

# Claire FARGE et Jean-Francois DESBUQUOIS

24 juin 2016

## Permettre la transmission de la fiducie-gestion

*Récemment, M. Jean D'Ambert est venu vous consulter. M. Jean d'Ambert est propriétaire d'un important domaine foncier à caractère historique situé dans le centre de la France qui appartient à sa famille depuis plus de trois siècles. Il se compose d'un château classé monument historique qui a conservé son mobilier d'origine ainsi que de nombreuses œuvres d'art. Le domaine comprend également de nombreux autres bâtiments et terres donnés en location dont les revenus sont indispensables pour l'entretien du château. Jean d'Ambert a trois enfants dont deux vivent désormais à l'étranger, et le troisième est étudiant à Paris.*

*Son désir est de maintenir l'intégrité de l'ensemble que constitue le domaine et son mobilier, et de lui conserver son caractère familial pour les générations futures. Ses enfants n'y sont pas opposés, mais ne souhaitent pas devoir contribuer à l'entretien sur leurs deniers personnels ni s'impliquer dans la surveillance et la gestion. M. d'Ambert souhaiterait aussi que dans le futur les excédents éventuels des revenus du domaine sur les charges d'entretien puissent être affectés au financement de ses projets et de ceux de ses enfants lorsqu'ils sont raisonnables.*

Encadrer la gestion des biens qu'il envisage de transmettre à ses descendants est un souhait fréquemment exprimé par le futur disposant pour des motifs variables :

- le patrimoine est complexe (certaines transmissions d'entreprises familiales),
- il est important d'assurer la pérennité d'un ensemble de biens qui ont été réunis dans un objectif particulier (successions de collectionneurs ou d'artistes, gestion de châteaux historiques ayant conservé son mobilier),
- on est en présence d'héritiers qui n'ont pas la compétence nécessaire à la gestion du patrimoine successoral et qui doivent être assistés voire protégés contre leur propre prodigalité.

Il est fréquemment affirmé que la réforme des successions opérée par la loi du 23 juin 2006<sup>1</sup> aurait doté les personnes physiques d'outils efficaces pour organiser une telle planification successorale.

Sont notamment cités :

- la création du mandat à effet posthume<sup>2</sup>,
- la libéralisation des libéralités graduelles<sup>3</sup> et résiduelles<sup>4</sup>.

Si des progrès ont certes été enregistrés depuis 2006, les outils à la disposition du *de cuius* qui souhaite organiser la gestion du patrimoine pour le compte de ses héritiers n'en demeurent pas moins insuffisants et fragiles dans de nombreuses hypothèses :

**-Le mandant à effet posthume :** doit être justifié par un intérêt sérieux et légitime<sup>5</sup> lequel intérêt donne de plus en plus souvent matière à contentieux<sup>6</sup>, et a une durée très limitée (au maximum 2 ans en principe, exceptionnellement 5) beaucoup trop réduite par rapport aux besoins d'organisation

---

<sup>1</sup> loi n° 2006-728.

<sup>2</sup> C. civ., art. 812 à 812-7.

<sup>3</sup> C. civ., art. 1048 à 1056.

<sup>4</sup> C. civ., art. 1057 à 1061.

<sup>5</sup> C. civ 812-1-1.

<sup>6</sup> CASS. civ 1, 10 juin 2015, n°14-10.377 et 14-12.553, Delarue.

exprimés par les futurs disposants<sup>7</sup>. Il s'agit en réalité d'un dispositif adapté pour gérer une période de transition relativement courte après le décès, mais qui n'a pas vocation à organiser la situation sur le long terme.

De plus, le mandataire ne peut réaliser que des actes conservatoires ou d'administration.

Plus grave, le dispositif est fondé sur la fiction d'un mandat qui ne retire pas aux héritiers le droit d'intervenir eux-mêmes et de vendre le bien...faisant ainsi tomber le mandat<sup>8</sup>. Celui-ci ne devient plus efficace qu'au moyen d'une ingénierie complémentaire qui peut consister pour le de cujus à loger de son vivant les actifs dans une SAS dont les statuts comportent une clause d'inaliénabilité et faire porter le mandat à effet posthume sur les actions de la société, mais ceci complexifie le schéma et illustre bien la fragilité intrinsèque d'un tel mandat utilisé seul.

