

**TOULOUSE
CAPITOLE**
Publications



« Toulouse Capitole Publications » est l'archive institutionnelle de
l'Université Toulouse 1 Capitole.

ASPECTS FISCAUX DE LA FIDUCIE - . - LOI DU 19 FÉVRIER 2007

ARNAUD DE BISSY

Référence de publication : La Semaine Juridique Notariale et Immobilière n° 17, 27 Avril 2007, 1165

Pour toute question sur Toulouse Capitole Publications,
contacter portail-publi@ut-capitole.fr

ASPECTS FISCAUX DE LA FIDUCIE - . - LOI DU 19 FÉVRIER 2007

La loi n° 2007-2011 du 19 février 2007 instituant la fiducie, instrument de gestion d'un patrimoine professionnel, consistant à transférer temporairement la propriété d'actifs à un patrimoine d'affectation, donne un contour particulier aux concepts de neutralité et de transparence fiscale. Le législateur a privilégié la neutralité fiscale de l'opération fiduciaire, s'attachant également à neutraliser les conséquences fiscales liées à la cession ou à la cessation de la fiducie. La loi précise également les conditions et les modalités d'imposition des résultats du patrimoine fiduciaire « semi-transparent », du patrimoine lui-même ainsi que du chiffre d'affaires de ce patrimoine fiduciaire.*Note 1*

1. - Le parlement a donc finalement adopté la proposition de loi d'origine sénatoriale instituant la fiducie en droit français (*L. n° 2007-2011, 19 févr. 2007 : JO 21 févr. 2007, p. 3052*)^{Note 2}. Elle se définit comme « *l'opération par laquelle un ou plusieurs constituants transfèrent des biens, des droits ou des sûretés, ou un ensemble de biens, de droits ou de sûretés, présents ou futurs, à un ou plusieurs fiduciaires qui, les tenant séparés de leur patrimoine propre, agissent dans un but déterminé au profit d'un ou plusieurs bénéficiaires* » (*C. civ., art. 2011 nouv.*).

2. - La consécration par le droit français du patrimoine d'affectation sera pourtant d'une assez faible résonance chez les juristes dès lors que son domaine d'application a été sensiblement réduit au cours du processus d'adoption. Ainsi, alors que les fonctions de constituant et de bénéficiaire étaient initialement ouvertes à toutes personnes juridiques, à l'arrivée, seules les personnes morales soumises à l'impôt sur les sociétés (de plein droit ou sur option) peuvent constituer un patrimoine fiduciaire (*C. civ., art. 2014 nouv.*)^{Note 3}, et le fiduciaire lui-même ne peut qu'être soit un établissement de crédit, soit l'une des institutions et services énumérés à l'article L. 518-1 du Code monétaire et financier (Trésor public, Caisse des dépôts, Banque de France...), soit une entreprise d'investissement ou d'assurance (*C. civ., art. 2015 nouv.*). Les restrictions quant à la qualité du fiduciaire sont motivées par le souci des pouvoirs publics d'éviter que la fiducie ne soit utilisée pour financer des activités illicites ou à des fins de blanchiment de capitaux^{Note 4}. Ceci explique aussi que la fiducie ait été réservée à des résidents de pays pratiquant l'échange d'informations avec la France (*L. 19 févr. 2007, art. 13 non codifié*)^{Note 5}.

3. - Le contrat de fiducie apparaît donc comme une institution spécifique destinée à gérer le patrimoine mobilier ou immobilier d'une société (fiducie « gestion »), ou à garantir ses dettes (fiducie « sûreté »). Elle ne peut constituer un véritable outil de transmission d'un patrimoine (fiducie « transmission ») en raison de la nature des parties et aussi parce que dès le départ les fiducies constituées en vue d'une transmission à titre gratuit avaient été écartées du dispositif (aux termes de l'article 2013 nouveau du Code civil : « *Le contrat de fiducie est nul s'il procède d'une intention libérale au profit du bénéficiaire. Cette nullité est d'ordre public* »). Les raisons qui expliquent cette mise à l'écart de la « fiducie-libéralité » seront trouvées dans la réforme du droit des successions et des libéralités (L. n° 2006-728, 23 juin 2006 : JO 24 juin 2006, p. 9513)^{Note 6}. Particulièrement, l'admission du mandat posthume, l'extension du domaine des « substitutions fidéicommissaires » (libéralités « graduelles ») et la codification des libéralités « *de residuo* » (libéralités « résiduelles ») privent la fiducie d'une grande partie de son intérêt^{Note 7}. Dès lors, utilisée à des fins de transmission à titre gratuit, la fiducie aurait été vue d'un œil soupçonneux par l'administration fiscale. Autant, donc, l'interdire.

4. - Ainsi cantonnée au patrimoine professionnel, la fiducie n'est pas une inconnue pour les fiscalistes. Après qu'un projet de loi l'instituant fut avorté en 1992^{Note 8}, le législateur avait paradoxalement, mais utilement, maintenu dans la loi de finances rectificative pour 1992 une disposition originale destinée à mettre un terme à une évasion fiscale internationale utilisant les trusts établis à l'étranger^{Note 9}. Le montage est assez complexe ; après qu'une société ait émis des titres représentatifs d'un emprunt (en l'espèce des titres subordonnés à durée indéterminée)^{Note 10}, elle obtient d'un trust (généralement installé sur le territoire d'un pays à fiscalité privilégiée) qu'il rachète les titres aux souscripteurs au terme d'une certaine période (15 ans en principe). Le financement de l'opération n'est pas moins original ; l'accord passé avec le trust étranger prévoit qu'une fois rachetés, les titres ne seront plus rémunérés (déchargeant ainsi la société émettrice du paiement des intérêts à l'issue de la période considérée), en échange de quoi celle-ci transfère au trust une somme représentative des intérêts « précomptés » (dénommée « soulte de désintéressement ») qu'il placera en obligations à coupons « zéro » (le capital perçu 15 ans après permettra le rachat des titres).

