

Le transfert de résidence fiscale des sociétés

Jean-Nicolas Bourtembourg,
NautaDutilh Avocats Luxembourg, Juriste fiscaliste

Jean-Marc Groelly,
NautaDutilh Avocats Luxembourg, Avocat Associé¹

Avec la mondialisation, les groupes multinationaux se retrouvent de plus en plus confrontés à un environnement international très compétitif. Le transfert de résidence des sociétés s'inscrit dans ce contexte où la mobilité est devenue un facteur primordial de croissance. Les sociétés désireuses de transférer leur résidence fiscale dans un autre Etat seront notamment attentives aux conséquences fiscales qui en découlent. L'objet de cet article est de passer en revue certains aspects du droit fiscal luxembourgeois qui peuvent avoir un impact sur l'opération de transfert de la résidence fiscale d'une société de capitaux. La problématique en droit fiscal luxembourgeois doit être appréhendée différemment selon que le transfert de résidence se fait de l'étranger vers le Grand-Duché de Luxembourg ou selon qu'il est effectué du Grand-Duché de Luxembourg vers l'étranger. Raisonnant en termes de perte de souveraineté fiscale, le législateur a essentiellement légiféré sur le transfert de résidence fiscale vers l'étranger.

S'il est vrai que du point de vue du droit des sociétés, une société qui transfère son siège statutaire au Grand-Duché de Luxembourg peut garder sa personnalité morale tout en changeant de nationalité, le droit fiscal n'en tire pas nécessairement toutes les conséquences. Les dispositions applicables au transfert de siège d'une société étrangère au Grand-Duché de Luxembourg sont en effet surtout celles qui s'appliquent lors de la constitution de sociétés luxembourgeoises (1).

Le transfert de siège hors du Grand-Duché de Luxembourg est possible en droit des sociétés sous réserve de garantir la continuité de la personnalité juridique de la société dont le siège est transféré. En revanche, en droit fiscal, le transfert de résidence vers l'étranger emporte les mêmes conséquences qu'une dissolution de société (2).

1. Le transfert de résidence fiscale au Luxembourg

Une société qui prend la décision de transférer sa résidence fiscale au Luxembourg fera son entrée dans le champ d'application du droit fiscal luxembourgeois. La loi sur l'impôt sur le revenu luxembourgeois soumet en effet à l'imposition les revenus mondiaux des sociétés dont le siège statutaire ou l'administration centrale est transférée au Luxembourg. La société devient passible de l'impôt sur le revenu des collectivités à compter de l'acquisition de la qualité de société résidente c'est-à-dire à la date d'exécution

de l'acte de transfert de siège statutaire. La société sera également soumise à l'impôt commercial communal et à l'impôt sur la fortune.²

1. Les auteurs tiennent à remercier Bertrand Party pour sa précieuse contribution à la rédaction de cet article.

2. A partir de l'année d'imposition 2009, l'impôt sur le revenu des collectivités est fixé à :

- 20 %, lorsque le revenu imposable ne dépasse pas 15.000 euros;
- 21 %, lorsque le revenu imposable dépasse 15.000 euros.

L'impôt sur le revenu des collectivités est majoré de 4 % au titre de contribution au fonds pour l'emploi (21 %*4 %=0,84 %). Le taux de l'impôt commercial communal varie entre 200% et 400 % et s'applique à la base d'assiette. La base d'assiette s'élève à 3 % du bénéfice d'exploitation auquel on a appliqué un abattement de 17.500 euros ou de 40.000 euros. A partir de l'année d'imposition 2009, le taux d'imposition global pour les sociétés résidentes dans la commune de Luxembourg s'élève à 28,59 % (21 %+0,84 % +3 %*225%).

1.1. Le critère de la résidence fiscale

Au terme de l'article 159 al. 1^{er} de la loi sur l'impôt sur le revenu (« LIR »), « sont considérés comme contribuables résidents passibles de l'impôt sur le revenu des collectivités, les organismes à caractère collectif [...], pour autant que leur siège statutaire ou leur administration centrale se trouve sur le territoire du Grand-Duché ». Selon cette disposition, toute société ayant son siège statutaire ou son administration centrale à Luxembourg est considérée comme contribuable résident assujéti à l'impôt sur le revenu des collectivités luxembourgeois sur ses revenus mondiaux.³ Cette obligation fiscale illimitée pourra, le cas échéant, être limitée en cas d'application d'une convention fiscale préventive de double imposition conclue entre le Luxembourg et l'Etat de la source des revenus.

