

3.4

Fiducie, *trust* et gestion de patrimoine

Actes du colloque organisé par Fidal le 12 mai 2022
à l'Institut de droit comparé (Paris)

Quinze ans après l'introduction de la fiducie dans le code civil, quel est l'état du droit positif ? Quelles sont les attentes de la pratique ? Entre présent et avenir, contexte interne et contextes internationaux, les actes

de ce colloque explorent la question de l'attractivité de la fiducie française en comparaison de l'utilisation d'un *trust* ou d'autres institutions fiduciaires étrangères en matière de gestion de patrimoine.

Propos introductifs, § 1

Première partie : la fiducie en droit interne français

- I. Présentation générale de la fiducie, § 3
- II. Les aspects fiscaux de la fiducie française, § 14
- III. Fiducie et protection des personnes vulnérables, § 23
- IV. Fiducie et transmission à titre gratuit, § 54
- V. Fiducie et titres sociaux, § 77

Deuxième partie : les *trusts* et fiducies dans un contexte international

- I. Droit comparé : *trusts* et fiducies venus d'ailleurs, § 97
- II. Droit international privé, § 141

Propos introductifs



Dominique DAVODET
Avocat associé, Fidal
Président de Fidal Fiducie

1. Dominique Davodet - Cette année marque le 15^e anniversaire de l'introduction de la fiducie dans le code civil. Les initiateurs de la loi du 19 février 2007¹ regrettaient déjà que la France ne soit pas dotée d'un outil comparable au *trust* anglo-saxon. Ils ont donc proposé l'institution d'une fiducie

¹ L. n° 2007-211, 19 févr. 2007 instituant la fiducie : JO 21 févr. 2007, texte n° 3.



Michel GRIMALDI
Professeur émérite de l'université Paris 2
Panthéon-Assas
Président de la commission de réforme
du droit des sûretés

française capable de concurrencer les *trusts*, notamment dans les opérations de financement complexe. L'exemple du financement complexe n'est pas d'ailleurs la seule utilité reconnue à la fiducie et le rapport du sénateur de Richemont précisait que « la fiducie se voit reconnaître trois applications distinctes. Elle peut présenter un intérêt soit pour opérer des transmissions de patrimoine en particulier dans le cadre de libéralités [c'est la fiducie transmission, également dénommée « fiducie

libéralité » ou « fiducie patrimoniale »] soit pour gérer des éléments d'un patrimoine [c'est la fiducie gestion] soit enfin pour garantir des créances [c'est la fiducie sûreté] ». Après avoir cité la fiducie transmission comme étant la première utilité de la fiducie, le rapport s'empressait d'écarter cette application au motif, erroné selon nous, qu'« elle présente moins d'intérêt en droit français compte tenu de la consécration récente du mandat à effet posthume et des libéralités graduelles et résiduelles. ». En réalité, il n'avait pas été possible de vaincre les réticences de Bercy qui craignait que la fiducie soit un instrument de fraude fiscale ou de blanchiment d'argent.

Nous sommes pour notre part persuadés, malgré l'impossibilité persistante de la fiducie transmission, que l'utilisation de la fiducie combinée avec d'autres techniques juridiques peut rendre de grands services, de sorte qu'elle devrait devenir un élément incontournable de la gestion patrimoniale. C'est pourquoi, 15 ans après le vote de la loi, nous vous proposons de mesurer les forces et les faiblesses de la fiducie en matière de gestion de patrimoine.

2. Michel Grimaldi - Le cabinet Fidal a eu une juste intuition lorsqu'il a jugé le moment venu de réfléchir à la place de la fiducie, plus précisément à la place qu'occupe ou que pourrait occuper la fiducie que l'on dit « patrimoniale » pour signifier qu'elle est un instrument de gestion et de transmission des patrimoines. Il s'agit en effet d'une fiducie qui est au service, d'une part, de la gestion du patrimoine de ceux qui ne peuvent y pourvoir eux-mêmes à raison de leur vulnérabilité, de leur incompétence ou tout simplement de leur désintérêt pour la chose, et, d'autre part, de la transmission à titre gratuit, par voie successorale ou entre vifs, notamment dans la sphère familiale. Il s'agit ici de considérer la fiducie non pas dans la vie des affaires, là où elle rend les services financiers que l'on sait, mais dans la vie personnelle et familiale, là où elle rencontre le droit des incapacités ainsi que le droit des successions et des libéralités. C'est une rencontre que l'on devine par avance passionnante mais aussi hérissée de difficultés.

L'objet de notre colloque étant ainsi clairement défini, son ambition est tout aussi clairement indiquée par la profession de foi qui, due à Bruno Berger-Perrin, figure sur l'affiche : « *In fiducie we trust* ». La couleur est donnée : il s'agit de promouvoir la fiducie patrimoniale, de permettre à la fiducie de se déployer sur le terrain des incapacités - plus peuplé que jadis en raison du nombre croissant de personnes très âgées et donc vulnérables - et sur le terrain successoral, occupé, sinon par tous les mortels, du moins par ceux d'entre eux qui ont un patrimoine à transmettre. Or, cette promotion de la fiducie patrimoniale suppose que l'on en démontre l'utilité : d'abord aux intéressés eux-mêmes, à ceux dont le patrimoine peut être mis en fiducie et qui, m'a-t-on dit, sont parfois frappés d'effroi lorsqu'on leur propose que leurs biens soit transférés

en propriété au professionnel compétent qu'il désire, là où ils ne songeaient qu'à un simple mandataire ; ensuite aux professionnels, avocats et notaires qui en sont les prescripteurs et aussi pour les premiers les acteurs en qualité de fiduciaires ; enfin au législateur, afin qu'il apporte au droit actuel de la fiducie les aménagements indispensables au déploiement de la fiducie patrimoniale.

Pour tenter cette démonstration, avec l'espoir vigoureux d'y réussir, nos travaux s'ordonneront en deux temps.

Dans un premier temps, la réflexion sera franco-française : c'est la fiducie du droit français qui nous occupera, d'abord telle que la loi, civile et fiscale, l'a consacrée et réglementée, puis aussi telle que la pratique l'a reçue et tenté de la mettre en œuvre, malgré les contraintes du droit positif, pour l'anticipation du risque d'incapacité et la transmission des patrimoines. On pourra ainsi mesurer les obstacles que le droit positif fait au développement de la fiducie patrimoniale, essayer d'en comprendre les raisons et montrer que le moment est venu de libérer la fiducie de toute une série d'interdits et de contraintes qui sont, si l'on y réfléchit bien, sans cause réelle et procèdent d'un esprit de suspicion.

Dans un second temps, notre réflexion franchira nos frontières et, au-delà, celles de notre culture juridique continentale pour s'élargir aux fiducies italienne ou suisse, et surtout au trust, l'institution sans doute la plus connue de la *common law*. Cette réflexion sera d'abord de droit comparé : elle nous permettra notamment - je l'espère - de comprendre certains trusts assez mystérieux, tel le *trust* discrétionnaire dont on peine parfois à saisir le fonctionnement à la seule lecture des actes constitutifs. La réflexion se poursuivra ensuite en droit international privé : comment le *trust* est-il appréhendé par le droit français, par le juge français comme par l'administration fiscale française ; et comment les pays de *common law* recevraient-ils la fiducie française ? (Il serait fâcheux que nous accueillions le *trust* cependant que, de l'autre côté de l'Atlantique, un unilatéralisme latent conduirait à repousser notre fiducie.)

En tout cas, le parti qui est pris est qu'à l'issue de ce colloque l'on soit convaincu que la fiducie patrimoniale doit prendre son essor, non seulement parce qu'elle serait utile aux citoyens français, mais aussi parce qu'elle serait de nature, comme le relevait Robert Badinter², à assurer la place du droit français dans le monde et à éviter que l'on doive se rendre dans les îles anglo-normandes (ou ailleurs) pour faire ce que l'on ne peut faire en France. Cette journée devrait être un appel au législateur pour qu'il fasse preuve « *de l'audace et de la créativité* » que souhaitait Robert Badinter. Au slogan conçu par Bruno Berger-Perrin, « *In fiducie we trust* », j'ajouterai celui qui fit le succès d'un président des États-Unis : « *Yes we can* »...

2 APSP 2018, n° 1, p. 4.

Première partie : la fiducie en droit interne français

I. Présentation générale de la fiducie



Michel GRIMALDI

Professeur émérite de l'université Paris 2
Panthéon-Assas
Président de la commission de réforme
du droit des sûretés

3. Il est relativement facile de s'accorder sur une définition de la fiducie en général³. Par exemple, sur celle-ci : la fiducie est l'acte juridique par lequel une personne, le fiduciaire, acquiert d'une autre, le constituant, un droit patrimonial, mais sous des obligations qui en limitent l'exercice, et parmi lesquelles figure généralement celle de transférer ce droit, à terme, soit au constituant lui-même, soit à un tiers bénéficiaire.

Ainsi définie, la fiducie se présente comme un transfert de propriété, mais d'une propriété limitée tout à la fois dans sa substance, par les restrictions apportées aux prérogatives qui s'y attachent, et dans sa durée, par l'obligation où se trouve généralement le fiduciaire de la restituer ou de la transmettre à un tiers.

Elle se présente aussi comme un mécanisme abstrait. Elle ne dévoile pas ses utilités. Celles-ci sont pourtant multiples et permettent de distinguer (en simplifiant) :

- la **fiducie gestion**, où le transfert de propriété s'explique par la volonté du constituant de donner au fiduciaire les moyens d'une gestion efficace des biens qu'il lui transfère, et ce dans son intérêt personnel ;
- la **fiducie libéralité**, où le transfert de propriété trouve sa cause dans la volonté du constituant de gratifier un tiers par l'intermédiaire du fiduciaire, qui, à son tour, transférera au tiers, donataire ou légataire, les biens qu'il aura reçus ;
- la **fiducie sûreté**, où le transfert de propriété s'explique par la volonté du constituant de conférer au créancier, sur les biens qui lui sont transférés, une sûreté de tout premier rang.

4. Cette institution s'est introduite en droit français de façon toute progressive (A) et elle y apparaît aujourd'hui encore comme une institution originale (B).

A. L'introduction de la fiducie

5. **Le temps de l'ignorance** - Durant tout le XIX^e siècle et les trois premiers quarts du XX^e siècle, la question de la fiducie n'émerge pas en France : on n'y parle pas de fiducie. On se souvient bien de la *fiducia* romaine, mais celle-ci appartient à l'histoire. On côtoie le *trust*, mais c'est une institution

relevant d'une autre culture juridique, de la *common law*, et donc construite sur d'autres concepts que les nôtres.

Certes, les litiges internationaux font que le juge français se trouve parfois confronté à un mécanisme fiduciaire. Mais il s'efforce alors de l'appréhender au travers de ses propres catégories juridiques, notamment lorsque le règlement d'une succession internationale fait apparaître un *trust*. Et parfois cette démarche le conduit à l'annuler : par exemple, confronté à une fiducie sûreté sur meubles corporels, d'origine allemande, il la requalifie en gage assorti d'un pacte commissaire, et, comme tel, l'annule.

6. **Le temps de l'acclimatation** - La deuxième période s'ouvre au début des années 1980. La fiducie apparaît alors sur la scène juridique française, grâce à trois metteurs en scène :

- à la doctrine : une thèse publiée en 1981, « *La fiducie en droit privé français* », fait grand bruit, car son auteur, Claude Witz, démontre l'existence de crypto-fiducies ou de fiducies innommées dans le droit positif et prône une consécration de la fiducie en général ;

- à la loi : une loi du 12 juin 1980 consacre la réserve de propriété qui, comme la propriété fiduciaire, est une propriété finalisée et temporaire. Puis, une loi du 2 janvier 1981, dite Loi Dailly, consacre la cession de créances professionnelles à titre de garantie, donc une forme de fiducie sûreté. Deux lois des 13 juillet 1979 et 23 décembre 1988 instituent les fonds communs de placement et les fonds commun de créance, organismes de placement collectif en valeurs mobilières, qui sont une forme de fiducie gestion. Enfin, la loi du 23 décembre 2006 portant réforme des successions crée le mandat à effet posthume, qui permet au *de cujus* de dessaisir de ses héritiers de la gestion des biens héréditaires en la confiant à un tiers, ce qui est une forme de fiducie gestion ;

- à la pratique des affaires : enhardie par le mouvement législatif qui vient d'être décrit, la pratique développe les conventions fiduciaires comme les conventions de portage, par lesquelles une personne, le porteur, s'engage envers une autre, le donneur d'ordre, à acquérir ou à souscrire des actions, puis à les céder, au bout d'un certain temps et à un prix convenu, soit au donneur d'ordre, soit à un tiers, et par lesquelles il rend ainsi au donneur d'ordre un service d'une nature variable (service de discrétion rendu à un investisseur qui veut prendre une participation dans une société concurrente dont il redoute une réaction hostile ; service d'arbitrage rendu à des actionnaires dont le désaccord bloque la gestion sociale ; service de relais rendu à un acquéreur qui n'est pas encore en mesure d'acquérir les actions qu'il convoite).

Durant cette période d'acclimatation, la loi ne consacre pas la fiducie en tant que telle. Elle évite le mot. Ces années 1980 n'en sont pas moins décisives pour la réception de la fiducie. C'est la période d'acculturation : la fiducie existe désormais dans le droit français, une fiducie larvée sans doute, parce qu'innommée et cantonnée au domaine des affaires, mais bien

³ Ce texte reprend largement un rapport présenté au Luxembourg, lors d'une journée en hommage à André Elvinger organisée le 19 juin 2009 par le Groupe luxembourgeois de l'Association Henri Capitant des amis de la culture juridique française.

présente cependant. Au demeurant, un projet de loi tentera de la consacrer pleinement, en la nommant et la désenclavant du domaine des affaires ; mais ce projet, qui visait à l'introduire en majesté au code civil, ne sera jamais discuté au Parlement. À la fin des années 1980, la fiducie est ainsi à la fois une réalité et un regret.

7. Le temps de la consécration - C'est une loi du 19 février 2007⁴ qui consacre ouvertement et en termes généraux le contrat de fiducie. La fiducie entre au code civil, dont elle occupe le titre XIV du livre III que forment les articles 2011 à 2031. Elle y est définie 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 » (art. 2011).

Cette loi déçoit pourtant certains des partisans de la fiducie, qui la trouvent trop timide.

Le domaine de la fiducie est triplement limité :

- quant à sa source, la fiducie ne peut naître que de la loi ou d'un contrat, mais non d'un testament (art. 2012) ;
- quant aux parties, le constituant ne peut être qu'une personne morale, et plus précisément une société (art. 2014), et le fiduciaire est nécessairement un établissement de crédit ou une entreprise d'assurances (art. 2015) ;
- quant à ses fonctions, la fiducie libéralité est strictement interdite (art. 2013).

Ses conditions sont particulièrement rigoureuses : ses conditions de fond, puisque, par exemple, sa durée est limitée à 33 ans (art. 2018, 2°) ; ses conditions de forme, puisqu'il faut, à peine de nullité, un écrit contenant toutes une série de mentions obligatoires (art. 2018), un enregistrement et, s'il s'agit d'immeubles, une publicité (art. 2019).

Sa réglementation est lacunaire : ainsi, la loi est avare de dispositions sur la fiducie sûreté, notamment sur le mode de réalisation de la sûreté en cas de défaillance du débiteur.

Mais dès le lendemain de la loi, on pouvait espérer l'élargissement de son domaine, l'assouplissement de ses conditions et l'adoption d'une réglementation d'appoint. Cet espoir n'a pas été déçu.

8. Le temps de l'épanouissement - Une loi du 4 août 2008⁵ et une ordonnance du 30 janvier 2009⁶ marquent l'épanouissement de la nouvelle institution. Le domaine de la fiducie quant aux personnes est élargi : le constituant peut être désormais toute personne, physique ou morale (abrogation de l'art. 2014) ; l'avocat est ajouté à la liste de ceux qui peuvent être fiduciaires. Ses conditions sont assouplies : ainsi, la durée maximum de la fiducie est portée à 99 ans. Des précisions sont apportées à son régime : ainsi, deux séries de dispositions réglementent respectivement la fiducie sûreté mobilière (art. 2372-1 à 2372-5) et la fiducie sûreté immobilière (art. 2488-1

à 2488-5) en précisant les conditions de son dénouement en cas de défaillance du débiteur (art. 2372-3 et 2372-4, 2488-3 et 2488-4) et en validant implicitement la fiducie sûreté sans dépossession, qui permet au débiteur de transférer à titre de garantie la propriété d'un bien dont il conserve la possession parce qu'il est utile, voire nécessaire, à son existence (logement) ou à son activité professionnelle (outillage) (art. 2018-1).

Enfin, une ordonnance du 15 septembre 2021⁷ portant réforme des sûretés assouplit le régime de la fiducie sûreté, et consacre, avec la cession de créance civile ou de somme d'argent à titre de garantie, de fiducies-sûretés spéciales très simplifiées.

9. De lege ferenda - L'introduction de la fiducie en droit français n'est pas encore achevée. Aujourd'hui où son utilité est avérée, comme le montrent le succès de la fiducie sûreté et les efforts de la pratique pour développer la fiducie gestion, une forte demande vise à obtenir la validation de la fiducie libéralité et l'extension de fiducie gestion au patrimoine des personnes vulnérables, notamment des mineurs et des majeurs protégés.

Cette réception très progressive de la fiducie s'explique par l'originalité de l'institution.

B. L'originalité de la fiducie

10. Le particularisme de la propriété fiduciaire - L'originalité de la fiducie tient d'abord au particularisme de la propriété fiduciaire, qui n'est pas propriété ordinaire, celle que définit l'article 544 du code civil, que la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 élève au rang des droits inaliénables et sacrés, et que protège la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

La propriété ordinaire est d'abord un élément de richesse, en ce que le propriétaire peut disposer du bien, en dissiper à sa guise les revenus comme le prix tiré de sa vente. Corrélativement, la propriété est un élément de crédit, en ce que les créanciers du propriétaire peuvent saisir le bien.

En revanche, la propriété fiduciaire n'est un élément ni de richesse, ni de crédit. Elle ne procure au fiduciaire aucun revenu, ni n'accroît son capital. Au cas de fiducie gestion, la richesse reste au constituant ; au cas de fiducie libéralité, elle passe au gratifié, donataire ou légataire ; au cas de fiducie sûreté, le bénéficiaire est riche de sa créance, et non de la propriété fiduciaire, qui, certes, conforte cette créance mais sans y ajouter un supplément de richesse. Corrélativement, la propriété fiduciaire n'est pas une source de crédit : les actifs fiduciaires sont le gage des seuls créanciers de la fiducie, c'est-à-dire des seuls créanciers dont le droit est né du fonctionnement de la fiducie, à l'exclusion des créanciers personnels du fiduciaire.

4 L. n° 2007-211, 19 févr. 2007 instituant la fiducie, préc.

5 L. n° 2008-776, 4 août 2008 de modernisation de l'économie.

6 Ord. n° 2009-112, 30 janv. 2009 portant diverses mesures relatives à la fiducie.

7 Ord. n° 2021-1192, 15 sept. 2021 portant réforme du droit des sûretés : IP 1-2022, n° 2, § 81, comm. R. Mortier.

La propriété ordinaire, ce sont aussi les pouvoirs les plus étendus sur la chose : l'*usus*, le *fructus* et l'*abusus*. La plénitude de ces pouvoirs permet au propriétaire de tirer de la chose toutes ses utilités. En revanche, la propriété fiduciaire n'investit pas, par nature, de tous les pouvoirs sur la chose. Elle *peut* les conférer tous, mais, le plus souvent, la convention borne les pouvoirs du fiduciaire : elle les limite à ceux qui sont nécessaires à la finalité de la fiducie.

Cette limitation explique que le contrat de fiducie doit préciser les pouvoirs du fiduciaire et mettre à la charge de celui-ci une obligation de rendre compte. Pareilles dispositions ne sont pas concevables s'agissant d'une propriété ordinaire.

La propriété ordinaire est perpétuelle en ce sens qu'elle a vocation à se prolonger indéfiniment : aussi longtemps qu'existe le bien sur lequel elle porte. Elle se distingue en cela des droits personnels ou droits de créance et des autres droits réels comme l'usufruit.

Au contraire, la propriété fiduciaire est par essence temporaire. Dans la fiducie gestion, elle ne dure que le temps de la gestion. Dans la fiducie libéralité, elle ne dure que le temps de la transmission. Dans la fiducie sûreté, elle ne dure que jusqu'à l'échéance du terme, et ce même si le débiteur défaille, car le créancier ne se borne pas alors à conserver la propriété fiduciaire du bien mais en acquiert la propriété ordinaire, qui se substitue à la première : sa propriété cesse de n'être que fiduciaire pour s'épanouir en une propriété ordinaire.

Enfin - et voici pourquoi l'on peut parler de propriété fiduciaire - la propriété est exclusive, en ce sens que le propriétaire évince, élimine de la chose tout autre que lui : il a le pouvoir d'interdire à autrui d'établir une relation avec le bien. Elle est un monopole.

Or, ce caractère se retrouve bien dans la propriété fiduciaire. Dans la fiducie gestion comme dans la fiducie libéralité, nul autre que le fiduciaire ne peut gérer le bien, qui se trouve entièrement soustrait à l'action du constituant ou du bénéficiaire : c'est dans cette exclusivité de gestion que cette variété de fiducie trouve sa raison d'être, et c'est par là qu'elle se distingue fondamentalement d'un simple mandat, d'un simple mécanisme de représentation conventionnelle, dans lesquels le mandant ou le représenté n'est pas dessaisi des pouvoirs qu'il confère à son mandataire ou à son représentant. Dans la fiducie sûreté, nul autre que le fiduciaire ne peut obtenir le paiement de sa créance sur le bien considéré : c'est dans ce droit exclusif sur la valeur du bien que la fiducie sûreté trouve, elle aussi, sa raison d'être, et c'est par là qu'elle se distingue des sûretés traditionnelles, qui, ne conférant qu'un simple droit de préférence, exposent leur titulaire au risque de se trouver un jour primé par un créancier jugé préférable.

Voilà donc ce qu'ont en commun la propriété ordinaire et la propriété fiduciaire : l'exclusivité. C'est cela, et c'est beaucoup, mais ce n'est rien de plus. En vérité, d'un point de vue économique, le contrat de fiducie n'est pas un contrat d'échange, comme le sont les contrats translatifs de propriété ordinaire (telle la vente ou l'apport en société) : il est soit un contrat de

service (comme le contrat de mandat ou le contrat d'entreprise) soit un contrat de garantie (comme la convention de gage ou d'hypothèque).

Certes, il serait possible, empruntant à la *common law*, de parler de la propriété juridique du fiduciaire et de la propriété économique du bénéficiaire, la première conférant le pouvoir et l'autre la richesse ; mais le droit continental est rebelle à cette distinction. Mieux vaut parler de la propriété du fiduciaire, mais en précisant qu'il s'agit d'une propriété... fiduciaire : droit réel original qui, plutôt que transmis, est constitué par le contrat de fiducie.

11. L'aménagement de l'opération fiduciaire - L'originalité de la fiducie tient ensuite à l'aménagement de l'opération fiduciaire. Toute fiducie crée deux risques majeurs, que la loi doit dissiper.

12. Le premier risque est celui d'un conflit entre, d'un côté, le constituant ou le bénéficiaire, et, de l'autre, le fiduciaire. La propriété fiduciaire étant finalisée, il se peut que le fiduciaire, par maladresse ou malhonnêteté, dévie de sa mission et compromette les intérêts du constituant ou du bénéficiaire. Au fond, ce risque tient à la dissociation des pouvoirs et de la richesse, de la propriété juridique et de la propriété économique. Il est une illustration du risque plus général de conflit entre le pouvoir et l'argent, entre le *management* et le capital.

Pour y parer, il convient de confier au juge de larges pouvoirs d'arbitrage. C'est ce que fait la loi : si le fiduciaire exécute mal sa mission, le juge peut le suspendre ou le remplacer, avec, dans ce dernier cas, un transfert du patrimoine fiduciaire à son remplaçant. En outre, le constituant peut à tout moment désigner un tiers, le « protecteur de la fiducie », qui est chargé de veiller à ses intérêts et donc de surveiller le fiduciaire. Et s'il est une personne physique, cette faculté est même d'ordre public.

13. Le second risque est celui d'une confusion, dans les mains du fiduciaire, entre ses biens personnels et les biens qu'il a reçus en vertu du contrat de fiducie. Plus précisément, il est que l'un de ses créanciers prétende saisir les biens qu'il a reçus en vertu du contrat de fiducie au motif qu'il en serait le propriétaire : risque évidemment inacceptable dès lors que le créancier saisissant ne tient pas son droit du fonctionnement de la fiducie.

La solution retenue a été de recourir au patrimoine d'affectation, qui, visé dans la définition même de la fiducie, est un élément constitutif de l'opération fiduciaire : aux termes de l'article 2011, déjà cité, la fiducie suppose un transfert de biens que le fiduciaire tient « *séparés de [son] patrimoine propre* ». Il s'ensuit que les biens, objet de la fiducie, ne sont saisissables que par les seuls créanciers de la fiducie : ces biens constituent une masse à part répondant des seules dettes nées de l'exécution de la fiducie ; cet actif et ce passif, liés, forment le patrimoine fiduciaire, affecté à l'exécution de la fiducie. Corrélativement, le fiduciaire se retrouve à la tête de plusieurs patrimoines : de son patrimoine personnel, ordinaire, et d'autant de patrimoines spéciaux, de patrimoines

d'affectation, qu'il a passé de contrats de fiducie⁸.

Ce patrimoine d'affectation appelle deux observations.

La première est qu'il n'est pas toujours facile de délimiter, au sein du passif né de l'activité du fiduciaire, les dettes qui relèvent de son passif personnel (dont répond son actif personnel) et celles qui forment le passif fiduciaire (dont répond l'actif fiduciaire). L'article 2026 se borne à dire que le fiduciaire est responsable sur son patrimoine propre des fautes qu'il commet dans l'exercice de sa fonction. On pourrait s'inquiéter de cette formulation, la juger trop générale et suggérer d'accorder au fiduciaire le bénéfice de la distinction dont profite le dirigeant social entre la faute qui est détachable de ses fonctions et celle qui ne l'est pas, seule la première engageant sa responsabilité personnelle.

II. Les aspects fiscaux de la fiducie française



Sabrina LE NORMAND-CAILLÈRE

Maître de conférences HDR, Université d'Orléans
Directrice du Diplôme universitaire
« Fiducie : former les acteurs de demain »



Michel COLLET

Avocat associé, CMS Francis Lefebvre Avocats

14. Sabrina Le Normand-Caillère - Paradoxalement, l'obstacle principal à la reconnaissance de la fiducie patrimoniale réside dans l'appréhension de son traitement fiscal, alors même que son seul objectif est d'éviter qu'elle ne devienne un moyen de fraude ou d'évasion fiscale. Deux questions se posent alors : le transfert fiduciaire est-il réellement neutre ? La neutralité fiscale est-elle la seule voie possible ?

⁸ À la réflexion, le patrimoine dont l'unicité est brisée par la fiducie n'est pas tant celui du fiduciaire que celui du constituant ou du bénéficiaire. Si, en effet, l'unicité du patrimoine signifie que l'on répond de ses dettes sur tous ses biens, ce ne peut être, pour des raisons de bon sens, que sur des biens dont on est riche. Or, ce n'est pas le fiduciaire, mais le constituant (ou le bénéficiaire) qui est riche des biens mis en fiducie. Pour le fiduciaire, la fiducie ne déroge donc qu'en apparence à l'unicité de son patrimoine. Pour le constituant, en revanche, elle est un clair moyen de placer certains de ses biens hors d'atteinte de ses créanciers : de mettre les biens qu'il apporte à la fiducie à l'abri de ses créanciers personnels, et de mettre ses biens personnels à l'abri des créanciers de la fiducie dont il peut être le bénéficiaire. La loi, d'ailleurs, ne s'y trompe pas. D'une part, elle permet aux créanciers du constituant de saisir les biens apportés à la fiducie en fraude de leur droit. D'autre part, elle accorde aux créanciers de la fiducie, en cas d'insuffisance des actifs fiduciaires, le droit de saisir les biens personnels du constituant ; et si elle réserve la clause contraire, celle-ci emporte alors extension du gage du créancier au patrimoine personnel du fiduciaire (à moins que le créancier n'ait expressément renoncé au bénéfice de cet accroissement).

A. Le transfert fiduciaire est-il réellement neutre ?

15. Michel Collet - La fiducie a 15 ans. La fiducie est adolescente. Va-t-elle passer rapidement à l'âge adulte ? La fiscalité sera un facteur important, voire déterminant.

La problématique principale en matière fiscale se rapporte au transfert de propriété ou plutôt à l'affectation de biens ou droits dans un patrimoine fiduciaire, la fameuse « propriété fiduciaire ». Si le transfert de propriété est temporaire, asservi, finalisé, il n'en reste pas moins un transfert d'un bien ou d'un droit d'un patrimoine à un autre. À ce titre, il est constitutif d'un fait générateur d'imposition lors de l'aller et du retour : en matière d'impôt sur le revenu, d'impôt sur les sociétés, de TVA mais également de droits d'enregistrement, lesquels peuvent s'avérer pénalisants.

La fiducie se doit pourtant d'être neutre fiscalement. Le législateur de 2007 a apporté deux réponses :

- d'une part, le constituant reste personnellement redevable de l'impôt au titre des bénéfices retirés de la gestion des biens mis en fiducie ; le législateur assure la neutralité fiscale de l'opération fiduciaire en s'inspirant de la transparence fiscale des sociétés de personnes de l'article 8 du CGI s'agissant de l'imposition des résultats ; et,

- d'autre part, les principales conséquences fiscales du transfert lors de la constitution de la fiducie sont neutralisées par l'article 238 quater B du CGI. La fiducie est assimilée à une société de capitaux par emprunt au régime de faveur des fusions, pour l'imposition de la plus-value. On traite le transfert fiduciaire comme une opération intercalaire.

Néanmoins, ces réponses sont incomplètes et insatisfaisantes. Il s'agit uniquement de neutraliser les effets en matière d'impôt direct du transfert des actifs vers la fiducie. La question de l'exigibilité de la TVA (qui peut s'avérer coûteuse car non récupérable) n'est pas traitée. La perte, par ailleurs, par le constituant des attributs fiscaux de la propriété des biens transférés peut également entraîner des surcoûts.

En réalité, la neutralité fiscale de la fiducie est relative. La démarche adoptée par le législateur consiste à l'introduire dispositif par dispositif, sans grande cohérence et souvent de manière incomplète. Seul un texte spécifique, selon le dispositif fiscal concerné, voire un rescrit sur une opération est susceptible de sécuriser l'absence d'imposition ou éviter une remise en cause ultérieure d'un régime préexistant chez le constituant au jour du transfert des biens en fiducie.

Mais était-ce bien le souhait du législateur de 2007 qui semblait pourtant préconiser une approche plus attractive, sécurisante et fluide pour la fiducie ?

Si l'on reprend les motifs de la proposition de loi sur la fiducie déposée par le sénateur Marini, l'idée semblait avoir été, en matière fiscale, de rendre l'opération fiduciaire totalement transparente en principe. Le constituant serait en quelque sorte toujours réputé fiscalement titulaire des droits de propriété mis en fiducie et redevable de l'impôt à ce titre. En d'autres termes, l'idée originelle, qui nous semble la plus adaptée, était d'instituer une fiction fiscale pour

considérer que le constituant ne s'est jamais dépossédé des biens mis en fiducie.

Le législateur semble avoir entrouvert la porte avec le dispositif dit de « fiducie sur titres », qui vise à préserver les régimes d'exonération prévus en la matière (régime mère-fille sur dividendes, intégration fiscale en matière de consolidation fiscale, régime du long terme pour exonération des plus-values de cession). Toutes les conditions liées aux pourcentages minimum de détention (5 % ou 95 % selon le régime), de durée de détention (deux ans, voire plus) sont à respecter, à l'exception notable de la condition de détention uniquement par le fiduciaire. Les conditions doivent être réunies globalement chez le constituant et le fiduciaire sans que le transfert n'ait entraîné de rupture. Fiction es-tu là ?

L'instauration d'une fiction fiscale de pérennité de propriété nous semble constituer une source de réflexion essentielle pour le développement de la fiducie patrimoniale, à la place de l'accumulation actuelle de dispositifs parcellaires de neutralité.

16. Sabrina Le Normand-Caillière - Cette transparence fiscale ne nous est pas inconnue : elle existe notamment pour les sociétés de personnes régies par l'article 8 du CGI, avec une distinction entre la véritable transparence fiscale⁹ et la translucidité fiscale. On la connaît aussi en droit international notamment dans les conventions fiscales internationales, par exemple dans la convention France-États-Unis, à propos des *partnerships* : « le caractère de tout élément de revenu ou de toute déduction attribuable à un tel associé est déterminé comme si l'associé avait réalisé ces éléments de revenu ou bénéficié de ces déductions de la même manière que le *partnership* les a réalisés ou en a bénéficié ».

Que serait le principe de transparence fiscale en matière de fiducie ?

Ce principe aurait deux conséquences : d'une part, les transferts d'actifs, vers et en provenance de la fiducie, ne seraient pas imposés ; d'autre part, le résultat de la fiducie serait imposable au nom du constituant, réputé fiscalement comme seul redevable de l'impôt.

En lisant les textes actuels, sa matérialité se vérifie d'ores et déjà dans certaines dispositions. Par exemple, dans un souci de neutralité fiscale, il est prévu que le constituant maintient la propriété économique des actifs placés en fiducie et dispose sur le fiduciaire d'une créance d'un égal montant à la valeur comptable des éléments transférés. Le constituant se trouve ainsi imposé sur les résultats de l'exploitation du patrimoine fiduciaire selon un régime analogue à celui des sociétés de personnes régies par l'article 8 du CGI.

La neutralité fiscale organisée par le législateur reprend également le régime des fusions. Par exemple, le législateur a introduit une neutralisation des plus-values et des

reprises de provisions. Mais elle n'est pas de droit. Elle reste conditionnée, notamment par la transcription de la valeur des actifs et un certain nombre d'engagements que doivent prendre le constituant et le fiduciaire. En contrepartie, l'opération fiduciaire bénéficie de certains régimes de sursis ou de report d'imposition.

Abordons maintenant la question de la TVA. L'opération fiduciaire entre-t-elle ou non dans le champ d'application de la TVA ? À considérer qu'elle est hors champ parce qu'il n'y a pas de contrepartie, tous les transferts de biens en fiducie ne seront donc pas assujettis à la TVA. En revanche, à considérer que les opérations de fiducie entrent dans le champ d'application de la TVA, va se poser la question de savoir si ces opérations pourront ou non bénéficier d'une exonération. Par exemple, pour les fiducies sur titres sociaux, cela ne pose pas de difficulté à raison des exonérations prévues en la matière. De même, l'article 257 bis du CGI exonère les transferts d'universalité. Si la situation ne rend pas applicable ce type d'exonération, se pose alors la question de la taxation à la TVA de l'opération. Ce transfert du bien en fiducie sera-t-il générateur de TVA ? En effet, la question demeure ouverte. En pratique, l'administration fiscale est souvent interrogée, dossier par dossier, sur ces questions par la voie du rescrit.

17. Michel Collet - En matière de fiducie patrimoniale, la TVA devrait être un sujet le plus souvent théorique, sauf en matière immobilière. Comme l'a expliqué Sabrina, le législateur n'a rien prévu pour la fiducie et on doit donc se référer aux principes existants en matière de transfert de propriété pour tenter de neutraliser les effets TVA. On peut s'interroger sur la notion de livraison d'un bien (un des deux faits générateurs en TVA avec la prestation de service). Il s'agit du transfert d'un bien de telle sorte que celui qui le reçoit peut agir comme un propriétaire. La jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne considère qu'il faut distinguer la propriété juridique de la propriété économique lorsque le transfert de propriété juridique ne s'accompagne pas du transfert de la propriété économique, du droit d'en disposer par le cédant notamment. Dans ce cas, il faut alors faire prévaloir la propriété économique.

Prenez l'exemple du transfert en fiducie d'un bien immobilier qui abrite le siège de l'entreprise du constituant. Le constituant conserve évidemment l'usage du bien. Se pose la question d'une livraison effective du bien immobilier. Paradoxalement, on est obligé de se rattacher à la notion de propriété économique, inconnue en droit français mais retenue en matière de TVA, pour faire accepter l'idée que le transfert en fiducie n'est pas un événement taxable.

Les praticiens sont obligés au coup par coup de demander un rescrit pour combler les vides. L'insécurité juridique et fiscale n'est pas satisfaisante pour la pratique des affaires.

18. Sabrina Le Normand-Caillière - En l'absence de règles clairement définies, les conseils juridiques se révèlent être « les artisans de la fiducie au quotidien ». Ainsi, ils ont déjà pu amener le législateur à faire évoluer le droit applicable pour certains régimes fiscaux. Ce fut le cas en matière de

⁹ Celle prévue par l'article 1655 ter du CGI qui dispose que « ces sociétés, [...], sont réputées quelle que soit leur forme juridique, ne pas avoir de personnalité distincte de celle de leurs membres pour l'application des impôts directs, des droits d'enregistrement, de la taxe de publicité foncière exigible sur les actes qui donnent lieu à la formalité fusionnée en application de l'article 647, ainsi que des taxes assimilées ».

régime mère-fille et d'intégration fiscale¹⁰, car il y avait des emplois en jeu.

19. Michel Collet - Voilà un exemple de réforme certes efficace mais qui répondait à une situation conjoncturelle, une urgence, et non à un réel changement d'approche fiscale.

La détention de titres de participation donne lieu chez les sociétés à une exonération des dividendes et des plus-values de cession dès lors que plus de 5 % sont détenus depuis plus de deux ans. Si l'une de ces conditions n'était pas remplie, les dividendes et gains seraient rétroactivement imposés. Le régime de l'intégration fiscale offre aux groupes la possibilité de consolider fiscalement les résultats des filiales sous réserve notamment que les filiales et sous-filiales soient détenues à 95 % par la société mère dite « intégrante ».

Un transfert de propriété de titres peut entraîner la non-satisfaction de la condition de détention minimale ou de durée minimale.

À l'occasion de la restructuration d'un groupe en difficulté, les banquiers ont exigé la mise en fiducie des titres de filiales profitables. La rupture des engagements de conservation et de taux de détention devait entraîner de manière paradoxale des surcoûts fiscaux indésirables. Le législateur est donc intervenu.

Le texte prévoit que la mise en fiducie des titres ne remet pas en cause chez le constituant les différents dispositifs en considérant que les conditions de détention sont toujours remplies chez le constituant. Le contrat de fiducie doit aménager la possibilité pour le constituant d'exercer indirectement le droit de vote afférent aux titres de participation mis en fiducie. Le dispositif n'est pas complet et des demandes de rescrit viennent le compléter. Il n'en reste pas moins que la condition de détention n'est plus exigée chez le constituant. C'est un réel progrès pour la fiducie sur titres et d'un point de vue conceptuel, même si l'on sait que le législateur avance dispositif par dispositif sans possibilité de raisonnement par analogie.

On tend ici vers la transparence, celle qui permet de considérer le constituant comme propriétaire des actifs et droits transférés au fiduciaire. D'un point de vue juridique, on introduit l'idée qu'il conserve ses prérogatives nécessaires au dispositif fiscal, *via* le fiduciaire, sur les actifs comme le droit de vote sur les titres de ses filiales. Cette approche nous apparaît être un précédent intéressant pour introduire de manière plus systémique la transparence fiscale.

20. Sabrina le Normand-Caillère - Quel faut-il retenir ? En l'état du droit positif : un régime de neutralité fiscale non abouti, malaisant en ce qu'il génère parfois un sentiment de « bricolage ». Le législateur et l'administration fiscale agissent ponctuellement au coup par coup. Cela se vérifie en matière de TVA, et plus généralement dans tous les dossiers où des régimes de faveur pourraient être invoqués (pactes Dutreil, plan d'épargne par actions).

Pour l'instant, le législateur ne souhaite pas donner un principe directeur, c'est-à-dire créer une véritable

transparence fiscale. Le régime fiscal de la fiducie est bâti sur un principe conditionné : si toutes les conditions sont réunies, alors le principe de neutralité fiscale s'applique. Par cette technique, le législateur limite, certes, tout risque d'évasion fiscale. Mais est-ce la seule voie possible ? Nous ne le pensons pas.

B. La neutralité fiscale est-elle la seule voie possible ? Plaidoyer pour la transparence fiscale.

21. Michel Collet - Il existe des dispositifs de neutralité qui sont parcellaires et incomplets et l'absence d'un régime par défaut ou de principe est facteur d'instabilité, nous l'avons vu. L'introduction de principe et transversale de la transparence fiscale de la fiducie serait un accélérateur pour la fiducie transmission notamment.