**-Les donations graduelles et résiduelles** : n'ont connu qu'un succès très limité en pratique et ne semblent avoir été mises en œuvre que dans de rares hypothèses. Elles sont parfois présentées comme ayant une finalité proche de la fiducie. Nous n'en sommes convaincu car ce dispositif a pour vocation première d'assurer une double transmission successive en organisant le « retour » des biens au décès du premier bénéficiaire au profit du second gratifié. Son régime ne permet pas d'organiser la gestion des biens par le premier bénéficiaire tant qu'il les détient pour le compte du second, ni de délivrer des revenus à ce dernier avant le décès du grevé..

**- la société civile** : faute de dispositifs successoraux adaptés, le futur disposant recourt souvent à une solution d'ingénierie plus ancienne consistant à créer une société civile placée sous le contrôle d'un gérant de confiance irrévocable, et dotée de statuts « sur-mesure », qui sert de véhicule de gestion pour les actifs considérés. Le fait que cette solution traditionnelle soit toujours préférée de nos jours aux nouveaux outils issus de la réforme de 2006 démontre bien la relative inefficacité de ceux-ci. Mais, elle se révèle elle-même parfois délicate à mettre en œuvre dans la mesure où il est difficile au regard de l'intérêt social de prévoir dans les statuts les conditions dans lesquelles le gérant sera autorisé à délivrer des fonds en capital ou en revenus aux descendants devenus associés en fonction de leurs besoins personnels.

Pour reprendre notre cas pratique de départ, aucune des trois solutions techniques évoquées ci-dessus ne permet d'atteindre totalement les objectifs de M. D'Ambert :

- le mandat à effet posthume aura une durée beaucoup trop réduite.

- les libéralités graduelles et résiduelles permettraient tout au plus d'assurer la conservation et la retransmission aux générations suivantes, mais pas la gestion du domaine, ni l'affectation des revenus prioritairement à son entretien et subsidiairement à la satisfaction contrôlée des besoins des descendants.

-l'apport du domaine dans une SCI dont les statuts auraient été rédigés en contemplation des objectifs de M. d'Ambert serait sans doute la solution la plus efficace, mais il serait très difficile d'organiser par avance l'attribution de l'excédent des revenus à ses enfants dans les conditions qu'il a définies. Le coût du transfert du patrimoine à la SCI pourrait parfois en outre se révéler rédhibitoire.

En revanche, la fiducie-gestion apparaîtrait comme une technique alternative plus efficace et mieux adaptée aux objectifs de M. D'Ambert : elle lui permettrait d'isoler les biens à transmettre dans un patrimoine d'affectation, à l'abri des créanciers, et en les confiant à la gestion d'un fiduciaire, professionnel qualifié et indépendant, qui disposerait de pouvoirs suffisamment étendus et souples, fixés par M. D'Ambert, pour pouvoir gérer le patrimoine à long terme en vue de la préservation du patrimoine.

Il nous faut examiner si un tel schéma est d'ors et déjà possible au regard des textes actuels, au plan juridique (I) et au plan fiscal (II) , ou si des aménagements seraient éventuellement nécessaires.

---

<sup>7</sup> En principe une durée maximale de deux ans, portée à cinq ans si elle est justifiée par l'incapacité ou l'âge des héritiers, ou la nécessité de gérer des biens professionnels- C. civ. 812-1-1.

<sup>8</sup> Cass. civ 1, 12 mai 2010, Bull. civ. I, n°117.

## **I -Au plan juridique :**

La possibilité de réaliser un tel schéma, mais aussi son efficacité dans le temps pour répondre aux objectifs attendus, doivent être éprouvés au regard d'un certain nombre de dispositions du Code civil.

### **1-L'article 2013 du code civil**

L'article 2013 du Code civil dispose: « *Le contrat de fiducie est nul s'il procède d'une intention libérale au profit du bénéficiaire. Cette nullité est d'ordre public.* »

Le schéma de transmission du contrat que nous envisageons risque-t-il de se heurter à cette prohibition ? Nous ne le pensons pas.

