

Section III – Tableau de synthèse

					Convention de la Haye du 13 janvier 2000	
					Pays contractant	Pays non contractant
Effet du mandat		Institution équivalente			Absence de mandat d'incapacité	
Ressortissants de pays contractants	Domicile dans un pays contractant	Application convention (2558)		Reconnaissance possible (2559)		Mesure de représentation indispensable (2559)
	Domicile dans un pays non contractant	Application convention article 15 § 2 → choix de la loi applicable (2552)		Reconnaissance possible (2559)		
Ressortissants de pays non contractants	Etat avec institution équivalente	Application convention (2552)		Reconnaissance possible (2559)		
	Etat sans institution équivalente	Application convention article 15 § 2 → choix de la loi applicable : Nationalité – Situation des biens – Résidence antérieure (2552)		Incertitude : mesure de protection (2559)		

SOUS-TITRE III

La fiducie

2560. La fiducie a été introduite en France par la loi du 19 février 2007 (772). Cette institution nouvelle permet à la France de se doter d'un cadre comparable à celui des *trusts* de droits anglo-américains. Dans la compétition du commerce international, l'attraction du modèle du *trust* anglo-saxon a progressivement obligé la majorité des pays industriels à le reconnaître. C'est pourquoi, la plupart de ces pays a ouvert sa législation interne, soit au *trust*, soit à la fiducie. Il ne s'agit pas d'analyser en détail le contrat de fiducie mais, après une présentation générale de l'institution (Chapitre I) de rechercher si la fiducie est susceptible de constituer pour le couple un outil efficace de garantie (Chapitre II) et de gestion de son patrimoine (Chapitre III).

(772) L. n° 2007-211, 19 févr. 2007 (JO 21 févr. 2007).

CHAPITRE I

PRINCIPES GENERAUX

Section I – Traits caractéristiques

2561. La fiducie repose sur un contrat qui organise le transfert de droit(s) de propriété du constituant (ou du « fiduciaire ») d'un ou plusieurs biens à un « fiduciaire », à charge pour ce dernier d'en assurer la gestion et de le(s) restituer au constituant ou à un bénéficiaire déterminé au terme d'une certaine durée ou lors de la constatation de la réalisation du but poursuivi (773).

Le principe fondamental – et novateur par rapport aux principes généraux du droit civil français – réside dans la création d'un patrimoine d'affectation caractérisé par :

- une séparation du patrimoine personnel du constituant de celui transféré au fiduciaire ;
- une dévolution temporaire au fiduciaire, mais sans confusion possible avec le patrimoine personnel de celui-ci (774), le fiduciaire devenant titulaire des droits sur les actifs qui constituent le patrimoine fiduciaire mais uniquement temporairement et avec une limitation dans le contrat tant au niveau de l'objet que des pouvoirs.

S'agissant tout d'abord de l'**objet**, il doit être clairement exprimé dans le contrat organisant le transfert. Il est rappelé que, à peine de nullité, la fiducie ne peut pas procéder d'une intention libérale au profit du bénéficiaire. Cette nullité est d'ordre public (775). Le législateur a volontairement exclu la « fiducie libéralité » afin d'éviter de porter atteinte aux dispositions d'ordre public du droit des successions et notamment de la réserve héréditaire. La loi a aussi voulu éviter le détournement de l'institution à des fins fiscales. L'une des conditions de la neutralité fiscale du contrat de fiducie pour des personnes physiques est que le contrat soit conclu en « circuit fermé », c'est-à-dire que le bénéficiaire soit le constituant (renvoi n° 2563).

S'agissant ensuite des **pouvoirs**, ils peuvent être modulés dans le cadre du contrat : actes d'administration et/ou de disposition.

Avec la fiducie, le législateur a accepté une nouvelle « *instrumentalisation* » de la propriété (776) : le transfert de la propriété n'est plus une finalité mais constitue le moyen de réaliser une opération déterminée. Le droit de propriété est affecté à la cause du contrat. Le propriétaire fiduciaire se différencie ainsi radicalement de la propriété pure et simple. Alors que l'article 544 du Code civil dispose que « *la propriété est le droit de jouir et disposer des choses de la manière la plus absolue* », la propriété dont le fiduciaire se voit investi est limitée ; le fiduciaire peut se voir privé de certaines prérogatives normalement dévolues à un proprié-

(773) C. civ., art. 2011.

(774) S. Breuil, *La fiducie se modernise ... un outil à intégrer désormais dans la gestion des patrimoines professionnels et privés*, Actes prat. et stratégie patrimoniale, juil.-août-sept. 2008, p. 39.

(775) C. civ., art. 2013.