Bien qu'en droit interne luxembourgeois le critère de siège statutaire ou de l'administration centrale suffit à lui seul pour établir la résidence fiscale d'une société au Luxembourg, il est recommandé, également lors d'un transfert de siège, de s'assurer que la société ait une présence réelle au Luxembourg et que cette présence soit en adéquation avec ses activités. Le fait d'avoir une présence réelle est communément désigné sous le vocable de « substance ». En théorie, la substance de la société au Luxembourg devrait être déterminée par ses besoins afin de remplir son objet social. Cependant, en pratique, le degré de substance à créer et à maintenir au Luxembourg est généralement déterminé par les exigences des administrations fiscales des Etats dans lesquels les investissements sont réalisés. Ce sont donc ces règles locales fixant une série d'éléments à réunir (par exemple, la composition des organes de gestion) ou de tests à remplir qu'il conviendra d'examiner dans les faits.

En pratique les conseillers s'inspirent généralement des critères requis par les administrations fiscales étrangères que l'on estime les plus exigeantes en la matière. A titre d'exemple, on s'accorde généralement sur certains éléments, tels que la mise à disposition de locaux propres et de moyens de télécommunication, l'emploi d'une ou de plusieurs personnes à temps plein ou partiel chargé de l'administration

3. L'objet de cet article se limite aux conséquences fiscales luxembourgeoises liées au transfert de résidence fiscale des sociétés non-transparentes. Pour ce qui concerne les développements relatifs aux critères d'établissement de la résidence fiscale, voir notamment sur ce sujet A. STEICHEN, «Le siège social au regard du droit fiscal», *Journal des tribunaux Luxembourg*, 5 février 2009, n°1, pp. 6-13; P. MISCHO, et M. JUNIUS, « Résidence fiscale et substance » in *Droit fiscal luxembourgeois - Livre jubilaire de l'IFA Luxembourg*, Bruylant, 2008, pp. 421-465.

courante, la préparation et la conservation des états financiers au Luxembourg, la désignation d'une ou de plusieurs personnes physiques résidentes au Luxembourg en tant que membres de l'organe de gestion de la société, la fréquence de la tenue des réunions de l'organe de gestion au Luxembourg, etc. Il convient de noter qu'en l'espèce il ne s'agit pas d'une analyse statique si bien qu'en pratique il est vivement conseillé de vérifier régulièrement les exigences de substance qui sont requises par les administrations fiscales étrangères car leurs critères peuvent évoluer au fil du temps.

1.2. La perception d'un droit fixe d'enregistrement

Depuis le 1^{er} janvier 2009, un droit fixe spécifique de 75 euros est perçu à l'occasion du transfert au Luxembourg du siège statutaire ou de l'administration centrale d'une société civile ou commerciale. Dès lors qu'il a été liquidé, ce droit spécifique exclut la perception de tout autre droit ou impôt à raison de la même opération.^{4,5}

Le fait générateur de ce droit fixe spécifique naît au moment où le transfert du siège statutaire ou de l'administration centrale est constaté dans un acte notarié. Le transfert de l'administration centrale étant une notion de fait, il nous semble toutefois peu probable que cela puisse être ou, pour le moins, soit nécessairement constaté dans un acte notarié. Le droit fixe spécifique d'enregistrement devient exigible à partir de la présentation de l'acte notarié à l'enregistrement qui doit se faire dans les délais prévus par la loi du 22 frimaire an VII⁶.

Dans l'hypothèse où une société étrangère détenant un immeuble au Luxembourg transfère son siège statutaire ou son administration centrale au Luxembourg, aucun droit d'enregistrement proportionnel ne

4. Avant son abrogation au 1^{er} janvier 2009, un droit d'apport de 0,5% était dû lors du transfert au Luxembourg du siège statutaire ou de l'administration centrale de sociétés civiles ou commerciales qui n'avaient pas été soumises au droit d'apport du chef d'un Etat membre des Communautés européennes. Le droit était perçu sur la valeur réelle (valeur vénale ou valeur marchande) des biens de toute nature appartenant à la société au moment du transfert, après déduction des obligations et charges pesant sur elle à ce moment sans pouvoir être inférieur à la valeur réelle des parts sociales attribuées ou appartenant à chaque associé, ou bien au montant nominal de ces parts sociales, si ce dernier était supérieur à leur valeur réelle.