En effet la transmission effectuée à titre gratuit au décès ou par donation porte alors sur la créance<sup>9</sup> existant dans le patrimoine du constituant-bénéficiaire sur le fiduciaire. Plus précisément, ce sont les droits du constituant qui font l'objet de la transmission laquelle emprunterait la forme classique d'une donation ou d'une succession. Autrement dit, le contrat de fiducie n'est pas dénoué<sup>10</sup> et se poursuit avec un nouveau constituant-bénéficiaire, et ne serait donc en aucun façon le vecteur d'une libéralité par lui-même.

On est donc bien loin du schéma de la fiducie-libéralité lequel suppose un dénouement du contrat de fiducie au profit d'un bénéficiaire distinct du constituant récupérant à titre gratuit les biens qui avaient été mis en fiducie. Rien de tel dans le schéma proposé de la transmission à titre gratuit du contrat de fiducie-gestion.

Toutefois pour garantir que la transmission ne puisse en aucun cas résulter du contrat de fiducie lui-même il pourrait être précisé qu'en cas de transmission à titre gratuit, constituant et bénéficiaire sont toujours la même personne. Il pourrait par exemple être indiqué dans le contrat que le bénéficiaire est le constituant.

### **Position de la FNDP :**

Ces arguments semblent suffisamment décisifs à la FNDP pour considérer que la transmission à titre gratuit, entre vifs ou à cause de mort, de la position contractuelle de constituant d'une fiducie ne se heurte pas à l'interdiction de la fiducie-libéralité prévue à l'article 2013 du code civil.

Cependant, afin de rassurer la pratique hésitante pour se lancer dans cette voie, compte tenu des sanctions frappant la fiducie libéralité (nullité civile et sanctions fiscales) avec laquelle la transmission à titre gratuit du contrat de fiducie est souvent confondue, la FNDP propose une reformulation de l'article 2013 du Code civil:

*« Le contrat de fiducie est nul s'il procède d'une intention libérale au profit du bénéficiaire. Cette nullité est d'ordre public.*

---

<sup>9</sup> Sur l'analyse des droits du bénéficiaire en droits de créance plutôt qu'en droits réels, voir Cl. Witz, in JCL notarial répertoire, V° Fiducie, fasc 20, n° 36

<sup>10</sup> Le contrat de fiducie n'est dénoué : c'est même l'effet inverse qui est recherché par le retrait du décès du constituant des causes d'extinction du contrat de fiducie (cf 2 ci-après).

*Ne contrevient pas à cette interdiction, la transmission à titre gratuit par le constituant de ses droits sur le contrat lorsque ce dernier stipule que le bénéficiaire est le constituant»*

## **2-L'article 2029 du code civil**

L'article 2029 C.civ. prévoit que le contrat de fiducie prend fin notamment par le décès du constituant. Cette règle est-elle impérative?

Dans l'affirmative, il ne serait donc pas possible de constituer une fiducie-gestion qui puisse être transmise à cause de mort à ses héritiers afin que ces deniers bénéficient de l'organisation patrimoniale mise en place par le défunt. En présence d'un patrimoine complexe à gérer (œuvres d'art, titres sociaux...) ou d'héritiers vulnérables (mineurs, prodigues, immatures...) ou peu aptes à la gestion financière (un conjoint survivant peu préparé à la gestion patrimoniale), la mise en place d'une fiducie-gestion ne serait donc pas la solution pertinente. Sauf à lui associer d'autres outils d'ingénierie patrimoniale (société civile, assurance-vie) afin de contourner l'obstacle tiré du caractère viager de la fiducie-gestion<sup>11</sup>

De nombreux arguments permettent de penser que cette règle n'est pas d'ordre public. Ils ont été développés par P. Berger<sup>12</sup> en 2011. Ce plaidoyer étant resté sans effet sur la pratique, il paraît nécessaire à la FNDP de l'assortir d'une proposition de consécration législative expresse de cette solution.

### **a- La non impérativité du texte**

L'article 2029 du Code civil n'énonce pas son caractère d'ordre public. Or, en matière contractuelle<sup>13</sup>, le principe est celui du caractère supplétif des dispositions légales, sauf mention expresse de leur impérativité<sup>14</sup>.

Il devrait donc être possible d'écarter conventionnellement le décès comme cause d'extinction du contrat de fiducie et d'énoncer que ledit contrat continuera avec le ou les héritiers du constituant jusqu'à l'arrivée du terme prévu.

Il convient toutefois de citer l'opinion contraire du professeur WITZ<sup>15</sup>.