5. - Certes, cette technique de « reconditionnement des TSDI » ne permettait pas la déduction par la société émettrice des intérêts versés aux souscripteurs se rapportant à des fonds placés à l'étranger (ainsi, les intérêts n'étaient déductibles que dans la limite de leur rapport avec le montant nominal de l'émission minoré des « intérêts précomptés »), mais celle-ci n'était pas imposée sur la rémunération des placements du trust étranger (notamment les intérêts courus des obligations à coupon « zéro »). C'est

précisément ce que permet l'article 238 bis-0 I du CGI : « Une entreprise qui a transféré ou transfère hors de France, directement ou indirectement, par elle-même ou par l'intermédiaire d'un tiers, des éléments de son actif à une personne, à un organisme, dans un trust ou dans une institution comparable, en vue de les gérer dans son intérêt ou d'assumer pour son compte un engagement existant ou futur, comprend dans son résultat imposable les résultats qui proviennent de la gestion ou de la disposition de ces actifs ou des biens acquis en emploi ». Cette disposition, qui n'est pas sans rappeler les articles 123 bis et 209 B du CGI^{Note 11}, fût récemment étendue à des opérations qui avaient échappé au texte voté en 1992 (*L. fin. 2006, art. 23, CGI art. 238 bis-0 I bis*)^{Note 12}.

6. - Curieuse disposition que celle de l'article 238 bis-0 I du CGI qui, dans le cadre particulier des montages financiers internationaux, définit une fiducie pratiquée à l'étranger alors qu'elle n'était pas reconnue par le droit français ! Elle est pourtant là pour nous rappeler que, pour le droit fiscal, la fiducie « gestion » est une réalité ancienne, même s'il ne s'agit pas à proprement parlé d'une manifestation supplémentaire du caractère « réaliste » que l'on prête habituellement à cette matière dans la mesure où la disposition avait simplement pour objet de lutter contre un phénomène d'évasion fiscale utilisant une structure étrangère reconnue localement. Le réalisme, poussé jusqu'à son paroxysme, eut été de prévoir un régime fiscal applicable en France pour une institution juridique non encore reconnue par le droit positif...

7. - Le législateur n'a donc pas eu besoin d'aller jusque-là puisque, dans le cadre tel que défini précédemment, il a introduit la fiducie en droit français en même temps qu'il la « traitait » fiscalement. De ce point de vue, les solutions retenues sont assez logiques ; elles s'inspirent des solutions retenues habituellement dans les projets de lois relatifs à la fiducie. – D'une façon générale, la fiscalité ne doit pas être un obstacle à la création du patrimoine fiduciaire, mais d'un autre côté, il faut aussi prévenir les risques d'évasion fiscale. Ces considérations expliquent que les règles fiscales adoptées dans le cadre des projets de lois sur la fiducie reposent, à des degrés divers, sur la neutralité et la transparence de l'opération^{Note 13}. Ainsi, le constituant est-il considéré par la loi fiscale comme étant demeuré propriétaire des actifs dont il s'est dessaisi, de telle sorte que c'est lui qui sera redevable des impôts relatifs à ceux-ci (du moins l'ISF), lesquels sont donc présumés faire partie de sa succession, sauf lorsque le bénéficiaire est désigné dans le contrat de fiducie ou postérieurement. C'est aussi le constituant qui sera imposé sur les revenus du patrimoine fiduciaire. Les exceptions touchent habituellement les impôts locaux et la TVA, dont le fiduciaire sera redevable. – Dans la loi du 19 février 2007, compte tenu du fait que la fiducie est un instrument de gestion du patrimoine professionnel qui consiste à transférer temporairement la propriété

d'actifs à un patrimoine d'affectation (la durée du contrat de fiducie ne peut excéder 33 ans à compter de sa signature, *C. civ., art. 2017 nouv.*), les concepts de neutralité et de transparence fiscale prennent un contour particulier puisqu'ils s'inscrivent dans le cadre de la fiscalité des entreprises. Concrètement, il fallait que la fiducie ne soit pas fiscalement trop onéreuse pour les sociétés, particulièrement en termes d'impôt sur les plus-values. Le législateur leur a donc étendu le régime des fusions de sociétés. En outre, dans l'hypothèse où les biens mis en fiducie sont productifs, il convenait de prévoir un régime d'imposition pour ces profits qui ne soit pas différent de celui qui s'appliquait lorsque ces biens figuraient dans le patrimoine de la société constituante. En ce qui les concerne, le législateur a donc fait application à la fiducie du régime fiscal des sociétés de personnes. Finalement, le législateur a privilégié la neutralité de l'opération fiduciaire (1), et la semi-transparence fiscale du patrimoine fiduciaire (2).

1. La neutralité fiscale de l'opération fiduciaire

8. - L'impôt est « neutre » lorsqu'il n'a pas à être intégré dans le processus décisionnel du contribuable, soit parce qu'il ne s'applique pas (ou bien à un coût minime), soit parce qu'il s'applique mais de façon uniforme (quelle que soit l'option choisie, le coût reste identique). En tant qu'institution générant le transfert de droits d'un patrimoine à un autre, la fiducie pouvait entraîner l'application des droits de mutation et de l'impôt sur les plus-values de cession. À la constitution du patrimoine fiduciaire cependant, on observe une stricte neutralité fiscale. Dans la plupart des cas en effet, un simple droit fixe d'enregistrement sera dû et les plus-values de cession bénéficieront d'un différé d'imposition. Le législateur s'est aussi attaché à neutraliser les conséquences fiscales liées à la cession ou à la cessation de la fiducie.

A. - La constitution de la fiducie

9. - La neutralité fiscale se traduit ici par le fait que le constituant est réputé demeurer propriétaire des actifs transmis pour l'application des droits de mutation, alors que les plus-values dégagées à l'occasion de la cession seront constatées tout en n'étant imposées que plus tard.

1° Les droits d'enregistrement

10. - Conformément aux principes généraux, le contrat de fiducie, ou l'acte constatant sa modification, son extinction ou le transfert de nouveaux droits au fiduciaire, doit être enregistré dans le délai d'un mois (*CGI, art. 635, I, 8°*). Ce délai doit être respecté à peine de nullité de la fiducie (*C. civ.*,

art. 2019 nouv.)^{Note 14}. À cette occasion, seront perçus les droits d'enregistrement, lesquels se résument au paiement d'un simple droit fixe de 125 € (*CGI, art. 1133 quater nouv.*). Toutefois, si des droits réels immobiliers sont transmis au fiduciaire, le délai de l'enregistrement est porté à 2 mois (*CGI, art. 647*), et il conviendra d'appliquer en son lieu et place la taxe de publicité foncière au taux de 0,60 % (*CGI, art. 1020 mod.*)^{Note 15}.

