

La retenue à la source d'impôt sur le revenu peut-elle être mise en place en France ?

La question n'est pas nouvelle, elle semble toutefois se poser surtout en période électorale ces dernières années. Pourtant la mise en place du paiement de l'impôt sur le revenu par voie de retenue à la source mérite certainement mieux qu'une précipitation pré-électorale.

Le rapport de la commission présidée par Monsieur Claude Bébéar et chargée par le Ministère des Finances d'étudier cette possibilité, préconise ainsi une mise en place à compter de 2010 plutôt que pour l'année 2009. Ce rapport, rendu public le 27 mars 2007, plaide en faveur du projet de réforme du prélèvement de l'impôt sur le revenu mais recommande néanmoins d'en réduire le champ d'application dans un premier temps.

L'intérêt du prélèvement de l'impôt par voie de retenue à la source est certain, même si cela signifie que nous devons abandonner l'exception française du décalage entre la perception du revenu et le paiement de l'impôt y afférent. Mais ce décalage a des limites. Ainsi, la retenue à la source constitue le seul moyen aujourd'hui d'adapter en temps réel le prélèvement de l'impôt à la variation des revenus. Ses détracteurs diront que la modulation du prélèvement mensuel est toujours possible. Certes, mais même adapté, le prélèvement mensuel permet seulement de payer l'impôt de l'année précédente, et ne va pas être modulé si les revenus de l'année en cours ont varié (année de mise à la retraite).

Ce mode de paiement permettrait aussi une plus grande mobilité, il serait plus facile de passer du statut de salarié au statut d'entrepreneur par exemple, puisque la charge fiscale de l'activité salariée ne viendrait pas grever les finances du créateur d'entreprise.

Il faciliterait aussi la mobilité à l'international.

Aujourd'hui un salarié français qui part en mission à l'étranger subit la première année une double charge fiscale, puisque, depuis la suppression de l'obligation d'acquitter son impôt avant le départ (quitus fiscal), le salarié français transféré à l'étranger acquitte son impôt français de l'année précédente et l'impôt de son pays d'accueil par voie de retenue à la source.

Dans l'autre sens, un salarié britannique qui termine sa mission en France en 2007 devra être suivi jusqu'en 2008 pour le paiement de son impôt sur le revenu 2007 français. Ce paiement, lorsqu'il est pris en charge par l'employeur constituera un avantage imposable au Royaume-Uni entre les mains du salarié, l'employeur devra alors également compenser l'impôt sur le revenu britannique. La retenue

SOMMAIRE

Fiscalité individuelle

La retenue à la source d'impôt sur le revenu peut-elle être mise en place en France ?

Fiscalité des entreprises

Naissance de la fiducie en France

1. Instauration d'un nouveau régime juridique
2. Un traitement fiscal pas toujours neutre

à la source permettrait de ne pas avoir à suivre les salariés sortis du champ d'application des politiques de mobilité internationale des groupes.

Mais pour être efficace, il faudrait que cette retenue à la source porte sur tous les revenus professionnels et pas seulement sur les salaires, lesquels ne sont pas ceux qui subissent la plus grande variation.

Le projet aujourd'hui présenté par Bercy reste flou, et pour être convaincant il faudra effectivement démontrer que la retenue à la source n'est qu'un mode de collecte et ne modifie pas les principes de calcul de l'impôt, notamment la prise en compte du quotient familial.

L'option aujourd'hui retenue d'un taux moyen ne semble pas pertinente puisque ce taux se calculerait par rapport aux revenus de l'année précédente. L'application d'un taux moyen au sein d'un couple qui aurait une grande disparité de revenus conduirait à ce que l'Etat impose la répartition de la charge fiscale dans ce couple. Ce point a été soulevé dans le rapport Bébéar, qui préconise la possibilité pour un couple de répartir librement le prélèvement de la charge fiscale.

Les aspects pratiques sont donc imprécis, les employeurs ou entrepreneurs deviendront des agents de collecte pour l'Etat mais l'administration fiscale devrait, selon nous, rester la seule à fixer les taux d'imposition. Son intervention et le dépôt d'une déclaration annuelle récapitulative permettraient de maintenir la nécessaire confidentialité sur les revenus.