Cela permettrait par exemple à un ou plusieurs détenteurs de titres de société faisant l'objet d'un pacte Dutreil d'apporter les titres en fiducie sans que les engagements de conservation soient considérés comme rompus (en l'assortissant de conditions comme en matière de fiducie sur titres). Il pourrait en être de même en cas de détention par société interposée. Les droits de succession applicables en cas de décès du constituant seraient déterminés en fonction du lien de parenté entre le constituant et les héritiers. Idem en matière de donation.

Il s'agirait bien évidemment d'exiger du fiduciaire de reprendre à son compte les éventuels engagements fiscaux afférents aux actifs transférés du constituant, comme l'administration l'accepte déjà dans le cadre de rescrits.

L'introduction du principe de transparence serait-elle susceptible de provoquer une perte de masse imposable, voire de favoriser l'évasion fiscale ? Nous ne le croyons pas.

Si l'on introduisait des reprises d'engagement dans le contrat de fiducie avec des obligations déclaratives annuelles sur la composition des actifs de la fiducie et sur les éventuels événements importants de fonctionnement de la fiducie (distribution, modification, etc.), l'administration fiscale serait susceptible d'être rassurée.

L'article 792-0 bis du CGI prévoit un dispositif comparable à vocation anti-abus pour les *trusts* étrangers ayant des actifs ou des bénéficiaires en France. Il semble remplir ses objectifs puisqu'il n'a pas été modifié depuis son introduction en 2011. Ce dispositif répute d'ailleurs le constituant toujours propriétaire fiscal des actifs aux fins d'application de l'IFI alors même que le *trust* serait discrétionnaire.

Fort de ce constat et de la volonté d'établir un suivi fiscal de la fiducie auprès de l'administration (outre la déclaration des résultats chez le constituant), nous ne voyons pas quelle raison dirimante serait susceptible d'être opposée par l'administration fiscale (et donc le législateur) contre l'introduction de la transparence fiscale.

On ne peut ignorer que l'administration française se méfie de la notion de transparence fiscale, chère aux pays anglo-saxons et reprise dans certaines de nos conventions fiscales à propos principalement des sociétés de personnes

¹⁰ L. n° 2014-1655, 29 déc. 2014 de finances rectificative pour 2014, art. 71.

ou « *partnerships* ». Un projet de généralisation de la transparence des sociétés de personnes avait été finalement abandonné en 2010 faute de pouvoir en mesurer l'impact budgétaire. Mais l'époque a changé, l'époque est à la transparence !

22. Sabrina Le Normand-Caillère - Quelle est la réforme fiscale attendue ? Certaines dispositions doivent obligatoirement être modifiées. La première tient à la levée de l'interdiction de la fiducie libéralité et partant, à la suppression de la sanction fiscale associée. L'administration fiscale ne pourrait donc plus, sur le fondement de l'article 792 bis du CGI, infliger des droits de mutation à titre gratuit à hauteur de 60 %, auxquels peuvent s'ajouter des majorations de 80 % pour manœuvres frauduleuses.

En revanche se pose la question de savoir quel régime fiscal mettre en place si l'on autorisait un maintien de la fiducie au-delà du décès de la personne physique ? À notre avis, pour ne pas brusquer l'administration fiscale, il y aurait peut-être un système en deux temps.

Un premier temps *a minima* serait de prévoir le fait générateur de l'imposition, c'est-à-dire une taxation au jour du décès pour éviter toute optimisation patrimoniale. Cette proposition diffère du projet de 1992¹¹, lequel prévoyait une taxation au moment de la mise en fiducie des biens. Les biens situés dans le patrimoine fiduciaire seraient réputés faire partie de la succession du constituant. S'appliquerait une taxation au moment du décès entre les liens de parenté entre constituant et bénéficiaire. Des obligations déclaratives pourraient être mises en place. Les différents engagements conclus par le constituant seraient repris par le fiduciaire. S'appliquerait alors un véritable principe de transparence.

Dans un second temps, un régime fiscal plus ambitieux pourrait être mis en œuvre. Son application est toutefois conditionnée par le renouvellement de l'analyse juridique de la propriété fiduciaire. Conformément à l'analyse du Professeur Grimaldi (V. § 10), il s'agirait alors de reconnaître les spécificités de la propriété fiduciaire. Un régime fiscal *ex nihilo*, plus proche de l'analyse des *trusts* anglo-saxons distinguant d'une part, la propriété juridique de la propriété économique pourrait alors être créé. Toutefois, ce second temps est pour l'instant prématuré.

L'évolution du régime fiscal de la fiducie viendra sûrement de la pratique. Dans un premier temps, pour solliciter des rescrits afin de sécuriser les dossiers. Dans un second, pour influencer sur le destin de l'instrument.

III. Fiducie et protection des personnes vulnérables

TABLE RONDE ANIMÉE PAR :



Nathalie PETERKA

Professeur à l'Université Paris-Est Créteil (UPEC, Paris 12)

INTERVENANTS :



Anne CARON-DÉGLISE

Avocate générale à la 1^{re} chambre civile de la Cour de cassation



Hélène PEISSE

Notaire associée, Responsable du service international, SELARL Ducamp-Monod & Associés



Claire FARGE

Avocate, Direction technique nationale de Fidal, Département Droit du patrimoine



Bruno BERGER-PERRIN

Avocat honoraire
Ancien Bâtonnier des Hauts de Seine
Ancien Président de Fidal Fiducie

A. L'utilité et les limites de la fiducie comme instrument de protection des personnes vulnérables

23. Nathalie Peterka - C'est peu dire que, depuis son introduction en droit français, l'utilisation de la fiducie comme un outil de gestion du patrimoine de la personne vulnérable est un sujet récurrent. Le constat ne crée aucune surprise. La fiducie participe des techniques d'ingénierie patrimoniale, si bien que la protection du patrimoine de la personne vulnérable paraît faire partie de ses domaines d'élection. Néanmoins, elle peine à s'imposer en cette matière pour ne pas dire qu'elle est y est rejetée.

La loi du 4 août 2008¹² a certes réalisé une avancée. Elle a permis, à l'occasion de l'ouverture de la fiducie aux personnes physiques, aux majeurs en curatelle d'y recourir en qualité de

11 AN, Projet de loi instituant la fiducie, n° 2583, déposé le 20 février 1992.

12 L. n° 2008-776, 4 août 2008 de modernisation de l'économie, art. 18.

constituants. Le législateur n'en est pas moins resté très en retrait des propositions qui avaient été formulées. En effet, dès 2005, la proposition de loi visant à instaurer la fiducie, émanant du sénateur Marini, avait suggéré de l'ériger en un mode de gestion du patrimoine de la personne vulnérable. Plusieurs objections y avaient été opposées. Celle, d'abord, de la crainte que la fiducie soit utilisée pour contourner l'impôt, notamment celui sur les donations et les successions. C'est pourquoi, la loi du 19 février 2007 a prohibé la fiducie libéralité et exclu, à l'époque, les personnes physiques de la qualité de constituant.

Celle, ensuite, de la prétendue inconstitutionnalité du mécanisme, au motif que le transfert de propriété résultant de la fiducie heurterait le droit de propriété de la personne vulnérable qui n'en aurait pas connaissance.

En réalité, aucun de ces arguments ne résiste à l'analyse. D'une part, la fiducie obéit à un régime de neutralité, de transparence fiscale même si on a bien compris que ce régime n'était pas abouti. Surtout, le transfert de droits qu'elle réalise peut opérer des effets bien moins radicaux que ceux résultant d'un acte ordinaire d'aliénation. Il en est ainsi toutes les fois que la fiducie désigne la personne vulnérable constituante en qualité de bénéficiaire. Enfin, celle-ci consent toujours à l'acte soit elle-même, soit par l'intermédiaire de son représentant.

Au-delà, la fiducie offre des garanties en termes de compétences et de responsabilité civile du fiduciaire, lequel est nécessairement un établissement financier, d'assurance ou un avocat¹³. Ces garanties en font un instrument performant de protection des biens de la personne vulnérable et de lutte contre la maltraitance financière. Il en est ainsi notamment lorsque la personne détient une entreprise ou, plus généralement, un patrimoine important ou complexe. La constitution d'une fiducie peut alors intervenir au soutien d'une mesure judiciaire de protection ou d'un mandat de protection future. En ce dernier cas, cette constitution peut être envisagée, soit dès la rédaction du mandat, soit au cours de son fonctionnement afin de garantir une gestion sécurisée et professionnalisée des biens. Il reste que la mise en place d'une fiducie au soutien d'une mesure de protection se heurte, en l'état actuel des textes, à plusieurs incertitudes. Ces incertitudes méritent d'être levées, afin de faire de la fiducie un véritable dispositif d'anticipation de la vulnérabilité.

♦ La levée des obstacles ou des incertitudes

24. Deux séries d'obstacles sont généralement invoquées à l'encontre de la constitution d'une fiducie au service de la gestion du patrimoine d'une personne protégée. Le premier est tiré du principe de la personnalité des charges tutélaires et le second des actes interdits au tuteur, même avec l'autorisation du juge des tutelles.

Le principe de la personnalité des charges tutélaires repose sur le caractère *intuitu personae* du choix du protecteur investi de la mesure de protection. Il en résulte que les charges tutélaires ou curatélaires ne se transmettent pas aux héritiers du tuteur ou du curateur au décès de celui-ci. Par ailleurs, la

délégation de pouvoirs n'est admise que de manière ponctuelle, pour les actes conservatoires ou d'administration, sous certaines conditions. Ce principe s'oppose-t-il à la constitution d'une fiducie pour la gestion du patrimoine de la personne protégée ? La réponse est négative. En effet, d'une part, le législateur permet au tuteur de confier la gestion des valeurs mobilières de la personne protégée à tiers¹⁴. D'autre part, il impose au fiduciaire de rendre compte de sa gestion à la personne exerçant la mesure de protection. Surtout, il autorise la constitution d'une fiducie sous la curatelle sans exiger que la personne protégée en soit le bénéficiaire¹⁵. C'est dire que la délégation de gestion à un tiers ne heurte pas le principe de la personnalité des charges tutélaires.

Ce principe de personnalité des charges tutélaires n'empêche pas davantage la constitution d'une fiducie sous un mandat de protection future. En effet, le code civil autorise le mandataire à se substituer un tiers pour les actes de gestion du patrimoine, à titre spécial. Rien n'interdit donc, sur le terrain de la personnalité des charges tutélaires, au mandataire de protection future de mettre en place une fiducie pour la gestion d'une partie du patrimoine du mandant, pourvu qu'il soit investi d'un tel pouvoir par le mandat. Si le recours à l'acte notarié s'impose, un mandat conféré en des termes généraux suffit.

Le second obstacle opposé à la constitution d'une fiducie est tiré de l'article 509 du code civil. Ce dernier inscrit au rang des actes interdits au tuteur, même avec l'autorisation du juge des tutelles, le transfert dans un patrimoine fiduciaire des biens d'une personne majeure ou mineure en tutelle. Le fondement des actes interdits est généralement tiré de leur dangerosité pour la personne protégée. Mais si telle est la raison de l'interdiction de la fiducie sous la tutelle, on comprend mal pourquoi la personne protégée peut consentir une fiducie sous la curatelle.

Par ailleurs, si les dangers de la fiducie étaient inféodés à la nature de la mesure de protection, il serait plus cohérent de l'interdire en curatelle qu'en tutelle. En effet, la curatelle ne soumet le curateur à l'obligation de rendre compte qu'en curatelle renforcée alors que la tutelle impose toujours au tuteur l'obligation de rendre compte et par suite d'inclure dans son propre compte de gestion celui du fiduciaire. Il est enfin incompréhensible que la constitution d'une fiducie soit interdite en tutelle alors que l'ouverture d'une telle mesure à l'égard du constituant, après la constitution de la fiducie, n'entraîne pas la révocation de celle-ci. Ce manque de cohérence des textes se prolonge sur le terrain de l'habilitation familiale et du mandat de protection future. Sous ces mesures, l'interdiction de la fiducie est le plus souvent déduite de l'ambiguïté des textes. Ces derniers permettent seulement à la personne habilitée et au mandataire de protection future de faire les actes que le tuteur a le pouvoir d'accomplir seul ou avec une autorisation. Les actes interdits aux tuteurs par l'article 509, et notamment la fiducie, le seraient ainsi également à la personne habilitée et au mandataire de protection future. Cette analyse est aujourd'hui condamnée. L'application des actes interdits par l'article 509 du code civil sous les mesures de

14 C. civ., art. 500, al. 3.

15 C. civ., art. 468.

13 C. civ., art. 2015.

protection autres que la tutelle a été remise en cause par la Cour de cassation dans un avis du 6 décembre 2018¹⁶.

Dans cette affaire, la Cour a été saisie de la question de savoir si l'interdiction faite au tuteur par l'article 509 d'exercer le commerce au nom de la personne protégée conduisait, sous la curatelle, à interdire au curateur de l'assister pour une telle activité. La Cour de cassation écarte l'interdiction au motif que le code civil ne fait aucun renvoi à l'article 509 pour définir la mission du curateur. Surtout, elle souligne qu'en toute hypothèse, dans le silence ou l'ambiguïté des textes, ceux-ci doivent être interprétés dans un sens favorable à la capacité de la personne protégée. Transposée à la fiducie, cette analyse conduit à valider sa constitution sous un mandat de protection future. La solution est parfaitement justifiée. L'on concevrait mal que l'article 509 conduise à empêcher le mandant, dont la capacité juridique est intacte, de constituer une fiducie par l'intermédiaire du mandataire alors que le code civil permet au curatelaire, dont la capacité est amoindrie, de faire un tel acte avec l'assistance du curateur.

C'est dire que les actes interdits sous la tutelle sont permis sous le mandat de protection future et que le mandataire peut valablement constituer une fiducie pour la gestion des biens du mandant. Il suffit qu'il tienne sa mission d'un mandat notarié. Cette analyse permet d'ériger la fiducie en un véritable mode d'anticipation de la vulnérabilité.

♦ La fiducie comme dispositif d'anticipation de la vulnérabilité

25. En tant qu'instrument d'ingénierie patrimoniale, la fiducie participe des outils d'anticipation de la vulnérabilité et de protection des biens à l'heure de la survenance de l'incapacité du constituant.

Plusieurs niveaux d'anticipation peuvent être distingués. Le premier consiste à prévoir, lors de la constitution d'une fiducie, l'éventualité de la mise sous protection du constituant. Deux questions se posent ici.

Celle, d'abord, du choix de la personne en charge de la mesure de protection. Le principe de non-cumul des charges fiduciaires et tutélaires interdit de confier l'exercice de la mesure au fiduciaire. En revanche, le cumul de la qualité de curateur ou de tuteur et de celle de tiers protecteur de la fiducie ne semble pas interdit. Le tiers protecteur peut être ainsi investi de la mission de curateur ou de tuteur à l'égard du constituant par un acte de désignation anticipé.

Se pose ensuite la question du contrôle de la gestion du fiduciaire. Le code civil lui impose de rendre compte de sa gestion à la personne en curatelle ou en tutelle ainsi qu'au curateur ou au tuteur au moins une fois par an sans préjudice de la périodicité fixée au contrat. Il convient donc d'anticiper dans le contrat de fiducie les modalités ainsi que la périodicité de la reddition des comptes fiduciaires. Les prévisions du contrat pourront également envisager le prononcé d'une habilitation familiale ou la prise d'effet d'un mandat de protection future à l'égard du constituant.

Le second niveau d'anticipation consiste à prévoir la future incapacité du constituant et à organiser la protection de son patrimoine par la constitution d'une fiducie. Dit autrement, la finalité de la fiducie est ici de protéger les biens du constituant à l'heure de la survenance de son incapacité. Plusieurs options sont envisageables. Celle consistant à mettre en place simultanément une fiducie et un mandat de protection future, la prise d'effet des deux mécanismes étant différée au jour de l'altération des facultés du constituant.

Cette altération est donc ici l'élément déclencheur du transfert dans le patrimoine fiduciaire. Une autre possibilité consiste à mettre en place une fiducie durant le mandat de protection future. La constitution de la fiducie peut être ou non anticipée lors de la rédaction du mandat.

En l'absence de prévision du mandat, le mandataire appréciera l'opportunité de mettre en place une fiducie ainsi que sa durée, son étendue, celle de la mission du fiduciaire et les modalités de sa reddition de compte. L'anticipation de la fiducie au moment de la rédaction du mandat permettra de limiter les pouvoirs du mandataire et d'assurer le respect de la volonté du mandant. Le transfert dans le patrimoine fiduciaire pourra être assorti d'une réserve d'usage et de jouissances au profit du constituant. Une telle restriction peut être utile afin d'assurer la préservation de ses repères, de son cadre de vie, notamment son logement et sa résidence secondaire.

Ces biens pourront être soit exclus de la fiducie soit assortis d'un droit d'usage et de jouissance. Des directives quant au mode de gestion du patrimoine et au remplacement du fiduciaire, en cas d'empêchement ou de révocation, pourront être également stipulées. L'ensemble de ces prévisions s'imposera au mandataire lors de la constitution de la fiducie. Sa marge d'appréciation est donc limitée par les stipulations du mandat. C'est bien sûr lorsque les contours et les modalités de la fiducie sont prévus lors de la rédaction du mandat de protection future, qu'elle est véritablement performante en tant qu'outil de protection du patrimoine de la personne vulnérable. La fiducie participe, alors, des instruments d'anticipation de la vulnérabilité pourvu qu'elle intervienne dans un contexte pertinent et que le fonctionnement de la fiducie adossée au mandat de protection future soit suffisamment anticipé par des clauses appropriées.

Ce sont ce fonctionnement et ces clauses que vont à présent nous exposer Maîtres Claire Farge et Bruno Berger-Perrin du cabinet Fidal et Maître Hélène Peisse, notaire à Paris.

B. La fiducie adossée au mandat de protection future : cas pratiques

26. Claire Farge - Aujourd'hui, les projections statistiques nous promettent une société avec de plus en plus de majeurs vulnérables, aussi semble-t-il difficilement concevable de ne pas anticiper sa propre future incapacité, du moins en présence d'actifs complexes dans son patrimoine. Et dans l'organisation à réfléchir à cette fin, la mise en place d'une fiducie sera particulièrement justifiée dans certains contextes. D'abord, un certain contexte patrimonial. Pour que la mise en place d'une fiducie soit vraiment justifiée, il faut être en présence

¹⁶ Cass. civ. 1^{re}, avis, 6 déc. 2018, n° 18-70.011 : IP 1-2019, n° 4, § 6, comm. I. Dauriac.

Se dessine alors une cible particulièrement propice pour ce type d'organisation d'une prévoyance avec fiducie : le dirigeant de société, qui est souvent inquiet - surtout depuis les deux dernières années que nous venons de traverser - de la pérennité de la société au-delà d'un accident de la vie, d'une maladie qui le rendrait inapte à gérer et sa société et les titres sociaux dont il est le titulaire.

1-5-0-

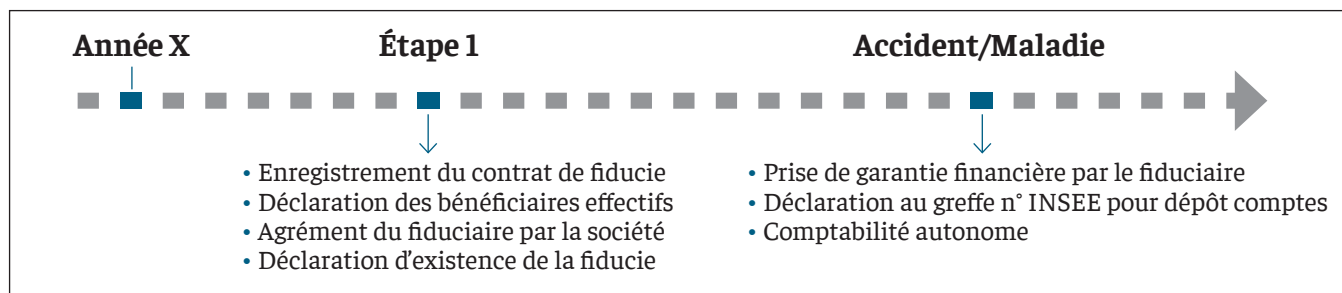
Nous allons présenter les deux schémas qui permettent d'organiser la gestion par un fiduciaire du patrimoine du dirigeant devenu incapable. Dans le premier schéma, la fiducie est conclue à côté du mandat de protection future. Dans le deuxième schéma, la fiducie est conclue dans le mandat de protection future.

Clause à insérer dans le contrat de fiducie : « Le transfert des titres objet de la fiducie sera réputé réalisé au jour de la prise d'effet du mandat de protection future. Il appartiendra au mandataire de protection future d'informer Fidal Fiducie de cette prise d'effet ».

- un mandat de protection future pour soi-même ;
- et un contrat de fiducie qui prévoit une entrée en fonction du fiduciaire au moment de l'activation du mandat de protection future.

Nous vous avons proposé un exemple de clause avec le transfert des titres objets de la fiducie qui sera réputé réalisé au jour de la prise d'effet du mandat de protection future et il appartiendra au mandataire de protection future d'informer le fiduciaire de cette prise d'effet.

◇ Schéma 1 : formalités à accomplir par le fiduciaire



31. Bruno Berger-Perrin - Le législateur a tenu absolument à ce que la fiducie soit un instrument vertueux, contrairement à l'image sulfureuse associée à tort ou à raison au *trust* anglo-saxon. Pour atteindre cette vertu, un certain nombre de formalités sont mises à la charge du fiduciaire qui est désormais le propriétaire ès qualités des biens, droits et sûretés transférés dans le patrimoine d'affectation qui lui est confié.

Quelques-unes de ces formalités doivent être accomplies dès la signature du contrat de fiducie, notamment l'obligation d'enregistrer ledit contrat dans le délai d'un mois à peine de nullité, et l'obligation de faire une déclaration d'existence au service des impôts des entreprises dont dépend le fiduciaire dans un délai de 15 jours, sans sanction prévue par la loi mais on respecte scrupuleusement ce délai néanmoins. Le contrat de fiducie ainsi enregistré et déclaré à l'administration fiscale sera transféré au Registre National des Fiducies prévu par l'article 2020 du code civil, dans lequel se trouvent normalement tous les contrats de fiducie existants ; lequel registre est accessible à un certain nombre de personnes. Dernière formalité, qui doit être faite dès l'existence de la fiducie, qu'elle soit à effet différé ou non : l'obligation pour le fiduciaire d'établir une liste des bénéficiaires effectifs de toutes les parties à l'opération - donc y compris lui-même fiduciaire - et de l'enregistrer ; pour ne courir aucun risque puisque c'est le fiduciaire qui établit cette liste sous sa responsabilité et qui l'enregistre, nous préconisons qu'elle figure aussi dans le contrat lui-même, c'est-à-dire que les parties (le constituant, le fiduciaire, le bénéficiaire, le tiers protecteur et le cas échéant l'agent des sûretés) déclarent : « *Le bénéficiaire effectif est Monsieur X ou Madame Y* », ce qui sera repris dans la liste dressée par le fiduciaire et enregistrée.

Lorsqu'il s'agit d'un contrat différé comme on le prévoit en l'espèce, d'autres formalités s'imposent à terme. Notamment, le fiduciaire a l'obligation, au moment de l'entrée en vigueur du contrat, de fournir une garantie financière qui couvre 20 % de la valeur des biens mobiliers et/ou 5 % de la valeur des biens immobiliers apportés dans le patrimoine fiduciaire.

Ensuite, le fiduciaire doit tenir une comptabilité autonome pour le patrimoine d'affectation qui lui est confié ; cette comptabilité prend la forme d'une comptabilité sociale dans laquelle on va trouver à l'actif les biens transférés dans le patrimoine d'affectation et au passif la créance de restitution que le constituant détient sur la fiducie ; ces comptes devant être déposés, une déclaration d'activité doit être faite au greffe du tribunal de commerce dont dépend le fiduciaire, de manière à obtenir un numéro INSEE qui permettra le dépôt des comptes.

Dernière formalité essentielle : quand il s'agit de titres de

société, en fonction des clauses pouvant figurer dans les statuts, il pourra être nécessaire d'obtenir l'agrément des intéressés ; si cet agrément est déjà acquis, il sera annexé au contrat de fiducie ; s'il est à venir, le contrat de fiducie sera conclu sous condition suspensive de l'obtention de cet agrément.

32. Claire Farge - Les deux contrats (mandat de protection future et fiducie) fonctionnent *a priori* de manière indépendante, mais il ne faut pas oublier que le mandataire en qualité de représentant du constituant va exercer les pouvoirs du constituant dans le cadre du contrat de fiducie ; il pourra à ce titre saisir le juge de la fiducie, qui n'est pas le juge des tutelles mais la formation de droit commun du tribunal judiciaire, sauf s'il a été inscrit dans le contrat de fiducie une clause de recours préalable à la médiation.

33. Nathalie Peterka - Se pose alors la question de savoir si le fiduciaire doit rendre compte de sa gestion au notaire directement.

34. Hélène Peisse - Le fiduciaire n'a pas à remettre ses comptes au notaire mais au constituant, et donc au mandataire de protection future qui le représente et au tiers protecteur.

La gestion des actifs transférés en fiducie ne relève plus du pouvoir du mandataire puisque les biens transférés ne figurent plus dans le patrimoine du mandant. Pour autant, elle n'échappe pas totalement à son contrôle et donc au contrôle du notaire et à celui du juge des tutelles, car la créance de restitution contre le fiduciaire figure, elle, dans le patrimoine du mandant. La préservation de la valeur de ladite créance est donc de la responsabilité du mandataire.

Le coût n'est pas un élément juridique mais c'est une donnée pratique primordiale pour le client.

Quel est le coût d'un mandat de protection future ? Il s'agit d'un acte tarifé, dont le coût est d'environ 350 €. Une fois ouvert, le notaire doit contrôler les comptes tous les ans. Le contrôle des comptes est également tarifé, de l'ordre de 400 € par an.

Les honoraires de consultation sont envisageables lors de la mise en place du mandat. Ils le sont moins lors du contrôle des comptes car il n'y a pas de conseil indépendant de la mission.

Le coût de la fiducie, si elle est faite par acte authentique - ce qui est obligatoire en présence de biens communs, de biens indivis et de biens immobiliers - les émoluments sont de 0,8 % hors taxes. Ces émoluments sont perçus lors de l'établissement du contrat, même si le transfert est reporté en raison d'une prise d'effet différé. En revanche, la taxe de publicité

foncière de 0,715 % et la contribution à la sécurité immobilière de 0,10 % ne sont payables que lors de la prise d'effet de la fiducie, donc au moment de la réalisation de l'incapacité.

Lorsque le contrat est établi par acte sous seing privé, les honoraires sont libres.

35. Bruno Berger-Perrin - En ce qui concerne la fiducie, la loi est muette et donc à la limite la fiducie pourrait être gratuite ; ce n'est pas toujours le cas... et je vais vous dire comment je pratiquais quand je faisais partie de Fidal Fiducie, pratique que je crois reprise par mon successeur.

C'est parce que j'étais avocat que j'étais pressenti comme fiduciaire mais je considérais qu'à partir de ce moment-là, je n'étais plus avocat ; donc ce n'est qu'au moment de la signature du contrat que je pouvais demander des honoraires qui se décomposaient en trois parties :

- un honoraire rétroactif pour ma participation à la conception de l'opération et à la rédaction du contrat, ce qui est le plus souvent demandé bien entendu ;

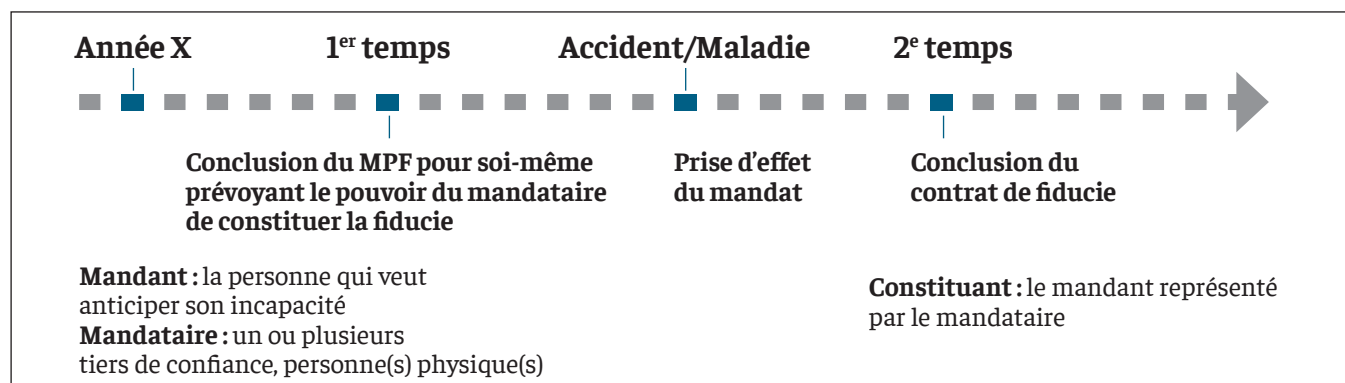
- en ce qui concerne la vie de la fiducie, un honoraire forfaitaire annuel tenant compte d'un certain nombre de

considérations : la valeur des actifs confiés mais surtout l'importance des diligences requises qui peuvent être très variables selon les dossiers, puisqu'il peut y avoir des missions du fiduciaire qui vont de la simple conservation à la disposition des biens en passant par une gestion plus ou moins complexe ; ce n'est pas une règle absolue même si c'est ce qui se pratique le plus souvent, et on peut aussi très bien prévoir des honoraires horaires, à la tâche, etc. ; la liberté est la règle, c'est discuté naturellement en amont et doit figurer dans le contrat de fiducie ;

- un troisième type de rémunération lorsque la réalisation des actifs constitue une mission accessoire ou la mission principale du fiduciaire ; à ce moment-là on prévoit en général un pourcentage sur le montant du prix de la vente.

♦ **Schéma 2 : conclusion du contrat de fiducie par le mandataire après la prise d'effet du mandat de protection future**

36. Claire Farge - Le deuxième schéma est celui dans lequel la fiducie va être créée alors que le mandat de protection future est déjà activé.



Le transfert des biens dans un patrimoine fiduciaire n'a rien d'automatique lors de l'activation du mandat de protection future. Activation qui commence au moment où le greffe du tribunal judiciaire du domicile du mandant pose son visa au vu d'un certificat médical attestant de l'incapacité du mandant. Ce sera donc au mandataire de protection future d'opérer le transfert, soit selon sa libre appréciation, soit en fonction de la réalisation d'un certain nombre d'événements qui pourront avoir été très précisément décrits par le mandant dans le mandat de protection future.

Le mandataire de protection future a donc le pouvoir de transférer en fiducie tout ou partie des actifs qui, au départ, sont situés dans le périmètre du mandat. Et si un contrat de fiducie est conclu, il le sera donc après l'activation du mandat de protection future. Et ce contrat de fiducie aura pour constituant toujours le mandant, comme dans le schéma 1, représenté par le mandataire de protection future.

37. Hélène Peisse - La mission même du fiduciaire, la durée de la fiducie peuvent déjà avoir été prévues dans le mandat de protection future. Un modèle à suivre au plus près peut être annexé au mandat de protection future. C'est le mandataire qui disposera d'une plus ou moins grande liberté de négociation du contrat de fiducie en fonction des termes du

mandat de protection future. La mission du fiduciaire peut inclure par exemple la nomination d'un nouveau gérant ou la vente de la société. Il est important de prévoir pour les biens indispensables au cadre de vie du mandant, les biens immobiliers par exemple, une convention de mise à disposition au profit du mandant et/ou de son conjoint.

38. Claire Farge - S'agissant de l'articulation des deux actes de prévoyance, mandat de protection future et contrat de fiducie, le fiduciaire va devoir rendre compte annuellement au mandataire en tant qu'il représente le mandant constituant de la fiducie, avec copie au constituant lui-même et à l'éventuel tiers protecteur qui aura été mis en place. Et le mandataire de protection future annexera les comptes du fiduciaire à sa propre reddition de comptes annuels et il enverra le tout au notaire et le cas échéant au subrogé mandataire de protection future qui aurait été désigné dans le mandat de protection future.

39. Nathalie Peterka - Le mandataire reste-t-il responsable de la gestion des biens mis en fiducie ?

40. Claire Farge - Bien entendu, le mandataire reste responsable de la gestion des biens qu'il a transférés en fiducie

puisque ces biens figurent initialement dans le périmètre du mandat et qu'ils n'ont pas totalement disparu de ce périmètre, ayant été remplacés par une créance du mandant en restitution des biens contre le fiduciaire.

41. Hélène Peisse - Le notaire garde son devoir d'alerte dans les deux schémas car la créance de restitution fait partie du patrimoine du mandant.

42. Claire Farge - *Quid* de la pérennité de la fiducie mise en place, au-delà de la révocation judiciaire du mandat de protection future dont on a un certain nombre d'exemples dans la jurisprudence¹⁷ ? Le contrat de fiducie qui aurait été mis en place par le mandataire n'est pas automatiquement révoqué, comme conséquence immédiate de la révocation du mandat de protection future. Les demandes de révocation judiciaire de la fiducie seront éventuellement portées devant la formation de droit commun du tribunal judiciaire par le nouveau représentant du constituant. Mais rappelons que si on avait eu l'audace - ou la précaution - d'inscrire une clause d'irrévocabilité dans le contrat de fiducie, cette clause ne lierait pas le juge saisi d'une demande en révocation de la fiducie.

43. Hélène Peisse - Eu égard à la responsabilité qui pèse sur les notaires et à la rémunération d'un mandat de protection future, on comprend la frilosité des notaires à conseiller ce type d'instrument, pourtant extrêmement utile et d'ailleurs très utilisé à l'étranger.

Le recours à un professionnel du droit, l'avocat fiduciaire, couvert par une assurance responsabilité professionnelle, contrairement à un mandataire proche de la famille, une personne physique non aguerrie à la pratique du droit des affaires, est de nature à militer et à rassurer le notaire pour qu'il propose ce genre de schémas.

44. Nathalie Peterka - Finalement, quels sont les avantages et les inconvénients respectifs de chaque schéma ?

¹⁷ Notamment la jurisprudence de la Cour de cassation. Le mandat de protection future a la faiblesse de pouvoir être assez facilement révoqué.

♦ Avantages et inconvénients des deux schémas

45. Claire Farge - Commençons par le schéma 1 (deux actes conclus en amont de toute vulnérabilité : le mandat de protection future et le contrat de fiducie à effet différé). Ce premier schéma va correspondre à un profil de client qui veut tout anticiper, qui veut avoir la certitude que l'organisation de gestion par un fiduciaire d'une partie de ses actifs ne sera pas liée au sort du mandat de protection future ; que le contrat de fiducie sera activé même si finalement ce n'est pas le mandat de protection future qui était activé parce que, en raison d'une action de l'entourage du mandant, le juge préférerait ouvrir plutôt une tutelle ou une curatelle. Donc le dirigeant de société veut être assuré que ses titres sociaux seront à l'écart de la gestion qui aurait été confiée, par exemple, à une association tutélaire.

Le deuxième avantage de ce premier schéma est qu'il ne fait l'objet d'aucune contestation juridique possible en tant que tel. On a vu qu'il fallait développer un certain nombre d'arguments pour admettre le contrat de fiducie à l'intérieur du mandat de protection future mis en place par le mandataire. Ici on n'a pas ce type de contentieux en perspective.

L'unique inconvénient de ce premier schéma est finalement son coût puisque les émoluments du notaire sont dus immédiatement même si le contrat de fiducie est de pure prévoyance, à effet différé. Mais ce coût est celui de la prévoyance donc de la sécurité. Il n'y a aucune raison de pas faire admettre ce coût à un dirigeant auquel on fait admettre de nombreux autres frais... notamment d'assurance bancaire !

46. Hélène Peisse - L'avantage du schéma 2 est de laisser une liberté au mandataire d'apprécier l'opportunité, le moment venu, de constituer ou non la fiducie. Son inconvénient majeur est l'incertitude sur l'organisation prévue en cas d'incapacité. Le mandat de protection future peut être attaqué et remis en cause. Dans ce cas, qu'advient-il du transfert en fiducie qu'il aura opéré ? Il y a un risque de contentieux sur la validité du schéma.

Dans les deux schémas, il y a un même avantage, fondamental, pour le notaire : bénéficier d'un professionnel qui gère le patrimoine complexe. Ce professionnel ayant une compétence et une responsabilité que n'offre pas le mandataire personne physique ami de la famille.

AVANTAGES/INCONVÉNIENTS DES SCHÉMAS 1 ET 2

SCHÉMA 1 :

- ⊕ Pour celui qui veut tout anticiper ; pérennité de la fiducie non liée au MPF ; exclusion de toute controverse sur la validité de la constitution de la fiducie
- ⊖ Le coût du contrat de fiducie est payé immédiatement si acte authentique = coût de la prévoyance.

SCHÉMA 2 :

- ⊕ Le mandataire a la liberté d'apprécier l'opportunité de constituer ou non une fiducie. Possibilité de prévoir un modèle de contrat de fiducie à reprendre.
- ⊖ Incertitude sur l'organisation qui sera retenue en cas d'incapacité ; risque de remise en cause du MPF antérieur au transfert en fiducie rendant impossible ce dernier



- Dans les deux schémas, un même avantage : le notaire a un professionnel en la personne du fiduciaire qui a une responsabilité professionnelle.
- Bonne pratique : prévoir une désignation anticipée de tuteur/curateur pour assurer la pérennité de la fiducie en cas de remise en cause du MPF.

47. Claire Farge - Quel que soit le schéma retenu, un personnage aura un rôle central dans le bon déroulement de l'opération de fiducie une fois la vulnérabilité du constituant survenue : le tiers protecteur, visé par l'article 2017 du code civil. Il y a ici très peu de contraintes posées par la loi. Ainsi, la désignation de ce tiers protecteur, à laquelle le constituant personne physique ne peut renoncer, peut intervenir à tout moment : soit dès la conclusion du contrat de fiducie, dont il sera alors l'une des parties, soit par un avenant au contrat, soumis à la formalité de l'enregistrement (C. civ., art. 2019, al. 4). Et le choix de la (des) personne(s) du tiers protecteur est totalement libre.

Le tiers protecteur pouvant être doté des mêmes pouvoirs que ceux que la loi accorde au constituant, il aura un rôle déterminant pour la bonne préservation des intérêts patrimoniaux du constituant vulnérable lors de la mise à exécution du contrat de fiducie.

Exemple de clause : « Le constituant décide de désigner M..... en qualité de tiers protecteur, au sens des dispositions de l'article 2017 du code civil, chargé d'assurer la préservation de ses intérêts, dans le cadre de l'exécution du contrat de fiducie.

Cette nomination prendra effet en même temps que la présente fiducie.

Le tiers protecteur bénéficie, à ce titre et pour accomplir sa mission, des mêmes pouvoirs et prérogatives que le constituant. Il bénéficiera pour assurer sa mission d'une rémunération annuelle égale à €.

Partie aux présentes, M., déclare d'ores et déjà accepter purement et simplement cette désignation ainsi que tous les termes du présent contrat de fiducie. »

48. Nathalie Peterka - Anne Caron-Dégliose nous fait l'honneur de sa participation : elle est avocate générale près de la Cour de cassation et l'auteur du rapport de mission interministérielle sur la protection juridique des majeurs qui a été remis en 2018 au garde des Sceaux et au ministre des Solidarités et de la Santé¹⁸.

C. Réflexions en termes de politique publique

49. Anne Caron-Dégliose - En tout premier lieu, je voudrais rappeler qu'être protégé lorsque son état ou sa situation le rend nécessaire est un droit, et qu'une mesure de protection ne peut être instaurée et exercée que dans le respect des droits fondamentaux et des libertés, telle est la formule exigeante de l'article 415 du code civil. Si nous admettons que l'autodétermination des personnes est une visée à chaque fois que c'est possible, mais que l'organisation d'une protection peut être indispensable à l'égard d'un certain nombre de personnes notamment au regard du principe de non-abandon des plus vulnérables, alors il est certainement urgent de penser et de construire un accompagnement global et une anticipation

pour ceux qui le choisissent. Ces propos sont tenus depuis de nombreuses années mais, faute de volonté politique pour l'instant, ils ne parviennent pas à s'installer. La réforme de 2007 sur la protection juridique des majeurs, les retouches successives de 2015 et de 2019 pour ne parler que de celles-là, sur notre dispositif de protection juridique des majeurs et des mineurs - je ne parlerai pas des mineurs faute de temps mais le sujet est important, en particulier lorsque les mineurs sont handicapés ; le mandat de protection future y avait répondu d'une certaine façon mais pas totalement - n'ont pas réussi à installer une approche globale des besoins des personnes elles-mêmes et de leurs aidants tant sur le plan de la protection personnelle que sur celui de la protection patrimoniale.