11. - Bien qu'il y ait juridiquement transfert de la propriété des actifs au fiduciaire, ce qui est attesté par la publicité de l'acte à la Conservation des hypothèques le cas échéant, tout se passe fiscalement comme si elle n'avait pas eu lieu. Cette analyse est confirmée par la situation des fiduciaires qui exercent une activité de marchands de biens ; pour eux la mise en fiducie n'est pas considérée comme une vente pour l'application de la condition de revente dans les quatre ans (*CGI, art. 1115, al. 6 mod.*)^{Note 16}.

12. - Si, en dépit de la nullité dont il est menacé (*C. civ., art. 2013 nouv.*), le contrat de fiducie procédait d'une intention libérale, soit pour les biens objets de la fiducie, soit même pour les fruits retirés de l'exploitation de ces biens, les droits de mutation à titre gratuit s'appliqueraient sur la valeur de ces droits appréciée à la date de ce transfert, au tarif applicable entre non-parents, soit 60 % (*CGI, art. 792 bis nouv. al. 1er*). Sans doute l'application de droits de mutation à un acte pourtant nul peut choquer, mais il faut y voir davantage une sanction fiscale que l'application d'un véritable impôt de mutation^{Note 17}. À cette fin, l'administration fiscale se fondera sur le nouvel article L. 64 C du Livre des procédures fiscales qui institue une nouvelle procédure de rectification en rendant inopposables les contrats de fiducie consentis dans une intention libérale. Les droits perçus seront par ailleurs majorés d'une pénalité de 80 % pour manœuvres frauduleuses (*CGI, art. 1729, b/ mod.*).

13. - L'alinéa second de l'article 792 *bis* donne deux exemples, non exhaustifs, de situations dans lesquelles l'intention libérale sera caractérisée : ce sera le cas lorsque « *la transmission est dénuée de contrepartie réelle ou lorsqu'un avantage en nature ou résultant d'une minoration du prix de cession est accordée à un tiers par le fiduciaire dans le cadre de la gestion du patrimoine fiduciaire* ». La deuxième situation envisagée par la loi peut surprendre ; le droit fiscal s'affranchit de la qualification de droit civil qui pourrait être retenue par les juges civils en caractérisant l'intention libérale à partir d'un simple déséquilibre des prestations. La sévérité de la règle fiscale sera néanmoins atténuée par le fait que les

droits de mutation à titre gratuit ne s'appliqueront que sur la valeur de l'avantage consenti par le fiduciaire^{Note 18}.

14. - Par contre, si les biens ou valeurs sont transmis à titre onéreux par le fiduciaire au bénéficiaire ou à un tiers, ce qui reste possible, les droits de mutation à titre onéreux s'appliqueront sur le prix stipulé à l'acte, selon le barème applicable qui dépend de la nature des droits cédés (mais la TVA est susceptible de s'appliquer si le fiduciaire a agi en qualité de marchand de biens et si la cession porte sur l'un des biens mentionnés à l'article 257, 6° du CGI, cf. *infra* n° 38).

2° L'impôt sur les plus-values de cession

15. - Lorsque le constituant (il s'agit rappelons-le d'une personne morale soumise à l'IS) transfère des droits ou des biens figurant à l'actif de son bilan dans le patrimoine du fiduciaire, l'opération fait normalement apparaître dans sa comptabilité des plus ou moins-values de cession d'immobilisations ainsi que des profits ou des pertes sur cession d'actifs non immobilisés^{Note 19}. Aux termes du nouvel article 223 V, I du CGI, ces enrichissements, ou ces appauvrissements, ne sont pas pris en compte pour le calcul du résultat imposable du constituant. Toutefois, les profits sont seulement neutralisés et non pas exonérés. S'inspirant du régime fiscal de faveur prévu pour les fusions de sociétés notamment (*CGI, art. 210 A*), le législateur ne fait que décaler dans le temps l'imposition des profits de cession.

16. - La loi précise les conditions dans lesquelles le régime de faveur peut s'appliquer. Ainsi, le contrat de fiducie doit répondre aux conditions des articles 2011 à 2031 du Code civil et le constituant doit être désigné comme le ou l'un de ses bénéficiaires. Quant au fiduciaire, il doit prendre différents engagements dans le contrat de fiducie, et notamment : inscrire dans ses comptes les biens qui lui sont transférés ainsi que les amortissements et les provisions y afférents, et se substituer au constituant pour la réintégration des provisions et des résultats relatifs aux biens transférés dont la prise en compte avait été différée pour son imposition.

17. - Le fiduciaire doit encore prendre d'autres engagements qui sont liés au régime de faveur qui s'applique aux profits consécutifs au transfert des droits dans le patrimoine du fiduciaire. C'est ce régime que nous décrivons à présent. Il varie selon la nature des biens transférés :— Les plus-values sur transfert

au fiduciaire de biens non amortissables font l'objet d'un « sursis d'imposition », soulignant ainsi le caractère intercalaire de l'opération de fiducie. Le fiduciaire doit s'engager à calculer ultérieurement les plus-values par rapport à la valeur qu'ils avaient, du point de vue fiscal, dans le patrimoine du constituant. Ainsi, lors de la cession de ces mêmes biens par le fiduciaire, c'est lui qui devra supporter l'impôt sur les plus-values (en réalité ses constituants puisqu'il s'agit d'une entité semi-transparente, cf. *infra* n° 28 s.).— Les plus-values sur cession de biens amortissables font l'objet d'un étalement dans le patrimoine fiduciaire. Le fiduciaire devra réintégrer dans les résultats une fraction de la plus-value, sur une période de 15 ans pour les constructions (ainsi que les droits qui se rapportent à des constructions, les plantations, les agencements et aménagements des terrains amortissables sur une période au moins égale à cette durée), et de 5 ans dans les autres cas. En contrepartie, il pourra naturellement calculer les amortissements et les plus-values de cession ultérieures par rapport à la valeur d'inscription des biens dans les comptes (mais la cession du bien entraînera l'imposition immédiate de la fraction de plus-value non encore réintégrée).— Les profits sur les autres actifs transférés dans le patrimoine du fiduciaire font l'objet d'un sursis d'imposition. Ils seront imposés au fur et à mesure de leur revente, par référence à leur valeur chez le constituant. Pour cela, le fiduciaire doit porter cette valeur dans ses écritures ; à défaut, le constituant sera imposé sur l'écart entre la valeur d'origine et la valeur d'inscription chez le fiduciaire, au titre de l'exercice au cours duquel intervient le transfert au fiduciaire.— Les droits afférents à un contrat de crédit-bail (*C. monét. fin.*, art. L. 313-7), sont assimilés à des éléments de l'actif immobilisé, amortissables ou non amortissables dans les conditions prévues à l'article 39 *duodecies* A du CGI (*CGI*, art. 223 V, II *nouv.*), sachant que les titres du portefeuille exclus du régime des plus-values ou moins-values à long terme sont assimilés à des éléments non amortissables de l'actif immobilisé (*CGI*, art. 223 V, III *nouv.*).