### **b- La formulation des articles 2372-1 et 2488 C.civ.**

Le décès du constituant comme cause d'extinction de la fiducie est expressément écartée en matière de fiducie sûreté par les articles 2372-1 et 2488-1 C.civ.. Il n'est donc pas de l'essence de la fiducie de prendre fin au décès du constituant personne physique.

En outre au plan rédactionnel il est important de relever que les articles 2372-1 et 2488- C.civ précisent que le décès du constituant ne met pas fin au contrat de fiducie-sûreté par « *dérogation à l'article 2029 C.civ.* ». Il n'est pas mentionné par lesdits articles qu'en écartant le décès comme cause

---

<sup>11</sup> S. Lerond et G. Dumont, op. et loc. cit. ; Fr. Roussel, La fiducie-gestion : un instrument (injustement ?) inexploité, Mélanges ???, p. 209

<sup>12</sup> Actes pratiques et stratégie patrimoniale, 2011

<sup>13</sup> La fiducie est un contrat : article 2012 C.civ.

<sup>14</sup> voir Rapport au président de la république relatif à l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, , Titre 1<sup>er</sup>, Sous-titre 1<sup>er</sup>, chap.1<sup>er</sup> *in fine*

<sup>15</sup> J. Cl. Civil fiducie fasc. 20 n°65

d'extinction du contrat de fiducie il y aurait une dérogation à l'article 2013 du Code civil, siège de la prohibition de la fiducie libéralité. Il semble donc que le décès comme cause d'extinction ne soit pas indissolublement lié à la prohibition de la fiducie-libéralité.

### **c-Les principes de droit commun**

« En général, les obligations ne s'éteignent pas par le décès de l'une des parties au rapport de droit. Le principe de leur transmissibilité, active et passive, est posé en termes généraux à l'article 1122 (..) la jurisprudence en a fait de multiples applications (...) »<sup>16</sup>. D'ailleurs, l'article 2019 al. 3 C.civil évoque la « transmission des droits résultant du contrat de fiducie ». Il ne résulte donc pas de la « nature du contrat de fiducie » qu'il est intransmissible. La règle est, en présence d'un contrat de fiducie, celle de droit commun : on est censé avoir stipulé pour soi et pour ses ayants cause<sup>17</sup>.

### **d- L'argument tiré de l'ancienne rédaction de l'article 2014 du Code civil**

L'article 2014, aujourd'hui abrogé, disposait, dans sa rédaction issue de la loi du 19 février 2007 : « Seuls peuvent être constituants les personnes morales soumises de plein droit ou sur option à l'impôt sur les sociétés. Les droits du constituant au titre de la fiducie ne sont ni transmissibles à titre gratuit, ni cessibles à titre onéreux à des personnes autres que des personnes morales soumises à l'impôt sur les sociétés ». L'abrogation de ce texte se justifie uniquement par l'ouverture en 2008 de la qualité de constituant aux personnes physiques et non par la volonté de revenir sur la possibilité d'une cession à titre onéreux ou à titre gratuit de ses droits par le constituant.

Concernant la cession à titre onéreux de ses droits par le constituant, deux articles du CGI ( articles 238 quater I<sup>18</sup> et 238 quater P CGI<sup>19</sup>) prévoient d'ailleurs toujours ses conséquences fiscales.

Concernant la transmission à titre gratuit du contrat de fiducie, l'ancien article 2014 du Code civil témoigne de la compatibilité, dans l'esprit du législateur de 2007, de la prohibition de la fiducie libéralité, qu'il édictait, et de la possible transmission à titre gratuit de ses droits par le constituant au profit d'une personne devenant à son tour constituant.

---

<sup>16</sup> . M. Grimaldi, Successions, 6<sup>e</sup> éd. n°65

<sup>17</sup> Article 1122 C.civ.

