

Colloque de l'Association Française des Fiduciaires

Fiducie sur titres, les nouvelles perspectives

La Fiducie, le traitement fiscal est-il réellement neutre?

Michel Collet
Avocat Associé
Membre du Comité Scientifique de l'AFF

Jeudi 22 octobre 2015

Agenda

- Introduction : principe de neutralité fiscale
- Transfert des titres en fiducie
- Loi de finances rectificative pour 2014
 - Contexte;
 - Contenu;
 - Précisions;
 - Nouvelles utilisations sur titres
- Conclusion

Principe de Neutralité Fiscale 1/5

- L'exposé des motifs de la proposition de loi sur la fiducie déposée par le sénateur Marini qui est à l'origine du texte définitif il (Rapport Sénat n° 11, p.25) souligne que

*« les dispositions fiscales du texte auraient pour but de rendre l'opération fiduciaire en principe **totalelement transparente sur le plan fiscal**. Le constituant est en quelque sorte toujours réputé fiscalement titulaire des droits mis en fiducie et est redevable de l'impôt à ce titre. Ceci évitera en outre le risque d'utilisation de la fiducie à des fins d'évasion fiscale ».*

- La notion de transparence fiscale est une notion peu connue du droit fiscal français. On parle plutôt de « translucidité fiscale ».
- Le droit fiscal considère les actifs mis en fiducie comme cédés tirant les conséquences d'un transfert de propriété.

Principe de Neutralité Fiscale 2/5

Déroulement de la Fiducie :

- Le constituant est bien redevable de l'impôt au titre des résultats de la fiducie mais il n'est pas réputé appréhender directement les résultats ou pertes de la fiducie (article 238 quarter F du CGI)

Constitution de la Fiducie :

- Lors de la **constitution** de la fiducie, les éléments d'actifs sont considérés comme transférés (alors même que la fiducie n'a pas de personnalité morale) dans un patrimoine d'affectation.
- La constatation du transfert entraîne normalement imposition des plus-values latentes transférées et des reprises de provisions afférentes aux actifs transférés principalement

Principe de Neutralité Fiscale 3/5

- La neutralité fiscale se matérialise par le transfert des valeurs fiscales chez le constituant des actifs transférés à “la fiducie” principalement sous réserve de certaines conditions de telle sorte que ma la mise en fiducie ne génère pas l'imposition des PV et provisions (article 238 quarter B du CGI).
- Le constituant doit être bénéficiaire et le fiduciaire doit reprendre le cas échéant certains engagements fiscaux notamment.
- Le transfert des actifs doit être effectué aux valeurs nettes comptables (VNC) si le constituant détient le contrôle de la fiducie et aux valeurs vénales (comptablement) dans le cas contraire (avis 2008-03 du 7 février 2008 du CNC).

Principe de Neutralité Fiscale 4/5

- Pleine neutralité fiscale si les actifs sont transférés à VNC; ce qui implique le contrôle de la fiducie par le constituant. Deux conditions sur les 3 doivent être remplies (règlement CRC n°2008-01):
 - Détention des pouvoirs de décision et de gestion;
 - Capacité de bénéficiaire de tout ou partie des avantages économiques;
 - Exposition à la majorité de risques.

- Transfert d'immeuble : 0,715% et non 5,09%

Principe de Neutralité Fiscale 5/5

Cessation de la fiducie

- Traitement équivalent à la constitution : absence d'imposition du fiduciaire sur les actifs revenant au constituant sous réserve de remplir certaines conditions (article 238 quarter K du CGI):
 - Absence de liquidation de la fiducie;
 - Reprise de certains engagements fiscaux par constituant.
- mais déchéance des reports d'imposition maintenus lors de la mise en fiducie.
- Valorisation des actifs selon méthode retenue lors de la constitution de la fiducie.

Transfert en Fiducie de titres de société 1/5

- Divers régimes fiscaux allégés sont attachés à la détention des titres par une société soumise à l'IS
 - **Dividendes** : exonération ou imposition allégée (“régime mère-fille”);
 - **Plus-values** : exonération ou imposition allégée (“PV long terme”);
 - **Intégration fiscale** : une unique société est réputée seule contribuable pour toutes les sociétés ayant opté pour rejoindre un périmètre de “consolidation” ou d’intégration fiscale.
- Ces régimes nécessitent une **détention en directe** des titres donnant droit au dividendes, cédés, des filiales (hors sous-filiales) intégrées.

Transfert en Fiducie de titres de société 2/5

- Dividendes : Régime mère-fille (articles 145 et 216 du CGI)
 - Bénéficiaire : société soumise à IS
 - Filiale distributrice : société soumise à IS ou équivalent (international – hors pays/territoires non coopératifs). Exclusions.
 - Titres:
 - Nominatif ou dépôt dans établissement financier agréé;
 - **> 5% du capital (droits à dividendes et droits de vote)**; ou
 - 22,8 millions ou plus (entités locales de groupes bancaires mutualistes; par sociétés anonymes coopératives d'intérêt général pour l'accèsion à la propriété (Sacicap).
 - **Obligation de conservation pendant deux ans.**
- Exonération du dividende et imposition d'une quote-part forfaitaire des frais et charges (5%): imposition effective : 1,7% environ.