B. - La cession de la fiducie

18. - Les plus-values liées à la cession de la créance de fiducie sont exonérées mais les résultats du patrimoine fiduciaire seront immédiatement imposés chez le cédant. Pour l'application des droits de mutation, la neutralité fiscale prend une forme particulière ; tout se passe comme si la cession des droits portait directement sur les biens compris dans le patrimoine fiduciaire. En ce qui les concerne, la neutralité rejoint la transparence fiscale.

1° Les plus-values de cession

19. - Selon le nouvel article 223 VE, I alinéa second du CGI « *La différence entre le prix de cession de la créance et le prix de revient n'a pas d'incidence sur le résultat imposable du cédant* ». Les plus-values de cession sont donc exonérées chez le constituant. Cette disposition sera particulièrement utile dans l'hypothèse où les biens mis en fiducie ont été évalués à leur valeur comptable. Dans cette situation en effet, la cession de la créance de fiducie à sa valeur vénale générera une plus-value imposable en comptabilité.

20. - Par contre, la cession (ou l'annulation) de tout ou partie de la créance de fiducie entraîne les effets de la cessation d'entreprise ; les résultats du patrimoine fiduciaire seront arrêtés à la date de la cession (ou de l'annulation) et imposés au nom du cédant dans les conditions prévues aux articles 201 et suivants du CGI (*CGI art. 223 VE, I al.1 nouv.*). La solution surprend ; elle sera extrêmement contraignante en pratique^{Note 20} et rejoint finalement la position administrative, très contestable, concernant les cessions massives de parts de sociétés de personnes^{Note 21}. En effet, l'administration fiscale n'a jamais officiellement renoncé à sa doctrine traditionnelle qui consiste à considérer que la cession de la totalité des parts sociales d'une société de personnes entraîne cessation d'entreprise^{Note 22}. Cette doctrine a été condamnée par la Cour de cassation en matière de droits d'enregistrement^{Note 23}, mais la jurisprudence en matière d'impôts directs n'est pas aussi nette^{Note 24}. L'intervention du Conseil d'État et l'harmonisation des jurisprudences ne seraient pas un luxe^{Note 25}.

2° Les droits de mutation

21. - Aux termes du nouvel article 1378 septies du CGI : « *Pour l'application des droits d'enregistrement, les droits du constituant résultant du contrat de fiducie sont réputés porter sur les biens formant le patrimoine du fiduciaire. Lors de la transmission de ces droits, les droits de mutation sont exigibles selon la nature des biens et droits transmis* ». Ainsi, la cession de la créance de fiducie par le constituant au profit du cessionnaire (à titre onéreux, on le suppose), entraîne le paiement par ce dernier des droits de mutation, lesquels sont fonction de la nature des biens objets du contrat de fiducie. L'idée est donc d'ignorer la personnalité juridique du fiduciaire, en faisant comme si la cession portait directement sur les biens et non sur la créance de fiducie. Le but est de prévenir le montage simpliste qui consisterait à apporter des biens (immeubles, titres, fonds de commerce) à un patrimoine fiduciaire avant de céder la créance de fiducie, en franchise de droits de mutation. Une disposition analogue figure à l'article 727 du CGI lors de la mise en société de biens préalablement à la cession des parts^{Note 26}. Le calcul des droits

s'effectuera par rapport à la « valeur nette » des biens objets du contrat de fiducie, évalués à la date du fait générateur de l'impôt (*CGI, art. 668 bis nouv.*)^{Note 27}.

C. - La cessation de la fiducie

22. - Le contrat de fiducie prend fin par la survenance du terme, la réalisation du but poursuivi ou au cas de révocation par le constituant de l'impôt sur les sociétés^{Note 28} (*C. civ., art. 2029 nouv.*). Les effets sont les mêmes que lors de la cession ou de l'annulation de la créance de la fiducie (*CGI, 223 VE II nouv.*). Toutefois, les profits résultant du retour des biens dans le patrimoine du constituant sont neutralisés fiscalement. En outre, il se fera en quasi-franchise de droits d'enregistrement.

1° Les plus-values de cessation

23. - La disparition de la créance fiduciaire à l'actif du bilan de la société constituante est susceptible de générer une plus-value de cession imposable. Toutefois, il est prévu que l'exonération d'impôt sur les plus-values de cession visée à l'article 223 VE I alinéa 2 du CGI précité (cf. supra n° 19) s'applique aussi aux plus-values de cessation (*CGI, art. 223 VE, II préc.*).

24. - Cette exonération n'est pourtant que très relative puisqu'elle est à mettre en perspective de la prise en compte de ce même profit dans les résultats du patrimoine fiduciaire. Bien que le législateur a prévu de neutraliser les plus-values liées à la cessation de la fiducie, ces dernières ne sont pas pour autant exonérées, puisque l'impôt est seulement décalé dans le temps et reposera sur les épaules du constituant, sous les conditions et modalités qui ont déjà été exposées à l'occasion de la constitution du patrimoine fiduciaire (*CGI, art. 223 VG, I, nouv., cf. supra n° 15 s.*). Simplement, le texte précise que le contrat de fiducie doit prendre fin « *sans liquidation du patrimoine fiduciaire* » (le cadre est donc celui d'une transmission universelle du patrimoine fiduciaire au constituant). Quant aux engagements du constituant, ce sont les mêmes que ceux qui ont été pris par le fiduciaire lors de la mise en fiducie.