Enfin, si l'annonce faite par le Ministre Thierry Breton d'une «année blanche» a pu faire rêver certains, lesquels ont anticipé la perception de revenus exceptionnels, la commission menée par Monsieur Bébéar nous ramène à la dure réalité des enjeux budgétaires, et un dispositif anti-abus est d'ores et déjà prévu. Pour autant, l'exonération d'impôt sur le revenu de l'année N-1, lors de la mise en place du prélèvement par voie de retenue à la source, serait maintenue. Cette exonération a toujours été un frein à la mise en place de ce système en France.

L'instauration de la retenue à la source constituerait, sans aucun doute, un progrès significatif mais le projet doit être grandement affiné, bien que proposé il y a quelques semaines par Monsieur

Breton, ce projet a suscité des réactions positives de parlementaires socialistes et l'on peut donc penser que sa mise en place dépasse les clivages politiques.

Sabine Binisti
sbinisti@taj.fr

Naissance de la fiducie en France

Instituée par une loi du 19 février 2007 qui trouve son origine dans une proposition de loi du Sénateur Marini profondément remaniée à la demande du Gouvernement, la fiducie voit enfin le jour en droit français. On regrettera que malgré sa longue gestation la loi comporte encore de nombreuses imperfections.

1. Instauration d'un nouveau régime juridique

• Définition et finalités de la fiducie

La fiducie est l'opération par laquelle une personne - le constituant - transfère la propriété de biens ou de droits lui appartenant à une autre personne - le fiduciaire - lequel aura pour mission de les conserver et de les gérer dans un but déterminé au profit d'un ou plusieurs bénéficiaires (Code civil, art. 2011).

Les biens objet de la fiducie sont placés dans un patrimoine d'affectation, distinct du patrimoine du fiduciaire et de celui du constituant.

A défaut de précisions légales sur la finalité de la fiducie, ce sera aux parties de déterminer le but de cette opération. En pratique, la fiducie pourra être utilisée aux fins de gestion ou constituer un mécanisme de garantie. Afin de préserver les règles du droit des successions, la loi précise que le contrat de fiducie est nul s'il procède d'une intention libérale au profit du bénéficiaire, cette nullité étant d'ordre public (Code civil, art. 2013).

Dans la **fiducie-gestion**, le fiduciaire reçoit la propriété de biens mis en fiducie par le constituant ; biens qu'il se charge de gérer, soit pour le compte du constituant, soit pour le compte d'un tiers bénéficiaire. Cette technique pourrait notamment être utilisée dans l'attente d'une décision judiciaire ou dans la perspective de la survenance d'un événement particulier (atteinte de l'âge de la retraite par exemple).

Dans la **fiducie-garantie**, le débiteur (le constituant) transfère au fiduciaire la propriété d'un bien lui appartenant afin de garantir le paiement de sa dette. Si le constituant remplit ses obligations, le fiduciaire lui rétrocèdera le bien objet de la fiducie et le contrat de fiducie prendra fin. Dans le cas contraire, la propriété du bien mis en fiducie sera transférée au créancier, bénéficiaire de la fiducie.

Les pouvoirs du fiduciaire doivent être fixés par le contrat de fiducie qui peut être conclu pour une durée maximum de 33 ans. Il sera sans doute judicieux de prévoir contractuellement la possibilité pour le constituant de modifier en cours de contrat, les pouvoirs conférés à l'origine au fiduciaire.

• Les caractéristiques de la fiducie

Transfert de propriété

Il n'y a pas de fiducie sans transfert de propriété des biens du constituant au profit du fiduciaire. Elle peut porter sur des biens meubles ou immeubles, sur des droits personnels (créances, droit de propriété intellectuelle) ou réels (droit de propriété, usufruit) ou sur des sûretés.