En mars 2018, dans un délai contraint de 3 mois, une mission interministérielle m'avait été confiée avec l'objectif de constituer un groupe pluridisciplinaire associant tous les acteurs de la protection des majeurs pour élaborer de nouvelles règles favorisant l'autonomie des personnes, l'expression de leur volonté tout en renforçant le statut des mandataires professionnels que sont les mandataires judiciaires à la protection des majeurs mais aussi en renforçant les dispositifs d'anticipation. Il m'avait été demandé en particulier de porter la réflexion sur l'exercice des droits fondamentaux des personnes, sur les discriminations subies par elles, sur le respect de leur volonté en matière personnelle et patrimoniale, sur la possibilité d'instaurer une mesure unique de protection.

Et puis il avait été demandé de promouvoir les mesures familiales et les directives anticipées, et en particulier en revisitant le mandat de protection future notamment sur le modèle belge.

C'est en particulier Nathalie Peterka qui avait travaillé ce sujet, par exemple en proposant d'introduire l'assistance dans le mandat et de permettre l'instauration d'une mesure en deux temps : c'est ce qui a été proposé dans les schémas tout à l'heure. Le premier temps, qui est le temps de l'accompagnement de la personne dans la gestion de son patrimoine mais aussi dans la protection de sa personne alors qu'elle a encore toutes ses capacités et puis le deuxième temps qui s'accroche au constat de l'altération des facultés personnelles et qui peut conduire à mettre en place une mesure de protection au sens où nous l'entendons.

Un certain nombre des propositions du rapport ont été intégrées, en particulier dans la loi du 23 mars 2019 de programmation de la justice¹⁹ qui n'est pas une loi dédiée à la protection des majeurs. Un groupe de travail a été ensuite constitué au ministère des Affaires sociales pour travailler la partie sociale de la protection des majeurs. Il était prévu une mission numéro 2 pour construire d'autres propositions du premier rapport en particulier sur les dispositifs d'anticipation et l'évolution de la fiducie. Mais, faute de volonté politique et en raison du changement de ministre, elle n'a pas vu réellement le jour. Les récents États généraux de la justice se sont terminés en mars de cette année 2022 ; nous ne savons pas ce qui va être arbitré par le comité des sages et ensuite par le garde des Sceaux et le président de la République, mais un

18 A. Caron-Dégliose, L'évolution de la protection juridique des personnes, Rapport de mission interministérielle, 2018.

19 L. n° 2019-222, 23 mars 2019 de programmation 2019-2022 et de réforme pour la justice : IP 2-2019, n° 4.

des groupes de travail était consacré à la justice de protection.

Autre élément important dans notre réflexion, le chantier de la loi autonomie qui n'a toujours pas abouti dans le contexte très compliqué et tendu que nous connaissons sur, à la fois, le volet de l'évolution démographique, et puis sur un schéma patrimonial qui est étudié en particulier par le Haut Conseil de l'âge installé dans le cadre de la loi d'adaptation de la société au vieillissement de 2015.

Ces éléments de contexte étant rappelés, je souhaiterais insister sur deux points, d'abord sur la philosophie de la protection juridique des majeurs et sur les réticences qu'il y avait eu en 2007 à introduire la fiducie.

50. La loi du 5 mars 2007 a eu pour objectif de réorganiser les dispositifs de protection entre le social et le judiciaire en y ajoutant un volet conventionnel, en particulier avec le mandat de protection future. Mais, à l'époque, la question était véritablement de bien séparer ce qui relève du judiciaire, parce qu'il y avait trop de mesures - environ 800 000 mesures à l'époque en 2006 - et ce qui relève du pur social. La protection conventionnelle quant à elle a été introduite mais sans véritablement avoir une réflexion globale sur l'ensemble de ce qu'est la protection des majeurs vulnérables. À l'époque, il n'y avait pas d'études spécifiques sur les publics concernés, et c'est encore un de nos drames : aucune étude sur les populations, aucune étude sur les patrimoines et aucune étude croisée entre les différents ministères. En 2018, lorsque nous avons fait la mission interministérielle, nous avons pu bénéficier d'une étude du pôle évaluation de la justice civile du ministère de la Justice.

Cette étude laisse apparaître que, contrairement à une idée reçue, les majeurs qui sont aujourd'hui en protection judiciaire ne sont pas des pauvres ou pas que des pauvres. Ce sont des personnes qui ont un patrimoine et l'étude montre que, par exemple, en matière immobilière le patrimoine moyen des majeurs en tutelle est de 244 000 €, 202 000 € pour les majeurs en curatelle, la valeur moyenne des biens mobiliers entre 6 800 € et 13 000 € pour les personnes en curatelle. On voit donc bien que, sur le patrimoine immobilier par exemple, il y a probablement un certain nombre de choses évidemment à anticiper.

51. Deuxième point important : pourquoi la technique de gestion patrimoniale qu'est la fiducie a-t-elle été exclue dans les débats de la loi de 2007 ? Pour avoir participé à l'époque aux travaux en tant que présidente de l'association nationale des juges d'instance, je me souviens qu'un amendement avait été adopté par le Sénat pour permettre la gestion des biens d'une personne en tutelle via la constitution d'une fiducie. Et c'est en réalité la résistance de l'Assemblée nationale qui a mis fin à cet amendement au motif qu'il s'agissait d'un transfert de propriété. À l'époque, c'est le respect du droit constitutionnel de propriété qui l'a emporté, outre qu'il apparaissait extrêmement difficile de faire échapper un certain nombre de personnes à la protection d'un juge.

52. Le rapport de mission interministérielle de 2018 a ouvert la piste de la fiducie, parce que nous avons cherché comment renforcer la subsidiarité de la mesure judiciaire

pour répondre à un certain nombre de demandes. Une proportion non négligeable de personnes est placée en protection judiciaire parce que ces personnes n'ont pas suffisamment anticipé, mais aussi parce qu'il existe des conflits relatifs à la protection de la personne ou à la gestion du patrimoine, des conflits familiaux qui amènent l'intervention du juge. Nous avons estimé, dans le rapport de mission, qu'il était absolument indispensable de renforcer les anticipations conventionnelles et de les regrouper dans un registre unique et dématérialisé, y compris les fiducies dont le registre a déjà été évoqué (V. § 31).

Je renvoie au rapport interministériel sur les réticences qui ont pu être émises, en particulier par le notariat, au regard de la fiducie pour simplement préciser que si cet outil devait être envisagé, il faudrait, en particulier pour les personnes protégées, sans doute réfléchir à un fiduciaire qui puisse être une institution publique à même d'assumer une telle charge, sans coût exorbitant. En effet, même si les personnes protégées ont un patrimoine, certaines n'ont pas un patrimoine suffisamment important pour qu'elles puissent bénéficier d'une fiducie classique. Nous avons également imaginé qu'une limite temporelle devrait être fixée à la fiducie, par exemple par référence à la durée de vie d'un descendant ou d'un nombre maximum de générations de descendants. Nous avons également lancé des pistes mais sans les creuser faute de temps, par exemple sur la possibilité pour le juge des tutelles de la prononcer, à certaines conditions, lorsque la personne est déjà sous mesure de protection.

53. Si nous devons aujourd'hui réfléchir concrètement à une évolution législative de la fiducie comme technique de protection dans la protection des majeurs, il faudra probablement faire un audit croisé des techniques de protection, des techniques de gestion existantes et des besoins ciblés dans le cadre d'une politique publique de l'autonomie. Et d'une prise en compte du coût de la dépendance. Ce que l'on ne fait quasiment pas, sauf quand on analyse le coût de la dépendance en termes de solidarité entre les générations et de solidarité entre les différents types de populations. L'angle patrimonial doit être davantage travaillé sans doute, et pas uniquement sur le plan fiscal.

De ce point de vue, il y a probablement d'autres pistes à imaginer que de continuer à taxer pour pouvoir payer la politique de la dépendance. Une autre entrée pourrait être recherchée du côté des anticipations par les personnes elles-mêmes, quand elles le peuvent, en prévoyant des dispositifs favorisant l'anticipation personnelle, en particulier grâce à des techniques de gestion dont la fiducie.

Par ailleurs, il sera nécessaire de penser un cadre juridique précis pour les mesures de fiducie envisagées à l'intérieur d'une mesure de protection. Il sera alors indispensable de mettre en place des garanties parce que les juges ne l'autoriseront pas autrement, et ces garanties seront en particulier de soumettre la fiducie à l'autorisation préalable du juge des tutelles. Nous devons en outre évidemment se poser la question de l'apport du logement en fiducie, puisqu'il faudrait qu'il soit soumis au droit commun de la protection des majeurs, donc à l'article 426 du code civil.

Il faudra aussi prévoir des causes de révocation de la fiducie sur saisine du juge par tout intéressé, prévoir le sort des actes contraires aux intérêts du constituant et réfléchir à la question du tiers protecteur. C'est un point absolument crucial dans l'organisation d'une fiducie de protection pour les majeurs déjà en protection juridique des majeurs.

pertinentes ; et peut-être dessiner les contours d'une future fiducie libéralité. C'est aussi l'occasion de rappeler que les outils dont nous disposons aujourd'hui ne présentent pas la souplesse de la fiducie et ne peuvent pas être considérés comme équivalents. Enfin, cette table ronde permettra aux intervenants de vous montrer comment il est possible de contourner cet interdit et comment la fiducie peut d'ores et déjà être un vecteur de transmission.

IV. Fiducie et transmission à titre gratuit

TABLE RONDE ANIMÉE PAR :



Sara GODECHOT-PATRIS

Professeure à l'université Paris-Est Créteil

INTERVENANTS :



Michel GRIMALDI

Professeur émérite de l'université Paris 2
Panthéon-Assas
Président de la commission de réforme
du droit des sûretés



Alexandre NAVAUD

Notaire



Claire FARGE

Avocate, Direction technique nationale de Fidal,
Département Droit du Patrimoine



Sébastien COMPAROT

Avocat associé, Département Droit du Patrimoine,
Fidal Paris

54. Sara Godechot-Patris - L'article 2013 du code civil dispose que « le contrat de fiducie est nul s'il procède d'une intention libérale au profit du bénéficiaire ». Cette nullité est d'ordre public et le régime fiscal évoqué plus haut (V. § 22) est pour le moins dissuasif. Il faudrait être vraiment téméraire pour se lancer dans une telle opération. Et pourtant cette table ronde va nous donner l'occasion de montrer que ce refus de consacrer la fiducie libéralité est infondé à plusieurs titres ; que les objections qui ont pu être avancées par le passé ne sont pas

A. La fiducie libéralité en quatre questions

55. Michel Grimaldi - Première question : qu'est-ce qu'une fiducie libéralité ?

C'est une libéralité qui se réalise par l'intermédiaire d'un tiers : la propriété ne passe pas directement du disposant au gratifié, mais transite sur la tête d'un tiers qui tient lieu d'intermédiaire de transmission. On voit bien comment les rôles se distribuent : le donateur ou le testateur est le constituant ; le donataire ou le légataire est le bénéficiaire ; et, entre eux, l'intermédiaire de transmission est le fiduciaire.

Certes, le recours à un intermédiaire n'est pas inconnu du droit des libéralités. On songe au don manuel, qui se forme parfois avec le concours d'un tiers, lorsque le donateur se dépossède entre les mains d'un mandataire qui est le sien ou celui du donataire. Mais, dans la fiducie libéralité, ce n'est pas la simple dépossession qui est intermédiée, c'est le transfert du droit lui-même.

Il est d'autres figures desquelles la fiducie libéralité doit être distinguée. Ainsi, le fiduciaire n'est pas un exécuteur testamentaire, lequel se contente de veiller à l'exécution du legs et n'a aucunement la propriété des biens qui sont légués. Il est moins encore une personne interposée, laquelle n'est qu'un homme de paille dont la propriété n'est que pure apparence, les biens donnés ou légués passant directement du disposant au gratifié. Il n'est pas davantage un donataire ou un légataire à charge de transmettre à un second gratifié, il n'est pas notamment le premier bénéficiaire d'une libéralité graduelle ou résiduelle, car il n'a aucunement la qualité de gratifié : c'est le bénéficiaire de la fiducie, et lui seul, que le disposant veut enrichir ; c'est envers lui, et envers lui seul, qu'il a une intention libérale.

56. Deuxième question : la fiducie libéralité est-elle possible en l'état du droit positif ?

La réponse est, malheureusement... non. Deux textes y font obstacle : l'article 2013 du code civil qui énonce que la fiducie est nulle, et d'une nullité d'ordre public, si le constituant est animé d'une intention libérale ; l'article 2029 du même code, suivant lequel la fiducie prend fin par la mort du constituant, et qui empêche de léguer des biens qui resteraient placés dans la fiducie où le testateur les a logés de son vivant.

57. Troisième question : quels textes faudrait-il modifier pour permettre la fiducie libéralité ?

D'abord, bien évidemment, abroger l'article 2013 qui interdit la fiducie libéralité et modifier l'article 2029 qui dispose que la fiducie prend fin par la mort du constituant.

Ensuite, préciser les conditions d'une fiducie libéralité à cause de mort, c'est-à-dire d'une fiducie testamentaire : par exemple, réglementer l'acceptation du fiduciaire (du vivant du *de cuius* ou à l'ouverture de la succession seulement ?). Ou encore organiser une fiducie entre vifs qui ne produirait ses effets qu'au décès du constituant sur les biens qu'il laisserait à sa mort et qu'il aurait pu léguer (nouvelle exception à la prohibition des pactes sur succession future).

58. Quatrième question : quel serait le régime juridique de la fiducie libéralité ?

Sans doute faut-il formuler la question autrement, comme ceci : quel serait le régime juridique d'une libéralité réalisée par le recours à un fiduciaire ?

La réponse est alors bien simple : puisqu'il s'agit d'une libéralité, ce serait le régime juridique des donations et des testaments... On renverra à un article de l'avant-projet de loi, resté sans suite, de 1989 : la fiducie est soumise aux dispositions d'ordre public de la matière concernée. En effet, la fiducie libéralité ne doit en aucun cas permettre de contourner l'ordre public successoral et l'ordre public libéral : le législateur, pour se rassurer lui-même, n'a qu'à le dire. Quelques illustrations :

- la fiducie libéralité ne pourrait nullement porter atteinte à la réserve ; Sara Godechot-Patris explique ci-après les précautions qu'il conviendrait de prendre à cette fin (V. § 59) ;

- la fiducie libéralité ne dérogera pas aux incapacités de recevoir à titre gratuit ; ainsi, on ne pourrait, dans l'hypothèse visée par l'article 909 du code civil, gratifier le médecin *via* une fiducie ? Celui qui dirait que le gratifié est le fiduciaire n'aurait rien compris - ou ferait mine de ne rien comprendre - à la fiducie ;

- la fiducie libéralité ne saurait enfreindre la prohibition du legs avec faculté d'élire ; pas de place donc pour une fiducie libéralité où le bénéficiaire serait librement choisi par le fiduciaire ;

- la fiducie libéralité ne pourrait contrevenir à l'irrévocabilité spéciale des donations. Dans le cas d'une fiducie libéralité entre vifs acceptée par le bénéficiaire, le fiduciaire ne saurait être autorisé à remettre les biens au constituant qui lui en ferait la demande : « *donner et retenir ne vaut* ».

Cela dit, certains points appellent une réflexion approfondie. Ainsi, peut-on concevoir une fiducie libéralité au bénéfice de personnes futures, alors qu'il existe un principe d'incapacité des personnes futures de recevoir à titre gratuit ? Si l'on justifie cette incapacité par l'impossibilité de concevoir un droit sans titulaire, on fera valoir que la fiducie ne se heurte pas à cet obstacle puisque le droit serait porté par l'intermédiaire de transmission.

Et si l'on justifie cette même incapacité par l'idée que l'on ne peut fixer la dévolution de ses biens pour l'éternité, la fiducie ne permettrait nullement d'y contrevenir puisque la durée en est limitée. Enfin, certaines dispositions du droit positif, propres aux libéralités graduelles et résiduelles²⁰, permettent de gratifier des personnes non conçues à l'ouverture de la succession (pour des raisons, il est vrai, très particulières, qui tiennent à l'égalité des enfants).

B. La réserve héréditaire, réel obstacle à la consécration de la fiducie libéralité ?

59. Sara Godechot-Patris - La réserve héréditaire est souvent présentée comme un obstacle à la consécration de la fiducie libéralité. Distinguons deux hypothèses : la première sera celle où c'est l'héritier réservataire qui a été institué bénéficiaire de la fiducie libéralité ; la seconde, et c'est par là que je souhaiterais commencer, sera celle où c'est un tiers qui a été institué bénéficiaire de la fiducie libéralité.

60. La première hypothèse sera donc celle où un tiers a été institué bénéficiaire de la fiducie libéralité en présence d'héritiers réservataires.

En 2007, le législateur a refusé d'introduire la fiducie libéralité, si on reprend les termes du rapport au Sénat, « *pour éviter un détournement des règles relatives aux libéralités et à la dévolution successorale* ». Il est plus que probable que le législateur avait alors en ligne de mire la réserve héréditaire, ce qui signifie que selon lui consacrer la fiducie libéralité permettrait de contourner la réserve héréditaire. Une telle crainte est en réalité totalement infondée.

J'en veux pour preuve la jurisprudence en matière de *trust* qui sera abordée plus loin (V. § 148). Le *trust* pas plus qu'une donation ou un legs n'est de nature à malmener la réserve héréditaire. Et ce pour une raison bien simple : le *trust* à l'instar d'une donation ou un legs doit se plier à la gymnastique successorale. Or ce qui est vrai pour le *trust* le serait tout autant pour la fiducie libéralité. Elle devrait, tout comme les donations et legs, être incluse dans la masse de calcul de la réserve héréditaire. Elle devrait, tout comme les donations et legs, être imputée sur la quotité disponible. Elle pourrait, tout comme les donations et legs, être réduite.

L'exercice, il faut le reconnaître, n'est pas simple à raison du caractère triangulaire et de la dimension temporelle de l'opération. D'ailleurs, les auteurs de l'avant-projet de loi 1991 sur la fiducie s'étaient un peu pris les pieds dans le tapis et les solutions retenues n'étaient pas totalement convaincantes. Reste que si on venait à consacrer la fiducie libéralité, on pourrait évidemment doubler cette consécration de quelques dispositions qui viendraient en préciser le traitement liquidatif. Pour ce faire, il suffirait d'avoir à l'esprit les règles qui en droit français commandent la réduction des donations et des legs et les appliquer à la fiducie libéralité. Pour plus de détails sur cette question, je vous invite simplement à lire le commentaire de Michel Grimaldi sur le projet de loi de 1991²¹.

61. La deuxième hypothèse sera celle où le bénéficiaire de la fiducie libéralité est un héritier réservataire.

Pour s'opposer à la consécration de la fiducie libéralité on invoque classiquement l'article 912 du code civil qui consacre le droit des héritiers réservataires à recevoir leur réserve libre de toutes charges. L'idée est la suivante : autoriser la mise en place d'une fiducie libéralité dont les héritiers réservataires

20 C. civ., art. 1048 et s.

21 M. Grimaldi, La fiducie : réflexions sur l'institution et sur l'avant-projet de loi qui la consacre : Defrénois 1991, n° 17, p. 897 et n° 18, p. 961.

seraient à terme les bénéficiaires serait porter atteinte à ce droit. Le raisonnement semble à première vue imparable et il est évident que les héritiers réservataires devraient pouvoir demander le cantonnement de la charge à hauteur de la quotité disponible. Néanmoins, on pourrait peut-être considérer que l'équation va se trouver modifiée si les héritiers réservataires expriment leur accord à la mise en œuvre de cette fiducie libéralité. On pourrait sans doute nous objecter que si l'héritier réservataire donne son accord du vivant du constituant cela pourrait être assimilé à un pacte sur succession future prohibée dans la mesure où il s'agirait pour l'héritier réservataire de renoncer à un droit, sa réserve libre de toute charge, sur une succession non ouverte.

Encore que la loi du 23 juin 2006 a introduit un mécanisme, la renonciation anticipée à exercer l'action en réduction (RAAR), dont le régime figure aux articles 929 et s. du code civil. Et la question qu'on pourrait se poser est celle de savoir si cette renonciation anticipée pourrait être mobilisée pour donner effet à une fiducie libéralité. Dit autrement, est-ce que les héritiers réservataires bénéficiaires de la fiducie libéralité ne pourraient pas consentir une RAAR ? Certains en doutent.

Deux types d'objections pourraient être avancées. La première objection est que l'on enseigne traditionnellement que la RAAR doit être consentie en faveur du bénéficiaire d'une libéralité. Or si RAAR il y a, elle sera établie, au mieux, en faveur du fiduciaire qui n'est pas un gratifié. Cela étant, si l'on s'en tient à la lettre de l'article 929 du code civil, celui-ci dispose simplement que la renonciation doit être faite au profit d'une ou plusieurs personnes déterminées. Il n'indique pas qu'elle doit être faite au profit d'un gratifié ou d'un bénéficiaire d'une libéralité ce qui effectivement pourrait ouvrir de nouvelles perspectives.

La seconde objection souvent avancée est que la renonciation à agir en réduction conduit à priver l'héritier réservataire de tout droit sur le bien transmis au bénéficiaire de la libéralité. Or en l'occurrence la renonciation qui serait faite viserait simplement à retarder l'héritier réservataire dans ses droits à réserve puisqu'il accepterait cette charge que constituerait la propriété fiduciaire. Au fond, plus qu'une renonciation à agir en réduction, il s'agirait d'une renonciation à agir en cantonnement de la libéralité fiduciaire. L'action n'ayant pas le même objet, elle ne serait donc pas possible. À cela, il peut être objecté deux choses. La première chose c'est que qui peut le plus peut le moins. Un héritier peut renoncer à être rempli de ses droits dans la réserve. Il devrait pouvoir renoncer à recevoir cette réserve libre de toute charge. Au fond, la renonciation au cantonnement n'est qu'une déclinaison de la renonciation à la réduction. Plus encore, lorsque l'héritier réservataire renonce de façon anticipée à agir en réduction en usufruit, ne peut-on pas considérer que dans une certaine mesure il accepte de recevoir sa réserve grevée d'une charge ? N'oublions pas en effet que la RAAR est un instrument à géométrie variable.

Autant dire qu'à mon sens la consécration de la RAAR avec la loi du 23 juin 2006 a sans doute levé un certain nombre d'obstacles à la consécration de la fiducie libéralité. Plus encore, je crois que cette loi a ouvert la voie à la consécration de la fiducie libéralité en droit français. Et il suffit de se rappeler

le régime de la libéralité graduelle. Il ne s'agit en aucun cas de dire que la fiducie libéralité est équivalente à la libéralité graduelle. Je refuse toute assimilation et je souscris totalement aux propos de M. Grimaldi sur cette question. Néanmoins, on pourrait s'inspirer de son régime. Cette libéralité, rappelons-le, repose sur une double transmission successive : le premier gratifié s'engage à conserver et à transmettre les biens reçus du disposant et le second gratifié est réputé tenir ses droits, lui aussi, du disposant. En principe, on le sait, cette charge de conserver et de transmettre ne peut porter que sur la quotité disponible. Mais avec l'accord du premier gratifié, elle pourra porter sur la réserve héréditaire et l'article 1054 précise d'ailleurs que si l'accord est donné dans un acte postérieur à la donation, il doit l'être dans les formes de la RAAR. En présence d'un legs graduel, c'est au gratifié qu'il appartient de demander à être libéré de la charge dans l'année qui suit le décès du constituant. C'est un texte qui pourrait servir de modèle dans l'hypothèse d'une consécration de la fiducie libéralité. En respectant un formalisme renforcé, rien ne devrait s'opposer à ce que la fiducie libéralité puisse porter avec l'accord du bénéficiaire sur sa réserve héréditaire. Ce serait là un nouveau pacte de famille que beaucoup appellent de leurs vœux, car il serait à même d'apporter une certaine fluidité dans la gestion des biens, qui, et c'est cela qui nous semble essentiel, ne bouleverserait en rien l'équilibre successoral actuel. Enfin, s'il en fallait plus pour s'en convaincre, il existe déjà en droit français des fiducies libéralités auxquelles il ne manque en vérité que le nom²².

Pour l'heure, la pratique s'efforce de composer avec les contraintes textuelles déjà évoquées afin de mettre en place une transmission qui emprunte, pourrait-on dire, à la fiducie libéralité.

C. La fiducie, vecteur de transmission : exemples de schémas possibles actuellement

♦ Schéma d'interposition d'une société affectant le produit de cession d'une entreprise en fiducie

62. Alexandre Navaud - La question que je me suis posée en tant que notaire est la suivante : ai-je besoin de la fiducie libéralité dans ma boîte à outils ?

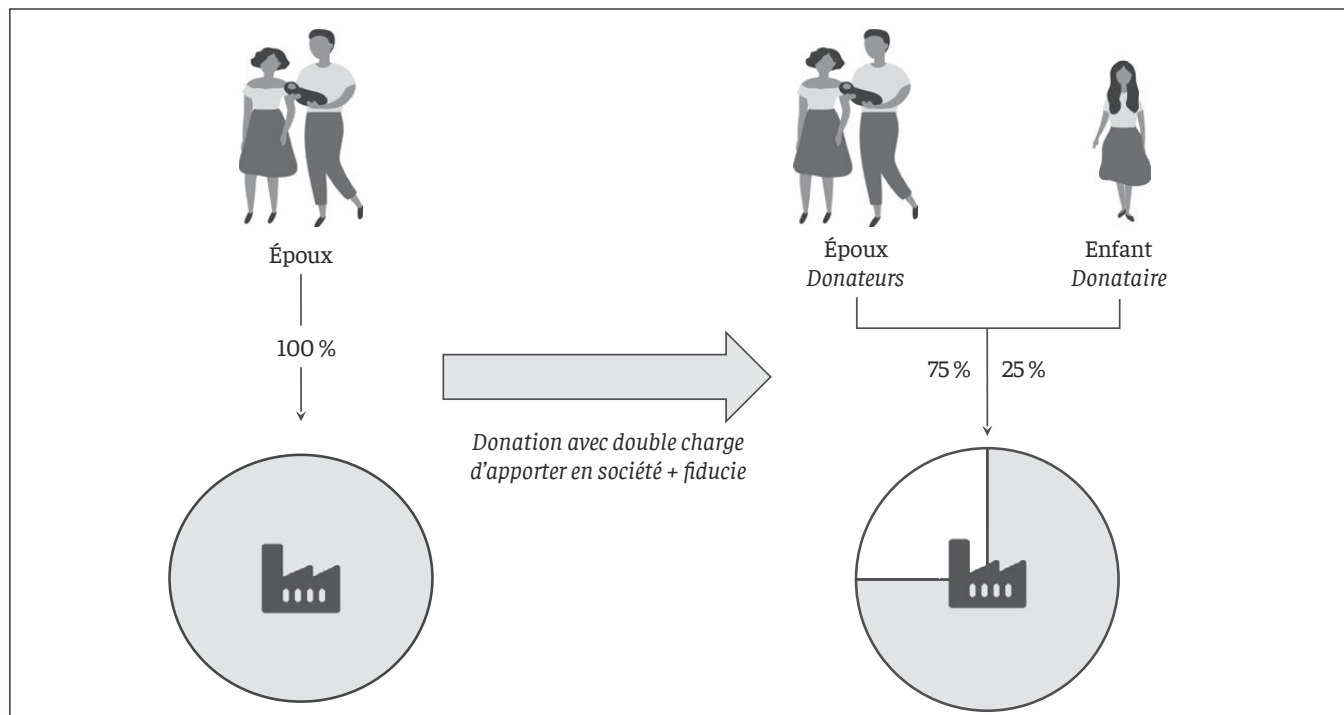
Après tout, la loi du 23 juin 2006 a instauré le mandat à effet posthume. Mais si on le regarde de près, on s'aperçoit vite de ses limites. D'abord, la nécessité qu'il soit justifié par un intérêt sérieux et légitime. Ensuite, sa vocation à être limité dans le temps, deux ans, voire cinq ans dans certains cas, éventuellement prorogeables. En outre, des pouvoirs du mandataire extrêmement limités. Enfin, l'absence de transfert de propriété qui permet aux héritiers de conserver leur faculté à disposer de leur patrimoine. Ils peuvent vendre les actifs visés par le mandat à effet posthume et, de ce fait, y mettre fin.

²² C. Vernières, La philanthropie et le droit des successions, in Mél. M. Grimaldi : Défrénos, 2020, p. 971 et s.

Le mandat à effet posthume a pour effet de régir uniquement le patrimoine, ce qui peut être le cas d'une fiducie mais cette dernière a aussi une autre vocation, celle de régir des intérêts extrapatrimoniaux, notamment protéger une personne sous influence, dans une situation de santé particulière ou qui aurait besoin d'être accompagnée de manière particulière.

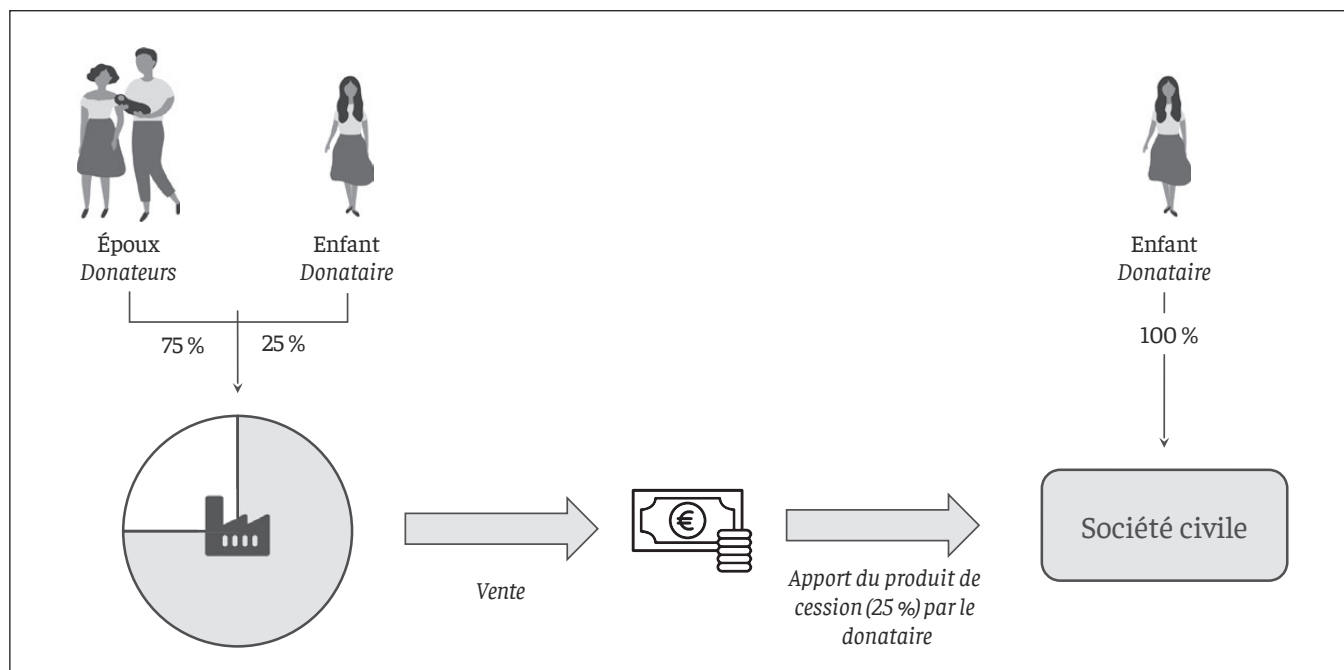
Le mandat à effet posthume, très médiatisé par le notariat, connaît ainsi des lacunes considérables, à la différence de la fiducie qui a une utilité beaucoup plus large et surtout beaucoup plus efficace.

Comment pourrait-on envisager un schéma de fiducie libéralité tout en composant avec les règles qui existent aujourd'hui ?

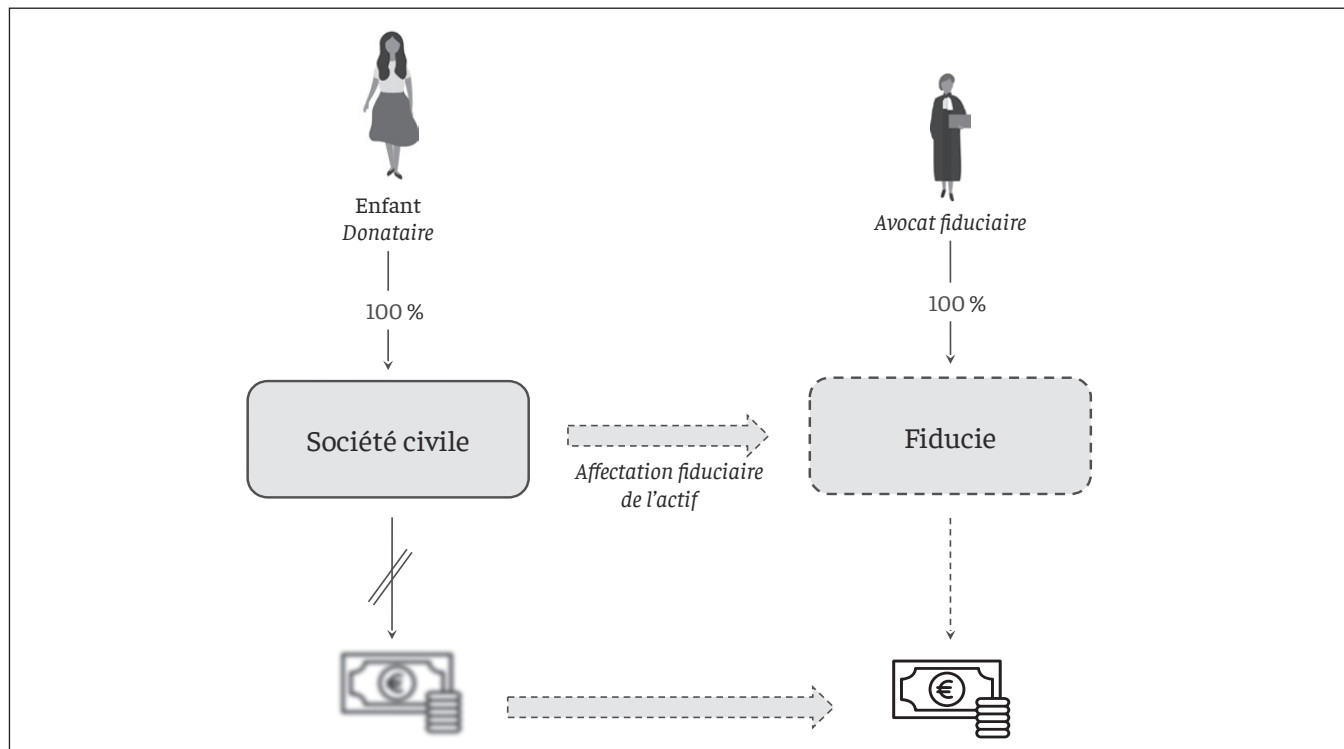


63. Partons du cas pratique suivant : un couple va vendre son entreprise. Il envisage de faire une donation à son enfant et ne souhaite pas que cet enfant fasse une utilisation déraisonnable du produit de cession.

Dans l'acte de donation, une double charge sera consentie :
- celle d'apporter le produit de cession au capital d'une société civile ;



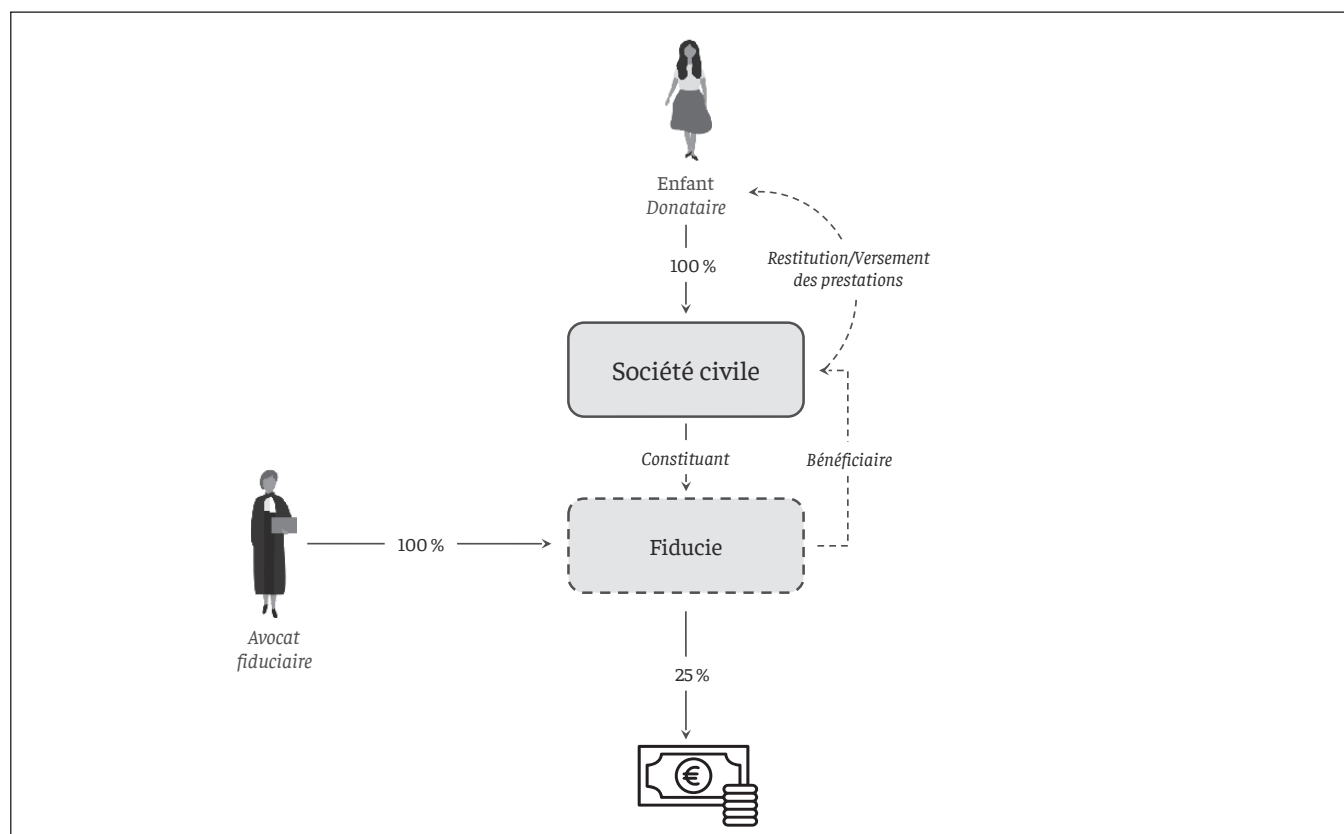
- et celle ensuite pour la société d'affecter le produit de cession, et donc son actif, en fiducie.



On aura donc un contrat de fiducie à l'initiative d'une personne morale, en qualité à la fois de constituant mais aussi de bénéficiaire du contrat de fiducie.

Pourquoi cette structuration ? Parce que les parents peuvent

avoir la volonté de confier cette gestion à un tiers et le Professeur Grimaldi l'a rappelé en introduction (V. § 2), le donataire peut ne pas souhaiter avoir la gestion d'un patrimoine important.



64. Première question : cette structuration est-elle légale ou rentre-t-elle dans le champ de la prohibition de la fiducie libéralité prévue par l'article 2013 du code civil ? La doctrine considère qu'il n'y a pas d'interdiction faite aux donateurs d'imposer au donataire la charge de transférer les biens donnés dans un patrimoine fiduciaire²³. La fiducie n'est pas une charge libérale, mais l'effet d'une libéralité qui va la précéder. Dès lors, le bénéficiaire du contrat de fiducie sera le constituant lui-même ; il n'y a donc pas de tiers qui serait bénéficiaire de la fiducie et l'on échappe à l'interdiction de la fiducie libéralité. À l'extinction du contrat de fiducie, la société redeviendra propriétaire du patrimoine fiduciaire.

65. Deuxième question : les juges pourraient-ils soumettre cette donation à charge de constituer une fiducie aux exigences relatives aux clauses d'inaliénabilité ? Autrement dit, à l'exigence d'un motif sérieux et d'une durée limitée dans le temps, puisque l'effet de la charge est de rendre indisponible, pour un temps, les biens donnés. Sur le motif sérieux, on en revient à l'essence même de la structuration. Il peut tout à fait être de l'intérêt du donataire de voir ses biens gérés par une autre personne, par un professionnel, et de voir son patrimoine préservé, dès lors que la gestion de ce patrimoine nécessite des compétences particulières, ou que le donataire n'a pas envie de gérer lui-même son patrimoine. Il y a un autre argument. Dans une structuration un peu différente, le donateur aurait pu mettre les biens donnés en fiducie préalablement à la donation. À ce moment-là, il aurait donné les titres d'une société dont l'actif était déjà mis en fiducie. Cette configuration suscite moins de scrupule ou moins de questions sur la validité de cette opération.