2° Les droits de mutation

25. - Lors de la cessation de la fiducie, les biens retourneront dans le patrimoine du constituant, mais il ne sera perçu qu'un simple droit fixe d'enregistrement de 125 €, et la taxe de publicité foncière ne sera pas due (*CGI, art. 1133 quater, préc.*). Notons que la dissolution de la société constituante ne met pas fin au contrat de fiducie, lequel se poursuit jusqu'à son terme et la créance de fiducie se transmet aux ayants droit^{Note 29}. Simplement, s'il s'agit de personnes physiques ou de personnes morales non soumises à l'IS, elle demeure intransmissible et ce jusqu'à la fin de la fiducie (*C. civ., art. 2031*). Ce n'est qu'à la fin du contrat de fiducie, lorsque les biens leur seront effectivement attribués, que les droits de mutation à titre gratuit s'appliqueront sur la valeur des biens, appréciée à la date du transfert, et liquidés selon le tarif applicable aux personnes non parentes, soit 60 % (*CGI, art. 792 ter nouv.*)^{Note 30}.

2. La semi-transparence fiscale du patrimoine fiduciaire

26. - Il est sans doute inutile de revenir sur le concept de semi-transparence fiscale propre aux sociétés de personnes. Rappelons brièvement que dans ce régime le résultat imposable est calculé au niveau de la société, à partir de sa comptabilité, mais qu'il est imposé chez les associés, en proportion de leur participation (*CGI, art. 8*). Ainsi, le législateur ne leur reconnaît pas la pleine et entière personnalité fiscale à l'inverse des sociétés soumises à l'IS qui sont fiscalement « opaques ». Toutefois, l'ignorance de la personnalité du groupement pour l'imposition de ses résultats ne va pas jusqu'à lui renier toute existence fiscale. À l'inverse des sociétés parfaitement transparentes (sociétés de « multipropriété », *CGI, art. 1655 ter*), les sociétés simplement « semi-transparentes » possèdent un patrimoine propre et sont imposées sur les immeubles qu'elles possèdent, à la taxe foncière. En outre, elles sont soumises à la taxe professionnelle et possèdent la qualité de redevable de la TVA. C'est ce régime qui s'appliquera à la fiducie, à une nuance près ; la qualité de redevable des impôts locaux ou de la TVA ne peut échoir au patrimoine fiduciaire, qui n'est pas identifié, mais au fiduciaire.

A. - L'impôt sur les résultats du patrimoine fiduciaire

27. - La loi nouvelle précise les conditions et les modalités d'imposition des résultats du patrimoine fiduciaire « semi-transparent ». Des difficultés, non résolues par le texte, se poseront lorsque l'une des parties au contrat de fiducie n'est pas installée sur le territoire français.

1° Les règles générales

28. - Puisque le résultat du patrimoine fiduciaire est calculé à son niveau, le fiduciaire devra tenir une comptabilité autonome, conforme aux articles L.123-12 à L.123-15 du Code de commerce (*L. 19 févr. 2007, art. 12, I et II, non codifié*)^{Note 31}. Cette comptabilité devra être certifiée par un ou plusieurs commissaires aux comptes si le constituant est également tenu d'en désigner un (*L. 19 févr. 2007, art. 12 III, non codifié*). Le fiduciaire pourra faire l'objet d'une procédure de vérification de comptabilité (*LPF, art. L. 13 mod.*), laquelle sera menée avec lui (*LPF, art. L. 53 mod.*), et l'administration fiscale pourra se faire communiquer par le fiduciaire, le constituant, le bénéficiaire ou « *toute personne physique ou morale exerçant par quelque moyen que ce soit un pouvoir de décision direct ou indirect sur la fiducie* » tout document relatif au contrat de fiducie, sans qu'il y ait violation du secret professionnel (*LPF, art. L. 96 F nouv.*).

29. - Dans une société semi-transparente en principe, le résultat imposable est calculé à partir des règles qui sont fonction de la nature de son activité (bénéfices industriels et commerciaux, non commerciaux, agricoles, ou revenus fonciers). En ce qui concerne la fiducie, il conviendra pourtant d'appliquer les règles du constituant (*CGI, art. 223 VA, al.1 nouv.*), à l'instar des solutions retenues au sujet des participations dans les sociétés de personnes (*CGI, art. 238 bis K I, al. 1*)^{Note 32}. Comme le constituant est soumis à l'IS, ce seront toujours les règles des BIC qui s'appliqueront. La règle permet d'éviter d'échapper à une catégorie d'imposition en sortant du bilan certains biens pour les apporter à un patrimoine fiduciaire. Ainsi par exemple, si une société civile immobilière ayant opté pour l'IS met en fiducie un immeuble loué, le résultat ne sera pas calculé à partir des règles des revenus fonciers mais des revenus commerciaux.

30. - C'est le constituant qui sera imposé sur les résultats du patrimoine fiduciaire. Au cas de pluralité de constituants, chacun d'eux sera imposé sur une quote-part des résultats, en proportion de la valeur réelle des biens ou droits mis en fiducie, appréciée à la date du transfert (*CGI, art. 223 VA al.2 nouv.*). Pour le calcul de son propre résultat, le constituant ne devra pas tenir compte des variations de la valeur de sa créance de fiducie (*CGI, art. 223 VC nouv.*), lesquelles sont donc neutralisées au plan fiscal (il faudra donc réintégrer les provisions pour dépréciation de la créance). En revanche, il ajoutera à son chiffre d'affaires celui du patrimoine fiduciaire (réparti comme il vient d'être indiqué au cas de pluralité de constituants), pour l'appréciation des différents seuils d'impositions (régimes réel ou simplifié d'imposition, exonération des plus-values de cession... *CGI, art. 223 VD nouv.*).

31. - Au cas de dissolution du constituant, l'impôt sur les bénéfices de « cessation » doit être acquitté dans les conditions de l'article 201 du CGI (*CGI, art. 223 VE, II, préc.*). Pour les années ultérieures (le contrat de fiducie survit jusqu'à son terme, cf. supra n° 25), les résultats seront imposés chaque année à l'IS dans les conditions visées à l'article 219-I du CGI, mais au nom du fiduciaire cette fois (*CGI, art. 223 VB nouv.*). La désignation du fiduciaire en tant que redevable de l'impôt sur les bénéfices s'explique par le fait que, parmi les ayants droit de la société dissoute, peuvent figurer de nombreuses personnes physiques^{Note 33}.