Transfert en Fiducie de titres de société 3/5

- Intégration fiscale (articles 223 A et suivants du CGI)
 - société soumises à IS
 - **Mère intégrante doit détenir directement ou indirectement 95% (dividendes et droits de vote) du capital des filiales intégrées.**
 - Régime de 5 ans et périmètre sur option
- Détermination d'un résultat d'ensemble avec compensation possible entre profits et pertes réalisées par les sociétés membres sur les exercices intégrés ;
- Neutralisation fiscale d'opérations entre sociétés intégrées ;

Transfert en Fiducie de titres de société 4/5

- PV : Régime LT (article 219 I-a quinquies du CGI) sur titres de participation
 - Bénéficiaire : société soumise à IS
 - Titres: Participation
 - Définition sur le plan comptable
 - (possession durable, utile à l'entreprise, exercice d'une influence ou contrôle sur filiale);
 - **Présomption comptable : détention > 10% du capital, titres acquis par OPE, OPA**
 - Présomption fiscale :
 - Détention de titres ouvrant droit au régime mère-fille (5%), OPE, OPA, inscrits à un compte titres de participation
 - **Obligation de conservation pendant deux ans.**

- Exonération de la PV et imposition d'une quote-part forfaitaire des frais et charges (12%): imposition effective : 4 % environ

Transfert en Fiducie de titres de société 5/5

Problématique : la mise en fiducie de titres considérée comme une cession. Dès lors :

- Déperdition fiscale importante pour le constituant :
 - En cas de sortie du périmètre d'intégration fiscale si constituant détient < 95% de la filiales
 - Consolidation impossible;
 - Coûts potentiels de sortie du périmètre d'intégration (dénéutralisations etc.)
 - Interruption du délai de détention de 2 ans pour régime MF et PV LT
 - Perte de l'exonération (1,7%) potentielle sur dividendes (si participation détenue < 5%) avec imposition à 33.33% minimum.
 - Caducité de sursis d'impositions afférents à restructurations antérieures et conditionnés par l'absence de cession des titres (articles 210 A et B, 38.7, 38.7 bis, 115 2 1 et 2 du CGI par exemple).

Seconde loi de Finances rectificative pour 2014 (loi n° 2014-1655 du 29 décembre 2014 de finances rectificative pour 2014). 1/8

Contexte :

- Amendement à seconde loi de finances rectificative pour 2014 ayant pour origine dossiers d'entreprises en difficulté devant le CIRI.
- Impossibilité d'octroyer garanties comme les titres de filiales bénéficiaires au travers de fiducies sans dégrader situation fiscale et financière de l'entreprise du fait de la perte de l' IF et du régime MF.
- Exceptions à la condition de pleine propriété pour IF et régime MF et potentiellement PV LT.
- Réforme applicable aux exercices clos au 31 décembre 2014.

Seconde loi de Finances Rectificative pour 2014 2/8

- Maintien du régimes MF chez le constituant (Articles 145 1 et 216 I du CGI):
 - prise en compte chez le constituant des pourcentages des titres mis en fiducie (distribution à venir)
 - non remise en cause du délai de 2 ans (distributions passées).
 - Conditions :
 - Régime de neutralité fiscale (article 238 quarter B) appliqué lors du transfert dans le patrimoine fiduciaire;
 - Conservation par le constituant directement ou indirectement du droit de vote “sous réserve des éventuelles limitations convenues entre les parties pour protéger les intérêts financiers du ou des financiers bénéficiaires de la fiducie.
 - Par comparaison, titres remis en pleine propriété en garantie (conditions de l’article 211-38 du COMOFI), en prêt ou en pension sont exclus
- Régime PV LT (doctrine administrative)
 - Régime PVLVT chez le constituant pour les titres de participation au sens comptable ou éligibles au régime MF pour le constituant

Seconde loi de Finances Rectificative pour 2014 3/8

- Régime PV LT (doctrine administrative/BOI-IS-BASE-20-20-10-20-20150401)
 - Régime PVLТ chez le constituant sous réserve que les titres ont ou conservent leur nature de titres de participation au sens comptable chez le fiduciaire . Dorénavant, les titres qui ouvrent droit au régime MF pour le constituant (présomption fiscale) sont également éligibles.
 - *“il est admis que le transfert des titres de participation dans le patrimoine fiduciaire et leur retour dans le patrimoine du constituant revêtent le caractère d’opérations “intercalaires” et que, par suite, ils n’interrompent pas le délai de conservation de deux ans sous réserve que ces opérations soient réalisées sous le régime de neutralité fiscale (...) et transcrites à leur valeur comptable”.*
 - Contrôle de la fiducie par constituant.
 - Pour les titres ne répondant pas à la définition comptable de titres de participation mais éligibles au régime MF, les conditions afférentes sont applicables (maîtrise de l’exercice du vote essentiellement.