<sup>18</sup> Article 238 quater I CGI Créé par Ordonnance n° 2009-112 du 30 janvier 2009 - art. 10 :

*I.-En cas de cession ou d'annulation de tout ou partie des droits du constituant représentatifs des biens ou droits transférés dans le patrimoine fiduciaire, les résultats du patrimoine fiduciaire sont déterminés, à la date de cession ou d'annulation, dans les conditions prévues aux articles 201 et suivants et imposés au nom du cédant. La différence entre le prix de cession et le prix de revient de ces droits n'a pas d'incidence sur le résultat imposable du cédant.*

*II.-Les dispositions du I s'appliquent également en cas de décès, cessation ou de dissolution du constituant, en cas de résiliation ou d'annulation du contrat de fiducie ou lorsqu'il prend fin.*

<sup>19</sup> Article 238 quater P CGI Créé par Ordonnance n° 2009-112 du 30 janvier 2009 - art. 10 :

*I— En cas de transmission à titre onéreux de tout ou partie des droits du constituant représentatifs des biens ou droits transférés dans le patrimoine fiduciaire qui ne sont pas inscrits au bilan d'une entreprise, les résultats du patrimoine fiduciaire sont déterminés, à la date de la transmission, dans les conditions prévues aux articles 201 et suivants et imposés au nom du cédant selon les règles prévues à l'article 238 quater N. La différence entre le prix de cession et le prix d'acquisition de ces droits n'a pas d'incidence sur les revenus imposables du cédant.*

*II. — Le I s'applique également en cas de décès du constituant, de résiliation ou d'annulation de l'opération de fiducie ou lorsqu'elle prend fin.*

### **Position de la FNDP:**

Ces arguments semblent suffisamment décisifs à la FNDP pour reconnaître la possibilité de rédiger des contrats de fiducie qui prévoient leur maintien au-delà du décès du constituant, ce qui permettra à ce dernier de transmettre ses droits au profit de ses héritiers ab intestat ou encore de procéder à des legs ou des donations de contrat de fiducie.

Cependant, afin de rassurer la pratique très hésitante pour se lancer dans cette voie, compte tenu des sanctions frappant la fiducie libéralité (nullité civile et sanctions fiscales), la FNDP propose une reformulation de l'article 2029 alinéa 1<sup>er</sup> du Code civil. Par exemple de la manière suivante<sup>20</sup> :

« *Le contrat de fiducie prend fin :*

*Par le décès du constituant personne physique, sauf clause contraire*

*Par la survenance du terme*

*Par la réalisation du but poursuivi quand celle-ci a lieu avant le terme »*

### **3-Les articles 2028, 912 et 900-1 du Code civil**

Le contrat de fiducie est conclu pour une durée nécessairement déterminée dans le contrat qui ne peut excéder 99 ans (art. 2018). Mais, aux termes de l'article 2028 du Code civil, il « peut être révoqué par le constituant tant qu'il n'a pas été accepté par le bénéficiaire ». Cette disposition pourrait gêner celui qui souhaiterait imposer le cadre de la fiducie à ses héritiers et empêcher ces derniers, devenus constituants après qu'il leur eut transmis sa position contractuelle, de la révoquer. L'article 2028 du code civil ne nous semble pas être d'ordre public et devrait pouvoir être écarté par les parties au contrat de fiducie. Les arguments ont déjà été développés par le passé<sup>21</sup>.

Reste à examiner si la stipulation d'une clause d'irrévocabilité du contrat de fiducie malmène le droit commun des successions et des libéralités. On pense ici à deux textes.

Premièrement, l'article 912 du Code civil garantit aux héritiers réservataires de recevoir leur part réservataire de la succession libre de charges. Deuxièmement, l'article 900-1 du même Code dispose, quant à lui, que les biens donnés ou légués ne peuvent être affectés valablement d'une clause d'inaliénabilité que si cette dernière est temporaire et justifiée par un intérêt sérieux et légitime.

Dans la mesure où le schéma que nous envisageons pourrait conduire à transmettre à titre gratuit aux descendants la position contractuelle de constituant d'une fiducie « verrouillée », qu'ils ne pourraient plus révoquer, et qui confierait la gestion des biens constituant le cas échéant une part de leur réserve héréditaire, risquerait-il de se heurter à l'un de ces deux textes ?

Nous ne le pensons pas. En effet dans la mesure où la fiducie sera constituée par le *de cuius* et que les biens y auront été transférés de son vivant, elle présentera déjà ces caractéristiques au moment de la

---

<sup>20</sup> Rapprocher, dans la réforme des obligations issue de l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016, le nouvel article 1216-1 relatif à la cession de contrat et son commentaire dans le rapport remis au président de la république et accompagnant l'ordonnance : « *Pour répondre aux inquiétudes des professionnels, l'ordonnance rappelle ici expressément que cette disposition est supplétive de volonté...* »

<sup>21</sup> P. Berger, op. et loc. cit.

transmission à titre gratuit. Les droits transmis à ses héritiers ne subiront donc pas de restrictions supplémentaires lors de la donation ou de la succession.