2° Les règles de territorialité (non précisées par le texte)

32. - La loi ne règle pas les problèmes liés au rattachement et à l'imposition des résultats du patrimoine fiduciaire lorsque l'une des parties au contrat de fiducie est installée à l'étranger (il ne peut s'agir que d'un pays membre de la Communauté européenne ou qui a signé avec la France une convention fiscale qui contient une clause d'assistance administrative en vue de lutter contre la fraude ou l'évasion fiscale ; *L. 19 févr. 2007, art. 13 préc.*). Deux situations sont concevables, selon que c'est le fiduciaire ou le constituant qui est installé à l'étranger.

33. - La première hypothèse concerne le cas du constituant français qui a transféré des valeurs à un fiduciaire étranger. À partir du moment où il est créé un patrimoine d'affectation à l'étranger, et par application des règles de territorialité de l'IS (*CGI art. 209-I*), les résultats de la fiducie ne seront pas imposables à l'IS français. Ce n'est que dans le cadre de dispositifs particuliers destinés à lutter contre l'évasion fiscale internationale que les résultats étrangers pourront être réintégrés dans le bénéfice soumis à l'IS en France (*CGI, art. 238 bis-0 I, cf. supra n° 5*).

34. - La seconde hypothèse concerne le cas du constituant étranger qui a transféré des valeurs à un fiduciaire français. Elle nous renvoie au régime fiscal des sociétés de personnes dont les associés résident à l'étranger. Dans ce cas, la tendance du droit positif est de considérer que la société de personnes possède une personnalité fiscale distincte de celle de ses membres et qu'elle est un résident au sens des conventions fiscales internationales^{Note 34}. C'est donc à son niveau, et non à celui de ses associés, qu'il faut se placer pour apprécier le régime fiscal qui s'applique aux résultats. Ces derniers étant de source française,

ils seront imposés en France au nom des associés étrangers (à l'IS s'il s'agit de sociétés qui y sont soumises). Ces solutions sont-elles transposables à la fiducie ? Difficilement, sans doute, en raison de l'absence de personnalité juridique du patrimoine fiduciaire. Pour autant, il ne serait pas illogique de prendre en compte la personnalité fiscale du fiduciaire en lieu et place de celle, défaillante, de la fiducie. C'est d'ailleurs l'analyse qui est faite en matière d'impôts locaux et de TVA.

B. - L'impôt sur le patrimoine fiduciaire

35. - Faisant application des principes du droit civil, le droit fiscal tire toutes les conséquences du transfert de propriété ainsi opéré (même temporaire). En l'absence de personnalité fiscale du patrimoine fiduciaire, c'est donc logiquement le fiduciaire qui est redevable des impôts locaux sur les biens apportés. Les articles 1476 (taxe professionnelle) et 1400 (taxes foncières) du CGI ont été complétés en ce sens. La valeur locative qui sert de base à ces impôts n'est pas affectée par la mise en fiducie des biens concernés (*CGI, art. 1518 C*). À l'image des règles prévues en matière de restructurations d'entreprises (apports en société, fusions, scissions...) ^{Note 35}, il ne sert donc à rien de créer une fiducie en lui faisant apport de biens dépréciés afin de minorer son assiette fiscale.

36. - S'agissant de la taxe professionnelle exclusivement, la base d'imposition est la même que celle qui s'applique aux titulaires de bénéfices non commerciaux, aux agents d'affaires et aux intermédiaires du commerce employant moins de cinq salariés (*CGI, art. 1467, 2° / mod.*). Rappelons qu'en ce qui les concerne, outre la valeur locative des immobilisations passibles de la taxe foncière, elle comprend également une fraction égale à 1/6e des recettes.

C. - L'impôt sur le chiffre d'affaires du patrimoine fiduciaire

37. - Pour l'application de la TVA, le fiduciaire est considéré comme un exploitant à part entière et il constitue un redevable distinct pour chaque contrat de fiducie (*CGI, art. 285 A nouv.*) ^{Note 36}. De façon spécifique, il est considéré comme un prestataire de services pour l'exécution de ses obligations contractuelles (*CGI, art. 256, IV, 1° / nouv.*). Ainsi, la rémunération du fiduciaire sera soumise à la TVA d'après les règles applicables aux prestations de services. Selon les cas, l'assiette sera constituée par la rémunération versée par le constituant ou par le montant retenu par le fiduciaire sur les recettes générées par sa gestion (*CGI, art. 266, 1, f/ nouv.*).

38. - Il se peut que le fiduciaire, dans le cadre d'une activité de marchand de biens, soit amené à céder les actifs dont il assure la gestion. On sait que les opérations d'achat-revente dont les résultats sont imposés à l'IR dans la catégorie des BIC, sont soumises à la TVA lorsqu'elles portent sur des immeubles, fonds de commerce, actions ou parts de sociétés immobilières (*CGI, art. 257, 6°*). Disposition qui a été étendue aux cessions de créances de fiducie, lorsqu'elles représentent ces biens^{Note 37}. En ce qui les concerne, on sait également que l'assiette est constituée par la différence entre, d'une part le prix de vente, et d'autre part le prix d'achat des biens ou la valeur nominale des actions ou parts reçues en contrepartie de l'apport (*CGI, art. 268*). Il est désormais précisé que, lorsque l'opération est réalisée par un fiduciaire, la valeur d'acquisition s'apprécie, le cas échéant, chez le constituant (*CGI, art. 268 mod.*).

3. Conclusion

39. - En pratique, même s'il est probable que la fiducie servira surtout au transfert de valeurs dans le cadre d'opérations de financement, elle n'est pas limitée quant à son domaine d'application matériel. Elle peut donc porter sur des biens de nature très variable, susceptibles ou non de générer un revenu. Ainsi est la fiducie « à la française » ; étroite quant aux parties à l'acte et large quant aux biens sur lesquels elle porte. Le droit fiscal a dû s'adapter. Les solutions retenues sont, sinon avantageuses, du moins neutres, et en tout cas en cohérence avec les règles de droit positif. Ainsi, l'impôt ne doit être ni un encouragement à la mise en fiducie de biens (toujours soupçonnée d'être une technique d'évasion fiscale), ni un obstacle à sa finalité (la fiscalité doit s'adapter à la vie moderne des affaires), et il doit être en osmose avec la nouvelle institution du droit privé qu'est le patrimoine d'affectation. De notre point de vue, sous réserve des quelques critiques formulées concernant la caractérisation de l'intention libérale ou les effets de la cession de la créance de fiducie chez le constituant, et de certaines insuffisances relevées portant sur les règles de territorialité, le régime fiscal de la fiducie s'intègre harmonieusement dans le système fiscal français. En tout cas, il constitue une base susceptible d'évoluer, comme l'institution fiduciaire elle-même...