5. Article 1^{er}, Loi du 24 décembre 2008 portant révision du régime applicable à certains actes de société en matière de droits d'enregistrement.

6. L'article 20 de la loi du 22 frimaire an VII dispose que le délai est de dix jours pour les actes des notaires qui résident dans la commune où le bureau d'enregistrement est établi et de quinze jours pour ceux des notaires qui n'y résident pas.

devrait, à notre sens, être perçu sur l'immeuble, hormis le droit fixe d'enregistrement de 75 euros.⁷ En effet, dans la mesure où les droits d'enregistrement frappent les conventions d'après leur dénomination en droit civil⁸, la qualification juridique devrait à notre sens prévaloir, de sorte que la continuité de la personnalité morale lors du transfert de résidence devrait être reconnue. Ainsi, aucun transfert de propriété ne devrait être constaté, car le bien sera considéré comme étant toujours détenu par la même personne quand bien même celle-ci aurait transféré son siège au Luxembourg.

1.3. La réévaluation de l'actif net comptable

Pour les besoins de l'évaluation des biens de la société, l'article 35 al. 4 LIR assimile le transfert de résidence fiscale au Luxembourg à une création d'entreprise. Ainsi, le contribuable peut, lors de son transfert, profiter de l'occasion pour réévaluer tous ses biens à leur valeur d'exploitation.⁹ L'article 35 al. 4 LIR laisse en effet le choix au contribuable, dans les limites des alinéas 1-3, de continuer les valeurs inscrites au bilan avant son transfert de résidence, ou bien de réévaluer ses biens à leur valeur d'exploitation.¹⁰ La société devra établir un bilan fiscal d'ouverture à la date de son transfert de résidence. Selon les travaux parlementaires de l'époque, l'intention du législateur en ce qui concerne l'article 35 al. 4 était de « *permettre au contribuable de faire échapper à l'imposition luxembourgeoise les réserves non découvertes renfermées dans son bilan étranger* ». ¹¹ En réévaluant ses biens à leur valeur d'exploitation, la société peut ainsi découvrir les plus-values latentes existant au jour du transfert de résidence fiscale de sorte que l'imposition luxem-

bourgeoise se limitera au montant des plus-values qui s'accumuleront suite à son transfert au Luxembourg. Dans ce cas, les règles fiscales d'évaluation se détachent des règles comptables qui semblent préconiser le maintien des valeurs inscrites au bilan avant le transfert de résidence.¹² Le choix pour la société de réévaluer ou non ses biens d'un point de vue fiscal n'est pas neutre. Il pourra, en pratique, dépendre de la nature de son activité et de la nature de ses biens. Ainsi, par exemple, si la société détient uniquement des participations dans des filiales susceptibles de bénéficier du régime d'exonération des sociétés mères et filiales à Luxembourg (voir le point 1.4 ci-dessous), le fait de ne pas réévaluer les participations à leur valeur d'exploitation lors du transfert de résidence ne devrait pas entraîner de conséquences fiscalement dommageables. En effet, en appliquant ce régime, la société dont le siège est transféré pourra obtenir l'exonération des plus-values, qu'elles soient liées ou non à la période antérieure à son transfert de résidence fiscale.

Le choix de réévaluer fiscalement les avoirs de la société lors du transfert de siège pourra encore dépendre de la possibilité ou non d'obtenir une exonération dans l'Etat d'origine sur la plus-value réalisée lors du transfert. Dans ce cas, ce n'est pas la fiscalité luxembourgeoise qui dictera le choix de la valorisation des avoirs de la société à retenir lors du transfert de son siège.

Bien entendu et à l'inverse, certains Etats pourront simplement ignorer le choix de la continuité des valeurs renseignées dans un bilan fiscal d'ouverture de la société lors du transfert de siège. Ces Etats imposeront alors les plus-values qui seront réputées découvertes par la société lors de son transfert de résidence fiscale au Luxembourg. L'option laissée par le législateur luxembourgeois de continuer les valeurs sera dans ce cas sans effet dans le pays d'origine de la société dont le siège est transféré.