Or les articles 912 et 900-1 n'ont jamais eu vocation à interdire au de cujus d'organiser ou d'aliéner son patrimoine de son vivant. C'est la création d'une charge supplémentaire naissant au moment de la transmission à titre gratuit et pesant uniquement sur ses héritiers qu'ils encadrent.

### **Position de la FNDP :**

Ces arguments semblent suffisamment décisifs à la FNDP pour reconnaître la possibilité de rédiger des contrats de fiducie qui prévoient leur irrévocabilité temporaire.

Cependant, afin de rassurer la pratique très hésitante pour se lancer dans cette voie, la FNDP propose une reformulation de l'article 2028 du Code civil, permettant de sécuriser la possibilité de rendre irrévocable une fiducie-gestion dans des conditions équilibrées pour l'ensemble des parties :

*« Sauf clause contraire, le contrat de fiducie peut être révoqué par le constituant tant qu'il n'a pas été accepté par le bénéficiaire. Après acceptation du contrat par le bénéficiaire, le contrat ne peut plus être modifié ou révoqué qu'avec son accord ou par décision de justice. »*

*Le contrat de fiducie peut toutefois prévoir qu'il est irrévocable pour une durée qui ne peut excéder trente ans lorsque cette stipulation est justifiée par un intérêt sérieux et légitime.»*

## **II- Au plan fiscal**

**1. Droits de mutation à titre gratuit.** Que l'on soit en présence d'une donation ou d'une transmission par décès du contrat de fiducie, l'opération serait soumise aux droits de mutation à titre gratuit (droits de donation ou droits de succession), dans les conditions de droit commun. Deux articles du CGI précisent le régime applicable, les articles 668 ter<sup>22</sup> et 668 bis<sup>23</sup>. Ces textes ont été bien compris par les commentateurs comme pouvant viser aussi bien l'hypothèse d'une transmission à titre onéreux que celle d'une transmission à titre gratuit<sup>24</sup> de la créance sur la fiducie.

L'article 668 ter énonce que la transmission des droits du constituant est soumise aux droits de mutation selon la nature des biens et droits transmis étant entendu que lesdits droits sont *«réputés porter sur les biens formant le patrimoine fiduciaire»* . Précision qui ne concerne que les droits de mutation à titre onéreux, seuls susceptibles de varier en fonction de la nature des biens sur lesquels porte la mutation<sup>25</sup>.

---

<sup>22</sup> Art. 668 ter CGI : *« Pour l'application des droits d'enregistrement, les droits du constituant résultant du contrat de fiducie sont réputés porter sur les biens formant le patrimoine fiduciaire. Lors de la transmission de ces droits, les droits de mutation sont exigibles selon la nature des biens et droits transmis. »*

<sup>23</sup> Art. 668 bis CGI : *« Pour la liquidation des droits d'enregistrement et de la taxe de publicité foncière, la valeur de la créance détenue sur une fiducie est évaluée à la valeur vénale réelle nette des biens mis en fiducie ou des biens acquis en emploi, à la date du fait générateur de l'impôt. »*

<sup>24</sup> Dossier pratique précité : *« Dans l'hypothèse sans doute exceptionnelle d'une transmission à titre gratuit des droits du constituant représentatifs des biens ou droits transférés dans le patrimoine fiduciaire, les droits de donation seraient applicables »*

<sup>25</sup> Ainsi *« les droits de mutation seront selon le cas le droit de vente d'immeubles, le droit de vente de fonds de commerce ou le droit de vente d'actions ou parts sociales »* (Dossier pratique Fr. Lefebvre, La fiducie mode d'emploi, 2009, n° 5925)

L'article 668 bis CGI pose, lui, une règle de valorisation des droits transmis<sup>26</sup> en renvoyant à « la valeur vénale réelle nette des biens mis en fiducie ou des biens acquis en remploi, à la date du fait générateur de l'impôt ». Le législateur fiscal joue donc le jeu de la transparence fiscale de la fiducie et taxe le gratifié ou l'héritier comme s'il recevait directement les biens mis en fiducie.