Note 2 P. Dupichot, Opération fiducie sur le sol français : JCP E 2007, 134. – P. Bouteiller, Loi n° 2007-211 du 19 février 2007 instituant la fiducie : JCP E 2007, 1404. – Loi instituant la fiducie : D.O Actualité 2007, n° 9, p. 3 s. – La fiducie fait son entrée dans le droit français : LPA 15 mars 2007, n° 54, p.3 s. – Fiducie. Introduction en droit français : Feuillet rapide Francis Lefèvre.

Note 3 Ceci par l'effet d'un amendement déposé par le gouvernement, en échange duquel il fût promis que le texte serait examiné par l'assemblée nationale avant la fin de l'année : JO Sénat, séance 17 oct. 2006, p. 6711).

Note 4 Modification de la proposition de loi en commission des lois du Sénat (H. de Richemont : Rapport de la Commission des lois du Sénat, 11 oct. 2006, n° 11).

Note 5 « Le constituant et le fiduciaire doivent être résidents d'un État de la Communauté européenne, ou d'un État ou territoire ayant conclu avec la France une convention fiscale en vue d'éviter les doubles impositions qui contient une clause d'assistance administrative en vue de lutter contre la fraude ou l'évasion fiscale ».

Note 6 Ph. Malaurie, La réforme des successions et des libéralités : Defrénois 2006, art. 38482, p. 1719 s.

Note 7 Au plan fiscal, la « fiducie libéralité » serait plus avantageuse que les libéralités graduelles ou résiduelles. En effet, pour ces dernières, il y a deux mutations taxables à deux moments différents, dans les deux cas en fonction du lien de parenté entre le bénéficiaire et l'auteur de la libéralité (CGI, art. 791 bis). Dans la fiducie au contraire, il n'y aurait qu'une mutation taxable dès la mise en fiducie des biens, en fonction du lien de parenté entre le constituant et le bénéficiaire (V. par ex. l'article 17, I, du projet de loi instituant la fiducie déposé sur le bureau de l'assemblée nationale en 1992 : Dr. fisc. 1992, n° 13, p. 572). Le mandat posthume s'inscrit quant à lui dans le cadre normal des successions ; les droits seront dus par l'héritier, en fonction du lien de parenté avec le de cuius.

Note 8 J.-P. Le Gall, Le concept de la fiducie dans le projet de loi sur la fiducie : Gaz. Pal. 1er et 2 juillet 1992, p.1.

Note 9 J.-P. Le Gall, La « butte témoin » de la fiducie. L'article 55 de la loi de finances rectificative pour 1992. Une réglementation ou une prohibition ? : Dr. fisc. 1993, n° 5, p. 225.

Note 10 Il s'agit de titres de dernier rang dont la date de remboursement est reportée à la liquidation de la société émettrice, sauf si elle en décide autrement (L. 14 déc. 1985, art. 1er. – C. com., art. L. 228-97). M. Galland in Ingénierie financière, fiscale et juridique : Dalloz 2006/2007, Chap. 26, p. 308 s., Titres super subordonnés.

Note 11 Toutefois, en ce qui les concerne, les résultats de la personne morale étrangère sont présumés représenter des revenus de capitaux mobiliers en France. Ensuite, contrairement à ces dispositions, l'article 238 bis-0 I du CGI n'implique pas que la personne morale étrangère soit située sur le territoire d'un « paradis fiscal ».

Note 12 C'est le cas des sommes placées hors de France lors des émissions réalisées avant le 1er janvier 1992.

Note 13 V. le projet de loi instituant la fiducie, préc. (AN, 1992, n° 2583). Chap. III, art. 11 à 56.

Note 14 Exceptionnellement, une formalité fiscale peut constituer une condition de validité de l'acte. C'est aussi le cas des promesses unilatérales de vente sous seing privé portant sur des immeubles, droits immobiliers ou fonds de commerce, qui sont nulles à défaut d'avoir été enregistrées dans les 10 jours de l'acte (C. civ., art. 1589-2).

Note 15 À ce taux perçu au profit du département, il faut encore ajouter 0,1% perçu au profit de l'État ainsi que des frais d'assiette et de recouvrement de 2,50% calculés sur le montant du droit départemental, soit 0,715 % au total.

Note 16 Les marchands de biens sont exonérés de droits de mutation, s'ils prennent l'engagement de revendre les biens acquis (immeubles, fonds de commerce, actions ou parts de sociétés immobilières) dans les 4 ans (CGI, art. 1115).

Note 17 La même observation pourrait être faite s'agissant de la nullité des « contre-lettres » au cas de dissimulation de tout ou partie du prix de vente de fonds de commerce, d'immeubles ou de droits immobiliers (C. civ., art. 1321-1), ce qui n'empêche pas l'administration fiscale d'exiger le complément de droits de mutation, les intérêts de retard et la majoration de 80 % pour manœuvres frauduleuses (D. adm. DGI 13 N-2332, § 8, 14 juin 1996).

Note 18 En outre, si la libéralité n'était pas reconnue par le juge civil, le Trésor devrait (?) rembourser les contribuables (en ce sens : H. de Richemont, Commission des lois du Sénat, rapp. 11 oct. 2006, préc. ; X. de Roux, Commission des lois de l'AN, rapp. n° 3655, 1er févr. 2007).

Note 19 Pour autant, ceci n'est vrai que si les éléments mis en fiducie ont été évalués à leur valeur réelle (s'ils ont été évalués à leur valeur comptable, la plus-value ne sera pas constatée). Au demeurant, le législateur n'a pas réglé le problème de la valorisation des « apports » (ce travail reviendra aux instances comptables).

Note 20 Notamment, une déclaration de cessation devra être souscrite dans les 60 jours après chaque cession.