66. Troisième question : cette structuration pourrait-elle porter atteinte à la réserve héréditaire ? Nous pouvons espérer que si la libéralité est faite sur la quotité disponible et s'il est à craindre qu'elle la dépasse, on puisse assortir cette libéralité avec une charge d'une renonciation à l'action en cantonnement, mécanisme dérivé de la RAAR (V. § 61) qui permettrait de sécuriser pleinement notre opération. Le parallèle a été fait très rapidement pour s'en rapprocher : le mandat à effet posthume et les libéralités graduelles peuvent être des mécanismes nous autorisant à envisager favorablement la possibilité de renoncer à cantonner cette charge d'apporter en fiducie.

67. Dernière question : pourquoi interposer une structure sociétaire ? Nous pourrions nous contenter d'avoir une donation avec charge d'apporter le patrimoine donné ou le produit de cession du patrimoine donné en fiducie.

Le premier intérêt de la société est la poursuite de la fiducie au-delà du décès de la personne physique - le donataire -,

dès lors que le constituant est une personne morale, dont la durée de vie ne sera pas forcément la même que celle d'une personne physique. Il est possible d'envisager une structuration permettant peut-être d'aller au-delà de la vie du donataire, personne physique, tout en gardant à l'esprit ce que mettait en avant le Professeur Grimaldi (V. § 38) : jusqu'à quel point vais-je pouvoir agir après ma mort en « sclérosant mon patrimoine » ? Le recours à la structure sociétaire sécurisera grandement mon contrat de fiducie face au risque d'un donataire qui pourrait, à un moment donné, souhaiter mettre fin au contrat de fiducie.

On en a également parlé ce matin, il serait de bon ton de prévoir dans les statuts une clause d'irrévocabilité temporaire si l'on considère qu'il ne s'agit pas d'une question d'ordre public. L'interposition d'une société à laquelle il sera potentiellement plus difficile de mettre fin, de la dissoudre, du fait des règles du droit des sociétés, rendra d'autant plus laborieuse la possibilité pour le donataire de porter atteinte au contrat de fiducie en lui-même, dès lors que c'est la société qui est à l'initiative de la constitution de celui-ci, et non le donataire.

Il convient de garder également à l'esprit que les dispositions mises en œuvre au regard du droit des sociétés ne doivent pas non plus se rapprocher des contraintes inhérentes aux clauses d'inaliénabilité applicables aux libéralités.

68. Voilà une utilisation possible de la fiducie proche d'un mécanisme de fiducie libéralité, tout en n'étant pas une fiducie libéralité. Aujourd'hui, pour des patrimoines importants, recourir au système fiduciaire dans le cadre d'une donation devrait permettre de satisfaire un certain nombre d'objectifs, tels que la volonté des donateurs, la préservation du patrimoine des donataires, mais aussi de leurs intérêts extrapatrimoniaux.

Le notariat doit davantage solliciter les fiduciaires et les avocats fiduciaires, plus particulièrement, pour mettre en œuvre des organisations intégrant la fiducie dans nos outils et nos charges de donation.

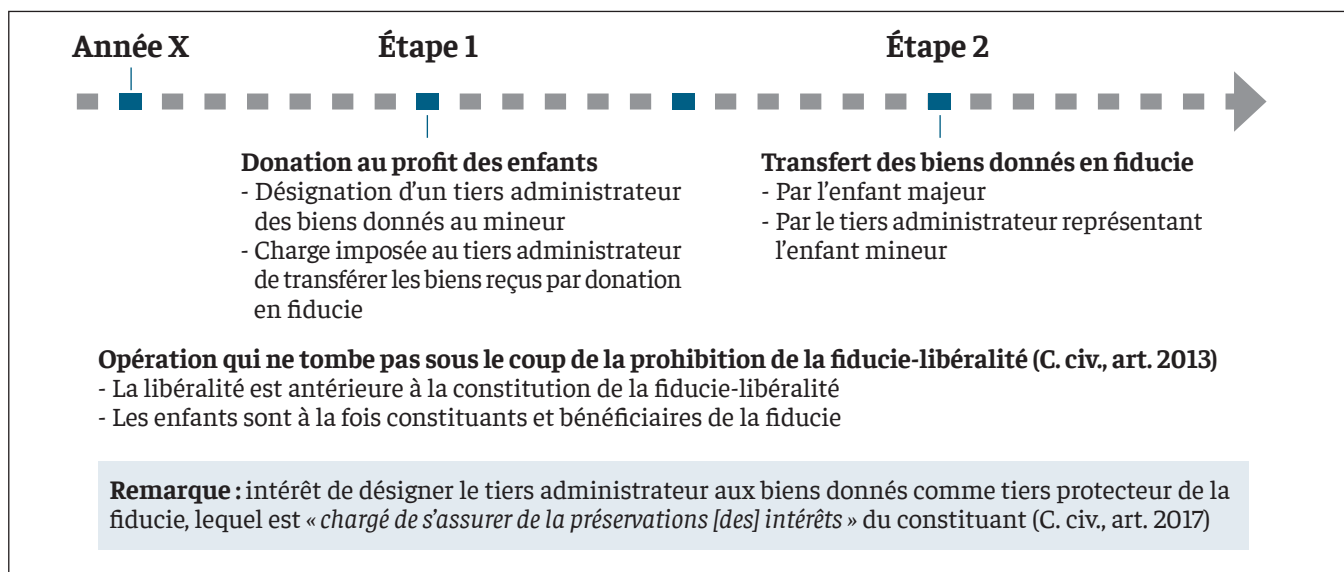
♦ Schéma de gestion fiduciaire des capitaux transmis à des enfants ou petits-enfants dont un mineur

69. Claire Farge - Dans ce dossier, nous avons pu mettre en pratique la possibilité, que nous avons soutenue lors d'un colloque strasbourgeois²⁴ et qui a reçu l'appui d'une doctrine particulièrement autorisée en la personne du Professeur Michel Grimaldi²⁵, de prévoir le transfert en fiducie des biens préalablement donnés ou légués à un mineur.

23 V. F. Sauvage, Réflexions sur les opportunités offertes par la fiducie aux fins de gestion du patrimoine de la personne vulnérable : RJPF mai 2009, p. 8 et s. - L. Galliez et F. Pouzenc, Quatrième commission, Valoriser, in 107^e Congrès des notaires de France, Le financement : les moyens de ses projets, la maîtrise des risques, Cannes, 2011, n° 4489, p. 1000. - C. Witz, JCL. Civil Code, Art. 2011 et s., fasc. 10, 2012, n° 33. - F. Barrière, L'avenir de la fiducie-gestion : APSP 2018, n° 1, dossier 10.

24 C. Farge, Des techniques fiduciaires au service de la gestion du patrimoine du mineur : JCPN 2020, n° 19, 1105.

25 M. Grimaldi, L'article 384 du code civil permet-il de confier à un fiduciaire la gestion des biens donnés ou légués à un mineur ? : Defrénois 26 nov. 2020, n° 1667, p. 27.



Dans ce premier schéma, plusieurs donations ont été faites à des petits-enfants, majeurs sauf un. Dans la donation faite au petit-enfant mineur, une clause particulière, autorisée par l'article 384 du code civil, prévoit la désignation d'un tiers administrateur qui a les pleins pouvoirs de gestion sur le bien donné au mineur. C'est la clause dite de désignation d'un tiers administrateur aux biens donnés ou légués à un mineur.

Ce tiers administrateur, dans la donation faite au mineur, peut donc se voir confier toutes sortes de pouvoirs, sans être tenu par les mêmes règles de gestion qu'un administrateur légal. La clause va préciser que parmi les pouvoirs de gestion reconnus à ce tiers administrateur figure celui de transférer les biens donnés dans un patrimoine fiduciaire.

Dans le dossier qui nous était confié, la problématique était de réunir dans un patrimoine unique les biens qui étaient donnés à l'ensemble des petits enfants (mineur et majeurs), de telle manière que l'ensemble réuni des biens donnés offre de meilleures possibilités de placement.

Un tel schéma ne tombe pas sous le coup de la prohibition de la fiducie libéralité, parce qu'ici le fiduciaire n'est absolument pas un intermédiaire de transmission : la transmission au mineur est faite par la donation, avant le transfert en fiducie et la fiducie dont il s'agit est une fiducie de pure gestion. Il s'agit pour le fiduciaire de gérer les fonds qui appartiennent au mineur à l'issue de la donation préalablement réalisée.

Ce schéma n'allait pas de soi car le code civil comporte des articles communément interprétés comme rendant impossible la fiducie sur des actifs détenus par des mineurs, à savoir les articles 387-2 et 408-1. Mais ce sont des textes qui visent l'un l'administrateur légal, l'autre le mineur sous tutelle. Or, en présence d'une clause de désignation d'un tiers administrateur aux biens donnés, ce ne sont ni les règles de l'administration légale ni celles de la tutelle qui s'appliquent, et l'on se trouve donc affranchis de toutes les interdictions qui imprègnent ces deux régimes. Pour autant, des précautions sont à prendre et il faut être très précis dans la rédaction.

70. Sébastien Comparot - Une fois le schéma validé dans le principe, la rédaction des actes - de la donation mais aussi du contrat de fiducie - suppose de bien respecter certaines précautions.

71. S'agissant de la donation, puisqu'il est envisagé de nommer un tiers administrateur aux biens donnés, il importe évidemment de bien encadrer cette désignation : d'abord de faire expressément référence dans la donation au texte qui la rend possible, à savoir l'article 384 du code civil. Il s'agit également de nommer clairement la personne du tiers administrateur, d'envisager les différentes hypothèses où ce tiers administrateur se trouverait par la suite privé de la possibilité d'exercer sa mission (en cas de maladie, de prédécès, accident, ouverture d'une mesure de protection, etc.) et d'envisager la nomination d'un tiers administrateur subsidiaire pour ces cas.

Dans l'acte de donation, on indique également la durée de la nomination du tiers administrateur (par principe, elle prend fin à la majorité du donataire mais il sera toujours bon de le rappeler).

Et puis, bien sûr, il faudra définir expressément les pouvoirs du tiers administrateur en faisant référence à la gestion des biens donnés mais aussi à la disposition des biens donnés et notamment le pouvoir - et spécifiquement ici - l'obligation de transférer en fiducie les biens donnés. L'acte doit même aller à notre sens jusqu'à préciser les conditions essentielles du contrat de fiducie (emploi qui sera fait des capitaux, le sort des revenus, la durée de la fiducie, etc.) ou prévoir la conclusion d'un contrat de fiducie suivant modèle annexé à la donation.

Exemple de clause : « Il est convenu que le tiers administrateur aura tous les pouvoirs d'administration et de disposition des biens donnés, la donatrice entendant conférer au tiers administrateur les pouvoirs de gestion et de disposition les plus larges sans que ce dernier ne soit limité par les règles du régime de l'administration légale, conformément à ce qu'autorise l'alinéa 2 de l'article 384 du code civil. [...] »

Au titre d'une condition essentielle et déterminante de la donation, le tiers administrateur aura l'obligation de transférer en fiducie les biens donnés dans les conditions suivantes [...] »

Nous avons également pris comme précaution de stipuler que la clause de désignation du tiers administrateur ainsi que l'obligation d'apporter les biens en fiducie sont des conditions essentielles et déterminantes de la donation. Ce qui permet d'appuyer l'importance de la clause et, en cas de contestation de la validité de la clause par le donataire, pour une raison ou une autre, si jamais la clause venait à être privée d'effet, c'est la donation tout entière qui serait anéantie. La clause a ainsi une vertu préventive.

72. S'agissant de la fiducie mise en place, la rédaction d'un exposé préalable sera utile pour expliquer l'origine des fonds ou des biens qui vont être transférés en fiducie : il rappellera la donation et expliquera la volonté du donateur et des donataires de recourir à la fiducie pour gérer de façon uniforme les biens donnés pour préserver l'unité du patrimoine familial.

Nous avons aussi prévu que le tiers administrateur nommé lors de la donation sera désigné tiers protecteur de la fiducie, puisque la mission du tiers protecteur est de préserver les intérêts du constituant (ici du mineur).

Enfin, il a été précisé dans le contrat de fiducie que le contrat prendra fin par le décès du donataire. Cette stipulation ne fait que reprendre la règle de l'article 2029 du code civil, mais elle est importante pour souligner qu'il s'agit d'une pure fiducie gestion et non d'une fiducie transmission.

♦ Schéma de gestion des capitaux-décès d'un contrat d'assurance vie

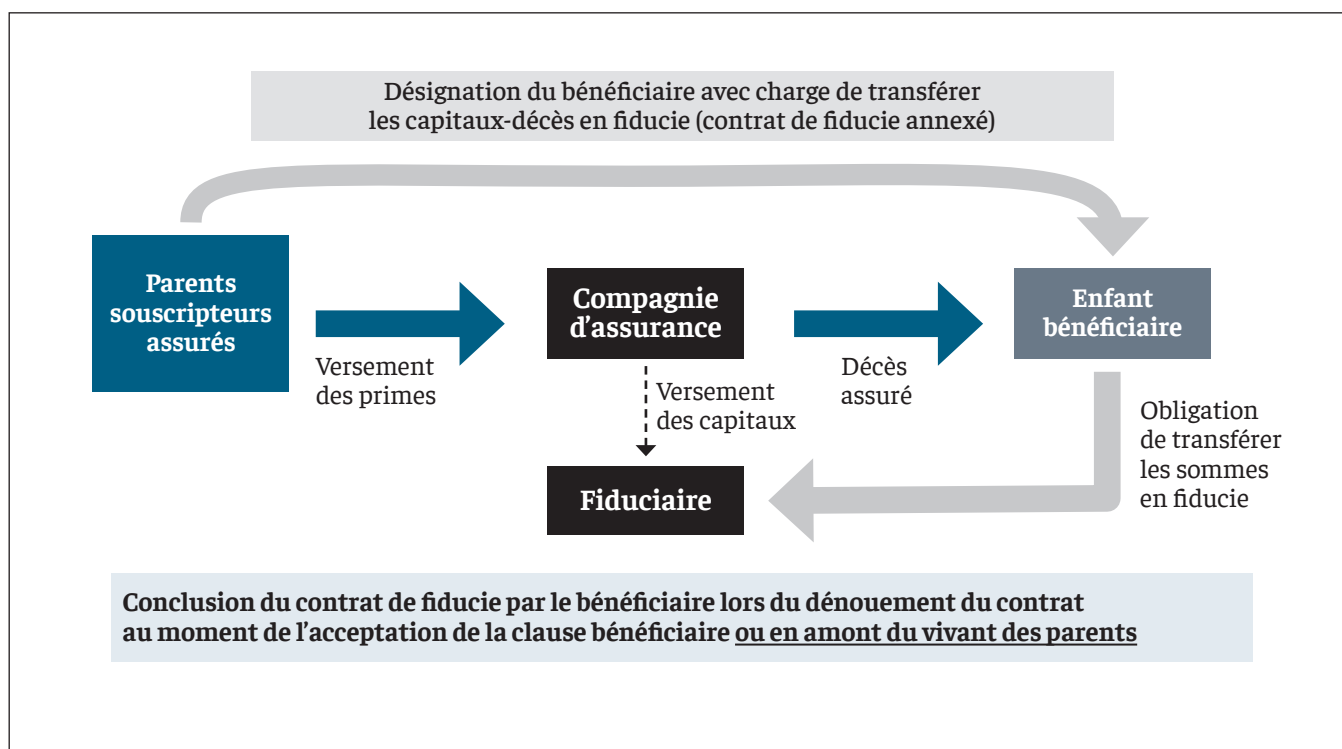
73. Claire Farge - Ce schéma a été imaginé pour répondre à une problématique très fréquemment posée par les clients, qui sont souvent des chefs d'entreprise ayant déjà vendu une

première affaire ou une participation et ont placé une partie ou la totalité des sommes issues de cette cession dans un contrat d'assurance vie. Contrat d'assurance vie qui se distingue des autres placements financiers par l'existence d'une clause bénéficiaire prévoyant qu'au cas où les sommes placées en assurance vie n'auraient pas toutes été consommées par le souscripteur de son vivant, elles seront versées à la personne désignée dans la clause bénéficiaire. Et il est très fréquent que la personne du bénéficiaire ne soit pas jugée par le souscripteur - donc par cet ancien chef d'entreprise - capable de gérer les sommes qui vont lui être remises au dénouement du contrat d'assurance vie et de les consommer de manière raisonnable.

Aussi nous demande-t-on de trouver le moyen que les capitaux décès - qui sont transmis au décès du souscripteur - soient gérés de manière professionnelle et délivrés en « petites coupures » au bénéficiaire sous forme d'une rente régulière ou en fonction d'événements prédéfinis (achat d'un appartement, poursuite des études, etc.).

Il nous semble que la solution la plus efficace et la plus simple pour répondre à une telle demande est la fiducie. Souvent, la problématique est qu'il n'y a pas dans l'entourage du bénéficiaire, souvent le frère ou la sœur vulnérable dans une fratrie, une personne de confiance que l'on veut charger d'être le « gendarme » de la consommation des capitaux décès (les autres membres de la fratrie).

La fiducie en ce qu'elle permet la gestion des capitaux décès directement par un fiduciaire avec une feuille de route très précise sur la manière dont les sommes issues du dénouement du contrat d'assurance vie doivent être appréhendées par le bénéficiaire prodigue ou vulnérable nous paraît être une solution particulièrement efficace. Bien sûr, il faut bien comprendre comment tout cela s'organise.



74. Sébastien Comparot - Des parents souhaitent que leur patrimoine financier investi en assurance vie revienne à leur fils, qui n'était pas très stable, enchaînant des petits-boulots, n'ayant quasiment pas de revenus, pas de domicile fixe (il déménage souvent), et dépensant immédiatement le peu qu'il a. Donc ses parents l'aident de manière régulière en lui versant de l'argent tous les mois. Ils sont âgés et ne souhaitent pas qu'à leur décès, leur fils, puisse récupérer un capital important car ils sont persuadés qu'il va tout dilapider rapidement.

Il a donc été envisagé de faire gérer les capitaux-décès par un fiduciaire dont la mission sera de faire fructifier ce capital et d'en reverser les revenus à l'enfant de manière régulière (et ainsi de prendre la suite de ce que font les parents aujourd'hui). La clause bénéficiaire du contrat d'assurance vie a ainsi été modifiée pour laisser le fils bénéficiaire du contrat mais lui imposer la charge de transférer les capitaux-décès en fiducie.

Exemple de clause bénéficiaire : « Mon fils aura l'obligation de faire gérer les capitaux-décès sa vie durant par [le fiduciaire] conformément au contrat de fiducie conclu en date du [...] entre mon fils et le fiduciaire.

À cette fin, la Compagnie d'assurance versera directement les capitaux-décès au fiduciaire qui lui en donnera bonne et valable quittance, sur la seule justification d'une copie du contrat de fiducie ».

75. La difficulté est alors de s'assurer que l'enfant exécute bien la charge le jour du dénouement du contrat d'assurance vie. Plusieurs précautions ont donc été prises, à la fois dans la rédaction de la clause bénéficiaire mais aussi au niveau de la conclusion du contrat de fiducie.

La clause bénéficiaire prévoit bien la charge de transférer les sommes en fiducie, la révocation de la désignation bénéficiaire en cas d'inexécution de la charge ou de révocation unilatérale du contrat de fiducie pendant un temps prévu. Des bénéficiaires en second rang ont été désignés pour récupérer les sommes assurées dans ce cas, ainsi qu'un tiers de confiance pour s'assurer de la bonne exécution de la charge par le fils.

S'agissant du contrat de fiducie, deux solutions étaient envisageables : soit prévoir la conclusion du contrat de fiducie par l'enfant le jour où il percevra les capitaux-décès (ce qui suppose une démarche active du fils à un moment où ses parents se sont plus là) ; soit souscrire le contrat de la fiducie dès maintenant (l'enfant conclut la fiducie) pour que le contrat existe déjà et qu'au moment du dénouement du contrat, le fiduciaire n'ait plus qu'à récupérer les capitaux-décès directement de l'assureur en application du contrat de fiducie.

76. Ce schéma ne tombe évidemment pas sous le coup de la prohibition de la fiducie libéralité puisque, comme dans le premier schéma, la transmission n'est pas réalisée par l'intermédiaire du fiduciaire mais par le biais du contrat d'assurance vie, le transfert des capitaux en fiducie n'étant que la conséquence d'une charge apposée dans la clause bénéficiaire.

Ce schéma ne heurte pas non plus l'ordre public successoral et notamment les règles de la réserve héréditaire puisque les capitaux reçus par l'enfant le sont par le biais de l'assurance vie donc en application des règles du code des assurances, en dehors de la succession.

V. Fiducie et titres sociaux

TABLE RONDE ANIMÉE PAR :



François BARRIÈRE

Professeur à l'université Lumière Lyon 2

INTERVENANTS :



Bruno BERGER-PERRIN

Avocat honoraire
Ancien Bâtonnier des Hauts de Seine
Ancien Président de Fidal Fiducie



Sylvain THEUX

Family Officer
Dirigeant de Holding Fortune



Dominique DAVODET

Avocat associé, Fidal
Président de Fidal Fiducie

77. François Barrière - La fiducie est une propriété finalisée, temporaire, dont on sent que ce n'est pas une propriété ordinaire. Mais c'est une propriété, ne serait-ce que d'un point de vue de droit des sociétés, on y voit l'intérêt de la qualification : pour savoir qui est bénéficiaire du dividende, pour savoir qui est titulaire du droit de vote, pour savoir également, en matière de lutte contre certaines fraudes, qui a l'obligation de déclarer un franchissement de seuil dans une société cotée. La qualification juridique de propriété n'a pas un intérêt purement théorique mais a un véritable aspect pratique.

On peut aller plus loin sur l'analyse de ces schémas d'opération qui ont déjà eu lieu, par exemple sur le droit de vote qui est un droit fondamental de l'actionnaire. À qui appartient-il ? Au propriétaire, donc au fiduciaire, mais est-il possible d'essayer de l'aménager, est-ce envisageable de faire en sorte que le constituant, en réalité, ait son mot à dire au moment de l'exercice du droit de vote, ce qui permettrait de rendre le montage d'autant plus appréciable pour celui-ci et donc attractif. On pourrait en débattre car ce sujet est aussi important qu'intéressant. Voire faire une session spécifique sur l'*affectio societatis* : le fiduciaire, quand il devient actionnaire, a-t-il vraiment un *affectio societatis* ? La thématique est donc riche.

Avec les participants de cette table ronde, qui sont fiduciaires ou tiers-protecteur, nous allons illustrer les potentialités de la fiducie et continuer ainsi à démystifier l'institution en démontrant ses utilisations pratiques, déjà éprouvées.

78. Bruno Berger-Perrin - La grande majorité des dossiers que l'on traite aujourd'hui porte sur des titres de société, essentiellement des fiducies sûretés, c'est-à-dire que les titres d'une société sont donnés en garantie d'une obligation à l'égard d'un tiers, mais nous évoquerons ici un exemple de fiducie gestion (en précisant que l'opposition entre fiducie gestion et fiducie sûreté est un peu artificielle car dans toute fiducie sûreté il y a de la gestion à l'évidence).

Dans une société minière d'un territoire outre-mer, un pacte d'associés a été signé aux termes duquel certains des actionnaires s'engageaient à transférer une partie de leurs titres, d'une part, au profit des salariés dans le cadre d'un Fonds Commun de Placement Entreprise (FCPE) et, d'autre part, au profit de la population locale dans le cadre d'une société à créer. Une partie de ces actions était donc destinée à être indirectement vendue à un prix mineur aux salariés et une autre à la population.

Un contrat de fiducie a été signé en vertu duquel le fiduciaire a reçu les titres destinés à être transférés au FCPE une fois qu'il serait constitué, pour ce qui concerne les salariés et à l'entité nouvelle à créer pour représenter la population locale.

C'est ainsi que l'opération fonctionne ; le fiduciaire est bien propriétaire des titres, c'est lui qui est convoqué aux assemblées ; et il est prévu qu'il reçoive des instructions de vote, non pas du constituant comme c'est souvent le cas, mais en l'espèce d'un administrateur « salariés » pour ce qui concerne les actions destinées au FCPE et d'un administrateur « population » pour celles destinées à l'entité chargée de représenter la population.

Nous aurons des fiducies gigognes : une nouvelle opération se met en place concernant les actions qui ont vocation à revenir au FCPE, avec une deuxième fiducie en train de se constituer aux termes de laquelle de l'argent est placé dans un autre patrimoine d'affectation pour permettre le rachat des actions des salariés qui souhaiteraient s'en dessaisir ; on sera ainsi en présence d'un patrimoine fiduciaire constitué au départ par de l'argent et qui au fur à mesure des rachats pourra contenir à la fois de l'argent et des actions. C'est là un avantage considérable de la fiducie : il est possible de rassembler dans un même patrimoine fiduciaire des biens de nature différente : mobiliers/immobiliers, corporels/incorporels, etc. C'est d'ailleurs l'un des innombrables avantages de la fiducie sûreté sur les autres sûretés réelles, puisqu'on peut mettre des veaux, des vaches, des cochons et des choux dans un même patrimoine d'affectation, ce qu'on ne peut pas faire avec une hypothèque, un gage ou un nantissement.

Cet exemple illustre une utilisation intelligente de la fiducie sur des titres de société en vue d'une gestion dans un but bien déterminé. La fiducie entraîne une véritable sanctuarisation, certains parlent d'une « bunkerisation » : les biens qui sont transférés dans un patrimoine fiduciaire ne pourront jamais être utilisés à une autre fin que celle à laquelle ils sont destinés dans le contrat de fiducie.

79. François Barrière - La fiducie gestion de patrimoine (tant privé que professionnel) pose la question du rôle du tiers protecteur et de la protection à accorder au bénéficiaire. Lorsqu'une fiducie gestion portant sur des titres sociaux est

mise en place, cela implique pour le constituant de se défaire de sa propriété pour la confier à une personne répondant à des critères certes limitativement énumérés du code civil, ce qui néanmoins n'est pas naturel. Ceci amène à se demander comment en pratique le tiers protecteur peut intervenir pour rassurer le constituant ou les bénéficiaires, notamment dans une fiducie qui peut durer longtemps et être amenée à avoir des aspects de gestion, où il peut y avoir des conflits d'intérêts, où des risques peuvent survenir.

80. Sylvain Theux - Avant de répondre à la question, signalons que la gestion de patrimoine est confrontée actuellement au vieillissement de la population mais également à un contexte très nouveau. Nous sommes en train de sortir d'une période de taux d'intérêt négatifs pour entrer dans une période d'inflation, de sorte que tout ce que nous avons connu depuis environ 30 ans, c'est-à-dire des taux d'intérêt réels positifs (taux d'intérêt supérieurs à ceux de l'inflation) sont aujourd'hui dépassés et c'est une véritable révolution. Ce qui était possible auparavant, la gestion de patrimoine passive (simple détention des actifs, génératrice de quelques intérêts), ne l'est plus aujourd'hui.

Dans ce contexte, la fiducie apparaît comme un outil absolument extraordinaire de gestion, cette fois active, du patrimoine. Il va falloir s'interroger sur la répartition des actifs et sur les niveaux de risque et de performance attendus.

Tous les professionnels de la gestion de patrimoine doivent se poser la question de la manière dont on gère le patrimoine aujourd'hui, de manière à définir une gouvernance spécifique. La fiducie permet la constitution d'un comité animé par un tiers protecteur.

Naturellement, cette gouvernance va varier fortement selon la nature du patrimoine fiduciaire : le tiers protecteur en sera pas le même selon qu'il s'agit de gérer des sommes à investir, un bien immobilier, ou un droit à l'image. Ces différences de missions vont dessiner un portrait-robot de la personne qui sera le tiers protecteur et ce tiers protecteur, ce n'est pas forcément le bon copain, ce n'est pas forcément la tante très habile. La gestion active du patrimoine réclame de professionnaliser ses acteurs, et la fiducie se prête particulièrement bien à cette professionnalisation.

81. François Barrière - Quel est le risque pour le constituant d'être « bloqué » avec la fiducie ?

L'un des points de blocage lors de l'une des toutes premières fiducies était de savoir si le constituant pouvait valablement renoncer à la nomination d'un tiers protecteur. Les toutes premières fiducies mises en place par deux sociétés très connues ont prévu la renonciation du constituant à la nomination d'un tiers protecteur, parce qu'il y avait - alors - une incompréhension sur son rôle ; on le voyait plus comme la personne qui risquait de venir bloquer la mise en œuvre de la gestion et non pas comme la personne qui allait permettre de faciliter la mise en œuvre de la fiducie.

82. Sylvain Theux - Le tiers protecteur est l'assistant, celui qui va permettre d'apporter de la souplesse à la fiducie.

83. Bruno Berger-Perrin - L'intervention d'un tiers protecteur est extrêmement importante, surtout quand le constituant est une personne physique qui parfois vous dira : « *Je suis convaincu par l'intérêt de la fiducie mais je ne veux surtout pas m'en occuper et par conséquent je vais déléguer jusqu'à la totalité de mes pouvoirs, comme la loi le permet, à un tiers protecteur de confiance qui sera de préférence un professionnel, notaire, avocat, conseil en gestion de patrimoine, etc.* ».

Mais il y a au moins un autre cas où il est intéressant d'avoir un tiers protecteur : en cas de pluralité de constituants, notamment des indivisaires ou des constituants qui ont mis en commun des biens dans un même patrimoine fiduciaire. Pour que le fiduciaire ait un interlocuteur unique qui va parler au nom de la collectivité des constituants, il est évidemment précieux de faire intervenir un tiers protecteur ayant reçu des constituants la totalité de leurs pouvoirs.

Il peut également être intéressant d'avoir un représentant de la collectivité des bénéficiaires s'ils sont multiples, par exemple une masse d'obligataires ou un pool bancaire ou même simplement des créanciers ayant des intérêts communs ; pour que le fiduciaire ait un interlocuteur unique, ce groupe de créanciers ayant des intérêts communs peut désigner un agent des sûretés. Cet agent des sûretés, tel qu'il est défini aux articles 2488-6 et suivants du code civil, n'est pas assez utilisé alors qu'il s'agit d'une innovation absolument formidable ; elle permet en effet à l'agent des sûretés choisi par les créanciers de prendre en son nom, pour le compte de ses mandants, dans le cadre d'un patrimoine d'affectation, toutes sûretés personnelles ou réelles, de les inscrire, de les gérer et le cas échéant de les réaliser au service des intérêts dont il a la charge ; cela permet ainsi à la fois de rationaliser la prise des sûretés et d'avoir un interlocuteur unique au nom des bénéficiaires face au fiduciaire.

84. François Barrière - Le constituant qui a transféré ses titres sociaux en fiducie n'en est plus propriétaire, n'y a-t-il pas alors un risque de blocage ?

85. Bruno Berger-Perrin - L'article 2019 du code civil prévoit expressément la possibilité de transmettre des droits fiduciaires, sans faire de distinction entre transmission à titre gratuit et transmission à titre onéreux. Malheureusement, le CRIDON a pris position pour dire qu'on ne pouvait pas envisager la transmission à titre gratuit des droits fiduciaires²⁶, même si le texte ne le prévoit pas.

En revanche, en cas de transmission à titre onéreux, le transfert provisoire de la propriété des biens dans un patrimoine fiduciaire n'entraîne pas de dépouillement puisque les droits fiduciaires reçus en contrepartie constituent une créance de restitution et sont cessibles. Nous avons déjà effectué une telle opération de cession, et je crois qu'une deuxième est en cours.

86. Dominique Davodet - Effectivement, une deuxième opération est en cours.

87. François Barrière - Tout cela montre que la fiducie n'est pas figée une fois mise en place et que les droits des différentes parties peuvent évoluer, notamment par cession de droits du constituant.

88. Bruno Berger-Perrin - On entend parfois qu'il serait possible de mettre en place des fiducies pour organiser son insolvabilité. Or, les droits fiduciaires sont saisissables ; les biens transférés dans le patrimoine judiciaire ne sont pas saisissables sauf rarissimes exceptions, c'est la loi qui le dit, mais les droits fiduciaires, eux, le sont ; il s'agit de droits incorporels parfaitement saisissables, aussi bien dans le cadre d'une saisie conservatoire que dans le cadre d'une saisie-exécution. Donc ne croyons pas pouvoir utiliser la fiducie - instrument juridique vertueux par définition - pour organiser une insolvabilité, sans même évoquer le caractère frauduleux d'une telle opération.

89. Dominique Davodet - Il demeure des points irritants dans le régime juridique et fiscal, par exemple la fin de la fiducie par le décès du constituant, la possibilité de révocation par le constituant lorsque le contrat de fiducie n'a pas été accepté par le bénéficiaire ou encore l'interdiction pour les mineurs et pour les majeurs en tutelle de transférer leurs biens en fiducie. Sur le plan fiscal, le régime de neutralité ne s'applique pas en toute hypothèse, par exemple pour le PEA ou le pacte Dutreil, même s'il est peut-être possible d'obtenir un rescrit auprès de l'administration dans certains cas. Il y a aussi le sujet des attributions gratuites d'actions où la cession pendant cette période-là risque d'être aussi contrariée. Lorsque la fiducie porte sur des actions, il faut être attentif au régime fiscal cela suppose une étude préalable pour savoir si on est bien dans un régime de neutralité ou si au contraire on doit être taxé.

90. François Barrière - Quelle utilité de la fiducie dans les schémas de LBO ?

91. Dominique Davodet - En matière de LBO, on utilise souvent les droits sociaux comme garantie à l'exécution d'une garantie de passif : nous sommes alors en présence d'une fiducie sûreté.

En présence d'investisseurs nombreux soit parce que ce sont des personnes physiques soit parce que ce sont des managers, on les regroupe habituellement dans une société, dotée ou non de la personnalité juridique, ce qui évite un éparpillement de l'actionnariat et permet d'avoir un seul interlocuteur, notamment dans l'exécution des pactes d'actionnaires. La fiducie peut apporter les mêmes avantages que la société, sans les inconvénients. L'idée est de faire apporter ou de transférer les titres de ces managers dans une fiducie, et le fiduciaire gère ces titres. Pour le droit de vote, il demande aux constituants le sens du droit de vote qu'il doit émettre mais c'est lui qui vote. C'est également lui qui exécute le pacte d'actionnaires. Les avantages par rapport à une société sont multiples :

- la question de l'existence d'un *affectio societatis* ne se pose pas ;
- le formalisme est plus léger : les contraintes de tenue de l'assemblée générale par exemple n'existent pas en matière de fiducie ; cela ne signifie pas qu'on ne rend pas compte en fiducie mais c'est moins formel ;

²⁶ Bull. Cridon Paris, 1^{er} mai 2017, n° 9.

- la gestion des entrées et des sorties des managers est plus souple en fiducie : en société, il est nécessaire de procéder à des réductions ou augmentation de capital ;

- à la fin de l'opération d'investissement, il faut dissoudre la société, la liquider et procéder au partage, alors qu'en fiducie il n'y a aucune de ces opérations mais seulement une mission donnée au fiduciaire de restituer à chacun soit les titres qu'il avait lui-même apportés au moment de la constitution de la fiducie, soit des biens qui sont subrogés, en général le prix de vente.

92. François Barrière - La fiducie a-t-elle un intérêt pour l'exécution forcée des pactes d'actionnaires, spécialement depuis la réforme de 2016²⁷ ?

93. Dominique Davodet – L'ordonnance de 2016 sur la réforme du droit des contrats a effectivement répondu aux incertitudes nées de la jurisprudence sur l'exécution forcée. Pourtant, dans l'expression « exécution forcée », il y a l'adjectif « forcée », ce qui veut dire que l'on oblige quelqu'un à exécuter ce qu'il ne veut pas exécuter. Or, lorsque vous vous adressez à un fiduciaire, il exécutera sa mission de fiduciaire. Il est propriétaire des titres, et va exécuter le pacte d'actionnaires sans que l'on doive demander au juge l'exécution forcée d'une obligation qui va s'exécuter naturellement.

²⁷ Ord. n° 2016-131, 10 févr. 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations.

94. François Barrière - Dernière question, sur le thème fiducie, société et réserve héréditaire : doit-on cantonner la charge de l'article 912 du code civil, quelles incidences en cas d'interposition d'une société, comment appréhender la réserve héréditaire par rapport à un mixte fiducie-société ?

95. Sylvain Theux - Prenons l'exemple d'un donateur qui crée autant de sociétés civiles qu'il a d'enfants. Il apporte ensuite équitablement à chacune les parts qu'il détient dans son entreprise. Il procède ensuite à une donation-partage des parts des sociétés civiles dont les valeurs sont par construction identiques.

Il conserve sa fonction de gérant, peut faire vendre son entreprise par le fiduciaire et limiter la fiducie aux seuls actifs détenus par la société civile donnée au fils qu'il juge le plus fragile. Il est donc possible par le biais des parts sociales de conserver une maîtrise des actifs transmis aux plus fragiles des héritiers sans supporter les problématiques de réserve héréditaire par exemple. Il reste au professionnel à prévoir des limites, à adapter notamment la durée de la fiducie et les conditions de sa révocation.

96. François Barrière - Clairement, aujourd'hui, la fiducie est pleinement éprouvée et fonctionne très bien en matière de titres sociaux. Il n'y a pas de raison que lorsqu'elle porte sur d'autres actifs, elle ne fonctionne pas. Il existe donc une potentialité très forte de cet instrument.

Deuxième partie : les *trusts* et fiducies dans un contexte international

I. Droit comparé : trusts et fiducies venus d'ailleurs

TABLE RONDE ANIMÉE PAR :



Eric FONGARO
Professeur à l'Université de Bordeaux

INTERVENANTS :



Julien TRON
Avocat associé, cabinet MLL (Genève)



Paul TOUR-SARKISSIAN
Avocat associé, Tour-Sarkissian Law Offices LLP (San Francisco)



Patrick DELAS
Solicitor (England & Wales)
Avocat au Barreau de Paris



Massimo DI TERLIZZI
Avocat Partner, Pirola Pennuto Zei & Associati



Marine DUPAS
Avocate associée, cabinet Arkwood SCP



François BARRIÈRE
Professeur à l'université Lumière Lyon 2

97. Eric Fongaro - Les raisons d'une table ronde consacrée au droit comparé sont assez évidentes. Lorsque le législateur a instauré la fiducie dans le système juridique français, la fiducie est apparue comme « *un petit oiseau dont les ailes avaient été rognées* »²⁸. 15 ans après l'adoption de la loi de 2007 instituant la fiducie, il apparaît aujourd'hui nécessaire de conférer à celle-ci une plus grande envergure ; or, lorsqu'il a instauré la fiducie, le législateur français s'est inspiré du *trust*, de sorte qu'une réflexion sur l'extension du domaine de la fiducie ne saurait se passer d'une étude comparative entre les deux institutions. Dans cette perspective, il importait de sélectionner un certain nombre d'États afin de procéder à la comparaison. À cet égard, il était inimaginable de ne pas s'intéresser aux pays de *common law*, qui ont constitué le berceau du *trust*. Une présentation du *trust* aux États-Unis et au Royaume-Uni s'imposait donc. Mais le *trust* n'est pas l'apanage des seuls pays de *common law*. Il est alors apparu intéressant d'examiner la situation du *trust* et/ou de la fiducie dans des pays géographiquement proches de la France, tels les Pays-Bas, l'Italie, la Suisse, ou encore le Liechtenstein.

Quant à la méthode suivie, la comparaison entre le *trust* et la fiducie soulève d'emblée un problème de vocabulaire et de traduction. Quand parler de *trust* ? Quand parler de fiducie ? Il fallait par ailleurs savoir à quoi servent le *trust* et/ou la fiducie dans les différents systèmes juridiques étudiés et présenter les différentes catégories d'institutions rencontrées. Qu'est-ce qu'un *trust* révocable ? Qu'est-ce qu'un *trust* irrévocable ? Un *trust* testamentaire ? Un *trust* *intervivos* ? etc. Enfin, et surtout, il importait de se demander comment fonctionnent le *trust* et/ou la fiducie dans les différents États concernés. Qui est constituant ? Qui peut être *trustee* ? Qui sont les fiduciaires ? Sans oublier la fiscalité applicable au *trust* et/ou à la fiducie dans chaque système juridique. C'est à l'ensemble de ces questions que les intervenants à la table ronde apportent des réponses particulièrement éclairantes.

98. Paul Tour-Sarkissian - Le *trust* est né au XIV^e siècle dans le milieu féodal anglo-normand, ayant été conçu initialement sous la forme d'une institution appelée « *use* ». Le chevalier qui partait combattre aux Croisades transférait la propriété de ses droits féodaux à un ami « *in trust* » c'est-à-dire en confiance ; celui-ci percevait ces droits féodaux « *to the use of* » c'est-à-dire pour le compte de la famille du croisé. Le chevalier récupérait ses droits à son retour. Ultérieurement, cette construction juridique s'est maintenue pour ses avantages pratiques et son utilisation est devenue très populaire dans l'Angleterre médiévale. Par exemple, les Franciscains anglais donnaient leurs biens à des *trustees* qui n'étaient pas

²⁸ M. Grimaldi, préface à l'ouvrage d'H. Peisse et P. Tour-Sarkissian, *Trusts américains et pratique notariale française* : Defrénois.

soumis au vœu de pauvreté pour les gérer à leur profit. De plus, la pratique des *use* permettait de soustraire les biens placés en *trust* des droits féodaux, et d'offrir une plus grande liberté dans le transfert de biens immobiliers.