Il semble toutefois souhaitable de rappeler qu'au stade de la liquidation civile de la succession du constituant originel, il sera possible d'écarter cette évaluation fiscale et d'appliquer une décote à la valeur des biens mis en fiducie résultant des contraintes pouvant en résulter.

En cas de transmission avec démembrement de propriété, il faudra, pour le calcul des droits d'enregistrement, combiner les articles 668 bis et 669 du CGI. - tout en ayant à l'esprit que cette liquidation fiscale pourra ne pas être suivie dans le cadre de la liquidation civile.

### **Position de la FNDP :**

La FNDP considère qu'en l'état actuel les articles 668 bis et ter du CGI permettent de taxer le transfert à titre gratuit de la position contractuelle de constituant. Elle propose toutefois de compléter l'article 668 ter pour préciser que les droits de mutation à titre gratuit peuvent être acquittés par le fiduciaire (ainsi que le prévoit l'article 792 du CGI en matière de trust) afin d'éviter que le bénéficiaire ne risque de se retrouver dans l'impossibilité de faire face à ceux-ci.

*« Pour l'application des droits d'enregistrement, les droits du constituant résultant du contrat de fiducie sont réputés porter sur les biens formant le patrimoine fiduciaire. Lors de la transmission à titre onéreux de ces droits, les droits de mutation sont exigibles selon la nature des biens et droits transmis. En cas de transmission à titre gratuit des droits du constituant sur le contrat, les droits de donation ou de succession sont acquittés par le fiduciaire. »*

### **2. ISF et impôt sur le revenu**

Le maintien d'une identité permanente et parfaite entre constituant et bénéficiaire permet de régler simplement les questions de fiscalité en matière d'IR et d'ISF. La personne à la fois constituante et bénéficiaire sera taxée comme si elle était propriétaire des biens et percevait les revenus.

### **CONCLUSION :**

Pour confronter l'intérêt des modifications ainsi proposées nous proposons de reprendre l'exemple de M. Jean d'Ambert pour vérifier si la fiducie permettrait d'atteindre ses objectifs mieux que les autres dispositifs existant actuellement et déjà analysés ci-dessus.

M. Jean d'Ambert constituerait une fiducie en lui faisant apport de l'ensemble du domaine et de son mobilier. La fiducie serait irrévocable pour trente ans, irrévocabilité justifiée par un intérêt sérieux et légitime résidant en l'espèce dans le maintien d'un ensemble de biens meubles et immeubles à valeur historique et en permettant leur entretien. Le contrat préciserait qu'il ne prend pas fin au décès du constituant, et que le bénéficiaire est le constituant (initial, ou ses ayants droit).

---

<sup>26</sup> Cf Dossier pratique Fr. Lefebvre précité : « alors que les textes relatifs aux impôts directs ont été adaptés par l'ordonnance 2009-112 du 30 janvier 2009 et visent désormais les « droits représentatifs des biens ou droits transférés au patrimoine fiduciaire », l'article 668 bis CGI, en matière de droits d'enregistrement, continue de mentionner la « créance » fiduciaire. Mais les deux expressions recouvrent en réalité la même chose, la première devant être préférée à la seconde qui peut prêter à confusion sur la nature véritable des droits du constituant ».



La mission du fiduciaire serait définie précisément quant à la gestion des biens, et l'affectation des revenus à l'entretien du château. En cas d'excédent des revenus annuels sur les dépenses, les règles de délivrance au profit du bénéficiaire seraient définies dans le contrat.

Puis M. Jean d'Ambert transmettrait, soit entre vifs, soit à son décès, ses droits sur le contrat à ses trois enfants. Devenant constituants à leur tour, ils seraient également bénéficiaires compte tenu du mode de désignation prévu par le contrat. Les droits de mutation à titre gratuit seraient assis sur la valeur des biens transmis, sans décote au plan fiscal, et acquittés le cas échéant par le fiduciaire pour leur compte. Il conviendrait d'organiser la situation des co-constituants et la gestion collective des droits par les enfants.

Si l'un des enfants décédait à son tour avant l'extinction de la fiducie, ses propres héritiers viendraient à ses droits.