Relation triangulaire entre le constituant, le fiduciaire et le bénéficiaire

Par crainte d'évasion fiscale et de blanchiment d'argent, la loi a limité les catégories de personnes pouvant avoir accès à la fiducie. Ainsi, le constituant est obligatoirement une personne morale soumise de plein droit ou sur option à l'impôt sur les sociétés. Cette restriction non prévue à l'origine et introduite par un amendement gouvernemental est vivement critiquée par la doctrine comme par les praticiens.

Par ailleurs, seuls peuvent avoir la qualité de fiduciaire les établissements de crédit, les entreprises d'investissement et les entreprises d'assurance sur la vie.

La qualité de bénéficiaire n'est pas en revanche restreinte par la loi. Il pourra s'agir d'une personne physique ou d'une personne morale, du constituant lui-même ou bien encore d'un ou plusieurs tiers.

Le constituant et le fiduciaire sont liés par un contrat synallagmatique aux termes duquel le constituant transfère le bien objet de la fiducie au fiduciaire, à charge pour ce dernier de le gérer et de le restituer au bénéficiaire. Le bénéficiaire bénéficie quant à lui du mécanisme de la stipulation pour autrui.

Patrimoine d'affectation

C'est sans nul doute la caractéristique la plus marquante de la fiducie. Ce patrimoine d'affectation - appelé «patrimoine fiduciaire» - est distinct du patrimoine du constituant, puisque la propriété des biens objet de la fiducie a été transférée au fiduciaire. C'est pourquoi, en cas de défaillance du constituant et d'ouverture d'une procédure collective à son encontre, le bénéficiaire de la fiducie (qui, par hypothèse est créancier du constituant) ne sera pas en concours avec les autres créanciers du constituant sur les biens objets de la fiducie.

Le patrimoine fiduciaire est également distinct du patrimoine propre du fiduciaire (Code civil, art. 2011). Il s'agit là d'une nouveauté majeure en droit français, et ceci pour deux raisons.

En premier lieu, la reconnaissance d'un patrimoine d'affectation est contraire au principe d'unité et d'indivisibilité du patrimoine puisque le fiduciaire possédera deux patrimoines : son patrimoine personnel et le patrimoine fiduciaire.

Par ailleurs, la création d'un patrimoine d'affectation, mettant à l'abri des poursuites des créanciers personnels du fiduciaire les biens objet de la fiducie, réduit à l'évidence le droit de gage général des créanciers. La loi précise même que l'ouverture d'une procédure de

sauvegarde, de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire au profit du fiduciaire n'affecte pas le patrimoine fiduciaire (Code civil, art. 2024).

Seuls les titulaires de créances nées de la conservation ou de la gestion du patrimoine fiduciaire peuvent en principe saisir les éléments de ce patrimoine. En cas d'insuffisance du patrimoine fiduciaire, ces créanciers pourront se retourner contre le constituant pour recouvrer le montant de leurs créances (sauf dispositions contraires du contrat de fiducie).

Imperfections techniques majeures

On regrettera que les modalités d'évaluation du bien placé en fiducie ne soient pas précisées par la loi. Ainsi, dans l'hypothèse où la valeur du bien placé en fiducie est supérieure au montant de la créance garantie la question se pose de savoir s'il faut, et comment, rétrocéder au constituant l'excédent de la valeur du bien par rapport au montant de la créance garantie.

Par ailleurs, la loi nouvelle qui prévoit la fin du contrat de fiducie en cas de révocation par le constituant de l'option pour l'impôt des sociétés laisse ainsi la possibilité au constituant - le débiteur - de révoquer unilatéralement la garantie qu'il a lui-même octroyée, circonstance susceptible de nourrir quelques préventions sérieuses à l'égard de la fiducie-sûreté.

2. Un traitement fiscal pas toujours neutre

• Enregistrement et publicité foncière

La formalité de l'enregistrement est obligatoire à peine de nullité pour tout acte emportant la formation ou la modification d'un contrat de fiducie.