1.4. Conséquences de la réévaluation de participations de la société

Nous avons mentionné précédemment qu'un des avantages d'une société dont le siège est transféré à Luxembourg était celui de pouvoir bénéficier du régime d'exonération des sociétés mères et filiales. En vertu de ce régime, les dividendes reçus de filiales ainsi que les plus-values réalisées suite à la cession des parts dans ces filiales sont exonérés de l'impôt sur le revenu (et de l'impôt commercial communal).

7. Des droits d'enregistrement, fixes ou proportionnels selon la nature de l'acte, sont en principe dus lors de l'enregistrement des actes. Les droits proportionnels s'appliquent notamment aux actes relatifs à toute transmission entre vifs de propriété, d'usufruit ou de jouissance de biens mobiliers ou immobiliers. Les ventes concernant des immeubles situés au Luxembourg ou des droits relatifs à de tels immeubles sont passibles de droits d'enregistrement. L'enregistrement des actes portant sur les immeubles est obligatoire.

8. Droit d'enregistrement, Chap. VII, Remarque préliminaire.

9. L'article 27, (1) LIR définit la valeur d'exploitation d'un bien comme étant le prix (TVA comprise) qu'un acquéreur de l'entreprise entière attribuerait au bien envisagé dans le cadre du prix d'acquisition global, l'acquéreur étant supposé continuer l'exploitation.

10. L'article 35 LIR fixe des limites maxima d'évaluation, en ce qui concerne les biens d'actif et des limites minima en ce qui concerne les éléments passifs envers les tiers.

11. Projet de loi portant réforme de l'impôt sur le revenu n° 571-4, Commentaires des articles, Titre I - Impôt sur le revenu des personnes physiques art. 1-63 LIR, J-1955-O-0052, p. 178

12. R. MOLITOR, *Le régime fiscal des sociétés mère et filiales*, Etudes fiscales n° 90/91/92, éd. Saint-Paul, Luxembourg, 1994, p. 55.

● Fiscalité

Les conditions pour bénéficier de ce régime favorable sont indiquées à l'article 166 LIR et dans le règlement grand-ducal du 21 décembre 2001.¹³ Parmi les conditions à remplir, il est notamment requis que l'associé ou actionnaire ait détenu ou s'engage à détenir la participation requise dans sa filiale durant une période ininterrompue de douze mois.

Dans la mesure où la société qui transfère sa résidence fiscale au Luxembourg est assimilée fiscalement à une société nouvellement créée pour les besoins de l'évaluation de ses actifs, la question se pose de savoir à partir de quand commence à courir la période de détention de douze mois? Plus précisément, il convient de s'interroger si une réévaluation des actifs d'une société lors de son transfert à Luxembourg peut avoir un effet sur le point de départ du délai de détention de douze mois.

Sur base de la doctrine, il semblait admis que le point de départ pour la période des douze mois de détention était la date à laquelle la société avait acquis la qualité de contribuable résident.¹⁴ En raison de la possibilité de bénéficier des exonérations visées à l'article 166 LIR et au règlement grand-ducal du 21 décembre 2001 dès lors que l'associé s'engage à détenir ladite participation pendant une période de 12 mois, l'impact de cette discussion semble en pratique limité au cas d'une cession de l'intégralité d'une participation suite au transfert de siège.

Pour illustrer cette thèse, lorsqu'une société étrangère détenant une participation depuis janvier 2005 décide de transférer sa résidence fiscale au Luxembourg en mars 2009, la période de douze mois de détention ininterrompue commencerait à partir de la date de son transfert à Luxembourg. Bien que la condition de détention de douze mois ait été remplie avant le transfert de résidence, celle-ci ne devrait donc être remplie pour le bénéfice de l'exonération d'une plus-value de cession qu'à compter de mars 2010. Cette solution semble a priori logique puisque l'article 166 LIR exonérant les dividendes et le règlement grand-ducal du 21 décembre 2001 ne vien-

draient à s'appliquer qu'à partir du moment où la société deviendrait résidente du Luxembourg. Aussi, pourquoi faudrait-il alors tenir compte d'une période antérieure au transfert de siège?