Selon l'opinion de certains auteurs, les « *uses* » étaient eux-mêmes basés sur le droit romain des « *fideicommissum* », sur les « *waqf* » en droit musulman, et les « *treuhand* » ou « *salman* » en droit allemand ancien.

Lorsque l'Angleterre est passée d'une société féodale à une société dont la richesse provenait essentiellement des activités commerciales, industrielles et financières, le « *use* » médiéval a évolué vers la notion moderne des *trusts*.

Dans les pays de *common law*, notamment en Grande Bretagne, États-Unis, Australie, Canada, Afrique-du-Sud, Nouvelle-Zélande, les *trusts* sont pratiqués aussi bien dans le monde des affaires que dans l'ingénierie et la gestion patrimoniales.

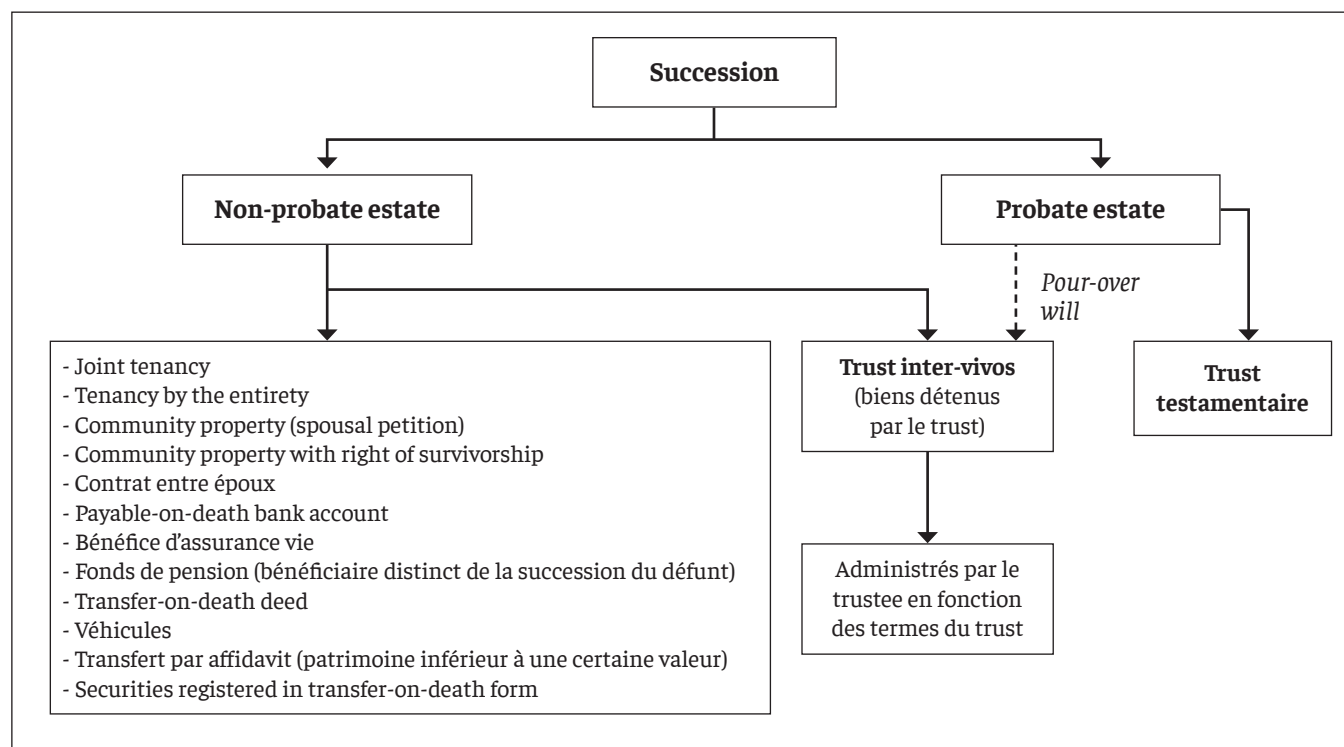
A. Le *trust* aux États-Unis

99. Aux États-Unis, les *trusts* jouent un rôle essentiel en gestion de patrimoine et en droit successoral. Pour mieux analyser le rôle des *trusts* dans le domaine successoral, je décrirai brièvement le contexte général dans lequel les *trusts* interviennent aux États-Unis et le rôle qu'ils jouent dans la stratégie de transmission d'un patrimoine et l'administration d'une succession.

♦ Contexte et régime juridique

100. Le règlement d'une succession aux États-Unis, et notamment les aspects de procédure applicable, dépendent de trois éléments :

- l'existence ou non d'un testament ;
- l'existence ou non d'un *trust* ;
- la composition du patrimoine du défunt.



Comme le schéma ci-dessus l'indique, certains biens seront soumis pour leur transmission à la procédure judiciaire de *probate*. Le juge saisi désigne une tierce personne, le *personnel representative*, qui sera chargée d'administrer la succession, de rassembler l'actif et de liquider le passif avant de répartir le net entre les héritiers.

Cependant, la transmission de certains biens aux héritiers ou bénéficiaires désignés par le défunt peut être exclue de la procédure de *probate*. Dans une telle hypothèse, la transmission aura lieu :

- soit selon les termes d'un ou plusieurs *trusts* qui sont administrés par un ou plusieurs *trustees* désignés dans le document constitutif du *trust* ;

- soit par le biais d'un acte de propriété établissant un transfert automatique au décès du défunt ;

- soit en exécution des instructions données par le défunt à une institution financière ou à une compagnie d'assurance pour la distribution d'un compte ou le bénéfice d'une assurance vie.

Le patrimoine du défunt peut ainsi être composé de ces différentes catégories de biens. Chaque type de biens sera administré de façon indépendante. Par conséquent, certains biens seront assujettis à la procédure de *probate* alors que d'autres seront régis par les termes d'un *trust* ou seront transmis directement à un bénéficiaire auquel il appartiendra d'effectuer certaines formalités pour compléter le transfert du titre de propriété en son nom.

101. La classification typique des *trusts* par la jurisprudence et la doctrine est la suivante :

- *express trust* (*trust* exprès) dans lequel l'intention du *trustor* est exprimée (les *express trust* comprennent les *revocable trusts*, *irrevocable trusts*, et *testamentary trusts*) ;
- *implied trust* (*trust* présumé) dans lequel l'intention du *trustor* n'est pas exprimée, et dont l'existence est déduite du comportement du *trustor* ou propriétaire des biens ;
- *statutory trust* (*trust* prévu par un texte législatif) ;
- *resulting trust* (*trust* de résultat) dans lequel l'intention du *trustor* est présumée par la loi ; et
- *constructive trust* (*trust* établi par déduction) qui est imposé par la loi sans prendre en considération l'intention du *trustor*.

Le *trust* révocable est le véhicule le plus commun aux États-Unis en matière de stratégie et planification patrimoniale. C'est un substitut testamentaire qui ne nécessite pas d'administration judiciaire. Le *trust* étant révocable, sa création et le transfert de biens en son nom n'entraînent aucune conséquence fiscale. Contrairement aux *trusts* révocables, l'aspect fiscal joue un rôle essentiel dans la structuration des *trusts* irrévocables. Le transfert d'un bien en un *trust* irrévocable présente souvent une conséquence immédiate au niveau des droits de donation (*federal gift tax*) et un effet direct sur le donataire concernant l'impôt sur le revenu (*federal income tax*).

Un *trust* peut être considéré comme irrévocable en matière de *federal estate taxes* sans pour autant l'être en matière d'impôt sur le revenu (*federal income tax*) si certains pouvoirs sont conservés par le *trustor*.

Une donation via un *trust* irrévocable du vivant du *trustor* présente principalement les avantages suivants :

- limiter l'imposition sur la future plus-value (*valuation freezing*) ;
- augmenter le montant de la donation nette, les droits de donation réglés par le donateur/*trustor* ne faisant pas partie du montant de la donation (*tax exclusive calculation*) ;

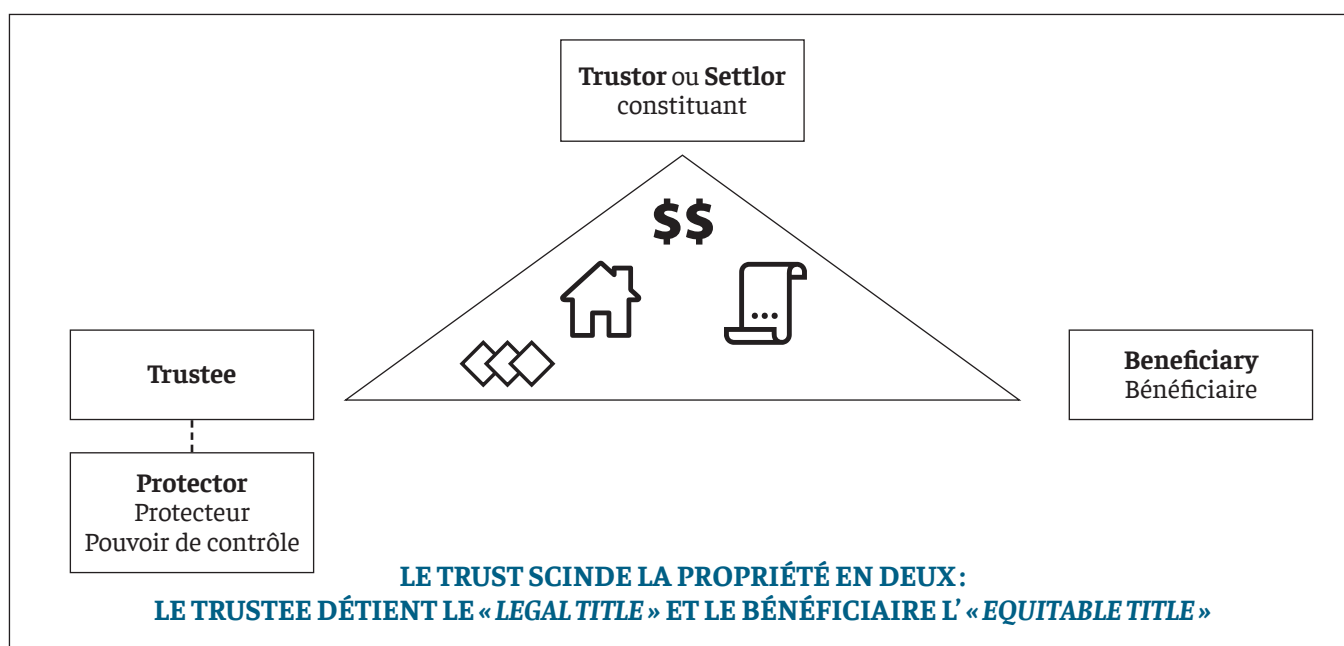
- rédiger le *trust* de façon à donner des droits spécifiques de contrôle au *trustor* afin que l'impôt sur le revenu soit payé par le *trustor*, augmentant ainsi le montant net de la donation aux bénéficiaires du *trust* ;

- préserver certains avantages économiques tout en gardant potentiellement les biens du *trust* à l'abri des créanciers, sauf en cas de manœuvres frauduleuses.

102. Il existe plusieurs catégories de *trusts* irrévocables :

- *irrevocable life insurance trust* [ILIT] (*trust* d'assurance vie) ;
- *grantor retained annuity trust* [GRAT] (*trust* pour le transfert d'un bien sous réserve de recevoir des versements conformément aux barèmes fiscaux applicables) ;
- *charitable trust* (*trust* caritatif) : *charitable remainder trust* [CRT] ; *charitable lead trust* [CLT] ;
- *special needs trust* (*trust* de prévoyance personnelle ou *trust* pour besoin spéciaux) ;
- *qualified personal residence trust* [QPRT] (*trust* pour transférer sa résidence principale ou secondaire en se réservant l'usufruit à durée déterminée) ;
- *spouse lifetime access trust* [SLAT] (*trust* au profit du conjoint survivant et d'autres membres de la famille) ;
- *qualified terminable interest property trust* [QTIP] (*trust*, au profit de l'époux, est généralement intégré dans le *trust* révocable *inter vivos*. Au décès du constituant, le QTIP devient irrévocable) ;
- *qualified domestic trust* [QDOT] (similaire au QTIP, le QDOT est intégré dans le *trust* révocable *inter vivos* lorsqu'un des époux n'est pas citoyen américain).

103. Le *trust* prend naissance lorsque, sur la base d'un document de constitution (*declaration of trust*), le constituant (*trustor*) transfère des biens meubles et/ou immeubles de son choix à une ou plusieurs personnes (*trustees*), lesquelles ont l'obligation de les gérer et de les utiliser dans un but déterminé à l'avance par le *trustor* en faveur d'un ou de plusieurs bénéficiaires (*beneficiaries*), personnes morales ou physiques.



104. Le *trust* est avant tout une enveloppe juridique destiné à contenir des biens. Le terme *trust* désigne la relation triangulaire se nouant entre le constituant (le *trustor/settlor*), l'administrateur (*trustee*) et le bénéficiaire (*beneficiary*). Pour les *trusts* révocables, une personne unique peut cumuler ces trois fonctions.

Le *trust* est une institution qui n'est pas dotée de la personnalité morale.

Il se caractérise par la division des droits entre le « *legal owner* » et le « *equitable owner* » : le *trustee*, personne physique et/ou morale qui détient légalement les biens (*legal owner*), et le ou les bénéficiaires (*beneficiaries*) qui détiennent le droit de jouir des biens placés en *trust* (*equitable owners*) selon les termes et conditions du *trust*.

Le quatrième acteur qui vient souvent se joindre à ces trois intervenants, est le protecteur (*protector*). Celui-ci intervient dans les *trusts* irrévocables et son rôle est de contrôler les actions du *trustee* et assurer ainsi la bonne exécution de la volonté du *trustor*.

105. Comparaison entre le *personal representative* et le *trustee* : le *trustee*, ou le successeur *trustee* au décès du constituant, joue un rôle focal dans l'administration du *trust*. La fonction de *trustee* est de gérer dans l'intérêt et au profit du bénéficiaire l'actif du *trust* ou *trust estate*. Sa mission est différente de celle du *personal representative* (exécuteur ou administrateur testamentaire) qui a pour mission de liquider la succession et distribuer le *probate estate*, après avoir réglé le passif, selon le testament du défunt ou en fonction des règles *ab intestat*.

Les pouvoirs du *personal representative* doivent être homologués par le tribunal compétent chargé de la succession du *de cuius*. Le *trustee* est désigné par la déclaration de *trust* ou par la personne ayant qualité pour le faire selon les provisions prévues par le *trust* à cet effet. En cas de litige ou si la nomination du *trustee* est laissée à la décision du tribunal, ce dernier peut nommer le *trustee* ou le *successor trustee* en fonction des dispositions du *trust* et de la loi applicable en cas de vacance dudit poste.

♦ Fiscalité

106. Les États-Unis imposent, au niveau fédéral, à la fois un impôt sur la transmission entre vifs (*federal gift tax*) et sur les transferts à cause de mort (*federal estate tax*). De plus, les États-Unis imposent la *Generation-skipping transfer tax* ou *Generation-skipping transfer tax* (GSTT) qui permet de percevoir des droits de mutation à chaque génération.

L'assiette fiscale de la *federal estate tax*, du *federal gift tax*, et de la *Generation-skipping transfer tax* est déterminée par la valeur vénale (*fair market value*) des biens à la date du décès du *de cuius* ou à la date de la donation.

En 2013, le Congrès a adopté l'*American Taxpayer Relief Act* (ATRA; P.L. 112-240) qui établit des abattements en matière de *federal estate tax*, *federal gift tax* et *generation skipping tax*. Les révisions de 2017 (P.L. 115-97) ont doublé les abattements sur une base temporaire jusqu'en 2025. À moins d'une nouvelle modification de la législation avant le 31 décembre 2025, la législation antérieure aux modifications de 2017 sera de nouveau applicable.

En 2022, les abattements et taux applicables sont les suivants :

- l'abattement de la *federal estate tax* et de la *federal gift tax* est porté à 12 060 000 \$ en 2022 pour les citoyens américains et résidents étrangers ;

- l'abattement de la *federal generation skipping tax* est porté à 12 060 000 \$ en 2022 pour les citoyens américains et résidents étrangers ;

- l'abattement de la *federal estate tax* est de 60 000 \$ pour les non-résidents étrangers. L'abattement en matière de *gift tax* et de *generation skipping tax* ne s'appliquent pas aux non-résidents étrangers ;

- l'abattement de la *federal estate tax* est reportable pour les citoyens américains et résidents étrangers, ce qui signifie que l'époux survivant peut se prévaloir de l'abattement disponible non utilisé au décès de son époux (*portability*) ;

- le taux maximal d'imposition fédéral est 40 %.

De plus, les États conservent le droit de prélever un impôt sur les donations et successions. Alors que tous les États ont renoncé à prélever un impôt sur les donations, un grand nombre impose les successions sous la forme d'une *Estate Tax* ou d'une *Inheritance Tax*.

Le calcul de l'impôt applicable diffère selon qu'il s'agit de citoyens américains, de résidents étrangers ou d'étrangers non-résidents aux États-Unis.

Le régime fiscal des *trusts* fait l'objet d'une réglementation fiscale aussi bien au niveau étatique que fédéral. Il existe deux catégories de *trusts*, *grantor trusts* et *non grantor trusts*. Les *non grantor trusts* sont eux-mêmes composés des *simple trusts* et *complex trusts*. L'imposition des différentes catégories de *trust* a lieu aussi bien au niveau fédéral qu'au niveau étatique. Il existe aussi une distinction fiscale entre les *trusts* domestiques et les *trusts* étrangers (*foreign trusts*).

Enfin, les États-Unis disposent en outre d'un réseau de conventions de double imposition relatives aux successions et donations qui peuvent modifier les règles prescrites par l'*Internal Revenue Code*. Il existe entre autres une convention entre la France et les États-Unis datée du 24 novembre 1978 en matière d'impôts sur les successions et sur les donations, modifiée par un avenant du 8 décembre 2004 entré en vigueur le 21 décembre 2006.

TABLEAU RÉCAPITULATIF DE LA FISCALITÉ	
Droits de donation et de succession - Impôt sur le revenu des <i>trusts</i>	
Abattement annuel - Donations (<i>Annual Gift Tax Exclusion</i>)	\$16.000
Abattement annuel - Donations (époux) (<i>Annual Gift Tax Exclusion to a Noncitizen Spouse</i>)	\$164.000
Donations (<i>Federal Gift Tax</i>)	\$12.060.000
Succession (<i>Federal Estate Tax</i>)	\$12.060.000
Taux maximal (<i>Estate and Gift Tax Rate</i>)	40 %
Abattement GSTT (<i>GSTT Exclusion Amount</i>)	\$12.060.000
<i>Estate Tax</i> et/ou <i>Inheritance Tax</i> au niveau étatique	12 États et le District of Columbia imposent l' <i>Estate Tax</i> et 5 États imposent l' <i>Inheritance Tax</i> (qui dépend du lien de parenté). Maryland impose les deux.
Impôt sur le revenu des trusts (<i>non grantor trusts</i>): imposition étatique et fédérale.	Taux applicables au niveau fédéral : 10 % - 37 % (> 13.450 \$)
Droits de donation et de succession	
Citoyen US + Résident fiscal étranger	Non-résident fiscal étranger
<i>Federal gift tax</i> et <i>federal estate tax</i> sont imposées sur le patrimoine mondial du citoyen US et RF.	Seul le patrimoine situé aux États-Unis est imposé.
Abattement : \$12.060.000 (2022) - Il fait l'objet d'une revalorisation fixée par la loi (<i>unified credit</i>). L'abattement sera rapporté après 2025 au montant de 2017 à moins que le Congrès en décide autrement.	Abattement : \$60.000
Exemption illimitée entre époux (<i>unlimited marital deduction</i>) si le donataire est un citoyen US. Le transfert de patrimoine au conjoint RF n'est pas imposé jusqu'à \$164.000 par an (ce montant fait l'objet d'une revalorisation annuelle). Exception : QDOT (transmission au décès du constituant) : Trustee = citoyen US mais si plus de \$2.000.000, trustee = banque US.	- Le transfert de patrimoine au conjoint NRF n'est pas imposé jusqu'à \$164.000 (en 2022) par an (ce montant fait l'objet d'une revalorisation annuelle). - Exception: QDOT (transmission au décès du constituant) ou - Exemption prévue par la convention franco-américaine ou autres conventions applicables.
<i>Portability</i> : l'époux survivant bénéficie de l'abattement disponible de l'époux décédé.	<i>Portability</i> non disponible.

107. Eric Fongaro - Si les *trusts* jouent un rôle essentiel en gestion de patrimoine et en droit successoral aux États-Unis, il faut bien conserver à l'esprit que le droit des États-Unis s'est beaucoup inspiré du droit du Royaume-Uni, lequel a véritablement constitué le berceau du trust. Il est dès lors aisé d'imaginer que les deux systèmes juridiques présentent de nombreux points de convergence sur le sujet ; mais sans doute existe-t-il également quelques divergences, faisant ressortir les particularités propres au traitement juridique du trust dans chacun des deux pays. Une présentation du trust au Royaume-Uni s'imposait donc.

B. Le trust au Royaume-Uni

108. Patrick Delas - Le *trust* est né en Angleterre à l'époque des croisades. Il se dit que le Royaume d'Angleterre lui-même a été confié en *trust* par Richard Cœur de Lion à son frère Jean sans Terre. Le *trust* est une pure création de la *common law* médiévale et de la jurisprudence des *Courts of Equity*, juridictions ecclésiastiques chargées de rectifier les rigueurs des juridictions civiles. Ces décisions sont les premiers écrits disponibles sur le sujet (XII^e siècle).

De là le *trust* s'est répandu dans tout l'Empire britannique.

◇ Régime juridique

109. Il n'existe toujours pas de définition légale du *trust*. Une définition (parmi d'autres), est celle du lexique des termes juridiques Curzon qui définit le *trust* comme une obligation : l'obligation qui pèse sur le *trustee* de conserver les biens qui lui ont été confiés et de les remettre aux bénéficiaires²⁹.

Et le *trust* n'est rien d'autre !

Le *trust* n'est donc pas un démembrement de propriété. Il se dit bien que le *trustee* est le « *legal owner* » par opposition au « *beneficial owner* » (le bénéficiaire) mais il ne s'agit pas de droits réels.

Le *trust* ne crée que des obligations personnelles ainsi que l'a rappelé la Cour de justice de l'Union européenne dans une affaire *Webb*³⁰. M. Webb avait acheté une villa sur la Côte d'Azur au nom de son fils. Quelques années après, le fils et le père se fâchent. Le père veut récupérer la villa et demande à faire valoir l'existence d'un *trust*. L'affaire ira jusqu'à la CJUE, qui rappelle que le *trust* ne crée pas un droit réel sur le bien mais une simple obligation personnelle, en d'autres termes une créance (à faire valoir en Angleterre en l'occurrence).

Le *trust* n'est pas un contrat. Il peut résulter d'une déclaration unilatérale. Très souvent, le bénéficiaire en ignore tout jusqu'à la distribution.

Le *trust* n'est pas un mandat. Le *trustee* est *legal owner* du bien ; il agit généralement de manière indépendante.

Le *trust* n'est pas une fiducie ! Le bénéficiaire n'est pas partie au contrat. Le bien mis en *trust* ne retourne pas dans le patrimoine du *settlor* à son décès.

Le *trust* n'est pas une assurance vie. Il y a bien un capital transféré au profit d'un tiers à charge de le remettre à un bénéficiaire. Mais le *trust* n'a pas valeur de rachat et le *trustee* a généralement pouvoir de changer le bénéficiaire ou la répartition entre bénéficiaires.

Le *trust* n'a pas la personnalité morale (nous verrons cependant qu'il a la personnalité fiscale). Ce n'est pas une société, il n'est pas immatriculé, il ne tient pas d'assemblées générales.

Bref, le *trust* n'est rien de tout cela, mais dans ses effets pratiques il peut être tout cela !

110. À quoi sert le *trust* ?

À protéger mineurs ou incapables majeurs. Il est ainsi très fréquent de retarder le paiement du capital jusqu'à un certain âge (en général 25 ans).

À organiser la transmission du patrimoine : au profit du conjoint, des enfants, etc.

À réaliser un projet caritatif.

Le *trust* est utilisé également :

- pour des raisons de discrétion : le bénéficiaire n'apparaissant pas sur le titre de propriété ; des obligations déclaratives ont cependant été introduites récemment au Royaume-Uni pour les trusts qui y sont situés ;

- pour des raisons fiscales : là aussi, les avantages sont moins évidents depuis 2006 mais le *trust* reste utile lorsque le *settlor* n'est pas domicilié au Royaume-Uni.

111. La doctrine et surtout la pratique distinguent les *trusts* :

> selon leur mode de création :

- explicite : *inter vivos* : aux termes d'un *deed of settlement* (« Je déclare transférer tel bien au profit de tel *trust* ») ou d'une déclaration de *trust* (« Je déclare détenir désormais tel bien au profit de tel *trust* ») ; *post mortem*, aux termes d'un *will trust* (*trust testamentaire*) ;

- implicite : l'existence du *trust* est ici constatée par le juge pour rectifier une situation manifestement injuste (« inéquitable »). Ainsi Webb père qui a financé l'achat de la villa entend-il faire valoir que son fils n'en est que le *trustee*.

> selon la nature des droits créés :

- le *Life interest trust* ou *Interest In Possession trust* (« IIP ») : proche de la notion d'usufruit dans ses effets ; le *settlor* conserve sa vie durant la jouissance et les revenus du *trust* ;

- le *Discretionary trust* qui réalise une totale déposition du *settlor*. Le bien est transféré au profit du *trustee* qui en devient propriétaire légal.

112. Quelles sont les « parties » au *trust* ? Dans tous les cas, il y aura :

- un *settlor*, personne physique ou morale qui n'est plus juridiquement propriétaire dès lors que le *trust* est créé ;

- un *trustee* qui devient *legal owner* du bien mis en *trust* ; ici aussi personne physique ou morale, généralement un membre de la famille ou un professionnel ;

- un ou plusieurs bénéficiaires ou « *beneficial owners* » : parfois le *settlor* lui-même (*life interest trust*) ; souvent une « classe de bénéficiaires » (« mes neveux et nièces, mes petits-enfants et leurs conjoints, etc. »)

Il est également possible de prévoir un *Protector*. C'est une création de la pratique *offshore*, on désigne très peu de *Protectors* en Angleterre (plutôt des *co-trustees*). Le rôle du *Protector* est essentiellement de contrôler la gestion des *trustees* et en particulier des professionnels qui ont souvent la main lourde en termes d'honoraires...

◇ Fiscalité

113. Contrairement à une idée répandue en Europe, le Royaume-Uni n'est pas un paradis fiscal ! Il reste encore cependant une juridiction très avantageuse pour les « résidents-non domiciliés ». Car on peut être résident au Royaume-Uni sans y être domicilié. Généralement, un nouvel arrivant est considéré comme non-domicilié pendant 15 ans et peut demander à n'être imposé que sur ses revenus et plus-values de source britannique ou *remitted* (transférés/dépensés) au Royaume-Uni. D'où le succès de la place de Londres auprès des « *rich and famous* » du monde entier.

114. Droits de mutation à titre gratuit (*Inheritance Tax*) - Ce n'est que lorsque le *settlor* est domicilié au Royaume-Uni ou que les biens mis en *trust* y sont situés que le *trust* est imposable :

- à sa constitution : 20 % sur le bien apporté ;

²⁹ LB Curzon, A dictionary of law : Macdonald & Evans : « An equitable obligation which imposes on a person described as a trustee certain duties of dealing with property held and controlled by him for the benefit of the persons described as the beneficiaries ».

³⁰ CJCE, 17 mai 1994, C-294/92, George Lawrence Webb c/ Lawrence Desmond Webb.

- au 10^e anniversaire de l'apport : 6 % (*principal charge*) ;
- à la distribution : à nouveau 6 % (*exit charge*).

Ainsi donc, au terme d'une génération, la transmission au travers du *trust* aura été imposée à environ 40 %, ce qui correspond au taux général de l'*Inheritance Tax* (transmission directe sans passer par un *trust*).

D'une manière générale, le Royaume-Uni n'impose pas les donations (sauf au profit d'un *trust*) mais les successions font l'objet d'un rappel sur 7 ans.

Ces dispositions sont relativement récentes (Gordon Brown, 2006). Jusqu'en 2006, l'apport ne coûtait rien. Il suffisait que le *settlor* survive 7 ans pour que le bien soit transmis en franchise de droits. Depuis 2006, la transmission au travers d'un *trust* a donc perdu beaucoup d'intérêt (mais elle reste pertinente pour les non-domiciliés).

115. Impôt sur le revenu (Income Tax) - Généralement, sauf *Interest in possession trust* où les revenus sont directement imposables au niveau du bénéficiaire, l'impôt est de 45 % (*trust* discrétionnaire).

L'apport en *trust* est soumis à imposition de la plus-value au niveau du *settlor*, la distribution au niveau du *trust*. Le taux est de 20 ou 28 % selon le cas avec possibilité de report d'imposition (*holdover relief*).

116. Comment serait reçue la fiducie en Angleterre ?

Il n'existe aucune doctrine, jurisprudence ni même commentaires du HMRC à ce stade, mais on connaît bien l'usufruit, et l'on y voit... un *trust* !

C'est juridiquement inexact mais l'administration fiscale britannique (HMRC) maintient : l'usufruit est un *settlement*. La donation avec réserve d'usufruit constitue donc un apport en *trust* immédiatement imposable au taux de 20 % (plus 6 % plus 6 %). En outre, l'usufruit réservé s'analyse en une « *reservation of benefit* », ce qui signifie que le bien est dans le patrimoine de l'usufruitier pour sa valeur en pleine propriété et sera imposé à son décès (le *double charges relief* permet d'éviter la double imposition). Bref, la donation avec réserve d'usufruit par un donateur domicilié au Royaume-Uni est un coup d'épée dans l'eau et peut se traduire par une double imposition (nue-propriété en France, usufruit au Royaume-Uni).

Pour répondre à la question : on ne voit pas comment la fiducie pourrait être considérée comme autre chose qu'un *trust*. Prudence donc lorsqu'un (domicilié) britannique ou des biens sont situés au Royaume-Uni.

117. Eric Fongaro - Quelques lignes de force se dégagent de la présentation des règles applicables au *trust* au Royaume-Uni. L'institution ne fait l'objet d'aucune définition et apparaît comme un outil de gestion du patrimoine particulièrement souple et malléable, néanmoins soumis à une fiscalité assez rigoureuse. Les internationalistes retiendront également que le *trust* ne répond à aucune figure juridique connue du droit français, si bien que l'institution, *a priori*, ne semble pas pouvoir faire l'objet d'une adaptation en droit français.

Ceci étant observé, le *trust* n'est pas l'apanage des pays de *common law*. Aussi bien se rencontre-t-il également dans quelques pays de la famille romano-germanique.

C. La *stichting* aux Pays-Bas

118. François Barrière - Le droit des Pays Bas peut être ainsi résumé : la flexibilité au service des affaires. C'est un droit attractif, auquel des sociétés françaises ont recours, ce qui peut amener à se demander si le droit français de la fiducie est la panacée ou si certaines possibilités d'amélioration existent.

119. Quels sont les objectifs de la *stichting* ?

Un premier objectif peut être d'isoler, de sanctuariser une activité qui, une fois logée dans une *stichting* n'en bouge en principe pas. L'actualité récente en a fourni deux exemples.

Arcelor, groupe sidérurgique européen, a fait l'objet - il y a quelques années - d'une offre publique non sollicitée (*hostile*) de son concurrent Mittal Steel, société indienne. Arcelor, société française décida de se défendre. Lors de l'annonce par Mittal Steel de son offre publique d'acquisition sur les titres d'Arcelor, Mittal Steel avait indiqué avoir conclu un accord avec ThyssenKrupp portant sur la revente à ce dernier, en cas de succès de son offre publique, de la participation qu'Arcelor venait d'acquérir dans Dofasco, société canadienne qui avait fait l'objet d'une bataille boursière entre ThyssenKrupp et Arcelor, remportée par cette dernière. La cession de cet actif par Arcelor présentait un intérêt stratégique à plusieurs égards pour Mittal Steel qui souhaitait, d'une part, financer l'essentiel de la portion en numéraire de son offre par la cession de Dofasco, d'autre part, résolvait ainsi toute problématique de droit des concentrations en Amérique du Nord, seule zone géographique où tant Arcelor que Mittal Steel disposaient chacune de parts de marché significatives. Arcelor a alors pris la décision de transférer ces actions Dofasco, au sein d'une *stichting* néerlandaise. En conséquence, si Arcelor venait à se faire racheter par Mittal, Mittal se retrouvait à contrôler indirectement, mais à contrôler quand même, l'activité de Dofasco, ce qui était de nature à lui poser des difficultés concurrentielles. Cette conséquence en a fait une redoutable arme anti-OPA.

Second exemple, l'affaire Veolia - Suez en 2021. Veolia a initié une tentative de prise de contrôle de Suez, autre société française, de nature hostile. Quelle a été la parade de Suez ? Suez savait que son activité « eau » en France n'était pas souhaitée par Veolia ; autrement dit, conserver cette activité au sein d'un groupe réunissant les deux entités serait de nature à lui poser des problèmes, notamment de concurrence. En conséquence, Suez a, d'une part, modifié les statuts de la SAS Suez Eau France, prévoyant que, pour vendre l'activité « eau » de Suez Eau France, l'unanimité des associés de la SAS serait requise, d'autre part, une action a été détenue par une *stichting* néerlandaise, dont l'accord serait donc nécessaire afin d'obtenir l'unanimité.

La *stichting* est régulièrement utilisée pour d'autres objectifs. Par exemple, il existe une forte pratique aux Pays-Bas de recours à celle-ci dans le cadre d'écoles, pour organiser des événements culturels et autres. En outre, plusieurs sociétés néerlandaises y ont recours, tel Euronext LV qui est la maison mère d'Euronext Paris. ING, IKEA l'utilisent également : c'est donc une institution juridique très connue.

120. Quelles sont les caractéristiques de la *stichting* ?

On traduit parfois, de manière un peu rapide, le terme « *stichting* » par le terme « fondation ». Ce n'est toutefois pas vraiment une fondation, c'est un produit plus original que cela, qui a un peu la saveur de la fiducie quand on y réfléchit, la *fiducia* romaine rejaillit par certains aspects aussi ; surtout, la *stichting* a une particularité : elle est dotée de la personnalité morale et n'a pas de membres ou associés. En outre, les administrateurs - une fois nommés -, ne sont pas révocables *ad nutum* comme dans le droit des sociétés anonymes français. Cette inamovibilité crée une sécurité, une stabilité de l'enveloppe appelée *stichting*. Très souvent en pratique, une durée déterminée de la *stichting* est prévue, ce qui limite dans le temps ces effets. La lecture de documents publics révèle par exemple des durées de 4 ans de certaines d'entre elles. Il est en outre possible de prévoir qu'en cas de survenance de certains événements, la *stichting* sera désactivée, permettant en quelque sorte de revenir en arrière dès lors que le contrat a prévu certaines conditions, certaines clauses, amenant à un retour des biens aux constituants de manière anticipée.

Un élément caractéristique clé est l'autonomie de la structure : une fois que les biens lui ont été transférés, ils sont hors de portée d'autrui en principe. Cette structure est sur ce point remarquablement efficace, là où le droit français avec l'alinéa 1^{er} de l'article 2028, qui dispose que le constituant peut révoquer la fiducie, peut apparaître moins compétitif. Car, en reprenant l'exemple des deux sociétés françaises qui y ont eu recours comme arme anti-OPA, il aurait été difficile, voire impossible, de leur proposer une institution dans laquelle chacune aurait transféré les actions ou activités en cause, si, lors de la prise de contrôle de l'initiateur de l'offre publique d'acquisition, celui-ci aurait pu révoquer en contrôlant le constituant de la fiducie : l'intérêt n'est pas du tout le même et il y a peut-être des réflexions à avoir en termes d'attractivité de la loi française sur cet aspect-là. Pour que la fiducie puisse être une arme anti-OPA efficace, il est nécessaire de neutraliser toute possibilité pour l'initiateur de l'offre publique de révoquer le contrat de fiducie, qui sinon ne jouera qu'un rôle très imparfait de « coffre-fort ».

121. Comment fonctionne la *stichting* ?

La *stichting* a un mode de fonctionnement assez simple et efficace. Elle implique un constituant, un peu comme dans la fiducie, qui va transférer la propriété de biens à la *stichting*. Puis, à la différence du fiduciaire qui ne peut être qu'une personne répondant à certaines qualifications ou catégories, un conseil d'administration va gérer la *stichting*. Par exemple, pour reprendre un exemple déjà cité précédemment, il peut être composé d'un ancien salarié de la société française, un représentant du personnel de la société française (qui n'a pas envie qu'elle soit rachetée par une entreprise étrangère) et un avocat de l'entreprise. Avec un tel conseil d'administration, les décisions vont être assez sécurisées : si jamais l'un des administrateurs changeait d'avis à un moment, il est probable que la majorité des autres resteront dans la droite ligne pendant les 4 ans de la durée de vie de la *stichting*. Il n'y a pas de membres, d'actionnaires, ce qui la rapproche tout de même de la fiducie. Somme toute, l'institution joue alors le

rôle d'un « coffre-fort », permettant de sanctuariser des actifs. La *stichting*, personne morale, jouit d'une existence autonome garantie par l'inamovibilité de ses administrateurs : une fois effectué le transfert de l'actif sanctuarisé à la *stichting*, celui-ci ne peut être récupéré par le constituant que conformément aux statuts de celle-ci, qu'il a lui-même rédigés.

Quant à la fiscalité, elle n'est pas un frein lors des entrées et sorties en *stichting*, lors des différentes cessions. L'attractivité fiscale des Pays-Bas est sans doute une réalité, même s'il y a eu des avancées en droit fiscal français au cours des dernières années. Unibail-Rodamco, qui était une société du CAC 40, a pris le contrôle de Westfield, société dont le siège était en Australie, s'est alors délocalisée aux Pays-Bas : là aussi, les Pays-Bas ont réussi à créer une attractivité.

122. Eric Fongaro - La *stichting* illustre parfaitement l'enjeu de la traduction en droit comparé. La *stichting* est-elle une fiducie, une fondation, ou bien une simple « enveloppe » ? La présentation de la *stichting* néerlandaise illustre également le fait que le *trust* et la fiducie ne constituent pas l'*alpha* et l'*omega* du patrimoine d'affectation. D'autres figures juridiques existent, dont l'attractivité, tant en droit civil qu'en droit fiscal, a bien été perçue par les acteurs du commerce international.

D. Le *trust* et les autres institutions fiduciaires en Italie

123. Massimo di Terlizzi - Le *trust* est une institution reconnue en Italie grâce à la ratification de la convention de La Haye, en vigueur en Italie depuis 1992. Il s'agit donc d'une institution reconnue par la réglementation italienne (des trusts ont été constitués en utilisant surtout les réglementations anglaise et israélienne), mais pas réglementée par une loi italienne spécifique.

Il y a cependant certaines exigences à respecter : la loi sur la succession *ex lege*³¹, le règlement européen sur les successions, la protection des droits des tiers/créanciers³².

On distingue les *trusts* libéraux et les *trusts* entrepreneuriaux. Les libéraux sont les trusts classiques, qui comprennent entre autres le *trust* familial, le *trust* testamentaire et le *trust* caritatif. Dans les *trusts* entrepreneuriaux, on trouve les *trusts* de garantie³³ et les *trusts* de liquidation³⁴, mais les plus utilisés sont les *voting trusts* : certains associés constituent un trust auquel ils transfèrent leurs quotes-parts pour régler l'exercice du droit de vote dans l'assemblée.

31 Même si la propriété légale passe au *trust*, cela ne change rien au niveau de la succession. En Italie, seuls 25 % de la succession peuvent être hérités par un tiers à la famille. En cas de transfert de ses biens à un *trust*, il n'est pas possible de prévoir que les bénéficiaires économiques finaux seront des tiers à 50 % et la famille à 50 %.

32 L'acte d'attribution des biens en *trust* est révocable si l'on est conscient du préjudice causé aux créanciers du donneur d'ordre (action révocatoire). En cas de préjudice et à certaines conditions, le créancier peut entreprendre une action exécutoire (sans passer pour l'action révocatoire) à condition que cela soit entrepris dans un délai d'un an depuis la création du *trust*.