Lorsque seuls des **biens meubles** sont concernés, l'enregistrement devra être effectué dans un délai d'un mois à compter de la date de l'acte et donnera prise à un droit fixe de 125 €, tandis qu'en présence de **biens immobiliers**, l'acte devra être soumis à la formalité fusionnée et publié dans un délai de deux mois, la taxe de publicité foncière étant perçue au taux de 0,60% majoré du prélèvement pour frais d'assiette et de recouvrement (2,5%) et de la taxe additionnelle de 0,1%, soit 0,715% au total (CGI, art. 1133 quater et 1020).

En cas de cession de la créance de fiducie, les droits du constituant seront réputés porter sur les biens formant le patrimoine fiduciaire. Par suite, lors de leur transmission, les droits de mutation seront exigibles selon la nature des biens et droits transmis (CGI, art. 1378 septies).

La fin de la fiducie et la transmission des biens au bénéficiaire devra, à peine de nullité, être enregistrée. Elle donnera prise aux droits d'enregistrement et à la taxe de publicité foncière dans les mêmes conditions et tarif que l'acte de constitution. Toutefois, le retour au constituant de biens immobiliers mis en fiducie sera dispensé du droit de publicité de 0,60% (CGI, art. 1133 quater).

• Impôt sur les sociétés

Constitution de la fiducie

En principe, la mise en fiducie de biens entraîne l'imposition de la plus-value latente qu'ils recèlent. Cette imposition pourra toutefois, sous certaines conditions, être évitée en application d'un régime spécial très proche de celui prévu par l'article 210 A du CGI pour les fusions et opérations assimilées.

Pour cela, la fiducie constituée devra être licite et le constituant devra être le ou l'un des bénéficiaires de la fiducie. Par ailleurs, les plus-values dégagées sur les biens amortissables devront être réintégrées de façon échelonnée dans les bénéfices imposables du patrimoine fiduciaire et les plus-values de cession des éléments non amortissables devront être calculées par rapport à la valeur fiscale qu'ils avaient pour le constituant (CGI, art. 223 V).

On soulignera qu'à la différence de celui applicable aux apports partiels d'actifs, ce régime spécial pourra s'appliquer alors même que les biens mis en fiducie ne constituent pas une branche complète d'activité.

Gestion de la fiducie

Les résultats du patrimoine fiduciaire sont soumis à un régime de translucidité très proche du régime des sociétés de personnes. En substance, les résultats imposables sont déterminés au niveau du fiduciaire mais leur taxation s'opère entre les mains du constituant. En cas de pluralité de titulaires de la créance sur le fiduciaire, le bénéfice de la fiducie sera imposé au nom de chaque titulaire proportionnellement à la valeur réelle du ou des biens ou droits mis en fiducie par chacun des constituants à la date du transfert des éléments dans le patrimoine fiduciaire.

En contrepartie de ce régime d'imposition des résultats de la fiducie, toute variation (à la hausse ou à la baisse) du montant de la créance du constituant sur la fiducie demeure sans effet sur son propre résultat imposable (CGI, art. 223 VC).

Fin de la fiducie

La cession ou l'annulation de la fiducie entraîne, en matière d'impôt sur les sociétés, toutes les conséquences d'une dissolution de société (CGI, art. 223 VE), sauf en cas de transfert de la créance dans le cadre d'une opération placée sous le régime spécial des fusions prévu à l'article 210 A du CGI.

Par ailleurs, la loi prévoit que la différence entre le prix de cession et le prix de revient de la créance sur la fiducie n'est pas imposée entre les mains du constituant (CGI, art. 223 VE).

La neutralité fiscale de la fin normale de la fiducie est assurée de façon analogue à celle prévue lors de sa constitution. On retiendra cependant qu'elle ne pourra être obtenue que dans l'hypothèse où les biens sont transférés au constituant et que le contrat de fiducie prend fin sans liquidation du patrimoine fiduciaire. En cas de pluralité de constituants, il sera difficile d'organiser le retour des biens sans liquidation du patrimoine fiduciaire et par suite d'obtenir

le régime de neutralité.

