

LA FIDUCIE : UNE REVOLUTION PATRIMONIALE

Par Jean-Michel NOGUEROLES – Avocat inscrit aux barreaux de Nice, de Barcelone (Abogado) et de Londres (Solicitor) - LEXWELL Avocats - Professeur de droit affilié à l'EDHEC

La fiducie est l'opération par laquelle un ou plusieurs constituants transfèrent des biens, des droits ou des sûretés, ou un ensemble de droits et 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 (article 2011 du Code civil).

La fiducie fait ainsi naître un patrimoine d'affectation distinct, géré par le fiduciaire. Le fiduciaire doit de ce fait tenir une comptabilité autonome en établissant des comptes annuels conformément aux articles L 123-12 à L123-15 du Code de commerce.

I. Le nouveau régime fiscal de la fiducie

a) Droits d'enregistrement et plus-values (constitution et cessation de la fiducie)

Le régime fiscal de la fiducie repose sur le principe de neutralité. Sous certaines conditions, les conséquences fiscales de la constitution et de la cessation de la fiducie peuvent être neutralisées au moyen d'un régime fiscal très largement inspiré du régime de faveur des fusions.

Au demeurant, il est à noter que le décès du constituant entraîne de plein droit la cessation fiscale de la fiducie et le retour du patrimoine fiduciaire dans le patrimoine successoral du constituant décédé (qui est alors soumis aux droits de succession).

b) Imposition des résultats

L'imposition des résultats de la fiducie est établie selon les modalités applicables aux sociétés de personnes. Le résultat net est toujours imposé directement au nom du constituant.

L'article 10 de l'ordonnance du 30 janvier 2009 (adaptant le régime de la fiducie aux personnes physiques) distingue deux cas de figure :

i) Cas où les constituants transfèrent des actifs professionnels :

Le résultat de la fiducie est déterminé au niveau du patrimoine fiduciaire selon les règles applicables au bénéfice réalisé par le constituant. Le résultat est imposé au

nom du constituant, y compris dans l'hypothèse où les revenus du patrimoine fiduciaire seraient attribués, par le contrat de fiducie, à un tiers.

En cas de pluralité de constituants, le deuxième alinéa de l'article 238 quater F du CGI précise que la répartition du résultat imposable est réalisée proportionnellement à la valeur réelle des apports de chacun des constituants.

Dans le cas de la mise en fiducie de parts d'une société de personnes constituant un actif professionnel, les droits fiduciaires ne pourront pas satisfaire à l'article 238 quater F qui prévoit que ces droits sont inscrits à son bilan. On attend avec intérêt les futurs commentaires de l'administration fiscale sur cette question.

Le nouvel article 238 quater G précise que toute variation à la hausse ou à la baisse du montant (ou valeur) des droits fiduciaires du constituant demeure sans effet sur son résultat imposable.

Le nouvel article 238 quater H prévoit que le chiffre d'affaires réalisé dans le patrimoine du fiduciaire est cumulé avec celui du constituant pour la détermination du régime fiscal applicable (lorsqu'il y a un régime d'imposition ou régime d'exonération dépendant du chiffre d'affaires : taxe professionnelle ou TVA).

Le fiduciaire doit souscrire une déclaration d'existence de la fiducie dans les 15 jours de sa création auprès du service des impôts de son lieu d'établissement ou de son siège. Le fiduciaire doit également déposer au service des impôts dont il dépend une déclaration 2031 récapitulant le résultat de la fiducie. Conformément aux articles L123-12 à L123-15 du Code de commerce, le fiduciaire est tenu pour chaque patrimoine fiduciaire de tenir un bilan, un compte de résultat et une annexe.

ii) Cas où les constituants transfèrent des actifs non professionnels :

A l'instar des règles applicables pour les sociétés de personnes lorsque l'associé est un particulier, le résultat de la fiducie (bénéficiaire ou déficitaire) est déterminé au niveau du patrimoine fiduciaire lui-même en tenant compte de la nature de l'activité de la fiducie, c'est-à-dire selon les règles propres à la catégorie de bénéfice ou de revenus dont relève l'activité de la fiducie.

Ainsi, lorsque la fiducie a pour activité la gestion d'un patrimoine mobilier ou immobilier, le résultat du patrimoine fiduciaire est déterminé selon les règles applicables aux revenus de capitaux mobiliers et plus-values sur valeurs mobilières ou revenus fonciers et plus-values immobilières.

Le résultat du patrimoine fiduciaire est imposé à l'impôt sur le revenu directement au nom du constituant en fonction de la nature de l'activité de la fiducie, par exemple dans la catégorie des revenus de capitaux mobiliers ou des revenus fonciers ou encore, selon les règles des plus-values sur valeurs mobilières ou des plus-values immobilières.

La part du résultat du patrimoine fiduciaire revenant à chaque constituant doit être regardée comme acquise par celui-ci dès sa réalisation.

L'article 238 quater O prévoit qu'en cas de pluralité de constituants, le résultat est réparti entre eux proportionnellement à la valeur vénale des biens ou droits mis en fiducie par chacun d'eux à la date de leur transfert dans le patrimoine fiduciaire.