33 Créé afin de bloquer un bien, ou une somme en garantie d'une créance.

34 A pour but de liquider la totalité ou une partie du patrimoine de la société, afin de satisfaire les créanciers et éviter l'insolvabilité.

On distingue également les trusts discrétionnaires et non discrétionnaires : au niveau fiscal il n'y a pas de différence. Dans un trust discrétionnaire, le trustee peut distribuer les bénéfices comme il le souhaite, alors que dans le non discrétionnaire il doit suivre les directives données par le *settlor*.

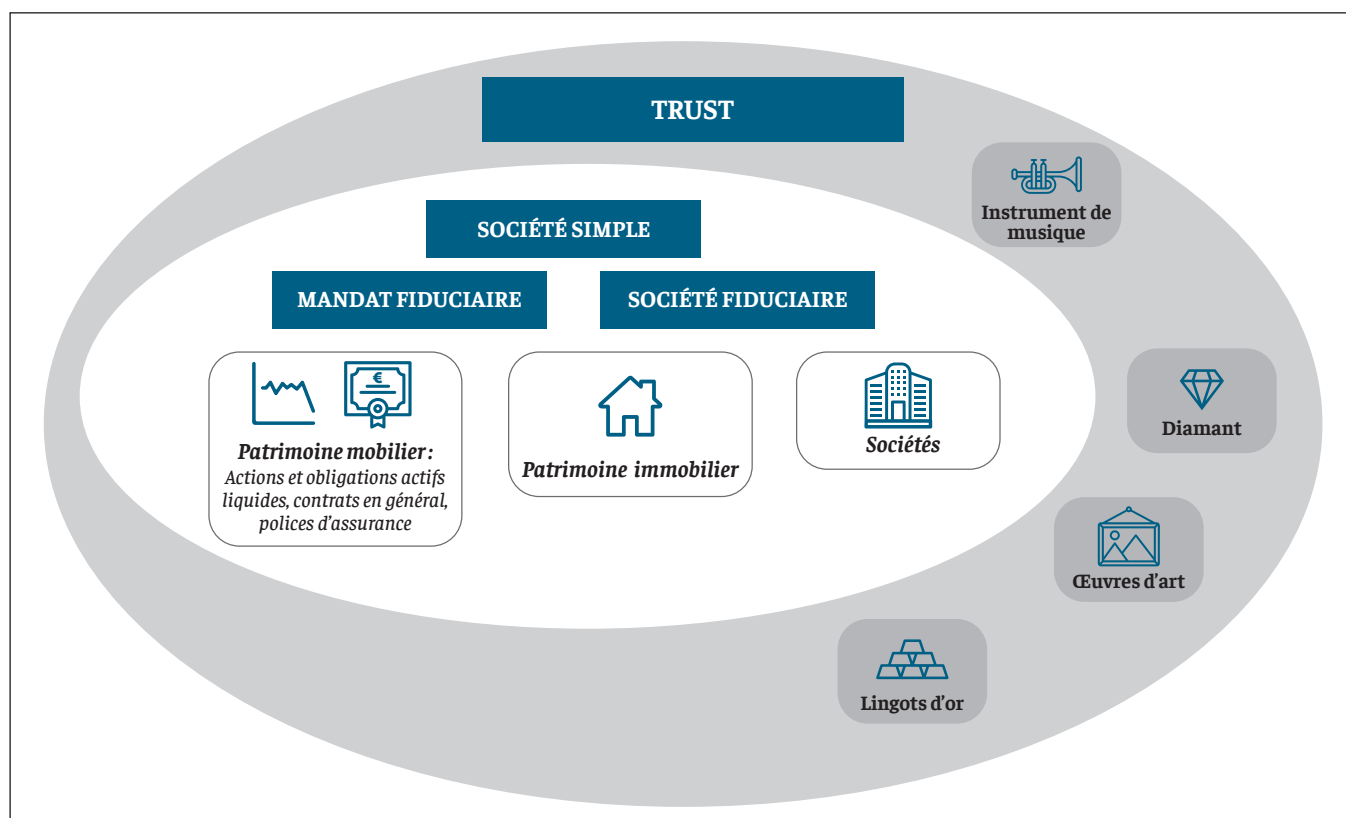
124. Le fait de transférer la propriété de ses biens ne fait pas partie de la culture italienne, aussi existe-t-il d'autres institutions fiduciaires, réglementées dans tous leurs aspects par la loi italienne, avec lesquelles on arrive plus ou moins au même résultat qu'avec un *trust* et peuvent même constituer une meilleure solution que le *trust* :

- la **société fiduciaire** : elle administre les biens pour le compte de tiers, la propriété légale reste chez le bénéficiaire ; c'est un moyen d'interposer une personne pour garder la confidentialité du nom du bénéficiaire économique, les seules personnes qui le connaissent étant la banque d'Italie et l'administration fiscale ; on distingue les sociétés avec une administration stable (administration et surveillance du patrimoine) ou dynamique (attribution de pouvoirs plus larges de disposition sur le patrimoine) ;

- le **mandat fiduciaire** (ou contrat de gestion fiduciaire) : c'est un contrat atypique reconnu au niveau législatif par la loi n° 112/2016, avec lequel la propriété des biens est transférée à une autre entité (société ou personne physique) qui va gérer les biens ; pour qu'il soit valable, la loi exige qu'il soit destiné à réaliser des intérêts dignes de protection ; il est très utilisé quand il y a des personnes incapables, qui ont un grand handicap ; la famille donne un patrimoine à une institution, qui va le gérer pendant la vie de la personne handicapée, puis la propriété revient à l'institution au décès de celle-ci ;

- la **société simple** : société qu'il est possible de constituer sans passer devant notaires. L'inscription à la chambre de commerce n'est pas possible. À part l'administration fiscale, personne n'en connaît les bénéficiaires économiques. Elle est utilisée surtout comme véhicule pour la détention et la gestion de patrimoines de famille, pour l'immobilier et pour les participations de sociétés.

125. Le choix de l'institution pertinente peut varier en fonction du type de bien apporté :



126. Les mécanismes de constitution des *trusts* et des institutions fiduciaires italiennes sont les suivants :

- *trust* : constitué par acte écrit, par des personnes physiques ou morales, en utilisant la réglementation étrangère. La pratique italienne a tendance à stipuler un acte public ou un acte sous seing privé authentifié s'il s'agit de biens meubles enregistrés ou de biens immobiliers. On y établit la durée du *trust*, les bénéficiaires, les pouvoirs conférés au *trustee*, et les directives pour l'administration des biens.

- société fiduciaire : elle naît d'un contrat par lequel le transférant transfère un droit au fiduciaire, qui a l'obligation de l'exercer pour satisfaire les intérêts du transférant ; la propriété du droit reste au transférant tandis que le fiduciaire agit sur la base des directives données par le premier.

- mandat fiduciaire : contrat qui prévoit l'intervention des personnes suivantes : i) le *settlor*/fiduciant, qui définit le programme et effectue l'apport initial des biens ; ii) le fiduciaire, qui s'oblige vis-à-vis du *settlor*/fiduciant à mettre en œuvre

un programme en faveur des bénéficiaires ; iii) le bénéficiaire, qui tire avantage de l'exécution du mandat ; iv) le garant, non indispensable, qui surveille l'activité du fiduciaire.

- société simple : constituée moyennant un acte unilatéral, normalement l'acte notarié n'est pas nécessaire ; l'inscription à la chambre de commerce n'est pas possible.

127. Sur le plan fiscal, le régime est le suivant s'agissant des institutions fiduciaires italiennes :

- mandat fiduciaire : la loi dite « *Dopo di Noi* » a introduit d'importants avantages fiscaux applicables aux instituts fiduciaires pour les personnes handicapées, entre autres l'exemption de l'impôt sur les successions et donations, à condition que l'acte soit rédigé sous forme publique et que l'institut fiduciaire ait comme but exclusif l'inclusion sociale ;

- société fiduciaire : agit en qualité de substitut d'impôt et applique les impôts prévus par la réglementation fiscale italienne ; le revenu est donc déterminé en appliquant les mêmes règles prévues pour les personnes physiques ;

- société simple : établit le revenu imposable total comme somme des revenus appartenant à chaque catégorie de revenus. Ce revenu est ensuite attribué aux associés pour qu'il soit soumis à la taxation sur les personnes physiques. On estime que les transferts de parts de sociétés simples sont exempts de l'impôt de succession à condition qu'elles soient détenues par l'héritier pendant au moins cinq ans.

128. L'administration fiscale italienne distingue deux catégories de *trusts* pour les impôts directs :

- les *trusts* opaques, qui ne déclarent pas au fisc les bénéficiaires économiques : toute l'imposition fiscale est effectuée au niveau du *trust* ;

- les *trusts* transparents : les bénéficiaires économiques sont déclarés et la taxation s'effectue à leur niveau.

Pour les impôts de succession, sur la base des récentes orientations de la jurisprudence et en considérant l'ouverture démontrée par le Bureau des Impôts :

- l'acte constituant le *trust* et tout autre acte de cession, initial ou successif, est uniquement soumis au droit d'enregistrement fixe ;

- les actes par lesquels l'on confère aux bénéficiaires les biens placés dans un *trust* sont soumis aux impôts proportionnels sur les successions et donations.

Tant que les biens restent dans le *trust*, la taxe sur les successions n'est pas due.

129. Eric Fongaro - L'examen du droit italien illustre qu'une coexistence du *trust* et de la fiducie n'est pas inconcevable. La convention de La Haye du 1^{er} juillet 1985 relative à la loi applicable au *trust* et à sa reconnaissance, ratifiée par l'Italie, n'a pas empêché cet État d'organiser diverses « institutions fiduciaires », telles que les sociétés fiduciaires, le contrat de gestion fiduciaire, ou bien de permettre la constitution de sociétés simples constituées à des fins de « coffre-fort » des familles. Il n'existe donc pas d'opposition radicale entre le *trust* et la fiducie. Il n'en demeure pas moins que la pratique italienne, à ce jour, tend à préférer le recours aux institutions fiduciaires plutôt qu'au *trust*.

E. La fiducie et le *trust* en droit suisse

130. Julien Tron - Notre droit est d'inspiration très française mais aussi très germanique. C'est intéressant de parler avec des juristes français parce que souvent on se sent chez soi et souvent on se sent très loin ! Nos fiducies se ressemblent dans une certaine mesure mais vous essayez en France de l'amener très loin ; en revanche, là où nous sommes encore très loin c'est sur l'utilisation des *trusts* puisque les *trusts* sont très utilisés en Suisse, dans une dimension de niche malgré tout mais ils sont reconnus et on peut en discuter facilement avec l'administration, surtout l'administration fiscale.

131. La fiducie est l'exercice en nom propre par un mandataire (fiduciaire) d'un droit de propriété ou de créance pour le compte d'un tiers, avec charge d'exécuter en vertu d'un contrat de mandat les instructions de celui-ci (fiduciant). Elle n'est pas codifiée, c'est une simple déduction de la jurisprudence du Tribunal fédéral (équivalent suisse de la Cour de cassation). Elle n'est pas utilisée dans un cadre de planification successorale, seulement dans un contexte de droit financier, au niveau de placements fiduciaires qui sont une partie très importante de l'activité bancaire en Suisse. On confie des fonds à placer surtout à des institutions à l'étranger pour diminuer l'exposition du compte suisse. C'est le seul cas d'ailleurs qui a été légèrement codifié avec une disposition de la loi sur les banques suisses qui prévoit qu'en cas de faillite de la banque il y a un droit de distraction du bénéficiaire de ces fonds pour éviter que cela tombe dans la masse en faillite de la banque.

La raison principale du peu d'utilisation de la fiducie est qu'il y a un vrai transfert de propriété du fiduciant au fiduciaire, donc si ce dernier meurt, tombe en faillite ou disparaît, les fonds ne retournent pas au fiduciant, qui n'a qu'un simple droit de réclamer ce qui lui est dû.

132. S'agissant des *trusts*, la convention de La Haye a été ratifiée par la Suisse en 2007, donc cela fait 15 ans que les *trusts* sont reconnus en Suisse, que des dispositions en droit interne ont été implémentées pour que cette reconnaissance soit effective, au niveau de la détention de biens immobiliers, de certaines protections des bénéficiaires des *trusts* en cas de faillite du *trustee* avec un droit de distraction clairement codifié cette fois et qui vaut sur un plan général. Il y a donc un environnement favorable au *trust*.

133. Il n'y a pas un droit suisse du *trust*, c'est en discussion (V. ci-dessous). Nous utilisons le *trust* soit des îles anglo-normandes soit d'Israël (*trusts* de Guernesey et de Jersey dans 90 % des cas). La Suisse est une place de *trusts* très importante grâce à Zurich mais surtout Genève où se concentrent une partie très importante des *trustees*. 30 % de la fortune mondiale, dit-on, est gérée depuis la Suisse donc il est logique qu'une partie très importante des *trustees* s'y soient installés, surtout à partir de la mise en place de l'échange automatique d'informations qui ne légitimait plus la présence du *trustee* dans un pays et la présence de l'argent dans un autre pays. Ce n'est pas seulement une question de fiscalité ; c'est vraiment parce qu'il y a un écosystème favorable, avec des places (Genève et

Zurich) efficaces pour ce type d'activités, un dialogue facile avec les autorités et une bienveillance de leur part afin de favoriser l'installation de cette activité en Suisse.

Un juriste suisse ne maîtrise évidemment pas à 100 % ce droit des *trusts* parce que ce n'est pas son droit, ce n'est pas du droit continental, mais par la force des choses il est amené à se familiariser avec ces concepts et surtout à les traduire et à les rendre accessibles à un autre système pour qu'il y ait une compatibilité, surtout au niveau fiscal. La pratique ou la présence de *trust* est à ce point importante qu'il y a une circulaire du fisc fédéral suisse (CSI 30) qui essaye de rendre compatible la mise en place d'un *trust* avec un droit fiscal qui par certains aspects ressemble beaucoup au droit français (il y a encore l'ISF dans la plupart des cantons au niveau mobilier et immobilier, des impôts sur le revenu, mais pas d'impôt sur les gains en capitaux).

Comment faire pour que le *trust* soit compatible avec le système fiscal ? C'est souvent un défi, mais que l'on arrive à maîtriser grâce à un outil très exotique pour les juristes français, à savoir des accords que l'on peut trouver avec les autorités fiscales qui restent à tout moment ouvertes au dialogue. Nous appelons ces accords des *rulings* : on décrit une situation, on expose une analyse juridique, fiscale et on demande au fisc de souscrire à cette analyse pour faire en sorte qu'à l'avenir ce qui est écrit soit respecté et l'on ne puisse plus revenir en aucune circonstance sur ce qui a été accepté et convenu. L'avantage de pouvoir vendre la certitude juridique aux clients n'a pas de valeur, et finalement parfois avec un effort moindre on évite des problèmes très importants. C'est un avantage considérable de notre système.

Une distinction importante doit être effectuée selon que la création d'un *trust* par le *settlor* intervient lorsqu'il était ou n'était pas déjà résident fiscal en Suisse, ce dont s'ensuivent différentes conséquences. Une distinction existe également entre les *trusts* discrétionnaires ou non, irrévocable ou non. Ces concepts sont souvent très flexibles, peut-être même trop flexibles d'un point de vue anglo-saxon. Mais si le *settlor* réalise un vrai transfert de propriété, c'est-à-dire se sépare vraiment de son patrimoine en faveur d'un bénéficiaire, nous le reconnaissons parce que l'on constate une vraie perte de pouvoir. En revanche, quand cette perte de pouvoir est fictive, nous continuons d'attribuer fiscalement les fonds sous *trust* au *settlor* et non pas au bénéficiaire.

Le modèle suisse est donc finalement assez pragmatique, ce qui permet une flexibilité formidable et une attractivité pour les étrangers, surtout les anglo-saxons qui ont des intérêts et une présence souvent très importantes en Suisse. En matière de successions, la *professio juris* existe en Suisse depuis des décennies déjà, ce qui permet aussi par exemple, de soumettre une succession au droit anglais pour un national anglais et de créer un *trust*, ce qui est la voie maîtresse qui s'impose pour des successions en Angleterre, tout en faisant reconnaître qu'il ne s'agit pas d'une donation taxable en Suisse, tout ceci en vendant une sécurité juridique aux clients.

134. La présence des *trusts* est à ce point importante qu'il est actuellement question d'introduire désormais un *trust* dans le droit suisse, en créant une section *ad hoc* dans le code des

obligations. Il s'agirait de quelques articles qui codifieraient, à l'instar de la création d'une société ou d'une fondation, la création, le *settlement* d'un *trust* en continuant par ailleurs à utiliser les noms anglais sans tomber dans une volonté de traduire, ce qui serait compliqué. La Suisse compte en effet 4 langues nationales et 3 langues officielles, donc il paraît sage de rester aux termes de *settlor*, de *trustee*, de bénéficiaires, etc. pour éviter toute complication excessive.

Cette fois, il n'est pas possible de vendre la sécurité juridique, car le projet est loin d'être définitif. Il est à ce stade soumis aux discussions des chambres fédérales. Le projet est donc abouti mais toujours susceptible de modifications par les deux chambres du Parlement, et même si cela semble improbable, il peut être soumis à un référendum populaire si 50 000 Suisses le réclament.

Fera-t-on davantage de *trusts* avec un *trust* suisse ? La question reste ouverte, car l'écueil fiscal demeure à éviter. L'administration fiscale propose des mises à jour de sa circulaire pour qu'elle soit compatible avec ce projet de *trust* de droit suisse, ce qui le rendra probablement moins intéressant. La première proposition de l'administration est problématique : pour un *settlor* résident fiscal suisse, il s'agirait de taxer la constitution du *trust*, de taxer les fonds pendant qu'ils sont dans le *trust*, et de les taxer encore une fois lors de la distribution, ce qui est évidemment rédhibitoire. Cette approche sera probablement modifiée, et l'outil du *ruling* fiscal restera sans doute nécessaire pour dissiper certaines incertitudes.

135. Eric Fongaro - L'étude du droit suisse s'avère particulièrement stimulante dans une perspective comparatiste.

Si la France a codifié la fiducie, et connaît du *trust* par le prisme du droit international privé et du droit fiscal, si l'Italie connaît du *trust* au travers de la convention de La Haye de 1985, mais dispose surtout d'institutions fiduciaires propres à cet État, il apparaît qu'en Suisse, si la fiducie a un champ d'application assez réduit, le *trust* se voit particulièrement bien appréhendé grâce à la ratification de la convention de La Haye, dont la mise en œuvre pourrait avoir une influence telle sur le droit helvétique qu'une codification du *trust* dans le code des obligations est à l'étude. Le droit suisse illustre encore, s'il en était besoin, combien le droit fiscal, dans bon nombre d'États, appréhende le *trust* avec beaucoup de précision.

F. Les trusts et autres institutions à Singapour et au Liechtenstein

136. Marine Dupas - Sans être spécialistes du droit de Singapour et du Liechtenstein, les fiscalistes français rencontrent dans la pratique les droits de ces deux places, qui exportent énormément leur modèle.

137. Singapour est une des grandes places du *trust* pour plusieurs raisons. Le pays est empreint de *common law* qui connaît le *trust* avec une distinction classique entre « *legal interest* » et « *equitable interest* », il a signé des traités fiscaux avec plus de 70 juridictions, il applique le modèle OCDE et fait partie des juridictions coopératives et par ailleurs connaît

une extrême stabilité politique. Tout ceci génère une forte confiance lorsqu'il s'agit de constituer des institutions censées perdurer sur plusieurs générations.

Un avantage important également réside bien entendu dans l'existence du « *Singapour foreign trust* », qui peut paraître contradictoire : il s'agit bien d'un *trust* soumis à la loi locale de Singapour, avec un *trustee* singapourien mais qui est considéré comme un *trust* étranger pour la fiscalité locale lorsque le constituant, les bénéficiaires, les actifs ne sont pas résidents à Singapour. Le *trust* lui-même ne va pas être soumis à la moindre fiscalité localement, c'est une enveloppe neutre. Singapour est donc beaucoup utilisé par des non résidents à Singapour, principalement asiatiques mais aussi moyen-orientaux ou même européens).

Dernière raison du succès de Singapour : c'est un pays d'institutions financières, donc il y a une offre très importante de *trustees* institutionnels, réglementés localement, soumis à habilitation, ce qui contribue à renforcer la confiance du constituant.

Une fois constitué, le *trust* fonctionne localement comme les *trusts* anglais. En pratique, il s'agit plutôt de *trusts inter vivos* constitués avec un *trust deed*, dans beaucoup de cas irrévocables et discrétionnaires : les pleins pouvoirs sont donc confiés au *trustee* (une institution financière), le *trust deed* étant accompagné de la fameuse *letter of wishes*, la lettre de souhaits, par laquelle le constituant va indiquer au *trustee* : « vous avez les pouvoirs discrétionnaires et vous ferez comme bon vous semble mais si jamais vous avez besoin d'inspiration, je vous donne quelques guides sur ce que j'aimerais, sur ce que je souhaite, ce que je trouverais bien ». Par exemple, on voit beaucoup en pratique : « idéalement après mon décès si ma femme pouvait avoir les revenus du *trust*, je préférerais ensuite que ce soit des charités qui bénéficient du capital mais si jamais mes enfants avaient besoin de fonds pour finir leurs études où étaient dans une situation médicale qui nécessitait des soins je vous autorise à utiliser ce capital ». Le *trust* de Singapour est généralement utilisé à des fins de planification successorale dans le but de conserver le patrimoine pour les générations futures, et aussi à des fins philanthropiques avec des institutions listées dans les bénéficiaires. D'un point de vue du fonctionnement, on retrouve donc ici la relation fiduciaire triangulaire assez classique.

138. Le Liechtenstein, qui a ratifié la Convention de La Haye, est un peu plus « exotique » en ce qu'il mélange une inspiration anglo-saxonne avec du droit civil, et connaît ainsi des institutions permettant de créer un patrimoine d'affectation avec ou sans personnalité morale. Il existe le *trust* classique, la *registered trust enterprise*, la fondation privée (la *stiftung*, à ne pas confondre avec la *schifting*) et l'*anstalt* qui dans certaines configurations peut être utilisée de la même manière.

Le *trust* de base est d'inspiration anglo-saxonne, on y retrouve la relation fiduciaire triangulaire classique, sans spécificité.

La *registered trust enterprise* fonctionne comme le *trust* classique, sauf que si celui-ci a un objet civil, celle-là peut potentiellement développer une activité commerciale. Elle est donc immatriculée et a un objet commercial.

Les deux institutions les plus éloignées de nos conceptions sont la *stiftung* et l'*anstalt*. La *stiftung* est une fondation privée, qui n'a pas un but caritatif³⁵. Elle a une personnalité morale, est enregistrée en tant que telle, mais elle n'a pas d'actionnaires ou associés, son capital n'est pas divisé en actions ou en parts sociales. Elle est créée par un constituant, un *funder*, puis administrée par son conseil de fondation, un *board*, et peut avoir ou non des bénéficiaires. Parfois elle n'aura qu'un but et pas de bénéficiaires listés, parfois elle aura des bénéficiaires listés, le fondateur pouvant en faire partie. Cela ressemble alors à une relation fiduciaire triangulaire classique.

L'*anstalt* est également une personne morale, immatriculée en tant que telle, mais qui peut avoir des actionnaires, ou non. Lorsqu'elle n'en a pas, on retrouve le schéma vu précédemment avec la *stiftung* avec une relation triangulaire et fiduciaire où le conseil de l'*anstalt* va gérer et administrer les biens de l'*anstalt* au profit d'un but ou de bénéficiaires.

139. Du point de vue fiscal français, toutes ces entités juridiques vont être englobées dans la définition du *trust* prévue à l'article 792-0 bis du code général des impôts. Cette définition est issue de la convention de La Haye mais elle est extrêmement large (pour l'application du CGI) : « on entend par *trust* l'ensemble des relations juridiques créées dans le droit d'un État autre que la France [elle ne s'applique pas à la fiducie française, bien entendu] par une personne qui a la qualité de constituant par actes entre vifs ou à cause de mort en vue d'y placer des biens ou des droits sous le contrôle d'un administrateur, dans l'intérêt d'un ou de plusieurs bénéficiaires ou pour la réalisation d'un objectif déterminé ». Les commentaires de l'administration fiscale au BOFiP viennent préciser : « considérées comme *trust* toutes les relations juridiques répondant à cette définition, quelles que soient leur appellation effective ou les caractéristiques du *trust* (qu'il soit révocable ou non, discrétionnaire ou non, doté ou non de la personnalité morale, notamment). Ainsi, des entités ne reprenant pas l'appellation de « *trust* » entreront dans le champ d'application de la loi dès lors que les relations créées en leur sein répondront à la définition de l'article 792-0 bis du CGI. »³⁶. Les règles fiscales française vont donc englober toutes les structures étrangères évoquées ci-dessus dès que l'un des membres (un constituant, un bénéficiaire ou un administrateur) ou un actif est en France.

140. Eric Fongaro - Les exemples du Liechtenstein et de Singapour illustrent une fois encore l'influence de la *common law* sur l'implantation du *trust* dans certains systèmes juridiques. Toutefois, à la différence de Singapour, le droit du Liechtenstein s'inspire également du droit civil des pays romano-germaniques, ce qui montre, s'il en était encore besoin, combien les frontières entre les grandes familles juridiques sont finalement assez poreuses.

³⁵ Au Liechtenstein, une *summa divisio* distingue les *common foundations* qui ont des buts caritatifs et les *private foundations*, qui n'ont rien à voir avec un but caritatif et sont utilisées comme des *trusts* en réalité, dont le patrimoine est un patrimoine privé et les bénéficiaires ne sont pas des associations à but caritatif.

³⁶ BOI-DJC-TRUST, 30 mars 2022, § 40.

II. Droit international privé

TABLE RONDE ANIMÉE PAR :



Marie GORÉ

Professeure à l'Université Panthéon-Assas
Directrice de l'Institut de droit comparé

INTERVENANTS :



Eric FONGARO

Professeur à l'Université de Bordeaux



Sara GODECHOT-PATRIS

Professeure à l'université Paris-Est Créteil



Hélène PEISSE

Notaire associée, Responsable du service international,
SELARL Ducamp-Monod & Associés



Stéphanie AUFÉRIIL

Avocate associée, cabinet Arkwood SCP



Marie-Lorraine HENRY

Avocate associée, Département Droit du patrimoine,
Fidal Paris



Marie QUÉVREUX

Avocate associée, Département Droit fiscal, Fidal Paris

141. Marie Goré - Le droit international privé assure de la plus belle manière la synthèse de ce colloque en raison de sa fonction de coordination des systèmes juridiques entre eux, coordination qui exige de découvrir le noyau dur des institutions et concepts, pour en assurer l'intégration dans le système juridique, en l'occurrence le système juridique français. La validité d'une institution étrangère, sa reconnaissance, ou tout

simplement sa pleine efficacité seront ou non consacrées. En particulier, lorsque nous sommes en présence d'une institution inconnue du système juridique français, inconnue au sens où le *trust* n'existe pas en tant que tel, les questions sont nombreuses : quelle est l'efficacité des pouvoirs d'un *trustee* en France ? Quelle est l'efficacité d'un *trust* étranger sur des biens situés en France ? Comment adapter un *trust* à la loi successorale française, ou au droit des biens ou de la publicité foncière ?

Il s'agit bien là de coordonner des systèmes juridiques entre eux, mais plus encore le droit international privé apparaît une nouvelle fois - Bartin l'énonçait déjà en son temps - comme le révélateur des évolutions du droit interne, de ses résistances éventuelles, mais aussi de son acquis. Précisément, nous allons apprendre beaucoup du droit international privé tant sur le plan civil que sur le plan fiscal, parce que se dessinent, semble-t-il, des avancées considérables dont il nous faut prendre toute la mesure.

Cette table ronde, alternant théorie et pratique, est organisée en trois temps. Le premier concerne la qualification, l'appréhension de l'institution du *trust* dans le système juridique français, les difficultés d'articulation, certes, mais surtout la réalisation des articulations, entre le *trust* étranger et le droit des successions et des biens français (A). Dans un deuxième temps, la fiscalité mérite toute notre attention : le droit français encadre-t-il le *trust* de manière complaisante ? Un soupçon de fraude est-il toujours latent ? (B) Dans un troisième temps, nous nous interrogerons sur la vocation internationale de notre fiducie (C).

A. L'appréhension du *trust* dans le système juridique français

1° Validité et reconnaissance d'un *trust* constitué à l'étranger

142. Sara Godechot-Patris - Il s'agit à présent d'appréhender le *trust* dans un contexte international, en démystifiant cette question d'un point de vue théorique avant que les praticiens présentent leur point de vue.

Les choses sont plus simples qu'elles n'y paraissent au premier abord. Certes, le *trust* est une institution étrangère à l'ordre juridique français et le demeurera car il repose sur un dédoublement du droit de propriété qui est étroitement lié à l'histoire de l'Angleterre et à la distinction entre *equity* et *common law*. Pour autant, l'extranéité du *trust* ne doit pas être dressée comme un obstacle à son acclimatation dans l'ordre juridique français, dès lors que l'opération s'inscrit dans un contexte international.

Cette extranéité du *trust* par rapport à l'ordre juridique français pose deux questions au praticien. La première est celle de sa validité : il est évident que le *trust* ne pourra déployer ses effets que s'il a été valablement constitué. Mais la validité du *trust* ne présente en tant que telle qu'un intérêt relativement limité. Car la question essentielle est celle de savoir dans quelle mesure le droit français est à même de limiter ou de réguler l'efficacité du *trust* à raison des liens qu'il entretient avec l'ordre juridique français, liens qui peuvent être d'ordre personnel (nationalité ou résidence en France du

constituant ou des bénéficiaires) ou réel (biens mis en *trust* situés en France). L'intégrité de chaque système juridique doit être préservée dans la mesure du possible. C'est la deuxième question, celle de la reconnaissance du *trust*.

♦ Validité du *trust*

143. À dire vrai, la question de la validité du *trust* n'en est pas une. Elle n'a que rarement été discutée devant les juridictions françaises, ce qui ne surprend guère tant on peine à voir comment elles pourraient être le juge naturel du *trust*. L'arrêt de *Ganay* rendu le 10 janvier 1970 par la Cour d'appel de Paris³⁷ est sans doute l'exception qui confirme la règle : c'est un des rares arrêts où la nullité d'un *trust* en application de la loi française fut requise.

Si les juges français voient un *trust* surgir dans un contentieux, c'est donc de manière dérivée et à raison du polymorphisme du *trust*. Compétents pour régler une succession, ils devront s'interroger sur l'impact d'un *trust* constitué par le défunt sur ledit règlement (tant civil que fiscal). Appelés à connaître d'une mesure de protection relative à un mineur, ils devront s'interroger sur son articulation avec le *trust* dont il serait le bénéficiaire.

Ceci étant, s'interroger sur la détermination de la loi applicable au *trust* ou plus précisément sur l'identification de la règle de conflit applicable au *trust* n'est pas dénué de tout intérêt. Car cela permet de se rendre compte de la manière dont les professionnels du droit se sont saisis de cette institution étrangère à notre ordre juridique et de mesurer ainsi le risque de dénaturation auquel elle s'expose. Or l'analyse de la jurisprudence montre que les praticiens ont bien pris la mesure de la spécificité du *trust* et en ont tiré les conséquences sur le terrain de la loi applicable. Et cela ne date pas d'aujourd'hui.

144. Analyse du *trust* - Déjà en 1975, le TGI de Bayonne relevait que « *le trustee est plus qu'un administrateur ou un mandataire ; il doit être considéré comme ayant, à un certain moment la propriété des biens héréditaires ; le trustee est un propriétaire dont les prérogatives sont limitées par l'acte de constitution du trust et par les règles de l'equity* »³⁸.

Plus récemment, la Cour d'appel de Paris, dans un arrêt du 11 mars 2005³⁹ a pu souligner que « *le trustee dispose de la propriété juridique des biens et que les bénéficiaires du trust ne sont titulaires que de la propriété de jouissance leur permettant de percevoir les revenus des biens confiés au trustee ; ce dernier lorsqu'il agit en justice comme le droit anglais le lui permet le fait non en qualité de représentant mais en raison de la propriété juridique des biens dont il est titulaire* ».

Les juges, pour mieux se saisir du mécanisme, n'hésitent pas non plus à se référer à la Convention de La Haye du 1^{er} juillet 1985 et à la définition du *trust* qu'elle contient, même si ce texte n'est pas applicable en France. Un arrêt de la chambre criminelle du 6 janvier 2021⁴⁰ l'illustre.

C'est dire que les praticiens ont bien conscience que le *trust* est irréductible à une institution de droit français.

145. Identification de la règle de conflit compétente - En ont-ils tiré des conséquences sur le terrain de la détermination de la règle de conflit applicable au *trust* ? En effet, si le *trust* est irréductible à une catégorie juridique existante en droit français, il faut admettre qu'il soit soumis à une règle de conflit qui lui est propre.

Il est difficile d'apporter une réponse tranchée, car la question de la détermination de la loi applicable au *trust* n'a jamais été abordée de front par la jurisprudence depuis l'arrêt de *Ganay* de 1970. Dans cet arrêt, rappelons que la cour avait affirmé que « *la convention de trust, au moyen de laquelle ont été réalisées des libéralités à cause de mort, constitue un contrat synallagmatique relevant non de la loi successorale mais de la loi d'autonomie, c'est à dire de la loi sous l'empire de laquelle les parties ont entendu se placer* ».

Depuis, la question de la loi applicable au *trust* est abordée le plus souvent de manière incidente. Ainsi dans un arrêt rendu en 2009⁴¹, la Cour de cassation se borne à prendre acte du fait que le *trust* américain était régi par la loi de l'État de New York. De la même manière, dans un arrêt du 6 novembre 2019⁴², la Cour relève au détour de sa motivation, et sans plus de justification, que la conformité de l'acte constitutif de *trust* au droit de la province d'Ontario n'était pas discutée. Il est probable que dans ces deux affaires les juges s'en sont remis à la clause de choix de loi contenue dans le *deed act*.

146. L'étape de qualification préalable permettant d'identifier la loi applicable au *trust* semble ainsi désormais passée sous silence et le principe de l'autonomie de la volonté indirectement acté. Mais pouvait-il en aller autrement sans aller à rebours des prévisions légitimes des parties ? La clause de choix de loi est, pourrait-on dire, une clause de style dans les actes constitutifs.

Il n'empêche que si l'ordre juridique français venait à se doter d'un instrument en la matière, cela pourrait rassurer les praticiens notamment ceux qui œuvrent en dehors des prétoires ou ceux que le *trust* effraie, faute d'y avoir été suffisamment familiarisés.

La convention de La Haye du 1^{er} juillet 1985 sur la loi applicable au *trust* et à sa reconnaissance, signée par la France il y a un certain nombre d'années, pourrait toujours être ratifiée. La France s'y était refusée à l'époque pour des considérations fiscales, le *trust* étant à tort assimilé à un instrument d'évasion fiscale. À l'occasion de leur 115^e congrès en 2019, les notaires ont à nouveau exprimé le vœu d'une telle ratification. Une telle convention vient définir le *trust*, déterminer la loi qui s'y applique et fixer le cadre de sa reconnaissance.

Récemment, dans le cadre de la codification du droit international privé français⁴³, il a été proposé d'introduire un dispositif

37 CA Paris, 10 janv. 1970, Courtois de Ganay : Rev. crit. DIP 1971, 518, note Droz.

38 TGI Bayonne, 28 avr. 1975 : Rev. crit. DIP 1976, 331, note A. Necker.

39 CA Paris, 11 mars 2005 : Rev. crit. DIP 2005, 627, note E. Fohrer.

40 Cass. crim., 6 janv. 2021, n° 18-84.570, Wildenstein : IP 2-2021, n° 7, § 24, comm. S. Aufénil.

41 Cass. com., 31 mars 2009, n° 07-20.219 : D. 2009, 1868, note F. Douet.

42 Cass. civ. 1^{re}, 6 nov. 2019, n° 17-26.985 : IP 1-2020, n° 7, § 14, comm. S. Aufénil ; FI 1-2020, n° 8, § 16, comm. P. Dedieu ; D. 2020. 2206, obs. S. Godechot-Patris.

43 Projet de code de droit international privé, Rapport du groupe de travail présidé par J.-P. Ancel, mars 2022, art. 107 et s.

en matière de *trust*. De la même manière que le législateur a mis en place des règles fiscales propres au *trust*, de la même manière rien ne s'oppose à ce qu'il consacre des règles de droit international privé en la matière. Ni l'un ni l'autre n'entendent permettre la constitution d'un *trust* dans un cadre purement interne. La finalité du projet est d'assurer une meilleure appréhension de l'institution. Il privilégie une définition du *trust* mettant l'accent sur les effets du *trust* plutôt que sur sa nature. Il vise à consacrer une règle de conflit de loi intégrant le fait que le constituant n'est pas toujours partie au *deed act* ; il propose donc de soumettre le *trust* à la loi désignée dans l'acte constitutif plutôt qu'à la loi choisie par le constituant. Enfin, il préconise d'introduire une règle qui garantisse une reconnaissance du *trust* en tant que tel, tout en l'assortissant de garde-fous.

♦ Reconnaissance du *trust*

147. Affirmer que le *trust* est soumis à la loi désignée dans l'acte constitutif ne suffit pas. La validité du *trust* n'est en effet pas le cœur du problème. L'essentiel est ailleurs. Le *trust* présumé valable doit pouvoir être reconnu en tant que tel en droit français.

La formule peut sembler quelque peu obscure. Qu'entend-on par-là ?

Tout simplement qu'il ne sert à rien de constater dans un premier temps que le *trust* est soumis à la loi américaine, anglaise ou mauricienne si c'est ensuite dans un second temps pour procéder à une assimilation-réduction du *trust* à une institution connue dans l'ordre juridique français où il est appelé à déployer ses effets. N'oublions pas en effet que le *trust* en tant que mode de transmission à titre gratuit du patrimoine entretient des liens étroits avec de nombreuses disciplines (loi successorale, loi applicable aux aliments, loi applicable au régime matrimonial ou *lex rei sitae*). Partant, le risque de cette assimilation-réduction au stade de la mise en œuvre des lois applicables existe.

Si la loi successorale est la loi française, la tentation pourrait en effet être dans le cadre de la liquidation d'assimiler le *trust* à un mécanisme de droit français. Parce qu'il permettrait la gestion des biens d'un mineur, on pourrait y voir un mandat posthume. Parce qu'il organiserait une transmission des revenus au conjoint et du capital aux enfants, on pourrait y voir une libéralité en démembrement. Or, de telles assimilations ne respectent pas la spécificité de l'institution.

C'est dire qu'une règle relative à la reconnaissance telle qu'elle figure dans la convention de La Haye (art. 11) ou dans le projet de codification (art. 111) ne peut que renforcer l'existence d'une règle de conflit de loi propre au *trust*. Elle lui donne tout son sens. Le *trust* doit donc s'ajouter aux mécanismes existant en droit français, aux modes de gratification consacrés en droit français, aux modes de gestion des biens connus du droit français.

148. Il faut néanmoins avoir conscience de deux choses.

D'une part, reconnaître un *trust* ce n'est pas accorder une faveur indue au commerce international mais assurer le respect de la liberté et des prévisions des parties dès lors que la sécurité du commerce juridique interne est préservée

comme l'écrit Louis d'Avout⁴⁴. C'est dire qu'une telle reconnaissance suppose bien évidemment que le *trust* s'inscrive dans un contexte international. C'est ainsi que dans le projet de codification, par exemple, il a été proposé d'inscrire la règle suivante : le *trust* ne produit aucun effet en France lorsque tous les éléments de la situation, à l'exception de la loi choisie ou du domicile du *trustee*, sont localisés dans un même État dont le droit ignore cette institution (art. 112).

D'autre part, la reconnaissance du *trust* opère comme une greffe. Elle se fait donc dans le respect des dispositions impératives de l'ordre juridique français compétent à un autre titre. La Cour de cassation a expérimenté cette manière de faire dans l'arrêt *Zieseniss* rendu en 1996⁴⁵, même si elle n'est pas parvenue à se défaire totalement du carcan du droit interne en qualifiant le *trust* de donation indirecte (ce qu'elle a à nouveau fait récemment dans un arrêt du 6 nov. 2019⁴⁶).

Cette greffe suppose enfin d'avoir à l'esprit que le *trust* est un contenant plus qu'un contenu. Il faut donc se laisser guider par l'acte constitutif. Il permettra de décoder le *trust* et d'identifier ses traits saillants qui commanderont le régime à lui réserver dans le cadre, par exemple, de la liquidation de la succession. Il est essentiel d'avoir à l'esprit que la souplesse du mécanisme et la liberté dont disposent les parties dans la rédaction de l'acte constitutif font que le praticien doit ici se livrer à du sur-mesure. Un *trust* entre vifs ne donnera pas lieu au même traitement qu'un *trust* à cause de mort. Un *trust* révocable doit être appréhendé différemment d'un *trust* irrévocable. Un *trust* discrétionnaire doit faire l'objet d'une attention particulière.