Note 21 Elle va même plus loin, dans la mesure où la cessation d'entreprise peut résulter d'une cession simplement partielle des créances de fiducie.

Note 22 D. adm. DGI 4 A-6123, § 71, 9 mars 2001. Selon elle, dans les sociétés formées intuitu personae, le changement total d'associés en une seule fois est incompatible avec la survivance de la personne morale d'origine.

Note 23 Cass. com., 16 oct. 1984, « SA SEDIF » : Dr. fisc. 1985, n° 9, comm. 476.

Note 24 Pour la qualification de cessation d'entreprise, V. CAA Nantes, 31 juill. 2002, Dr. fisc. 2003, n° 7, comm. 113. – Contra TA Nantes, 5 déc. 2000 : Dr. fisc. 2001, n° 42, comm. 943.

Note 25 P. Serlooten, *Le néo-réalisme du droit fiscal in Regards critiques sur quelques (r)évolutions récentes du droit : Presses de l'Université des Sciences Sociales de Toulouse, ouvrage collectif, T1, p. 204.*

Note 26 « Lorsqu'elles interviennent dans les trois ans de la réalisation définitive de l'apport fait à la société, les cessions de parts sociales, dans les sociétés dont le capital n'est pas divisé en actions, sont considérées, au point de vue fiscal, comme ayant pour objet les biens en nature représentés par les titres cédés ».

Note 27 Il sera donc tenu compte du passif du patrimoine fiduciaire (dettes contractées pour la gestion des biens).

Note 28 L'option pour l'IS est pourtant irrévocable (CGI, art. 239-1). Il faut donc comprendre cette disposition comme signifiant que la fiducie prendra fin si la société constituante venait à ne plus être soumise à l'IS (hypothèse d'une société de capitaux ou d'une SARL qui se transformerait en société de personnes).

Note 29 Elle devient donc nécessairement indivise entre les anciens associés de la société dissoute à l'issue des opérations de liquidation. Cette solution reprend celle qui était appliquée à la créance fiscale de « carry back », née du report en arrière des déficits, qui ne pouvait être remboursée aux associés avant la fin du délai de 5 ans, même au cas de liquidation de la société (A. Jacquemont, *A propos du recouvrement de la créance de carry-back : la cessation d'entreprise fait-elle disparaître la créance ?* : JCP E 2001, p. 458). Il avait fallu l'intervention du législateur pour que les entreprises en difficulté qui font l'objet d'une procédure de redressement ou de liquidation judiciaire puissent demander dès le jugement prononçant l'ouverture de ces procédures le remboursement anticipé de leur créance ((L. fin. 2004, n° 2003-1311, 30 déc. 2003, art. 14. – CGI, art. 220 quinquies I al.5).

Note 30 Si les bénéficiaires cèdent les biens qu'ils ont reçus à l'issue du contrat de fiducie, la valeur d'acquisition retenue pour le calcul de la plus-value privée sur cession de titres ou d'immeubles est celle qui a été retenue pour le calcul des droits de mutation prévus à l'article 792 ter (CGI, art. 150-0 D, I bis et 150-VB, I).

Note 31 Il s'agit des obligations comptables de tout commerçant ; le fiduciaire devra enregistrer chronologiquement les mouvements affectant son patrimoine, établir un inventaire au moins une fois par an, ainsi qu'un bilan, un compte de résultat et une annexe (C. com., art. L. 123-12). Les comptes annuels doivent être réguliers, sincères et donner une image fidèle du patrimoine, de la situation financière et du résultat de l'entreprise (C. com., art. L. 123-14). On s'étonnera par contre que le fiduciaire puisse s'affranchir des principes de permanence des méthodes (C. com., art. L. 123-17), de coût historique (C. com., art. L.123-18), de non-compensation (C. com., art. L. 123-20), ou du principe de prudence (C. com., art. L. 123-21), sans parler de l'obligation d'exprimer en « euros » et en langue française les documents

comptables (C. com., art. L. 123-22) ! En fait, le Comité de réglementation comptable sera amené à préciser ces obligations (L. 19 févr. 2007, art. 12 IV).

Note 32 « Lorsque des droits dans une société ou un groupement mentionnés aux articles 8, 8 quinquies, 239 quater B ou 239 quater C sont inscrits à l'actif d'une personne morale passible de l'impôt sur les sociétés dans des conditions de droit commun ou d'une entreprise industrielle, commerciale, artisanale ou agricole imposable à l'impôt sur le revenu de plein droit selon un régime de bénéfice réel, la part de bénéfice correspondant à ces droits est déterminée selon les règles applicables au bénéfice réalisé par la personne ou l'entreprise qui détient ces droits ».

Note 33 JO Sénat, séance 17 oct. 2006, p. 6718.

Note 34 CE, 4avr. 1997, Sté Kingroup : D. 1997, jurispr. p. 490, note G. Tixier et A.G. Hamonic-Gaux. – CE, 9 févr. 2000, Société Suisse Hubertus AG : RJF 2000, n° 342. – Instr. 2 févr. 2003, : BOI 4 H-1-03. – B. Gouthière, Fiscalité internationale des sociétés de personnes : ou en est-on ? : BF 7/03, p. 495.

Note 35 Dans le cas le plus général, la valeur locative des immobilisations ne peut être inférieure à 80 % de celle retenue au titre de l'année précédant la cession par le cédant (CGI, art. 1518 B).

Note 36 Sauf pour l'appréciation des limites de régimes d'imposition et de franchises. Dans leur cas, on retient le chiffre d'affaires réalisé par l'ensemble des patrimoines fiduciaires ayant un même constituant.

Note 37 Dans le même esprit, la loi étend également le domaine d'application de la TVA immobilière sur des cessions d'immeubles, de terrains à bâtir ou de titres dont la possession assure en droit ou en fait l'attribution en propriété ou en jouissance d'un immeuble ou d'une fraction d'immeuble, aux cessions par un constituant de créances de fiducie représentatives de ces biens (CGI, art. 257, 7°, 1, b bis). Par exception, ne seront pas soumises à la TVA les cessions de créances de fiducie portant sur des immeubles achevés depuis plus de 5 ans, ou qui dans ce délai ont déjà fait l'objet d'une vente à une personne qui n'est pas un marchand de biens (CGI, art. 257, 7°, 2, mod.).

Note 1 cette étude a été publiée in JCP E 2007, 1516.