Les obligations déclaratives du fiduciaire, sont les mêmes que celles prévues lorsque les ou les constituants sont des professionnels. Ainsi, le fiduciaire est tenu aux obligations déclarative des sociétés de personnes (art 238 quater M).

c) TVA

Pour l'application de la TVA, le fiduciaire est considéré comme exploitant à part entière et il constitue une redevable distinct pour chaque contrat de fiducie (Art. 285 A). De façon spécifique, le fiduciaire est considéré comme un prestataire de services pour l'exécution de ses propres obligations contractuelles de fiduciaire vis-à-vis de la fiducie (art. 256 IV 1)^o).

Ainsi, la rémunération du fiduciaire est 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 (art 256, 1, f/).

d) ISF et droits de succession

L'extension de la fiducie aux personnes physiques pose le problème de l'imposition du constituant à l'ISF et de l'application des droits de mutation à titre gratuit à son décès.

i) ISF

L'article 885 G bis du CGI nouveau précise que les biens ou droits transférés dans un patrimoine fiduciaire ou ceux éventuellement acquis en remploi, ainsi que les fruits tirés de l'exploitation de ces biens ou droits, sont compris dans le patrimoine du constituant pour leur valeur vénale nette.

Ce texte est encore la traduction du principe de la neutralité fiscale voulue par le législateur : les biens transférés en fiducie demeurent imposables à l'ISF chez le constituant personne physique pour leur valeur vénale au 1^{er} janvier de l'année d'imposition. A noter toutefois que l'assiette de l'ISF est la valeur vénale nette.

Dans la mesure où les biens restent affectés à l'activité professionnelle du constituant, ils peuvent toujours être exonérés d'ISF à ce titre.

Au demeurant, le transfert en fiducie des titres de société faisant l'objet d'un engagement de conservation, de titres détenus par les salariés ou mandataires sociaux, ainsi que de titres de PME et parts de certains fonds, ne devrait pas avoir d'incidence sur leur exonération partielle ou totale.

ii) Droits de succession

L'article 776 bis du CGI nouveau précise que pour la liquidation des droits de mutation par décès, les biens ou droits transférés dans un patrimoine fiduciaire ou ceux éventuellement acquis en remploi, ainsi que les fruits tirés de l'exploitation de ces biens ou droits, qui font de plein droit retour à la succession du constituant, sont compris dans son patrimoine pour leur valeur vénale nette à la date du décès.

II. Exemples de schémas d'application spécifiques de la fiducie en matière de protection et de gestion patrimoniale

2.1 Portages de valeurs mobilières ou d'actifs temporaires ou non (mécanismes anti-OPA et anti-prise de contrôle agressive, mise en commun de titres etc.)

La fiducie pourrait devenir une arme juridique efficace en matière de défense anti-OPA s'agissant des sociétés cotées ou en matière de défense anti-prise de contrôle agressive s'agissant des entreprises familiales non cotées dont le capital est dilué entre de nombreux actionnaires (voir rachat du groupe Taittinger).

Par analogie, il est à noter que la fondation de droit néerlandais (« *stichting* ») a pu permettre de réaliser des opérations dites de sanctuarisation d'actifs. Ce fut notamment le cas dans l'affaire Arcelor où une *stichting* a été utilisée comme moyen de défense contre l'offre hostile lancée par Mittal Steel, en localisant dans une fondation de droit néerlandais, pour une durée de trois ans, certains actifs stratégiques (les titres de participation dans la société Dofasco) sans lesquels cette prise de contrôle devenait moins attractive pour Mittal Steel (qui comptait revendre ces actifs immédiatement).

On pourrait de ce fait imaginer qu'une fiducie de droit français soit utilisée afin que transférer en les « sanctuarisant » certains actifs stratégiques ou que les actionnaires d'une entreprise

transfèrent un certain nombre d'actions en fiducie afin d'assurer la stabilité d'un noyau dur de l'actionnariat (en vue d'éviter une prise de contrôle agressive par un tiers).

La fiducie pourrait également, à notre avis, être utilisée comme une solution alternative à la création d'une société holding (avec toutes les conséquences du choix de la fiducie que peut notamment présenter l'avantage d'une plus grande neutralité fiscale).

2.2 Mécanismes d'accompagnement et de préparation de la transmission d'entreprise (voir, notamment, les exemples canadiens et américains)

Par analogie avec ce qui se fait dans le cadre des trusts dans les pays anglo-saxons, on peut imaginer que la fiducie, dans un pays de droit civil comme la France, devienne un jour un moyen privilégié de planification et de préparation de la transmission des entreprises (même si la fiducie libéralité est interdite).

En effet, le rôle du fiduciaire est en principe de veiller, en sa qualité de titulaire (d'un patrimoine d'affectation) à la bonne gestion d'une entreprise (dont les droits sociaux lui ont été apportés en fiducie par le constituant). En particulier, on pourrait imaginer que le successeur du constituant à la tête de l'entreprise soit progressivement conduit à prendre les responsabilités de la direction de l'entreprise sous la supervision et avec l'aide et l'assistance du ou des fiduciaires (pouvant composer un conseil de surveillance ou un conseil d'administration). Pour mémoire, il n'est pas rare de voir, aux Etats-Unis ou au Canada, un conseil d'administration composé de trustees chargé de superviser et d'assister le bénéficiaire désigné devant succéder au constituant (ou « settlor » en droit anglo-saxon) dans le cadre de la gestion d'une entreprise.

N'y a-t-il pas là aussi une voie possible qui est ouverte par la nouvelle fiducie de droit français ?