## **EPILOGUE**

Presque dix années après l'admission de principe de la fiducie en droit français, il nous a semblé nécessaire de réévaluer la portée exacte de la prohibition de la fiducie-libéralité et de réfléchir à l'opportunité de la faire évoluer.

Deux voies semblaient possibles :

- Soit proposer la suppression pure et simple de la prohibition pour permettre que la fiducie puisse devenir par elle-même le vecteur juridique d'une transmission organisée du constituant au profit du ou des bénéficiaires.
- Soit réfléchir à la possibilité d'une transmission à titre gratuit du contrat de fiducie-gestion.

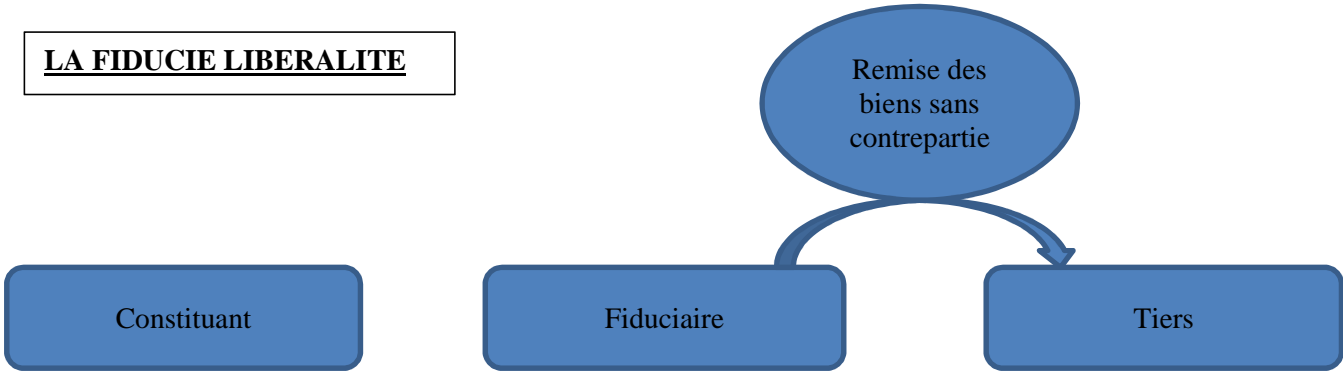
La première piste consiste à vouloir introduire dans notre droit une institution comparable à un trust de droit anglo-saxon, afin qu'un patrimoine puisse être redistribué gratuitement sur plusieurs générations à des bénéficiaires variés et selon des critères conventionnels, en dehors de tout legs et de toute donation. A la réflexion cette solution nous a semblée difficile à intégrer dans le droit et la fiscalité française<sup>27</sup>. Ces difficultés d'analyse notamment au plan fiscal sont probablement d'ailleurs la cause essentielle de l'opposition de l'administration fiscale à l'admission de la fiducie-libéralité jusqu'à maintenant.

Pour ces raisons nous avons retenu l'autre voie : la transmission à titre gratuit du contrat de fiducie. Le schéma est alors bien différent. : le constituant crée une fiducie-gestion dont il est le bénéficiaire, puis le transmet à titre gratuit, entre vifs ou par décès, aux ayants-droits qu'il a choisis. La fiducie-gestion sert alors de « réceptacle » aux actifs à gérer, qui sont confiés au fiduciaire qui se voit assigner des missions précises par le contrat concernant la gestion du patrimoine, ainsi que les prestations à délivrer au profit des bénéficiaires.

---

<sup>27</sup> Il serait très difficile de savoir qui devra supporter la fiscalité immédiate ou future (DMTG, ISF, impôt sur le revenu) ainsi que d'imputer civilement les droits résultants de la fiducie lors du règlement de la succession du constituant. Si en outre la fiducie est créée pour une longue durée et que d'autres décès surviennent ensuite (certains bénéficiaires, ou certains ayants-droits devenus constituants) la question peut se révéler très complexe. On la mesure bien en comparant le régime fiscal de la fiducie française qui est assez simple (transparence fiscale et imposition à l'ISF et à l'IR du constituant) avec le régime beaucoup plus complexe prévue par le CGI pour gérer la situation des trusts étrangers lorsqu'ils peuvent relever de la fiscalité française.

**LA FIDUCIE LIBERALITE**



**LA TRANSMISSION ATG DU CONTRAT DE FIDUCIE-GESTION**