Seconde loi de Finances Rectificative pour 2014 4/8

- Maintien de l'intégration fiscale (articles 223 A et 223 T du CGI)
 - En cas de transfert de titres par un constituant, membre d'un groupe intégré, le résultat d'ensemble d'intégration fiscale est calculé **“comme si les titres étaient détenus par le constituant”**.
 - Prise en compte des titres mis en fiducie par le constituant pour appréciation du deuil de détention de 95%
 - Neutralité de la fiducie en matière d'intégration fiscale
 - Pas de sortie de la filiale dont les titres sont transférés;
 - Inversement, société peut rejoindre le périmètre.
- Conditions:
 - Titres transférés assortis de droits à dividendes et droits de vote;
 - Constituant conserve la maîtrise du droit de vote sous réserve des limitations convenues par les parties pour protéger les intérêts financiers

Seconde loi de Finances rectificative pour 2014 5/8

Précisions:

- Condition afférente à la maîtrise du droit de vote par constituant
 - En pratique: instructions données au fiduciaire
- Quid des “eventuelles limitations convenues par les parties au contrat de fiducie pour protéger les intérêts financiers du créancier bénéficiaire de la fiducie”?
 - Habituelles limitations retenues dans les fiducies sureté;
 - Protection de la valeur des titres pour ne pas préjudicier au gage des créanciers.
- La clause limitant le droit de vote devra être explicitement motivée par la protection des bénéficiaires
 - Risque de difficulté de mise en oeuvre pour fiducies préexistantes ?

Seconde loi de Finances rectificative pour 2014 6/8

Utilisation de la fiducie sur titres enfin possible

– FINANCEMENT

- Restructuration (entreprises en difficulté)
- Acquisition/LBO
 - Limitation de déductibilité des intérêts de la dette d'acquisition non aggravée;
 - Meilleur rendement fiscal que schémas au traitement juridique équivalent (“double luxco”)
- Développement
 - “titrisation d'actifs” par filialisation (sous réserve d'aménagements supplémentaires – voir ci-après).

– AUTRE

- Pacte d'actionnaire; cession échelonnée dans le temps notamment.

Seconde loi de Finances rectificative pour 2014 7/8

Analyse

- Neutralité mis en place pour régime MF, PV LT et IF
- Neutralité à compléter : exclusion de certains titres
 - Titres ayant été émis dans le cadre d'une restructuration juridique
 - Titres faisant l'objet d'un engagement de conservation fiscal (210 B et 115 2. du CGI) / mise en fiducie = rupture de l'engagement et caducité d'un sursis d'imposition;
 - Titres faisant l'objet d'un sursis d'imposition : déchu en cas de cession (article 38 7 et 38 7 bis) donc de mise en fiducie
 - Exclusion devenue incohérente car délais de conservation non interrompus (RMF et PVLTL) et mise en fiducie susceptible d'être considérée comme une opération intercalaire (PV LT).
 - Constituant personnellement redevable de l'impôt sur résultats de la fiducie;
 - Contrat de fiducie peut reprendre engagement de conservation des titres.

Seconde loi de Finances rectificative pour 2014 8/8

- Neutralité incomplète : absence de dispositions dans un contexte international
 - Constituant étranger avec mise en fiducie de droit français des titres d'une société française.
 - Dividende versé sera soumis à taux de retenue à la source selon % de détention par constituant en ignorant % détenu par fiducie : RAS pouvant aller jusqu'à 30%. Exonération possible si prise en compte du % détenue par fiducie (5% ou plus).
 - Souhaitable par souci de cohérence et pour conformité au principe de liberté de circulation de capitaux (CJCE, 14/11/2006, aff. Denkavit C-170/05).
 - Constituant français avec mise en fiducie de droit français des titres d'une société étrangère
 - Bénéfice souhaitable du taux de retenue à la source (réduit) applicable dans l'Etat d'établissement de la filiale distributrice en fonction du taux de détention prenant en compte au niveau du constituant des titres détenus par le constituant.

Seconde loi de Finances rectificative pour 2014 – Conclusion-

Réforme utile et attendue qui mérite néanmoins d'être complétée , la neutralité fiscale de la fiducie devant être mise en oeuvre dispositif par dispositif.

Attente de réponse de l'administration à demande de consultation publique à propos de la doctrine administrative qui interprète les nouvelles dispositions et close le 22 avril 2015.



Michel Collet
Partner – International Taxation
T +33 1 47 38 55 21
E michel.collet@cms-bfl.com