En cas de retour des biens à un bénéficiaire autre que le constituant, la sortie des biens du patrimoine fiduciaire entraînera les conséquences d'une cession d'actif et sera imposée dans les conditions de droit commun pour la détermination du résultat du patrimoine fiduciaire au nom du constituant.

• **Taxe sur la valeur ajoutée**

Constitution de la fiducie

Dès lors que le transfert de biens du constituant au patrimoine fiduciaire s'effectue à titre gratuit, ce dernier est hors champ d'application de la TVA. Deux hypothèses sont à envisager :

- le transfert de biens du constituant au patrimoine fiduciaire s'effectue dans le cadre d'une transmission d'une universalité totale ou partielle de biens. Le constituant est dispensé de procéder aux régularisations du droit à déduction ;
- le transfert de biens du constituant au patrimoine fiduciaire ne s'effectue pas sous la forme d'une transmission d'une universalité totale ou partielle de biens. Dans le cas de biens immobilisés, le transfert des biens entraîne, pour le constituant, les régularisations du droit à déduction. Le fiduciaire se voit attribuer un droit à déduction à raison de ces mêmes biens, sous réserve notamment que ce bien constitue pour lui aussi une immobilisation. Dans le cas des autres biens ayant ouvert droit à déduction, le transfert donnera lieu à une imposition au titre de la livraison à soi-même. La TVA sera alors récupérable par la fiducie.

Gestion de la fiducie

L'exécution des obligations du fiduciaire est qualifiée de prestation de service (CGI, art. 256 IV 1°). L'absence de qualification, par le législateur, de la prestation de service rendue par le fiduciaire conduira à examiner, au cas par cas, l'étendue de la prestation.

Ainsi, la prestation rendue au constituant est :

- soit une prestation immatérielle (management fees) relevant de l'article 259 B du CGI ;
- soit une prestation matériellement localisable (prestation de gestion se rattachant à un immeuble) relevant de l'article 259 A .2° du CGI, auquel cas la TVA du pays où l'immeuble est localisé s'appliquera ;
- soit une prestation «complexe», auquel cas il conviendra d'apprécier l'opportunité d'une ventilation.

La base d'imposition de cette prestation de service, codifiée à l'article 266.1 f bis du CGI est constituée soit par la rémunération versée par le constituant, soit par la retenue effectuée sur les recettes de l'exploitation des droits et biens du patrimoine fiduciaire. Le fiduciaire est redevable de la TVA sur les opérations qu'il effectue au sein du patrimoine fiduciaire et ce, de façon distincte pour chaque contrat de fiducie (CGI, article 285 A).

Fin de la fiducie

Par symétrie, les mêmes règles s'appliquent aux transferts des biens, droits et sûretés du fiduciaire au constituant. Le législateur ayant interdit la fiducie-libéralité, le transfert des biens du fiduciaire à un bénéficiaire autre que le constituant entraînera les conséquences d'une cession d'actif et sera imposée en tant que tel, sous réserve que cette cession ne s'effectue pas sous la forme d'une transmission d'universalité, dans les conditions de droit commun.

Florence Grillier-Rousseau

fgrillierrousseau@taj.fr

Sophie Dorin

sdorin@taj.fr

Patrick Fumenier

pfumenier@taj.fr

CONTACTS

- Neuilly : 01 40 88 22 50
- Lyon : 04 72 43 37 85
- Marseille : 04 91 59 84 75
- Bordeaux : 05 56 48 49 20
- Tours : 02 47 60 88 40
- Lille : 03 20 14 94 20

Stricto Sensus est édité par Taj, Société d'Avocats inscrite au Barreau des Hauts-de-Seine

SELAFA au capital de 1 463 500 € - 434 480 273 RCS Nanterre

181, avenue Charles de Gaulle - 92524 Neuilly-sur-Seine cedex - Tél : 01 40 88 22 50 - Fax : 01 40 88 22 17

Directeur de la publication : Gianmarco Monsellato - Responsable de la rédaction : Pascale Ponroy

Secrétaire de rédaction : Juliette Arnaud

Parution et dépôt légal : mai 2007 - Diffusion gratuite. ISSN 1639 - 8327