Au regard du droit communautaire tout d'abord, cette thèse devrait être nuancée afin de ne pas porter atteinte à la liberté d'établissement et à la libre circulation des capitaux prévues par les articles 43, 48 et 56 du Traité sur l'Union européenne. En effet, prenons l'exemple d'une société établie dans l'Union européenne (« UE ») détenant depuis plus de douze mois une filiale située dans un autre Etat de l'UE et qui remplit les autres conditions d'éligibilité de la Directive mère et filiales.¹⁵ La société mère décide de transférer sa résidence fiscale au Luxembourg. Le fait que la société mère doive à nouveau remplir la condition de durée à partir de la date de son transfert de résidence pourrait être perçu comme un obstacle à la liberté d'établissement et à la libre circulation des capitaux. A la lecture de la jurisprudence abondante de la Cour de Justice des Communautés Européennes, il nous semble que pareille restriction n'est pas compatible avec l'exercice de ces deux libertés.

Aussi, nous semble-t-il que le point de départ du délai de détention de douze mois préconisé par l'article 166 LIR et le règlement grand-ducal du 21 décembre 2001 ne devrait dès lors pas prendre cours lors du transfert de siège mais bien lors de l'acquisition initiale de la participation. Il nous apparaît en effet que le droit fiscal luxembourgeois ne peut ignorer cet état de fait qu'est la date d'acquisition de titres. Par ailleurs, plus particulièrement dans le contexte communautaire, méconnaître cette réalité en considérant de manière un peu artificielle que la date d'acquisition de titres puisse être déterminée par des considérations d'évaluation des biens lors du transfert de siège, nous semble incorrect à l'heure actuelle.

A la lecture de la circulaire LIR n°50bis/1 du 5 mars 2009¹⁶ émise par l'administration fiscale au sujet du nouveau régime d'exonération de certains droits de propriété intellectuelle, il nous apparaît d'ailleurs également que l'administration aille vers cette voie. En effet, cette circulaire reconnaît que la réévaluation de biens « *reste sans incidence sur la date et le prix d'acquisition effectifs de ces biens* » et par ailleurs considère qu'il doit en être « *de même lors-*

13. Les revenus d'une participation détenue par un organisme à caractère collectif (ou une société de capitaux) résident pleinement imposable sont exonérés lorsque, à la date de la mise à disposition des revenus, le bénéficiaire détient ou s'engage à détenir ladite participation pendant une période ininterrompue d'au moins douze mois et que pendant toute cette période le taux de participation ne descend pas au-dessous du seuil de 10 pour cent ou le prix d'acquisition au-dessous de 1.200.000 euros (6.000.000 euros pour ce qui concerne les revenus de cession de participation).

14. Voy. notamment J.-P. WINANDY, *Fiscalité et comptes annuels des entreprises*, Luxembourg, Editions Portalis, avril 2005, pp. 573-574; P. J. WARNER, *Luxembourg in international tax planning*, Amsterdam, IBFD Publications, 2004, second revised edition, pp. 458-459; R. MOLITOR, *op. cit.*, p. 54.

15. Directive 90/435/CEE du Conseil, du 23 juillet 1990, concernant le régime fiscal commun applicable aux sociétés mères et filiales d'Etats membres différents (JO L 225 du 20.8.1990, pp. 6-9).

16. Circulaire du directeur des contributions L.I.R. n°50bis/1 du 5 mars 2009 sur l'exonération partielle des revenus produits par certains droits de propriété intellectuelle, p. 16.

qu'un organisme à caractère collectif non résident établit sa résidence fiscale à Luxembourg ». Dans le cadre d'un transfert de siège, cette position pourra donc également être transposée au cas de l'application de l'article 166 LIR et du règlement grand-ducal du 21 décembre 2001 en ce qui concerne la date d'acquisition des titres à prendre en compte.

1.5. Impôt commercial communal

L'impôt commercial communal concerne les entreprises commerciales, industrielles, minières, et artisanales situées au Luxembourg. Il s'agit d'un impôt réel basé sur le bénéfice imposable, déterminé conformément aux règles édictées en matière d'impôt sur le revenu. Il est ajusté par certaines additions et déductions qui découlent du caractère particulier de cet impôt. L'impôt commercial est perçu par l'Etat au profit des communes.

La société qui transfère sa résidence fiscale sera le cas échéant soumise à l'impôt commercial communal luxembourgeois. En raison de la proximité de sa base avec celle de l'impôt sur le revenu des collectivités, ses principales problématiques liées au transfert de résidence fiscale seront dès lors similaires. Toutefois, son caractère territorial nous permet ici de rappeler une petite particularité qui est celle des revenus provenant d'un établissement stable localisé hors du Luxembourg, par exemple dans un Etat qui n'a pas conclu de convention fiscale préventive de double imposition avec le Luxembourg. Ces revenus resteront en dehors du champ d'application de cet impôt et les questions liées à l'éventuelle réévaluation de ces actifs lors d'un transfert de siège vers le Luxembourg ne devraient donc pas avoir d'impacts en matière d'impôt commercial communal.