(776) C. Khun, *la mission du fiduciaire*, Dr. et patrimoine juin 2008, n° 171, p. 52.

taire, telles que celles d'aliéner les biens. Le fiduciaire peut aussi être un établissement de crédit, le Trésor public, la Banque de France, la Poste, la Caisse des dépôts et des consignations, une entreprise d'assurance sur la vie. En outre, depuis la loi LME précitée, le fiduciaire peut aussi être un avocat (777). La fiducie, considérée en tant qu'instrument de gestion de patrimoine, peut avoir deux applications pratiques qui correspondent à la distinction classique inspirée du droit romain qui opposait la « *fiducia cum amico* » à la « *fiducia cum creditore* » : la fiducie-sûreté (dite aussi fiducie-garantie) et la fiducie-gestion.

Section II – Couple et fiducie

2562. S'agissant du couple, deux dispositions spécifiques ont été introduites :

– la première disposition concerne les époux mariés sous le régime de la communauté : l'article 1424, alinéa 2, du Code civil (778) **soumet à la cogestion** le transfert d'un bien de la communauté dans un patrimoine fiduciaire. Il n'a pas été prévu de dispositions spécifiques pour les partenaires « communautaires » soumis au régime de l'indivision des acquêts. Le transfert opéré par la fiducie constitue un acte de disposition qui doit être apprécié, au moment de la signature ;

– la seconde disposition a été introduite par l'ordonnance n° 2009-112 du 30 janvier 2009 (article 1) (779) qui a complété l'article 2012 du Code civil par un alinéa prévoyant que pour les biens, droits ou sûretés transférés dans le patrimoine fiduciaire qui dépendent de la communauté existant entre époux ou d'une indivision, le contrat de fiducie est établi par **acte notarié à peine de nullité**. Cette disposition intéresse les couples. Elle a été introduite dans un souci de renforcement de la sécurité dès lors que le constituant peut être une personne physique. Elle renforce la mission du notaire et lui permet ainsi de participer au développement de ce nouveau mode de détention de la propriété.

Section III – Régime fiscal de la fiducie constituée par des personnes physiques en vue de la gestion de leur patrimoine privé

2563. L'ordonnance susvisée n° 2009-112 du 30 janvier 2009 a fixé le régime fiscal applicable aux fiducies dont l'objet est la gestion de leur patrimoine privé. Un régime de neutralité fiscale, en matière de plus-value est instauré sous certaines conditions cumulatives (780) :

- le contrat doit présenter toutes les caractéristiques d'un contrat de fiducie ;
- le constituant doit être désigné comme le bénéficiaire de ce contrat ;
- l'inscription des biens ou droits transférés à la fiducie doit être réalisée à la valeur d'acquisition par le constituant et non à la valeur nette comptable au jour du transfert.

(777) C. civ., art. 2015, modifié par la L. n° 2008-776, 4 août 2008.

(778) Alinéa ajouté par art. 18, L. n° 2008-776, 4 août 2008.

(779) Ord. n° 2009-112, 30 janv. 2009 (JO 31 janv. 2009).

(780) D. Bertheuil-Desfossés, H. Fabre, J.-L. Houdard, F. Pouzenc, J.-F. Pillebout, *Ordonnance n° 2009-112 du 30 janvier 2009*, JCP N 2009, n° 26, 1220.

Le non-respect de l'une des conditions entraîne l'imposition des plus-values constatées lors du transfert selon le régime de droit commun, savoir :

– s'il s'agit de produits financiers, cette dernière constitue une cession à titre onéreux et entre dans le champ d'application, selon le cas, des articles 150-0-A et s. (cession de titres) ou de l'article 124 B (cessions de créances) du CGI ;

– s'il s'agit de biens immobiliers, le transfert entre dans le champ d'application des articles 150 U et s. du CGI.

Il faut noter enfin qu'un régime fiscal spécifique est organisé pour les personnes physiques qui utilisent la fiducie dans un cadre professionnel (781).

CHAPITRE II

REFLEXIONS SUR LA « FIDUCIE-SURETE » ET LE COUPLE

2564. Il ne s'agit pas de présenter dans le détail la « fiducie-sûreté » (dite aussi « fiducie-garantie ») mais de rechercher si ce type de contrat peut présenter un intérêt pour un couple. Et dans l'affirmative de voir si le mode de conjugalité qui sert de base à l'union a une influence dans le résultat de l'analyse (782).

Section I – Les avantages de la « fiducie-sûreté »

2565. La fiducie assure la protection du couple en affectant un seul bien aux poursuites éventuelles d'un créancier.

De manière générale, la fiducie emporte transfert de propriété du bien au profit d'un créancier bénéficiaire. La mise en œuvre de la garantie s'en trouve dès lors facilitée. L'avantage pour le(s) membre(s) du couple constituant(s) est de transférer dans un patrimoine d'affectation un bien qui constituera le gage du créancier fiduciaire *a priori* à l'exclusion de tout autre. