RJF 2001 n° 459 ; CE 30/12/2002, Cordier et Monnet, RJF 2003 n° 275 - Transfert de siège de France en Polynésie française).

Ces deux jurisprudences s'expliquent par le fait qu'à l'époque (en 1988, pour parler des deux jurisprudences précitées, et jusqu'en 2004), le transfert de siège d'une société française à l'étranger emportait, d'un point de vue

fiscal, dissolution de cette société (1^{er} alinéa du 2 de l'article 221 du CGI). En effet, « afin d'accélérer le recouvrement de l'impôt dans les cas où les droits du trésor risquent d'être compromis du fait de la disparition de l'entreprise » (doctrine administrative 4 A 6 9 mars 2001), l'article 221-2 prévoyait une imposition immédiate en cas notamment de dissolution, à laquelle était assimilé le transfert de siège à l'étranger.

Cette règle a été modifiée en 2005, sous la pression du droit communautaire. L'article 221-2 al. 3 entré en vigueur le 1^{er} janvier 2005 prévoit que le transfert de siège dans un autre Etat membre, 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.

Si l'on veut donner un effet utile à cette mise en conformité avec le droit communautaire, il faut bien admettre que l'article 111 bis ne s'applique pas à ces opérations.

L'article 221-2 al. 3 ne supprime cependant pas toute imposition à la sortie. En effet, par application du droit commun, le retrait d'un actif du bilan français pour le transférer à un bilan étranger constitue une cession rendant taxable la plus-value. En définitive, c'est le transfert des actifs hors de France

qui est l'événement imposable et non le transfert du siège en lui-même. Le PLFR vient précisément définir les modalités de taxation de cette plus-value de transfert d'actifs.

Mais y a-t-il lieu, comme l'indique malicieusement le dossier de presse, de distinguer selon que la société migrante transfère la totalité de ses actifs à l'étranger (l'article 111 bis serait alors applicable) ou seulement une partie, ce qui suppose le maintien d'un établissement stable en France (article 111 bis non applicable) ? Une telle distinction ne nous paraît pas justifiée. Tout d'abord, le PLFR ne fait pas cette distinction et prévoit simplement de taxer chacun des éléments d'actifs transférés, sans se préoccuper du maintien ou non d'un établissement stable en France. La notion même de « cessation d'entreprise » a logiquement disparu du nouveau projet de texte.

L'article 221-2 qui prévoit la taxation des actifs transférés et l'article 111 bis opèrent à des niveaux différents : la société d'un côté et ses actionnaires de l'autre. Dès lors que le concept de cessation d'entreprise ne peut plus s'appliquer³, on ne voit pas pour quelle raison le transfert (taxable) de la totalité des actifs vers un autre Etat membre, pourrait justifier la taxation entre les mains des actionnaires des bénéfices et réserves d'une société qui subsiste juridiquement et fiscalement.

3. Principe communautaire de liberté d'établissement

Si certains hésitent encore, on achèvera de les convaincre en soulignant que l'article 111 bis du CGI est inconciliable avec le principe de liberté d'établissement posé par l'article 49 du Traité. Doivent en effet être considérées comme des restrictions à la liberté d'établissement toutes les mesures qui interdisent, gênent, ou rendent moins attrayant l'exercice de cette liberté.

L'Etat français a dû aménager la fiscalité des sociétés qui transfèrent leur siège dans un autre pays européen, afin de rendre cette taxation euro-compatible. Il serait pour le moins incohérent et peu conforme au principe de liberté d'établissement de taxer très lourdement, non la société qui transfère son siège, mais ses actionnaires.

De ce point de vue, la liberté doit être totale et il ne paraît pas envisageable d'imposer à l'actionnaire une quelconque obligation déclarative lors du transfert de siège, dès lors que l'Etat français dispose aisément de la possibilité de vérifier que la société reste soumise à l'IS dans l'Etat membre de destination. On ajoutera, s'agissant de la taxation de l'actionnaire, que le Trésor français ne subit pas de manque à gagner en cas de transfert de siège. Outre le fait que l'actionnaire résident fiscal français reste taxable en France sur les distributions de dividendes ou les plus-values de cession ultérieures, il devra se soumettre à la procédure de lexit tax, si d'aventure il décidait d'abandonner sa résidence fiscale française. ■

1. La question de la compatibilité de cet article avec les conventions fiscales bilatérales ne sera pas abordée dans la présente étude.

2. Souligné par nos soins.

3. Si aucun établissement stable n'est maintenu en France, la société devra néanmoins dans les 60 jours déclarer les bénéfices de l'exercice en cours à la date du transfert.

Y a-t-il lieu de distinguer selon que la société migrante transfère la totalité de ses actifs à l'étranger ou seulement une partie, ce qui suppose le maintien d'un établissement stable en France ? Une telle distinction ne nous paraît pas justifiée.