2° Traitement successoral d'un *trust*

149. Eric Fongaro - L'une des difficultés soulevées par le *trust* est que celui-ci crée un démembrement de propriété *a priori* inconnu du droit français. En présence d'un *trust*, le *trustee* a le *legal ownership* des biens mis en *trust*, mais le (ou les) véritable(s) propriétaire(s) des biens mis en *trust* sont le (ou les) bénéficiaire(s) du *trust*. Se pose alors la question de l'articulation du démembrement de propriété généré par le *trust* avec la loi réelle - loi de situation des biens mis en *trust* -, voire avec la loi successorale si les effets du *trust* sont appelés à se développer lors du règlement d'une succession.

Afin de circonscrire le champ de l'étude et pour lui donner une résonance aussi concrète que possible, il semble permis de raisonner à partir d'une catégorie de *trust* à laquelle les praticiens se trouvent peut-être le plus souvent confrontés, en tout cas en ce qui concerne les notaires : le *trust* testamentaire. Plus avant, il convient de s'intéresser au traitement de ce *trust* testamentaire lors du règlement d'une succession.

Le traitement d'un tel *trust* en France, à l'occasion du règlement d'une succession, va directement dépendre de la loi

44 L. d'Avout, Sur les solutions du conflit de lois en droit des biens : Economica, 2006, spéc. n° 508.

45 Cass. civ. 1^{re}, 20 févr. 1996, n° 93-19.855, *Zieseniss* : D. 1996, 390 et chron. Y. Lequette p. 231 ; Rev. crit. DIP 1996, p. 692, note G. A. L. Droz ; RTD civ. 1996, 454, obs. J. Patarin ; JCP 1996, II, 22647, note Behar-Touchais ; Defrénois 1997, 26, note Vignal.

46 Cass. com., 6 nov. 2019, n° 17-26.985, non publié au Bulletin : IP 1-2020, n° 7, § 14, comm. S. Aufénil ; FI 1-2020, n° 8, § 16, comm. P. Dedieu.

applicable à la succession et de la loi de situation des biens, étant rappelé que la loi successorale est appelée à gouverner tous les aspects de la succession depuis son ouverture jusqu'au partage inclusivement, ce qui inclut le transfert des biens et les pouvoirs des héritiers, exécuteurs testamentaires et autres administrateurs de la succession⁴⁷, et que la loi de situation des biens va gouverner le régime applicable à la propriété des biens ainsi que les règles de publicité foncière⁴⁸.

Dans cette perspective, il est une hypothèse qui ne soulève pas vraiment de difficultés : il s'agit de celle dans laquelle la loi applicable à la succession est celle d'un pays qui connaît le *trust*, et que les biens se trouvent dans le pays en question. Dans ce cas, le *trust* devrait pouvoir développer ses effets, et il y a même tout lieu de penser que le notaire français n'aura même pas à connaître d'une telle succession. La situation est *a priori* plus délicate lorsque des biens mis en *trust* se trouvent en France ; mais en réalité, dans cette hypothèse, sans doute ne faut-il pas surestimer les difficultés. Il semble en effet qu'aujourd'hui, au regard notamment des dernières évolutions du droit français quant au *numerus clausus* des droits réels, la loi réelle française ne constitue plus un obstacle véritable à la reconnaissance d'un *trust* en France⁴⁹. En réalité, le véritable filtre à la reconnaissance en France d'un *trust* testamentaire va surtout tenir à la teneur de la loi applicable à la succession. Telle est la raison pour laquelle les développements à suivre seront organisés autour de deux situations bien distinctes. Sera envisagé, dans un premier temps, le traitement successoral d'un *trust* portant sur des biens situés en France lorsque la loi applicable à la succession est la loi française (I), puis, dans un second temps, le traitement successoral d'un *trust* portant sur des biens situés en France lorsque la loi applicable à la succession est une loi étrangère connaissant le *trust* (II).

♦ Traitement successoral d'un *trust* portant sur des biens situés en France lorsque la loi applicable à la succession est la loi française

150. Le traitement successoral du *trust* relève de la loi applicable à la succession. Le règlement « successions » n'exclut de son champ d'application que la constitution, le fonctionnement et la dissolution des *trusts*, mais pas leur traitement successoral⁵⁰. Au contraire, il ressort de l'article 23, § 2, e) du texte que la loi successorale régit notamment le transfert des biens, des droits et des obligations composant la succession

aux héritiers et, selon le cas, aux légataires. Plus avant, le même article 23 prévoit que la loi applicable à la succession régit « les pouvoirs des héritiers, des exécuteurs testamentaires et autres administrateurs de la succession, notamment en ce qui concerne la vente des biens et le paiement des créanciers ».

Quels effets un *trust* va-t-il pouvoir développer sur des biens situés en France lorsque la loi applicable à la succession est la loi française ? Plus précisément, dès lors que le *trust* se trouve « dominé » par la loi successorale française, quelles vont être les prérogatives du *trustee* ? Pour répondre à cette question, il va falloir chercher à faire entrer le *trustee* dans une catégorie du droit français.

En jurisprudence, le *trustee* a parfois été assimilé à un exécuteur testamentaire⁵¹. Les décisions retenant cette solution sont critiquables. Le *trustee* est plus qu'un exécuteur testamentaire, car il est propriétaire des biens. Il a le *legal ownership* ; or, l'exécuteur testamentaire n'a pas, en principe, la maîtrise du patrimoine du défunt.

Le *trustee* n'est pas non plus un légataire universel. Dans la mesure où le *trustee* exerce ses pouvoirs sur les biens de la succession, il devrait être considéré comme acceptant pur et simple, si bien qu'il devrait être tenu des dettes de la succession *ultra vires* ; or, précisément, les biens que le *trustee* reçoit en *trust* ne se confondent pas avec son patrimoine personnel. Au demeurant, il existe une différence fondamentale entre un légataire universel et un *trustee*. Le premier, en droit français, est le continuateur de la personne du défunt. En revanche, la prise en charge des biens du défunt par le *trustee*, en droit anglo-américain, est fondée, non pas sur la succession à la personne, mais sur la succession aux biens.

Certaines décisions des cours et tribunaux français ont pu qualifier le *trustee* de mandataire⁵². Une telle assimilation est critiquable, tant au regard du droit français que du droit anglo-saxon. En considération du droit français, elle fait fi du droit de propriété - *legal ownership* - du *trustee*. En ce qui concerne le droit anglo-saxon, il est permis de constater que dans les pays de *common law*, le contrat de mandat coexiste avec le *trust*. « Le choix par le constituant de faire un *trust* plutôt que de conclure un mandat a sans doute de bonnes raisons... »⁵³. Ce serait donc déjouer la volonté du constituant que d'assimiler le *trust* à un mandat.

L'introduction de règles relatives à la fiducie en droit français aurait pu permettre d'envisager une assimilation du *trustee* au fiduciaire. En réalité, une telle assimilation ne paraît pas possible, non seulement au regard de la nature juridique de la fiducie, distincte de celle du *trust*, mais encore au regard des nombreuses conditions encadrant la fiducie. Ainsi en va-t-il, tout particulièrement, en ce qui concerne le *trust* testamentaire, notamment lorsque le constituant est animé d'une intention libérale. Le *trust* n'est pas un contrat,

47 Règl. (UE) n° 650/2012, 4 juill. 2012 relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions, et l'acceptation et l'exécution des actes authentiques en matière de successions et à la création d'un certificat successoral européen (règlement « successions »), art. 23.

48 C. civ., art. 3, al. 2.

49 E. Fongaro, Les droits réels de jouissance spéciale en présence d'éléments d'extranéité. Le droit international privé à l'épreuve du feu *numerus clausus* des droits réels ? : IP 1-2021, n° 02.3, p. 49.

50 Le considérant 13 du règlement « successions » prévoit : « Il convient également d'exclure du champ d'application du présent règlement les questions liées à la constitution, au fonctionnement et à la dissolution de trusts. Cela ne devrait pas s'entendre comme une exclusion générale des trusts. Dans le cas où un trust est constitué en vertu d'un testament ou de la loi en lien avec une succession ab intestat, la loi applicable à la succession en vertu du présent règlement devrait s'appliquer s'agissant de la dévolution des biens et de la vocation successorale des bénéficiaires ».

51 Trib. civ. Nice, 2 mai 1905 : JDI 1911, p. 278. - Trib. civ. Seine, 22 mars 1967 : Rev. crit. DIP 1968, p. 507. - Cass. civ. 1^{re}, 3 nov. 1983 : Rev. crit. DIP 1984, p. 336, note M. Revillard.

52 Trib. civ. Seine, 10 déc. 1880 : JDI 1881, p. 435. - Trib. civ. Seine, 26 déc. 1894 : JDI 1895, p. 587. - CA Toulouse, 18 juill. 1905 : JDI 1906, p. 451. - Cass. civ., 18 juin 1901 et 19 févr. 1908 : JDI 1912, p. 243. - Trib. civ. Seine, 19 déc. 1916 : JDI 1917, p. 1069. - CA Paris, 18 avr. 1929 : Rev. crit. DIP 1935, p. 149.

53 J.-P. Beraudo, Répertoire international Dalloz, V° *Trust*, n° 43.

ce qu'est la fiducie, et toute assimilation semble exclue dès lors qu'en droit français la fiducie libéralité est prohibée⁵⁴.

Au regard de ce qui précède, *a priori*, aucune institution du droit français ne semble pouvoir être adaptée afin de pouvoir donner effet en France à un *trust* testamentaire dès lors que la loi successorale est la loi française.

Au demeurant, au-delà même de l'impossibilité d'adaptation *a priori*, d'autres obstacles s'opposent à ce qu'un *trustee* puisse exercer sa mission en présence d'une succession soumise au droit français. Ainsi, si la loi successorale est la loi française, et s'il existe des héritiers réservataires, un *trust* ne peut pas porter atteinte au droit à réserve de ces derniers. Par ailleurs, si la loi successorale est la loi française, cette loi va octroyer aux héritiers des droits qui seront nécessairement en pleine propriété, ou bien en usufruit, ou bien encore en nue-propriété. Or, le *trust*, une fois encore, crée un tout autre démembrement de propriété. Par conséquent, si la loi applicable à la succession est la loi française, le *trust*, en théorie, ne pourrait pas développer ses effets, que ce soit d'ailleurs sur les biens situés en France ou sur des biens situés à l'étranger. L'obstacle à l'efficacité du *trust* testamentaire ne tiendrait pas en l'occurrence à la loi française de situation des biens, mais à la loi successorale française.

151. Ceci étant observé, ainsi que l'ont souligné certains auteurs⁵⁵, il ne faut pas perdre de vue que, par le moyen d'un *trust* testamentaire, le testateur entend généralement gratifier une ou plusieurs personnes. Un effort d'adaptation doit donc être réalisé afin qu'il puisse être donné effet aux dispositions de dernières volontés du défunt. À cet égard, certaines décisions ont montré qu'il était parfois possible de qualifier les bénéficiaires d'un *trust* testamentaire de légataires universels lorsque l'ensemble du bénéfice du *trust* doit leur être attribué après accomplissement de sa mission par le *trustee*⁵⁶. Par ailleurs, « lorsque tous les intéressés, *trustee*, bénéficiaires du *trust*, héritiers et ayants droit libres et maîtres de leurs droits sont d'accord, la pratique notariale française parvient à faire fonctionner le *trust* sans trop déformer sa nature : les ayants-droits peuvent charger le *trustee* d'administrer la succession selon les volontés exprimées par le défunt [...]. Mais une telle adaptation ne peut se concevoir qui si aucun désaccord n'existe entre les parties concernées »⁵⁷. Dans cette perspective, si les héritiers et le *trustee* le souhaitent, rien ne les empêche de conclure une convention désignant le *trustee* en qualité de mandataire des héritiers, dans les conditions de l'article 813 du code civil.

152. Hélène Peisse - Le rôle du notaire est d'identifier les héritiers, de leur assurer la transmission des biens, déclarer et payer les droits à l'administration fiscale.

L'identification des héritiers se fait dans l'acte de notoriété conformément à la loi applicable à la succession. Dans notre hypothèse, c'est la loi française.

Le notaire étudie dans quelle mesure ce qui a été prévu aux termes du testament et donc du *trust* testamentaire, est compatible avec cette loi. Pour ce faire, il demande une opinion juridique au juriste étranger afin d'analyser la nature du transfert de propriété.

Nous nous heurtons aux principes fondamentaux du droit français : la saisine et la réserve héréditaire, libre de toute charge.

Les bénéficiaires du *trust*, s'ils sont héritiers, interviendront en tant que tels dans l'acte de notoriété et s'ils ne le sont pas, éventuellement comme légataires et les dispositions du *trust* seront le cas échéant réduites.

En tout état de cause, ce sont les héritiers qui signeront l'acte de notoriété et la déclaration de succession et c'est à leur profit que l'attestation immobilière sera dressée.

En aucun cas, le *trustee* n'interviendra dans le règlement de la succession soumise à la loi française et, lorsque la loi française est applicable à la succession, le *trust* n'est pas un instrument de transmission des biens.

♦ **Traitement successoral d'un *trust* portant sur des biens situés en France lorsque la loi applicable à la succession est une loi étrangère connaissant le *trust***

153. Eric Fongaro - Si la loi applicable à la succession connaît le *trust*, cette loi ne devrait pas constituer un obstacle à ce qu'un *trust* puisse développer ses effets sur des biens situés en France. Si obstacle il devait y avoir, celui-ci ne pourrait découler, *a priori*, que de la loi française de situation des biens.

Dans cette situation, selon l'article 31 du règlement « successions », « Lorsqu'une personne fait valoir un droit réel auquel elle peut prétendre en vertu de la loi applicable à la succession et que la loi de l'État membre dans lequel le droit est invoqué ne connaît pas le droit réel en question, ce droit est, si nécessaire et dans la mesure du possible, adapté au droit réel équivalent le plus proche en vertu de la loi de cet État en tenant compte des objectifs et des intérêts poursuivis par le droit réel en question et des effets qui y sont liés ».

Le mécanisme mis en place par l'article 31 est appelé à jouer un rôle « tampon » entre la loi successorale et la loi réelle, en permettant notamment à un État, sur le terrain des droits réels, de préserver son *numerus clausus*. Dès lors, existe-t-il, en France, une institution créatrice de droits réels à laquelle le *trust* paraît équivaloir ? On pense bien sûr à la fiducie. Sur le terrain des droits réels, la fiducie, comme le *trust*, crée un patrimoine séparé, à la fois du patrimoine du constituant et de celui du fiduciaire. Par ailleurs, en ce qui concerne la publicité, l'article 2019 du code civil prévoit bien que lorsqu'il porte sur des immeubles ou des droits réels immobiliers, le contrat de fiducie et ses avenants doivent être publiés. Il serait donc possible d'envisager, dans une première approche, que le *trust* puisse faire l'objet d'une publication en respectant les modalités de publication applicables à la fiducie⁵⁸.

Une telle analyse, reposant sur la mise en œuvre de l'article 31 du règlement « successions », texte destiné à préserver le

⁵⁴ C. civ., art. 2013.

⁵⁵ G.-A.-L. Droz et M. Revillard in JCL. Droit international, Fasc. 557-30, n° 101.

⁵⁶ TGI Bayonne, 28 avr. 1975 : Rev. crit. DIP 1976, p. 331, note Necker. - TGI Paris, 22 avr. 1976 : Rev. crit. DIP 1977, p. 32, note G.-A.-L. Droz.

⁵⁷ G.-A.-L. Droz et M. Revillard, préc., n° 100.

⁵⁸ En ce sens, H. Peisse et P. Tour-Sarkissian, *Trusts américains et pratique notariale française* : Defrénois, 2013, spéc. n° 534-535. - Dans le même sens, G. Khairallah : Bull. CRIDON Paris, 1^{er}-15 avr. 2015, n° 7/8.

numerus clausus des droits réels dans l'État de situation des biens, peut-elle prospérer en droit international privé français ? Existe-t-il encore un *numerus clausus* des droits réels en droit français ? Faut-il procéder à une adaptation telle que prévue par l'article 31 pour qu'un *trust* puisse développer ses effets en France ? Rien n'est moins sûr.

Aujourd'hui, les décisions relatives aux droits réels de jouissance spéciale⁵⁹ contribuent à alimenter les réflexions relatives à la prétendue existence d'un *numerus clausus* des droits réels en droit interne français. Très longtemps discutée en doctrine, la controverse relative au caractère limitatif ou non de la liste des droits réels a notamment été nourrie par le célèbre arrêt *Caquelard*⁶⁰. Certains auteurs considéraient que la liste des droits réels figurant dans le code civil revêtait un caractère exhaustif. Une autre partie de la doctrine appelait de ses vœux la liberté de créer des droits réels⁶¹. La série de décisions inaugurée par l'arrêt *Maison de Poésie*, en consacrant la possibilité de constituer des droits réels de jouissance spéciale - des droits réels *sui generis* -, bat en brèche l'existence d'un *numerus clausus* des droits réels. Si la solution présente déjà, en soi, un intérêt majeur dans l'ordre interne, il est permis de s'interroger quant à ses conséquences dans l'ordre international⁶².

La jurisprudence récente relative aux droits réels de jouissance spéciale, ajoutée aux décisions plus anciennes, vient renforcer l'idée d'une absence de *numerus clausus* des droits réels en France. Rien n'interdit donc, d'un point de vue théorique, qu'un droit réel prévu par une loi successorale étrangère puisse développer ses effets sur des biens situés en France, sans adaptation, sous réserve bien sûr du respect de l'ordre public international français. Plus concrètement, un *trust* établi à l'étranger pourrait développer ses effets sur des biens situés en France, sans adaptation, et plus avant, s'il porte sur des immeubles, un tel *trust* devrait pouvoir être publié en tant que tel auprès des services compétents de la publicité foncière, sans qu'il y ait lieu de faire entrer ledit *trust* dans le moule de la fiducie. Reste à savoir si les obstacles, non pas théoriques, mais techniques, à une telle publication peuvent être levés.

154. Hélène Peisse - Le rôle du notaire est toujours le même. Dans notre hypothèse, dans la mesure où c'est la loi

étrangère qui est applicable à la succession, le *trust* va être intégré dans le processus du règlement successoral. Le *trustee* aura un rôle central.

L'acte de notoriété va reprendre la loi applicable, rappeler le testament ou le *trust* testamentaire, identifier le *trustee*, les bénéficiaires. L'opinion juridique que nous sollicitons et annexons concerne non seulement l'identification des bénéficiaires mais surtout les pouvoirs du *trustee*.

Le notaire procède à un acte de dépôt à fin d'enregistrement du testament étranger, du *trust*, et de l'opinion juridique.

C'est le *trustee* qui va signer l'acte de notoriété, la déclaration de succession.

La question principale est celle de l'attestation immobilière. Il ne fait pas de doute que les biens sont transmis en *trust* et au *trustee*. La difficulté est pratique et concerne la publicité foncière.

155. Le détournement par la fiducie est-il nécessaire aux seules fins de la publicité foncière ?

À supposer l'article 31 du règlement successions applicable, ce qui supposerait qu'il existe encore un *numerus clausus* des droits réels en France, il faudrait procéder à une adaptation des droits réels engendrés par le *trust* à des droits réels équivalents du droit français, c'est-à-dire à la fiducie. Une telle adaptation n'entraînerait aucune soumission de la succession, des pouvoirs du *trustee* et des droits des bénéficiaires à la loi française. Le règlement successions énonce formellement que ces questions sont soumises à la loi successorale étrangère (donc à la loi du *trust*). Le détournement par la fiducie ne serait utilisé que pour la publicité foncière. Une telle solution, qui dénaturerait l'institution du *trust*, n'est pas nécessaire depuis que l'on peut considérer que le nombre de droits réels n'est pas limité en droit français.

156. En l'absence de *numerus clausus* des droits réels, la publication du *trust* doit pouvoir se faire au nom du *trust* / *trustee*.

La publicité foncière doit refléter la réalité juridique, non seulement pour une évidente raison de sécurité juridique mais également pour toutes les conséquences pratiques que cela entraîne, par exemple : à qui sont adressés les avis fiscaux, les appels de charges du syndic, qui doit assurer le bien ?

Il faut donc trouver une solution pour publier les droits issus du *trust* au fichier immobilier en respectant tant cette institution que nos règles d'annotation. L'acte notarié doit ainsi faire ressortir la qualification des droits réels issus du *trust*, sans qu'il soit nécessaire de les rattacher à l'un des droits réels nommés par le code civil, car rien, dans le décret n° 55-22 du 4 janvier 1955 portant réforme de la publicité foncière, ne paraît s'opposer à la publication d'un acte emportant constitution ou transmission d'un droit réel *sui generis*, tel qu'un droit réel de jouissance spéciale⁶³ ou un droit résultant d'un *trust*.

157. Pour réaliser cette publication, une difficulté purement technique ne doit pas arrêter les notaires. Depuis toujours

59 Cass. civ. 3^e, 31 oct. 2012, n° 11-16.304 : Bull. civ. III, n° 159 ; D. 2013, 53, obs. A. Tadros, note L. d'Avout et B. Mallet-Bricout ; RDI 2013, 80, obs. J.-L. Bergel ; RTD civ. 2013, 141, obs. W. Dross ; JCP 2012, 1400, obs. F.-X. Testu ; RLDC 2013/101, p. 7, note J. Dubarry et M. Julienne ; RDC 2013, 584, note R. Libchaber ; JCPN 2013, 1118, obs. H. Périnet-Marquet. - V. pour les décisions postérieures, Cass. civ. 3^e, 28 janv. 2015, n° 14-10.013 : Bull. civ. III, n° 13 ; D. 2015, 599, note B. Mallet-Bricout ; RTD civ. 2015, 413, obs. W. Dross ; RTD civ. 2015, 619, obs. H. Barbier. - Cass. civ. 3^e, 8 sept. 2016, n° 14-26.953 : D. 2017, 134, note L. d'Avout et B. Mallet-Bricout ; RTD civ. 2016, 894, obs. W. Dross ; JCPN 2016, n° 41, 1294, note J. Dubarry et V. Streiff. - Cass. civ. 3^e, 7 juin 2018, n° 17-17.240 : D. 2018, 1577, note F. Masson ; RTD civ. 2018, 712, obs. W. Dross ; JCPN 2018, n° 24, act. 534, obs. V. Streiff ; Gaz. Pal. 17 juill. 2018, p. 17, note F. Vern ; JCPG 2018, p. 1523, note L. Jariel et p. 1526, obs. H. Périnet-Marquet ; LPA 21 août 2018, p. 10, note J.-F. Barbiéri ; LPA 23 nov. 2018, p. 9, note M. Eeckhoudt. - Cass. civ. 3^e, 6 juin 2019, n° 18-14.547 et 18-15.386 : Defrénois, 4 juill. 2019, p. 25, note J. Laurent.

60 Cass. req., 13 févr. 1834 : DP 1834, p. 118.

61 Sur les différentes positions, v. not. H. Périnet-Marquet, La liberté de création des droits réels est consacrée : Constr. - Urb., janv. 2013, I.

62 Sur le sujet, v. E. Fongaro, Le droit international privé à l'épreuve du feu *numerus clausus* des droits réels : IP 1-2021, n° 02.3, p. 49 et s.

63 Cf. Solutions Notaires Hebdo 2020, n° 16, inf. 7, p. 11, Droit réel de jouissance spéciale : formule d'application, par M. Suquet-Cozic et V. Streiff.

ils utilisent et mettent à jour des clausiers. Avec l'évolution technologique, la rédaction suit des trames d'actes proposées par des logiciels de rédaction. Depuis le 1^{er} janvier 2018⁶⁴, les notaires doivent télétransmettre leurs actes aux services de publicité foncière. Cette télétransmission se fait grâce au remplissage de « masques de saisie ».

La difficulté vient du fait que ces logiciels de rédaction et les masques de saisies n'ont pas été conçus pour l'application d'une loi étrangère et encore moins pour l'intégration d'une institution de droit étranger dans nos actes français.

Or, force est de constater qu'avec le règlement successions, nous appliquons de plus en plus fréquemment une loi étrangère à une succession et nous sommes obligés d'avoir à connaître des institutions juridiques étrangères telles que le *trust*.

Une publication au profit du *trustee* nécessite que le notaire s'écarte des trames préconçues et des masques de saisie limités que lui propose le logiciel de rédaction d'actes. Pour ce faire, il doit faire de la « rédaction libre » et créer des « masques de saisie libres » afin de pouvoir télétransmettre. Cet effort doit être fait, car il serait non seulement erroné mais surtout trompeur d'assimiler le *trustee* à une institution de droit français telle qu'un exécuteur testamentaire ou un légataire universel. De la même façon, le bénéficiaire des revenus du *trust* n'est pas un usufruitier. Cette assimilation erronée entraîne une assimilation aux pouvoirs de ces acteurs de droit français. Or, le Service de publicité foncière ne vérifie pas les pouvoirs du disposant lors d'une mutation ultérieure. Il n'opère qu'une vérification de titre à titre, ce titre constituant l'effet relatif. Une publication en assimilant le *trustee* à un acteur de droit français induirait en erreur celui qui lèverait un état hypothécaire et qui voudrait connaître les pouvoirs du disposant.

Nous préconisons également de publier succinctement les pouvoirs du *trustee* et des bénéficiaires (ou de se référer au document qui les décrits). Il faut également publier tout changement intervenant dans la personne du *trustee* ou toute distribution faite au sein du *trust*.

158. Il est paradoxal de voir que l'on peut ignorer les pouvoirs et droits des acteurs du *trust* à cause d'une publicité foncière erronée alors qu'ils sont reconnus sans aucune difficulté par notre droit fiscal.

Le service de publicité foncière ayant la faculté d'apprécier le véritable caractère du droit transmis, une bonne pratique est de s'assurer en amont auprès du Service de Publicité Foncière concerné qu'il acceptera de publier le *trust* en tant que tel. Interrogé pour préparer cette table ronde, le « bureau GF3B responsable de la Publicité foncière et de la fiscalité du patrimoine » de la DGFIP a indiqué qu'un audit interne sur ce « *sujet aussi sensible* » était en cours depuis le début de l'année (conclusions attendues d'ici 6 mois/1 an).

Il est dommage que des considérations aussi techniques entrent en ligne de compte pour faire produire au *trust* ses effets en France.

159. Marie-Lorraine Henry - Le cas pratique du sort d'un bien immobilier français dans le cadre d'une succession soumise à la loi américaine permet d'illustrer la différence entre l'adaptation du *trust* au droit français et la réception du *trust* en tant que tel.

Le décès date de 2017 et le défunt est résident et national américain. Le *trust* testamentaire a été constitué avant le décès et il règle le sort des avoirs d'une succession, dont un hôtel particulier situé à Paris. Le défunt ne laissait ni conjoint, ni enfant, ce qui a simplifié la résolution du cas. Le futur défunt désignait son neveu à la fois exécuteur testamentaire, *personal representative*, *trustee* et président d'une future fondation d'intérêt général à constituer aux États-Unis, aux termes du testament établi.

Le *trust* précise qu'au décès du *settlor* et concernant uniquement le bien immobilier, le *trustee* doit vendre les avoirs du défunt placés dans le *trust* testamentaire, puis distribuer le prix de cession aux légataires nommément désignés dans le *trust*:

- un légataire qu'on qualifiera d'universel : la fondation à constituer ;
- et d'autres légataires particuliers, qui ne nous intéressent pas dans le cadre de ce cas pratique.

Le *trust* était révocable jusqu'au décès du *settlor* et devait être liquidé par le *trustee* après la mort du *settlor*.

Le patrimoine du défunt est localisé aux États-Unis, à l'exception de ce bien immobilier localisé en France. Ce dernier bien est rentré dans le *trust* testamentaire uniquement via le *deed of trust* : il n'y a pas de mutation actée en France et le bénéficiaire du prix de cession du bien immobilier français est la fondation américaine. Comment règle-t-on cette situation ? Qui finalement va être juridiquement propriétaire du bien, pouvoir le vendre pour en distribuer le prix de cession au bénéficiaire désigné ?

La loi applicable à la succession était la loi américaine, loi de la dernière résidence habituelle du défunt, une *professio juris* avait en outre été stipulée en ce sens dans le testament.

L'alternative était la suivante :

- adaptation du *trust* au droit français : l'hôtel particulier situé en France est vendu directement par le bénéficiaire du prix de cession ; l'objectif final du *settlor* qui est l'attribution du prix de cession à la fondation est respecté, néanmoins le *settlor* avait précisé que le bien devait être vendu par le *trustee* et non par le bénéficiaire final ;

- réception du *trust* en tant que tel : il faut que ce soit le *trustee* qui vende et qui, ensuite, accorde le prix de cession au bénéficiaire.

Nous avons opté, compte tenu de la situation, pour le pragmatisme : le bien a été vendu par le bénéficiaire du prix de cession, qui a pris la qualification de légataire du bien immobilier français. Il nous a paru important pour éviter les problématiques de réception à la conservation des hypothèques de faire ce choix. Il est vrai que ce choix a été fait dans un contexte particulier puisqu'il y avait identité entre le neveu du défunt, le président de la fondation, le *trustee* et le *personal representative*.

⁶⁴ En application du décret n° 2017-770 du 4 mai 2017 relatif à la télétransmission.

B. Les règles fiscales

1° Droits de mutation à titre gratuit

160. Marie Quévieux - Il faut distinguer deux périodes :
- période antérieure à la loi du 29 juillet 2011⁶⁵ : la jurisprudence et la doctrine ont adapté le *trust* au droit français dans un but de taxation ;

65 L. n° 2011-900, 29 juill. 2011 de finances rectificative pour 2011, art. 14.

- période postérieure à la loi du 29 juillet 2011 : l'article 792-0 bis du CGI règle des situations ou tente de régler les situations pour l'application des droits de mutation à titre gratuit.

◇ Période antérieure à la loi du 29 juillet 2011

161. Pour tirer un enseignement de la jurisprudence, nous avons analysé cinq arrêts importants.

SYNTHÈSE DES ARRÊTS PRINCIPAUX	MOTIF	TYPE DE TRUST	ANALYSE RETENUE PAR LA COUR DE CASSATION : quid du moment du dessaisissement et du transfert de propriété ? Prise en compte des effets concrets du trust			TRAITEMENT FISCAL
			ENTRÉE DANS LE TRUST	EN COURS DE TRUST	LIQUIDATION DU TRUST	
[1] Cass. civ. 1 ^{re} , 20 févr. 1996, n° 93-19.855, Zieseniss Trust US - 1953	Civil -- Imputation des libéralités au décès du <i>settlor</i> Loi successorale française	Révocable Perception du capital par le <i>settlor</i> sa vie durant Liquidation au décès du <i>settlor</i> Bénéficiaires : G2, G3	Le <i>settlor</i> se dépouille d'un capital pour en percevoir les revenus sa vie durant		Remise de la propriété au décès du <i>settlor</i> aux bénéficiaires Donation indirecte (C. civ., art. 926)	N/A
[2] Cass. com., 15 mai 2007, n° 05-18.268, Tardieu de Maleissye Trust US - 1947	Fiscal - Droits de succession Bénéficiaires résidents français	Irrévocable Liquidation du <i>trust</i> au décès du <i>settlor</i> Bénéficiaires : G2	Dessaisissement irrévocable de la propriété à l'entrée dans le <i>trust</i>		Acquisition de la propriété à la clôture du <i>trust</i> provoquée par le décès du <i>settlor</i> « mutation à titre gratuit » à la liquidation du <i>trust</i>	Rapport fiscal des donations (CGI, art. 784)
[3] Cass. com., 6 nov. 2019, n° 17-26.985 : IP 1-2020, n° 7, § 14, comm. S. Auferil ; FI 1-2020, n° 8, § 16, comm. P. Dedieu Trust canadien - 1983	Fiscal - Droits de donation Bénéficiaires résidents français	<i>Intervivos</i> Irrévocable Discretionnaire <i>Settlor</i> inconnu	Le <i>settlor</i> se dessaisit irrévocablement d'une partie du capital au profit du <i>trust</i> affecté à des bénéficiaires	Le <i>trustee</i> remet la partie du capital du <i>trust</i> aux bénéficiaires conformément à l'acte du <i>trust</i> Donation indirecte		Droits de donation 60 % car <i>settlor</i> inconnu
[4] Cass. com., 18 nov. 2020, n° 18-14.242 : IP 1-2021, n° 7, § 38, comm. M. Dupas Trust US - 1964 Arrêt de cassation en attente de l'arrêt de renvoi	Fiscal - Droits de succession Bénéficiaires résidents français (G2 et G3)	Révocable puis irrévocable au décès du constituant Bénéficiaires : G2 et G3	Le <i>settlor</i> ne se dessaisit pas car conserve son pouvoir de révocation	Le <i>settlor</i> décède Le <i>trust</i> devenu irrévocable est conservé Les revenus sont versés à G2	Au décès de G2, liquidation du <i>trust</i> Transfert de propriété postérieur au décès du <i>settlor</i>	Droits de succession au moment de la liquidation du <i>trust</i>
[5] Cass. crim., 6 janv. 2021, n° 18-84.570, W. : IP 2-2021, n° 7, § 24, comm. S. Auferil Trust US et autres	Pénal + fraude fiscale - Droits de succession Bénéficiaires résidents français (G2)	Irrévocable Discretionnaire	Le <i>settlor</i> ne se dessaisit jamais Les biens du <i>trust</i> sont considérés comme étant restés la propriété du <i>settlor</i>	Le <i>trust</i> ne prend pas fin au décès du <i>settlor</i>		Obligation de déclarer les biens du <i>trust</i> dans la déclaration de succession

162. Cass. civ. 1^{re}, 20 févr. 1996, n° 93-19.855, Zieseniss - Les enseignements sont essentiellement civils. Il s'agit d'un *trust* révocable, le capital est perçu par le *settlor* durant sa vie, le *trust* est liquidé au décès du *settlor* au bénéfice des générations G2 et G3. Pour la Cour de cassation, le *settlor* se dépouille d'un capital lors de la création du *trust*, pour en percevoir les revenus durant sa vie. En cours de vie du *trust*, il ne se passe rien. À la liquidation du *trust* (au décès du *settlor*), le capital est remis aux bénéficiaires. La chambre civile qualifie l'acte de donation indirecte et prévoit l'imputation qui en découle.

163. Cass. com., 15 mai 2007, n° 05-18.268, Tardieu de Maleissye - Il s'agit d'un *trust* irrévocable, sa liquidation est prévue au décès du *settlor* et la génération 2 est désignée bénéficiaire. Le dessaisissement est irrévocable à l'entrée du *trust*. En cours de vie du *trust*, il ne se passe rien et à la liquidation du *trust*, la Cour de cassation considère qu'il y a une mutation à titre gratuit au moment de la clôture du *trust* provoqué par le décès. Le rapport fiscal des donations de l'article 784 du CGI est expressément visé.

164. Cass. com., 6 nov. 2019, n° 17-26.985 - Cet arrêt vise un *trust* canadien, *inter vivos*, irrévocable, discrétionnaire et dont le *settlor* est inconnu. Le bénéficiaire est un résident français et se voit attribuer une partie du capital en cours de *trust* sur son compte bancaire. La Cour de cassation a considéré que c'était une donation indirecte taxable au taux de 60 % parce que le *settlor* était inconnu et le fait de recevoir et d'encaisser les sommes pour le donataire, valait acceptation et cela confirmait la qualification en donation. Le *settlor*, en effet, s'était dessaisi irrévocablement de cette partie du capital et avait visé directement dans l'acte de *trust* ce résident français comme bénéficiaire.

165. Cass. com., 18 nov. 2020, n° 18-14.242 - Les faits se sont déroulés antérieurement à l'entrée en vigueur de la loi du 29 juillet 2011. Le *trust* est révocable, puis devient irrévocable au décès du constituant. Les bénéficiaires sont les générations G2 et G3. À l'entrée dans le *trust*, la Cour de cassation précise que le *settlor* ne se dessaisit pas, car il conserve son pouvoir de révocation. En cours de *trust*, le *settlor* décède, le *trust* devient irrévocable et n'est pas liquidé. Les revenus sont versés à G2. À la liquidation du *trust* provoquée par le décès de G2, il y a transfert de propriété à G3 et les droits de succession sont dus.

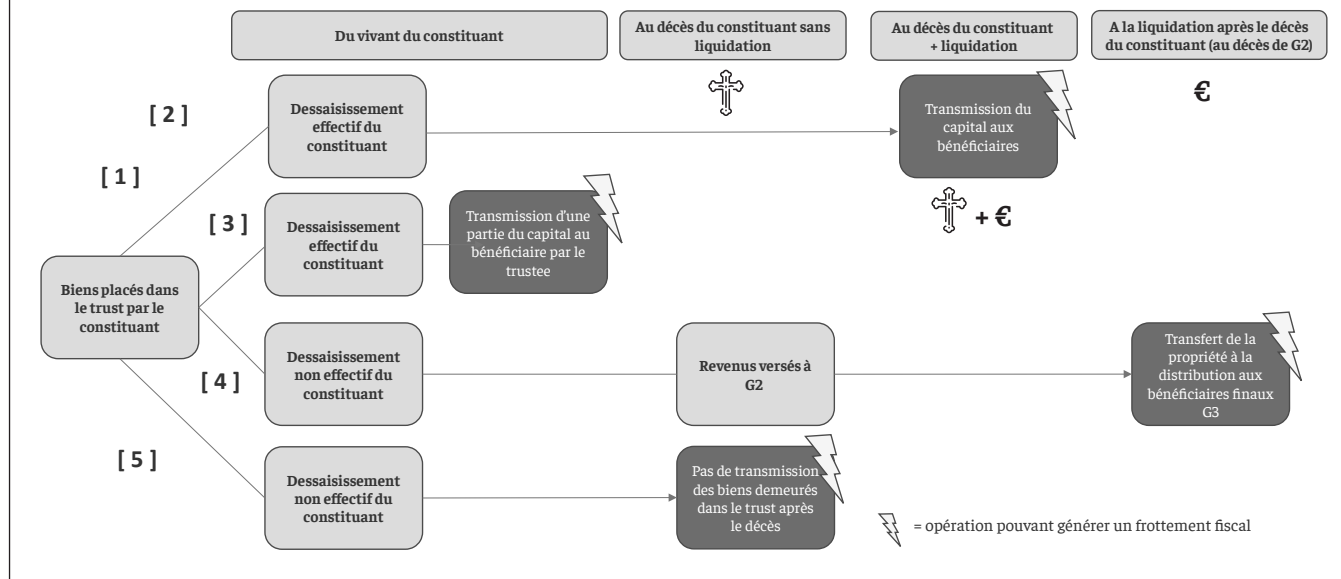
166. Cass. crim., 6 janv. 2021, n° 18-84.570, W. - Il s'agit d'un *trust* irrévocable et discrétionnaire. La Cour de cassation précise ici que le *settlor* ne s'est jamais dessaisi de ses biens à l'entrée du *trust*. Les biens entrés dans le *trust* sont considérés comme étant restés la propriété du *settlor*, le *trust* ne prend pas fin à son décès. Les bénéficiaires du *trust* devaient déclarer le *trust* dans la déclaration de succession.

167. Stéphanie Aufénil - L'arrêt de la Cour de cassation du 18 novembre 2020 nous indique qu'avant l'entrée en vigueur de la loi de 2011 le fait générateur de l'impôt de mutation à titre gratuit est la sortie des actifs du *trust*, ce n'est pas le décès du constituant ou d'un réputé constituant. On peut regretter l'absence de réponse à certains arguments qui avaient été avancés, notamment sur la question de savoir si la clause bénéficiaire n'était pas génératrice d'un démembrement de propriété, non pas entre le *trustee* et le bénéficiaire mais entre les différents bénéficiaires : la fille (G2) pouvant être assimilée éventuellement à un usufruitier puisqu'elle percevait les fruits, alors que les enfants de cette fille (G3) percevaient potentiellement le capital au décès de leur mère. Cette question est très intéressante et l'on y reviendra dans les commentaires sur la loi de 2011 (V. § 169).

L'autre aspect intéressant de cet arrêt le décalage temporel important entre le fait générateur de l'impôt (la sortie des actifs du *trust*) et le décès du constituant. À quel décès doit-on rattacher la mutation à titre gratuit ? Au décès de la constituante d'origine (en l'espèce, une Américaine domiciliée américaine, la grand-mère) ou au décès de la génération 2 qui déclenchait la liquidation du *trust* ? La Cour de cassation semble rattacher la transmission au décès de la génération 2 qui n'était que bénéficiaire des revenus, qui n'a jamais été constituante, et par rapport à la loi de 2011, n'a jamais été une bénéficiaire réputée constituante puisqu'on était à une époque où cette notion n'existait pas. Nous attendons beaucoup de l'arrêt de renvoi, parce qu'il existe des cas de *trusts* qui se sont dénoués ou qui vont se dénouer au fil de décès intervenus avant la loi de 2011.