1.6. Impôt sur la fortune

Les organismes à caractère collectif ayant leur siège statutaire ou leur administration centrale au Luxembourg sont imposables au Luxembourg du chef de leur fortune mondiale (sous réserve de l'application d'une convention fiscale conclue par le Luxembourg avec l'Etat dans lequel se trouve la fortune). Le taux annuel est fixé à 0,5 % de la fortune nette imposable telle qu'elle est établie au 1^{er} janvier. La société qui transfère sa résidence fiscale au Luxembourg dans le courant de l'année N ne payera de l'impôt sur la fortune qu'à partir de l'année N+1 c'est-à-dire à partir de l'année qui suit celle de son transfert de résidence. Le cas échéant, les participations importantes seront exonérées d'impôt sur la fortune au titre du régime mère et filiales (voir le point 1.4 ci-dessus). La condition de durée de détention évoquée au point 1.4

ne s'applique pas dans le cadre de l'impôt sur la fortune de sorte qu'il n'est pas nécessaire d'avoir détenu ou de s'engager à détenir la participation pendant une période ininterrompue de douze mois.

Dans la mesure où les contribuables résidents sont imposables sur base de leur fortune mondiale, il convient de noter par exemple que les immeubles¹⁷ situés dans un Etat qui n'a pas conclu de convention préventive de double imposition avec le Luxembourg entreront dans le champ d'imposition de l'impôt sur la fortune. Ceci démontre que l'identification des actifs d'une société dont le siège va être transféré est primordiale dans l'évaluation de la charge fiscale future du fait du transfert vers le Luxembourg.

2. Conséquences du transfert vers l'étranger

Comme nous l'avons indiqué précédemment, une société est résidente pour les besoins fiscaux luxembourgeois si elle y a son siège statutaire ou son administration centrale. Cela signifie donc que dans le cas d'un transfert de résidence hors du Luxembourg, le changement de résidence, exige le transfert cumulatif du siège statutaire et de l'administration centrale, la société devenant dès lors non-résidente et imposable au Luxembourg uniquement sur ses revenus indigènes. Le transfert à l'étranger d'un seul de ces éléments devrait donc, en principe, maintenir la résidence fiscale de la société au Luxembourg.

L'article 172 LIR traite du transfert de siège hors du Luxembourg ainsi que de certaines opérations assimilées. En principe, le transfert de siège entraîne l'imposition des plus-values latentes (2.1). Cependant, sous certaines conditions, ces plus-values latentes resteront immunisées si la société maintient un établissement stable au Luxembourg (2.2).

2.1. Principe: l'imposition des plus-values latentes

Aux termes de l'article 172 al. 1 LIR, lorsqu'un organisme à caractère collectif résident transfère son siège social et son administration centrale à l'étranger, il cesse de ce fait d'être un contribuable résident du Luxembourg. L'opération est assimilée fiscalement à une dissolution-liquidation et ce, à la différence du

17. Concernant la problématique liée à la valeur à prendre en considération pour les besoins de l'impôt sur la fortune, voir J.-P. WINANDY, *op. cit.*, p. 697.

• Fiscalité

droit des sociétés qui permet le transfert de siège, sous certaines conditions, sans affecter la continuité de la personnalité juridique de la société concernée.

Sur le plan fiscal toutefois, un tel transfert étant assimilé à la dissolution-liquidation d'un contribuable résident, le bénéfice de liquidation sera déterminé conformément à l'article 169 LIR. Le législateur luxembourgeois a fait en sorte que l'opération soit traitée fiscalement comme une liquidation, entraînant l'imposition des plus-values latentes, afin d'éviter que ces gains n'échappent à toute imposition au Luxembourg.¹⁸ Il est retenu à titre de produit net de liquidation la valeur estimée de réalisation de l'ensemble des éléments actifs et passifs.¹⁹

Prenons l'exemple d'une société de droit luxembourgeois (X) qui détient une participation d'au moins dix pour cent depuis plus de douze mois dans une autre société de droit luxembourgeois (Y). Dans l'hypothèse où Y perd la qualité de contribuable résident à la suite d'un transfert de sa résidence fiscale, l'opération sera interprétée, pour des besoins fiscaux luxembourgeois, comme une liquidation de Y suivie de la constitution d'une nouvelle société à l'étranger. X réalisera le cas échéant un bénéfice de liquidation qui pourra être exonéré si les autres conditions de l'article 166 LIR sont remplies (voir ci-dessus pour un résumé de ces conditions).

