

Plus-value de cession de titres de sociétés françaises : un contentieux à venir pour les sociétés résidentes d'Etats tiers

L'article 244 bis B du CGI prévoit un prélèvement sur les plus-values réalisées par des non-résidents lors de la cession de titres d'une société française, lorsque les droits détenus dans les bénéfices sociaux ont dépassé 25 % à un moment quelconque au cours des cinq années précédant la cession. Le taux est de 12,8 % pour les personnes physiques, et pour les personnes morales, ce taux correspond au taux de l'impôt sur les sociétés (IS). Il est porté à 75 % lorsque le cédant est établi dans un Etat ou territoire non coopératif.

Ainsi, ce dispositif crée une différence de traitement entre une société cédante résidente et une société cédante non-résidente. En effet, une société française qui cède des titres de participation bénéficie du régime du long terme, la plus-value étant exonérée sous réserve de la réintégration d'une quote-part de frais et charges de 12 % (elle-même imposée à 25 %). L'imposition effective de la plus-value est donc d'environ 3 %. A l'inverse, l'assiette du prélèvement prévu par l'article 244 bis B est le montant total de la plus-value réalisée. Cette asymétrie est susceptible de constituer une restriction à la libre circulation des capitaux (article 63 TFUE).

C'est dans ce contexte qu'est intervenue la loi du 19 juillet 2021 qui est venue modifier l'article 244 bis B. Son objectif était de mettre le dispositif en conformité avec le droit de l'Union européenne (UE), en tirant notamment les conséquences de la décision AVM International Holding (Conseil d'Etat (CE), 14 octobre 2020, 421524). Dans cette affaire, le CE avait jugé qu'une doctrine administrative ne pouvait pas, à elle seule, fonder le maintien d'une imposition pourtant contraire au droit de l'UE. La réforme a ainsi légalisé un mécanisme de restitution partielle. Une société non-résidente peut désormais obtenir le remboursement de la fraction du prélèvement qui excède l'IS dont elle aurait été redevable si son siège avait été situé en France. En revanche, pour les sociétés établies hors de l'UE ou de l'Espace économique européen (EEE), cette restitution est réservée aux entités qui ne participent pas de manière effective à la gestion ou au contrôle de la société dont les titres sont cédés.

C'est ce dernier point qui laisse subsister une fragilité. La condition tenant à l'absence de participation effective à la gestion ou au contrôle semble reposer sur l'idée que, lorsque l'investisseur est établi dans un Etat tiers et détient une participation de contrôle, la France pourrait se prévaloir de la « clause de gel » (art. 64 TFUE). Cette clause permet de maintenir certaines restrictions aux mouvements de capitaux avec les Etats tiers, mais uniquement lorsqu'elles existaient déjà au 31 décembre 1993 et qu'elles concernent notamment des investissements directs (à savoir les investissements réalisés dans le but d'exercer une influence durable ou un contrôle sur une entreprise).

Or l'arrêt Runa Capital Fund (CE, 21 décembre 2022, 447568) affaiblit précisément ce présupposé. Bien qu'intervenu sous l'empire d'une version de l'article 244 bis B antérieure à la réforme de 2021, son raisonnement n'en conserve pas moins une portée transposable au dispositif actuel. En effet, après avoir considéré qu'un investisseur établi dans un Etat tiers pouvait invoquer la liberté de circulation des capitaux dans le cadre de l'article 244 bis B, le CE juge que la clause de gel ne permet pas de sauver le régime applicable aux personnes morales. En effet, l'extension de l'article 244 bis B aux « personnes morales ou organismes, quelle qu'en soit la forme » est postérieure au 31 décembre 1993.

Cet arrêt conduit donc à priver de fondement la distinction opérée par le législateur entre participations de contrôle et investissements de portefeuille.

La portée de cette jurisprudence dépasse ainsi le seul régime antérieur à 2021. Elle affecte directement la logique du dispositif actuel dès lors que la condition tenant à l'absence de participation à la gestion ou au contrôle constitue précisément la traduction, dans la loi, de l'invocation de la clause de gel. Si cette clause est inapplicable, la différence de traitement qu'elle fonde devient elle-même contestable. Ainsi, les investisseurs établis dans des Etats tiers détenant des participations de contrôle se trouvent exclus d'un mécanisme correcteur pourtant destiné à remédier à une restriction à la libre circulation des capitaux. Une telle exclusion apparaît difficilement conciliable avec l'article 63 du TFUE. La réforme de 2021 a incontestablement permis de sécuriser partiellement le dispositif de l'article 244 bis B. Elle n'a toutefois pas épuisé les difficultés, en particulier pour les investisseurs établis hors de l'UE/EEE. En subordonnant l'accès à la restitution à une condition reposant sur une clause de gel inapplicable, le législateur a introduit une fragilité structurelle dans le dispositif. Dans ce contexte, la contestation du traitement réservé aux participations de contrôle détenues par des investisseurs de pays tiers apparaît non seulement envisageable, mais juridiquement fondée. Autrement dit, loin d'avoir verrouillé le contentieux, la réforme de 2021 en a probablement déplacé le centre de gravité. ■



Par Marie-Gabrielle du Bourblanc,
avocate conseil,
LPA Law