168. Marie Quévieux - Le fil conducteur des différents arrêts est difficile à mettre en exergue. Une distinction est faite entre les cas de dessaisissements effectifs du constituant et les cas de dessaisissements non effectifs du constituant au moment de la création du *trust* et les situations où la liquidation du *trust* s'opère au moment du décès du *settlor* ou postérieurement.

SYNTHÈSE DES ENSEIGNEMENTS DE LA JURISPRUDENCE EN MATIÈRE DE DROIT DE MUTATION



Période postérieure à la loi du 29 juillet 2011

169. Stéphanie Aufénil - La loi de 2011 est très critiquable mais a l'avantage de simplifier considérablement les choses : le fait générateur des droits de mutation à titre gratuit est le décès du constituant ou du bénéficiaire réputé constituant.

À la question de savoir si sur le plan fiscal la loi de 2011 procède d'un soupçon de fraude, la réponse est évidemment oui. Elle fait suite à la crise financière, aux procédures de régularisation, aux actions en faveur de la transparence et à la découverte des autorités que les Français avaient caché de l'argent en Suisse, via des trusts... À la suite de cette découverte a été adoptée la loi de 2011, qui procède donc très clairement d'une volonté de lutter contre la fraude fiscale qui serait créée par l'utilisation des trusts. La loi de 2011 a instauré une série de règles concernant les droits de mutation à titre gratuit, l'impôt sur la fortune et un certain nombre de règles annexes. Elle est très pragmatique et ne s'encombre pas des caractéristiques de chaque trust. Elle reçoit mais n'adapte pas. Une fiction fiscale est instaurée, selon laquelle la personne qui a constitué le trust est réputée détenir les actifs du trust : cette règle est vraie pour les droits de mutation à titre gratuit et pour l'impôt sur la fortune.

Indépendamment des caractéristiques du trust (révocable, irrévocable et autres cas de figure examinés plus haut), le constituant du trust donc celui qui a transmis les actifs au trust, est considéré comme le propriétaire fiscal des actifs. Au décès de cette personne se déclenche un fait générateur d'impôts de mutation à titre gratuit équivalents à des droits de succession. Et comme le législateur ne veut pas qu'il soit possible de transmettre de génération en génération sans taxation, les bénéficiaires du trust, au décès du constituant, deviennent eux-mêmes « réputés constituants » pour les besoins de l'impôt sur la fortune et des futurs droits de succession à leur propre décès. Ceci s'enchaîne, tant que le trust existe. La taxation n'est donc pas liée à la liquidation, à

l'attribution des actifs en dehors du trust, mais au décès du constituant ou du bénéficiaire réputé constituant.

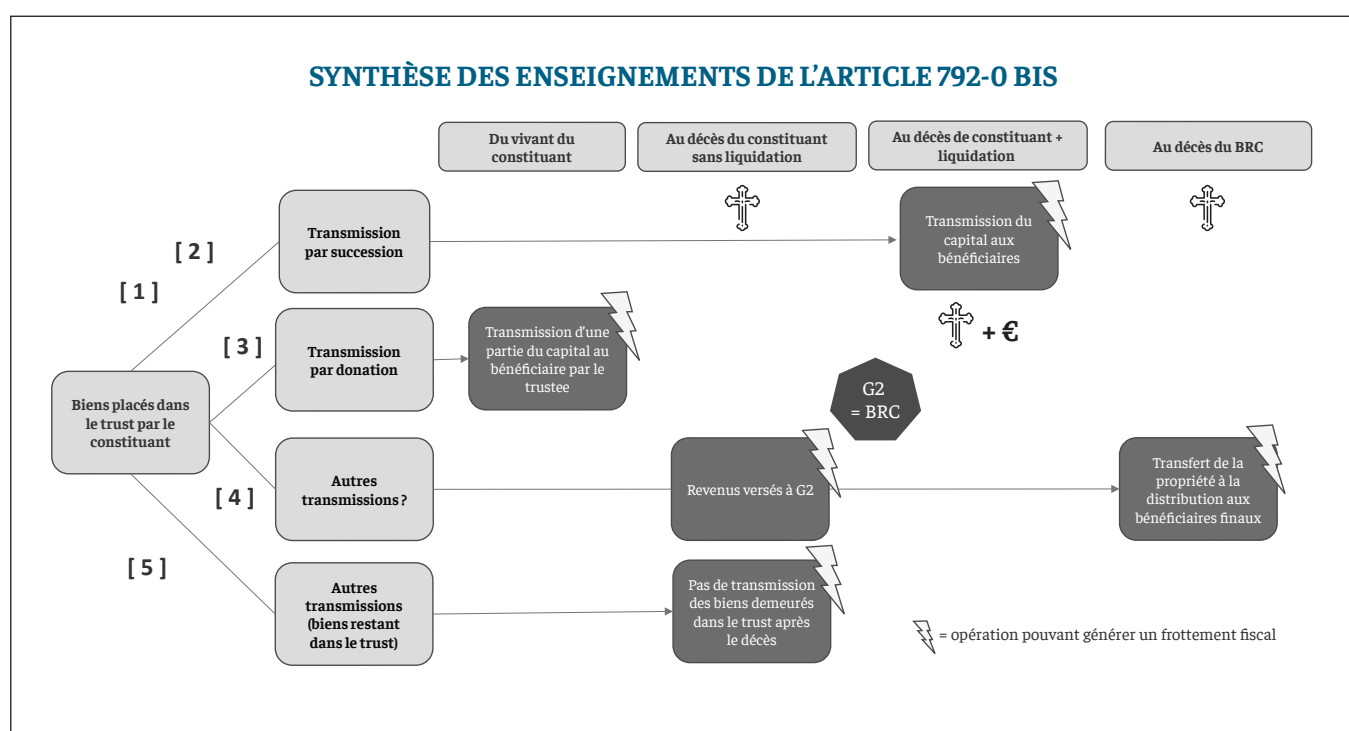
170. Les nouvelles règles sont exposées dans le tableau reproduit ci-dessous. Elles peuvent être assez punitives, bien que pas très claires, mais elles présentent au moins l'avantage de fixer un cadre général.

Lorsque la transmission via le trust est rattachée à une succession ou à une donation, la taxation intervient selon les règles ordinaires, selon les liens de parenté entre les personnes. Mais qu'est-ce qu'une transmission rattachée à une succession ou une donation ? Un trust testamentaire relèvera probablement de la première catégorie, c'est-à-dire un trust qui se crée du fait du décès d'une personne qui devient le constituant au moment de son décès. *Quid du trust inter vivos* qui se dénoue du fait du décès du constituant au profit de bénéficiaires bien identifiés ? Nous sommes bien en présence d'une relation assez directe entre le constituant et les bénéficiaires qui vont effectivement recevoir les actifs du trust. En pratique, à partir du moment où les actifs sortent du trust, ils sont déclarés dans le cadre d'une déclaration de succession et les droits de succession correspondant sont payés.

Une série de règles est prévue au titre de transmissions qui ne sont pas rattachées à une succession ou à une donation. Lorsqu'une part déterminée revient à un bénéficiaire précis, il faut analyser la relation entre le constituant et le bénéficiaire et appliquer les droits de succession qui seraient applicables de façon ordinaire entre ces personnes. En raison du soupçon de fraude, lorsque le trust a été créé postérieurement au 11 mai 2011 - probablement à la date de présentation du projet de loi - par une personne résidente fiscale de France, au décès de cette personne, les droits de mutation à titre gratuit ne sont pas de 45 % ou éventuellement 0 % entre époux, mais de 60 %. Il y a là une volonté très claire du législateur d'éviter que les résidents fiscaux de France créent des trusts non rattachables à une succession ou une donation.

DROITS DE MUTATION À TITRE GRATUIT		
Situation concernée	Règles d'imposition	Règlement et recouvrement de l'impôt
Transmission rattachée à une donation ou succession (CGI, art. 792-0 bis, II, 1)	- Imposition de la valeur nette, selon le lien de parenté avec le constituant	Conditions de droit commun des DMTG
Transmission non rattachée à une donation ou succession : part déterminée due à un bénéficiaire précis (CGI, art. 792-0 bis, II, 2, a)	- Imposition de la valeur nette, selon le lien de parenté avec le constituant - Mais 60 % si <i>trustee</i> soumis à la loi d'un ETNC ou si <i>trust</i> créé après le 11 mai 2011 par une personne résidente de France	Conditions de droit commun des DMTG
Transmission non rattachée à une donation ou succession : part déterminée mais due globalement et exclusivement à des descendants du constituant ou du bénéficiaire réputé constituant (CGI, art. 792-0 bis, II, 2, b)	- Imposition de tous les bénéficiaires selon le taux de 45 % - Mais 60 % si <i>trustee</i> soumis à la loi d'un ETNC ou si <i>trust</i> créé après le 11 mai 2011 par une personne résidente de France	- Règlement par le <i>trustee</i> dans les délais de droit commun (6 mois ou 1 an en cas de décès à l'étranger) - Solidarité avec les bénéficiaires du <i>trust</i> si <i>trustee</i> soumis à la loi d'un ETNC ou d'un État n'ayant pas conclu avec la France de convention d'assistance mutuelle en matière de recouvrement
Transmission non rattachée à une donation ou succession, à savoir selon BOI-ENR-DMTG-30, 16 oct. 2012, § 130) : - part due globalement à des bénéficiaires qui ne sont pas tous des descendants (du constituant ou du bénéficiaire réputé constituant), ou - biens et droits restant dans le trust sans être « attribués » (CGI, art. 792-0 bis, II, 2, c)	- Imposition de tous les bénéficiaires selon le taux de 60 %	- Règlement par le <i>trustee</i> dans les délais de droit commun (6 mois ou 1 an en cas de décès à l'étranger) - Solidarité avec les bénéficiaires du <i>trust</i> si <i>trustee</i> soumis à la loi d'un ETNC ou d'un État n'ayant pas conclu avec la France de convention d'assistance mutuelle en matière de recouvrement

171. Marie-Lorraine Henry - Pour synthétiser, il nous a paru intéressant de reprendre les cinq arrêts et de les analyser au regard de la loi de 2011, pour vérifier si les conclusions de la Cour de cassation auraient été les mêmes.



Dans les trois premières affaires, il n'y aurait probablement pas de modification de la taxation : la qualification actuelle de donation et succession couvrirait ces situations.

Dans l'affaire n° 5, en dépit de l'existence du contrat de *trust*, le patrimoine est toujours resté propriété du *settlor* selon la Cour de cassation. Sous l'empire de la nouvelle loi, même si le *trust* n'était pas liquidé, les droits de succession auraient été perçus au moment du décès de ce dernier.

En revanche, dans l'affaire n° 4, sauf application d'une éventuelle prescription, la règle du bénéficiaire réputé constituant aurait été appliquée. La taxation aux droits de mutation à titre gratuit aurait eu lieu au décès de chacune des générations, sous réserve du lien avec la France.

172. Stéphanie Aufénil - Si l'on revient à la fiducie, qu'en est-il de l'affirmation selon laquelle la fiducie libéralité se heurte à un obstacle fiscal ? (comment s'assurer que les actifs fiduciaires puissent être soumis aux droits de succession ou de donation). : les développements précédents sur le *trust* montrent bien que le législateur est parfaitement capable, dans un temps record d'ailleurs, d'établir une législation ciblée très pragmatique et efficace. Sous réserve d'ajustements que nous appelons de nos vœux, notamment l'adaptation aux concepts de notre droit civil, il nous semble que la loi de 2011 serait une excellente base pour une loi fiscale applicable à la fiducie libéralité.

2° Impôts autres que les DMTG

173. Stéphanie Aufénil - Les tableaux qui suivent exposent la taxation des *trusts* au sens large.

Certains textes existaient avant la loi de 2011 : le code général des impôts prévoyait déjà la taxation des revenus distribués dans le cadre d'un *trust*, des revenus éventuellement accumulés dans le cadre d'un *trust* dans l'hypothèse où celui-ci est soumis à un régime fiscal privilégié.

Il existe également une législation en matière d'impôt sur la fortune immobilière (loi de 2011), un prélèvement spécifique sur les *trusts* dans l'hypothèse où le constituant n'aurait pas correctement déclaré son impôt sur la fortune (le *trustee* prélève un impôt pour le compte du constituant) et bien sûr la taxe de 3 %.

Finalement, tous les impôts sont couverts par la législation et rien ne peut échapper à l'administration fiscale. Une obligation déclarative pèse à cet effet sur le *trustee*, qui doit déclarer à l'administration fiscale non seulement certaines informations tous les ans mais également tout événement notable intervenant dans l'existence des *trusts* ayant un lien quelconque avec la France (donc potentiellement un rattachement fiscal, soit parce que le constituant est résident de France soit parce que l'un des bénéficiaires est résident de France, soit parce que les actifs ou un des actifs est en France, soit parce que, depuis la transposition de la 5^e directive anti-blanchiment, le *trust* est rentré en relation d'affaires en France, ce qui n'est pas sans poser des difficultés). Ces obligations déclaratives doivent être effectuées même si aucun impôt n'est dû, parce qu'à l'avenir un impôt sera peut-être dû en France.

IMPÔT SUR LE REVENU	
CGI, art. 120, 9°	Sont considérés comme des revenus de capitaux mobiliers les produits distribués par un <i>trust</i> défini à l'article 792-0 bis, quelle que soit la consistance des biens ou des droits placés dans le <i>trust</i> .
CGI, art. 123 bis	En l'absence de toute distribution, le mécanisme d'imposition des revenus accumulés dans certaines sociétés de portefeuille est également applicable au <i>trust</i> si les conditions en sont remplies. À compter du 1 ^{er} janvier 2022, la condition de détention de 10 % est présumée satisfaite par le constituant ou le bénéficiaire réputé constituant d'un <i>trust</i> sauf pour celui-ci à rapporter la preuve contraire (CGI, art. 123 bis, 4 ter a : IP 1-2022, n° 7, § 21, comm. S. Aufénil).
IMPÔT SUR LA FORTUNE IMMOBILIÈRE	
CGI, art. 970	Les actifs immobiliers entrant dans le champ de l'IFI et qui sont placés dans un <i>trust</i> sont compris dans le patrimoine du constituant ou dans celui du bénéficiaire réputé constituant pour leur valeur vénale nette au 1 ^{er} janvier de l'année d'imposition.
CC, 15 déc. 2017, n° 2017-679 QPC	Limite à l'imposition du constituant (ou du bénéficiaire réputé constituant) : pour échapper à l'imposition, le redevable peut prouver que les biens, droits et produits en cause (ancienne rédaction de la loi qui visait l'ISF) ne lui confèrent aucune capacité contributive résultant notamment des avantages directs ou indirects qu'il tire de ces biens, droits et produits. Preuve extrêmement difficile à apporter
Règles de territorialité	Sous réserve de l'application éventuelle des conventions fiscales internationales : - si le constituant est fiscalement domicilié en France, tous les actifs immobiliers entrant dans le champ de l'IFI, placés dans un <i>trust</i> sont imposables en France ; - si le constituant n'est pas fiscalement domicilié en France, seuls les actifs immobiliers concernés situés en France sont imposables ; - régime de faveur pour les nouveaux résidents de France

PRÉLÈVEMENT SPÉCIFIQUE SUR LES TRUSTS	
CGI, art. 990 J	Vise les cas où les redevables de l'IFI (à l'époque l'ISF) ne déclareraient pas régulièrement les actifs immobiliers placés dans un <i>trust</i> . Non-cumul avec l'IFI Les redevables légaux du prélèvement sur les <i>trusts</i> sont les constituants d'un <i>trust</i> et les bénéficiaires réputés constituants (BOI-PAT-IFI-20-20-30-20, 30 mars 2022, § 150)
Assiette	Valeur nette au 1 ^{er} janvier de l'année d'imposition des actifs immobiliers placés dans un <i>trust</i> et qui entrent dans le champ de l'IFI
Taux	Tarif le plus élevé du barème de l'IFI (actuellement 1,5 %)
Règles de territorialité	L'administration précise que le prélèvement n'est pas couvert par les conventions fiscales internationales (BOI-PAT-IFI-20-20-30-20, 30 mars 2022, § 130). Si le constituant est fiscalement domicilié en France, tous les actifs immobiliers entrant dans le champ de l'IFI placés dans un <i>trust</i> sont imposables en France. Si le constituant n'est pas fiscalement domicilié en France, seuls les actifs immobiliers concernés situés en France sont imposables.
TAXE DE 3 %	
CGI, art. 990 D	Les entités juridiques : personnes morales, organismes, fiducies ou institutions comparables qui, directement ou par entité interposée, possèdent un ou plusieurs immeubles situés en France ou sont titulaires de droits réels portant sur ces biens sont redevables d'une taxe annuelle égale à 3 % de la valeur vénale de ces immeubles ou droits.
Exonérations	Le <i>trust</i> peut prétendre, sous réserve de respecter les conditions requises, au bénéfice des exonérations prévues à l'article 990 E du CGI.
CE, 9 mai 2019, n° 426431 et n° 426434, Sté Amicorp Limited, concl. K. Ciavaldini : IP 2-2019, n° 7, § 13	Un <i>trust</i> , défini comme un ensemble de relations juridiques créées dans le droit d'un Etat autre que la France, doit être présumé, au sens et pour l'application du 3° de l'article 990 E du CGI, avoir son siège dans l'Etat ou le territoire selon le droit duquel ont été créées les relations juridiques qui l'ont institué (confirmation du BOI-PAT-TPC-20-20, 5 oct. 2016, § 50).
OBLIGATIONS DÉCLARATIVES	
Champ d'application CGI, art. 1649 AB, I	Sont visés par les obligations déclaratives : - l'administrateur d'un <i>trust</i> défini à l'article 792-0 bis dont le constituant ou l'un au moins des bénéficiaires a son domicile fiscal en France ou qui comprend un bien ou un droit qui y est situé, - l'administrateur d'un <i>trust</i> défini à l'article 792-0 bis établi ou résidant en dehors de l'Union européenne lorsqu'il acquiert un bien immobilier ou qu'il entre en relation d'affaires en France au sens de l'article L. 561-2-1 du code monétaire et financier, - l'administrateur qui a son domicile fiscal en France.
Informations	1° La constitution, la modification ou l'extinction, ainsi que le contenu des termes du <i>trust</i> ; 2° Les informations relatives aux nom, prénoms, adresse, date, lieu de naissance et nationalité des bénéficiaires effectifs des <i>trusts</i> , qui s'entendent comme toutes personnes physiques ayant la qualité d'administrateur, de constituant, de bénéficiaire et, le cas échéant, de protecteur ainsi que de toute autre personne physique exerçant un contrôle effectif sur le <i>trust</i> ou exerçant des fonctions équivalentes ou similaires ; 3° La valeur vénale au 1 ^{er} janvier de l'année : - pour les personnes qui ont en France leur domicile fiscal, des biens et droits situés en France ou hors de France et des produits capitalisés placés dans le <i>trust</i> ; - pour les autres personnes, des seuls biens et droits situés en France et des produits capitalisés placés dans le <i>trust</i> .
Formulaire n° 2181-TRUST1	« Déclaration événementielle » due au titre de la constitution, la modification ou l'extinction du <i>trust</i>
Formulaire n° 2181-TRUST2	« Déclaration annuelle des valeurs » concerne la valeur vénale au 1 ^{er} janvier de l'année des biens, droits et produits capitalisés composant le <i>trust</i>
Sanctions CGI, art. 1736, IV bis CGI, art. 1729-0 A	- amende fixe de 20 000 € - majoration de 80 % calculée sur les droits dus en cas de rectification du fait des actifs immobiliers qui auraient dû être déclarés
Droit de reprise LPF, art. L. 169 LPF, art. L. 181-0 A	Lorsque les obligations déclaratives n'ont pas été respectées : 10 ans en ce qui concerne l'IR, l'IFI et les DMTG
Registre des trusts CGI, art. 1649 AB, II	Les informations fournies par les administrateurs de <i>trust</i> sont conservées dans un registre placé sous la responsabilité du ministre chargé du budget.

3° Cas pratiques

♦ Trust irrévocable américain afin de préparer la transmission du patrimoine

174. Stéphanie Aufferil - Le premier cas que l'on rencontre assez souvent est celui des *trusts* irrévocables américains par lesquels les constituants - les parents - décident de préparer la transmission de leur patrimoine à leurs enfants et aux générations suivantes. Ils transfèrent leur patrimoine ou une partie de leur patrimoine à un *trust* irrévocable (*grantor* ou *non grantor trust*). Ce transfert au *trust* est vu aux États-Unis comme une donation : les constituants sont réputés donner de façon irrévocable et définitive au *trust* un certain nombre d'actifs (de l'argent en général). La donation est dans le champ des droits de donation américains, mais généralement non taxée compte tenu des abattements extraordinaires applicables aux États-Unis (12 M\$ par parent). Par la suite, un des membres de la famille vient s'installer en France - soit un constituant soit un des bénéficiaires - puis survient un décès.

Dans le cadre de l'application de la loi de 2011, le décès du constituant est le fait générateur des droits de mutation à titre gratuit, sous réserve des règles de territorialité des conventions fiscales. Aux États-Unis, les actifs du *trust* ne sont plus dans l'*estate* taxable du constituant, dans son patrimoine soumis aux droits de succession puisque par définition d'un point de vue américain il y a déjà eu donation. On ne peut donc pas s'appuyer sur la convention fiscale entre les États-Unis et la France pour invoquer le fait que cette succession doit être taxée aux États-Unis dans la mesure où la convention donne le droit de taxer aux États-Unis lorsque le constituant est toujours domicilié aux États-Unis. Il y a donc potentiellement taxation en France en application de la loi de 2011 d'une succession d'un bénéficiaire réputé constituant résident de France. De ce fait, on est confrontés à un risque de double imposition (même si la donation peut faire l'objet d'abattements, il y a bien une double imposition potentielle dans cette hypothèse), avec deux hypothèses prospectives ;

- première hypothèse : peut-on faire reconnaître en France la donation effectuée aux États-Unis pour faire échec à la loi de 2011 en considérant que le décès des constituants n'est pas un fait générateur d'impôts de succession, puisqu'il y a déjà eu une donation au *trust* ?

- deuxième hypothèse : la convention fiscale entre la France et les États-Unis est-elle invocable pour faire échec à la taxation de la succession en France, en considérant qu'il y a eu une donation dans la champ d'application des droits de mutation aux États-Unis ? (la convention entre la France et les États-Unis vise les donations et les successions)

Nous n'avons pas de réponse mais ce sont des questions à avoir en tête dans le cadre de la réflexion sur la fiducie libéralité.

♦ Trust révocable avec des bénéficiaires successifs (l'époux, puis les enfants du constituant)

175. Le deuxième cas qui se rencontre extrêmement souvent est celui du *trust* révocable constitué par une personne, par exemple un Américain, avec pour premier bénéficiaire l'épouse, et au décès de l'épouse les bénéficiaires suivants sont les enfants du constituant mais pas de son épouse. Dans cette hypothèse, au décès du constituant il y a une taxation aux États-Unis ce qui est tout à fait normal (la France ne taxe pas puisque la convention fiscale donne le droit de taxer aux États-Unis). En revanche, d'un point de vue français et en application de la loi de 2011, l'épouse devient bénéficiaire réputée constituante donc, à son propre décès, à supposer qu'il existe un lien de rattachement avec la France, il y aura une taxation : les bénéficiaires n'étant pas ses enfants, le taux de 60 % s'applique. Pour avoir mis en place une stratégie intéressante d'un point de vue fiscal américain, la situation peut devenir catastrophique avec un risque de taxation en France. D'où la question qui s'était posée de la possibilité d'assimiler d'un point de vue fiscal la clause bénéficiaire à une clause de démembrement de propriété, l'usufruit pour l'épouse et nue-propriété pour les enfants⁶⁶. Cette assimilation au démembrement de propriété avait été acceptée par la cour d'appel dans l'affaire jugée par la Cour de cassation en 2020⁶⁷, mais son arrêt a été cassé. À défaut, pourrait-on assimiler la clause bénéficiaire à un legs graduel ou résiduel ?

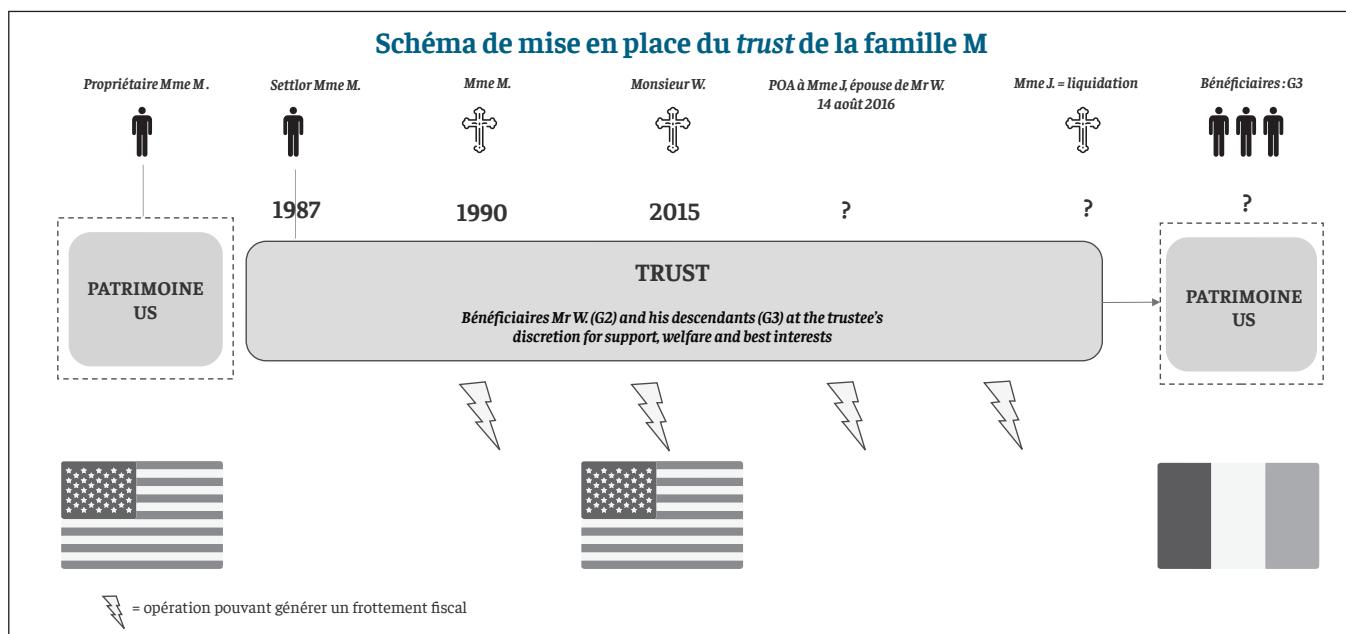
♦ Trust composé de biens américains avec un bénéficiaire s'installant en France

176. Marie Quévieux et Marie-Lorraine Henry - Les faits : Mme L., de nationalité américaine, est bénéficiaire d'un *trust* ; elle s'installe en France pour des raisons professionnelles et devient résidente fiscale en France au 1^{er} janvier 2021 au sens de l'article 4 B du CGI. Ce *trust* a été constitué en 1987 aux États-Unis par sa grand-mère Mme M., qui décède en 1990 laissant son fils M. W., le conjoint de M. W. et leurs 3 enfants. M. W. décède en 2015 laissant son épouse Mme J. et ses 3 enfants dont Mme L., résidente fiscale française depuis le 1^{er} janvier 2021.

Le *trust* est uniquement composé d'avoirs américains. Au décès de Mme M., son fils M. W. et les enfants de ce dernier dont Mme L. sont bénéficiaires de revenus et/ou du capital au choix discrétionnaire du *trustee*. L'objectif du *trust*, comme on le voit souvent, est l'aide matérielle, le bien-être, l'éducation, le meilleur intérêt des bénéficiaires, etc. Au décès de M. W., le *trust* continue au profit de ses descendants et L. commence à percevoir les revenus. Mme J., mère de Mme L., bénéficie d'un *power of appointment* datant de 2016 l'autorisant à distribuer les avoirs du *trust* aux descendants de M. W. Mme J. exerce son pouvoir *via* testament et prévoit la liquidation du *trust* à son propre décès. Au décès de Mme J., le *trust* sera liquidé et attribué aux enfants de M. W.

⁶⁶ Une telle assimilation suppose que la clause bénéficiaire du *trust* soit rédigée d'une manière à se rapprocher le plus possible de la notion de démembrement de propriété, avec un alignement en conséquence des obligations déclaratives.

⁶⁷ Cass. com., 18 nov. 2020, n° 18-14.242, préc.



En synthèse, Mme M., la grand-mère dont le patrimoine est aux États-Unis, met en place son *trust* et devient *settlor* en 1987 ; elle décède en 1990. Le *trust* se poursuit. Son fils et ses petits-enfants sont bénéficiaires. En 2015, M. W., son fils, décède et laisse son épouse et ses propres enfants. Seuls ses enfants sont alors bénéficiaires. Néanmoins, son épouse est attributaire d'un pouvoir particulier : *power of appointment* qui lui permet par testament de décider d'attribuer, de manière discrétionnaire, un pourcentage à chacun des bénéficiaires (elle ne peut en revanche pas décider de changer les bénéficiaires qui lui sont eux imposés). Dans les faits, elle utilise ce pouvoir et décide de la liquidation du *trust* à son propre décès, le partage se fera au profit des 3 enfants à égalité. À ce jour, le *trust* existe encore.

À quel moment Mme L. peut-elle se voir taxer en France aux droits de mutation à titre gratuit ?

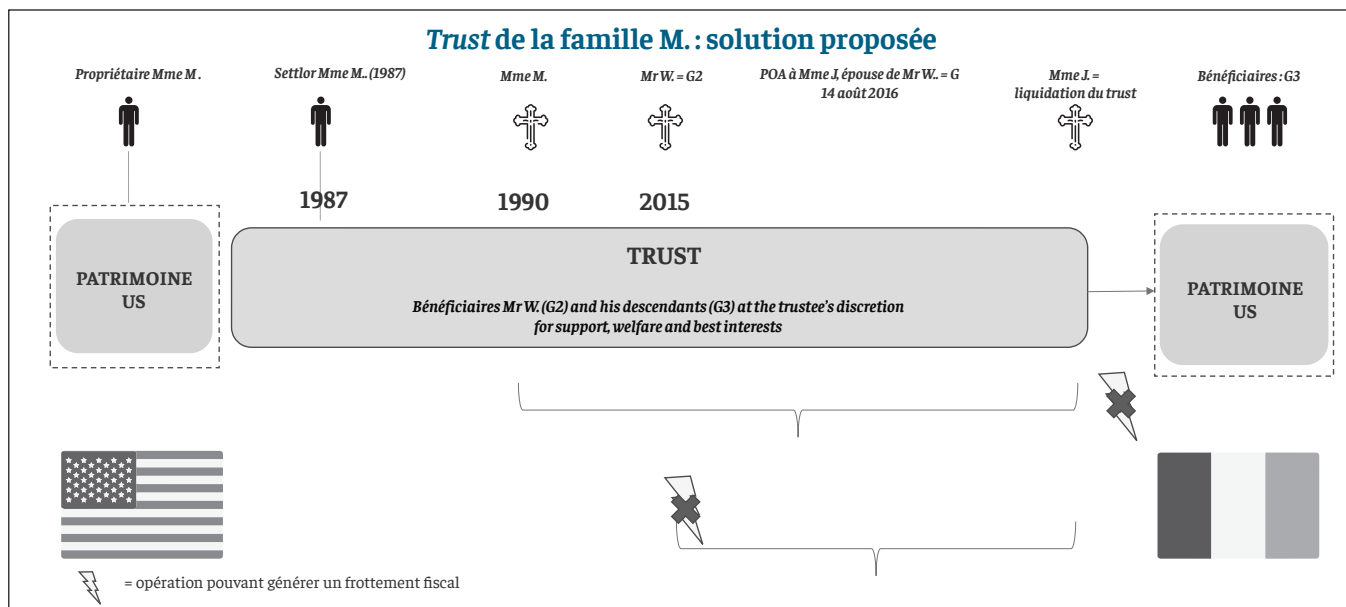
177. Nous sommes dans une situation de chevauchement de deux dispositifs de taxation puisque le décès du *settlor* est

intervenu avant 2011 et celui de son fils après 2011 :

- premier dispositif : si on se place au moment du décès de Mme M., nous sommes avant le 30 juillet 2011 et la jurisprudence s'applique. Aucun rattachement à la France n'existe au décès de Mme M. ; en conséquence, sur ce fondement, il nous semble qu'aucune taxation ne pourrait intervenir ;

- second dispositif : si on se place au moment du décès de W. en 2015, nous sommes après le 30 juillet 2011. Dans ce cas, M. W., bénéficiaire, pourrait alors être réputé constituant à la suite du décès de Mme M.. Dans un tel scénario, le *trust* n'étant pas liquidé au décès de M. W., la situation pourrait alors être qualifiée au regard de l'article 792-0 bis du CGI « *d'autre transmission* » (ni succession, ni donation). Néanmoins, elle ne pourrait donner lieu à taxation car en 2015 aucun élément de rattachement à la France n'existait.

Nous considérons également qu'à la mort de Mme J., non encore intervenue à ce jour, l'administration ne nous semble pas en droit de taxer, car cette dernière n'est pas bénéficiaire du *trust*.



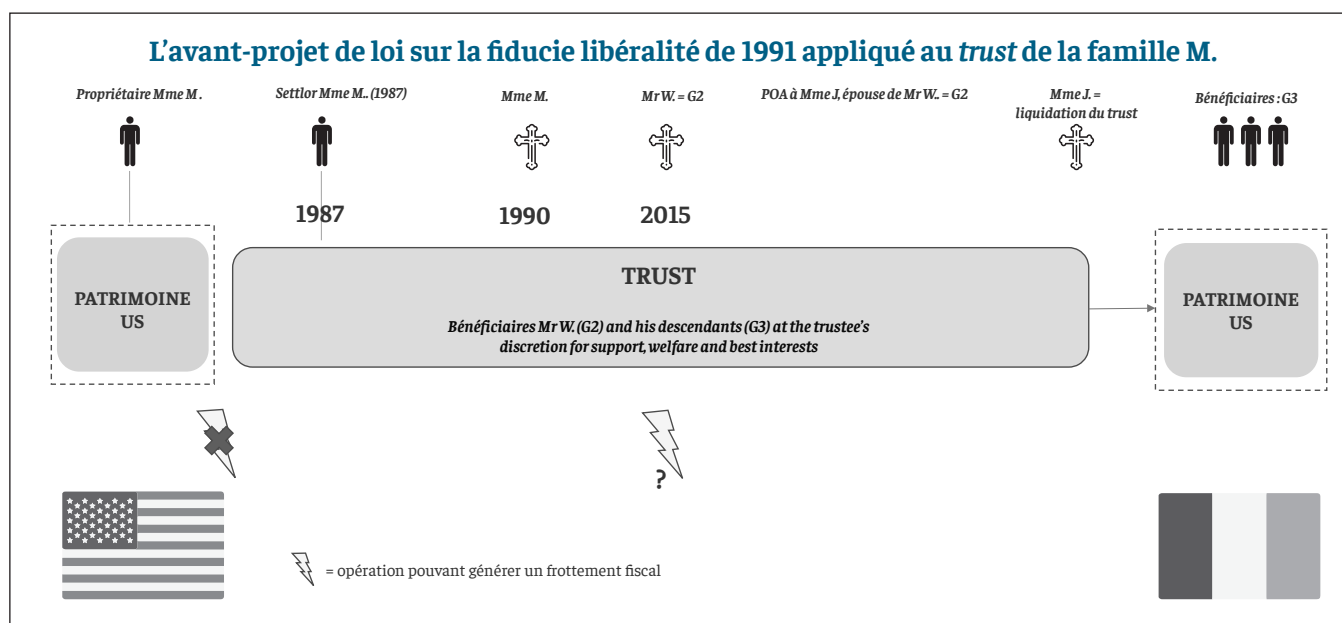
178. Marie-Lorraine Henry - En synthèse, la situation est un peu paradoxale : au civil, la doctrine autorisée nous incite à recevoir le *trust* tel qu'il est et à ne surtout pas l'adapter au droit français, mais au fiscal, le code général des impôts nous impose de comparer la situation créée par le *trust* à celle d'une donation, d'une succession ou à celle d'un autre type de transmission. Fiscalement, nous sommes donc obligés de nous interroger sur la nature du *trust* et de l'assimiler à l'un des vecteurs de transmission connus en France.

Concernant la jurisprudence antérieure à 2011, force est de constater son opportunisme face aux demandes civiles ou fiscales faites par rapport à ce principe d'assimilation, le plus bel exemple étant sans conteste l'arrêt *W.* de 2021.

La législation fiscale de 2011 mériterait d'être clarifiée notamment dans ses notions et leurs contours. Également, ces situations où les deux dispositifs cohabitent rendent la

pratique complexe, surtout pour les justiciables. Il nous faut donc impérativement leur apporter une sécurité juridique. Des réponses fiscales et civiles doivent être trouvées, notamment aux problématiques d'imputation et de réduction des libéralités ou de publicité foncière.

179. Quelle aurait été la taxation dans ce troisième cas pratique si nous avions la fiducie libéralité dans notre législation ? L'avant-projet de loi de 1991 prévoit une taxation à l'entrée du patrimoine en *trust* (donc à l'entrée en fiducie si nous étions dans le cadre d'une fiducie libéralité). Néanmoins, à la suite de l'intervention sur les aspects fiscaux de la fiducie (V. § 14), nous nous demandons s'il ne serait finalement pas plus simple de conserver comme unique fait générateur de la fiscalité le décès du *settlor* et des générations ultérieures.



C. La vocation internationale de la fiducie française

180. Bruno Berger-Perrin - La fiducie à la française a en principe une vocation internationale, aussi bien en ce qui concerne les parties au contrat de fiducie que les biens pouvant faire l'objet de cette opération de fiducie.

S'agissant des parties au contrat de fiducie, peuvent être constituants toute personne physique ou morale résidant dans un État de l'Union européenne ou dans un État ayant signé une convention fiscale avec la France. En revanche, seuls peuvent être fiduciaires essentiellement les banques, les sociétés de gestion et les avocats ; mais ils peuvent être étrangers à la condition qu'ils soient eux aussi résidents d'un État de l'Union européenne ou d'un État ayant signé une convention fiscale avec la France. Quant aux bénéficiaires, aux tiers protecteurs, aux agents des sûretés, ils peuvent être de n'importe quelle nationalité sans aucune restriction.

En ce qui concerne les biens objets de la fiducie, la loi est muette ; donc rien n'interdit une fiducie portant sur des biens, des droits, des sûretés situés à l'étranger.

Bien entendu, qu'il s'agisse de parties étrangères ou de biens étrangers, il est nécessaire de vérifier en amont la compatibilité avec le droit national des parties ou des biens en question.

Enfin, j'ai pu constater que les conseils étrangers, américains, québécois, anglais, luxembourgeois, belges, suisses, sont très intéressés par la fiducie française, qui peut faire concurrence au *trust*.

Pour illustrer ce propos, nous allons évoquer quelques dossiers que nous avons pu traiter concernant des personnes et/ou des biens étrangers.

Dans le cadre de Fidal Fiducie, nous avons été propriétaires pendant quelques semaines de 20 toiles de Marc Chagall pour une valeur de 20 millions d'euros, sachant que le constituant - le propriétaire desdites toiles - était une société luxembourgeoise et que le bénéficiaire (il s'agissait d'une fiducie à titre de garantie) était une banque suisse ; quant aux

toiles elles-mêmes, je vous laisse qualifier leur nationalité puisqu'elles étaient l'œuvre de Marc Chagall...

Par ailleurs, plusieurs opérations portant sur des titres de sociétés ont été réalisées, dont le but était de mettre des participations à l'abri des regards indiscrets ; dans l'une d'elles, le constituant était une personne physique italienne, et dans une autre dont les titres apportés en fiducie étaient ceux d'une société luxembourgeoise.

Un autre exemple est celui d'une fiducie assez complexe destinée à garantir une émission d'obligations ; ont été donnés en garantie de cette obligation des titres de plusieurs sociétés espagnoles ; les constituants sont une personne physique suisse, des personnes morales espagnoles, suisses, luxembourgeoises ; les bénéficiaires, qui sont donc les obligataires, sont représentés par un avocat luxembourgeois.

Terminons par un dossier notoire, le dossier Gemalto ; cette société détenait une participation majoritaire dans une société américaine, situation légalement incompatible avec le traitement d'un marché important sur le territoire américain. Pour passer ce marché, Gemalto ne devait plus être l'actionnaire majoritaire de ladite société américaine. Avec la bénédiction des autorités américaines et françaises, les titres en question ont été mis en fiducie, donc Gemalto n'était plus propriétaire et par conséquent il n'y avait plus d'incompatibilité ; l'opération a duré le temps du marché américain et une fois celui-ci terminé les titres sont revenus dans le patrimoine de Gemalto.