Toujours dans le même esprit, l'article 172 al. 3 LIR énonce que la liquidation ou le transfert à l'étranger ou à un tiers d'un établissement stable luxembourgeois appartenant à un organisme à caractère collectif non résident est assimilé à une dissolution-liquidation.

L'article 172 LIR reprend également d'autres opérations qui, au même titre que le transfert de résidence fiscale, entraînent l'imposition des plus-values latentes. Il en est ainsi lorsqu'un organisme à caractère collectif adopte le statut d'organisme exempt d'impôt sur le revenu. De même, la transformation d'une société de capitaux pleinement soumise à l'impôt sur le revenu des collectivités en un organisme de placement collectif sera assimilée à une dissolution-liquidation.

18. Projet de loi n° 4855100 portant réforme de certaines dispositions en matière d'impôts directs et indirects. Commentaires des articles, J-2001-O-0015, p. 135.

19. L'article 27 LIR définit la valeur estimée de réalisation comme étant « le prix qui s'obtient lors de l'aliénation normale et librement consentie du bien envisagé, compte tenu de toutes les circonstances et conditions se répercutant sur le prix, à l'exception toutefois des circonstances et conditions anormales ou personnelles ».

2.2. Exception: rattachement des biens de l'actif net à un établissement stable indigène

Toutefois, une exception est prévue à l'alinéa 2 de l'article 172 lequel dispose qu'en cas de transfert de résidence fiscale, si les biens de l'actif net restent attachés à un établissement stable indigène, l'évaluation de ceux-ci peut se faire à la valeur comptable. L'alinéa 2 de l'article 172 LIR reprend un des principes posés par la Directive du 23 juillet 1990, telle que modifiée, (ci-après dénommée la « Directive Fusion »)²⁰ en renonçant à imposer immédiatement, au titre d'une dissolution-liquidation présumée la société dont les biens de l'actif net investi restent attachés à un établissement stable indigène suite à son changement de résidence.²¹ L'opération se fait donc en neutralité fiscale. Dans ce cas, l'obligation fiscale de la société ne s'éteint pas entièrement puisque le Luxembourg conserve le droit d'imposer les plus-values latentes inhérentes à l'actif social lors de la réalisation ultérieure de l'établissement stable indigène.

Il est à noter par ailleurs que les revenus futurs en provenance de l'établissement stable seront transférés au siège étranger sans retenue à la source dans la mesure où le siège étranger et son établissement stable luxembourgeois sont une seule et même entité juridique.

20. Directive 90/434/CEE du Conseil, du 23 juillet 1990, concernant le régime fiscal commun applicable aux fusions, scissions, apports d'actifs et échanges d'actions intéressant des sociétés d'États membres différents (JO L 225 du 20.8.1990, pp. 1-5). Modifié par la Directive 2005/19/CE qui étend notamment le champ d'application de la directive aux transferts de siège d'une société européenne ou d'une société coopérative européenne d'un Etat membre à un autre Etat membre. La Directive du 23 juillet 1990 prévoit le report de l'imposition des plus-values latentes résultant de la restructuration transfrontalière de sociétés (effectuée sous forme de fusions, scissions, apports d'actifs et échanges d'actions) jusqu'à une cession ultérieure des actifs apportés.

21. Ce principe est réaffirmé dans la Directive 2005/19/CE qui modifie la Directive Fusion. En effet, il est rappelé que « le transfert du siège statutaire constitue un moyen d'exercer la liberté d'établissement prévue par les articles 43 et 48 du Traité. Aucun actif n'est transféré et la société et ses associés n'en tirent aucun revenu, bénéfice ou plus-value. La décision de la société de réorganiser ses activités en transférant son siège statutaire ne devrait pas être entravée par des règles fiscales discriminatoires ou par des restrictions, pénalisations ou distorsions découlant de législations fiscales nationales contraires au droit communautaire. » La Directive 2005/19/CE traite également spécifiquement du transfert de siège statutaire de la société européenne et de la société coopérative européenne.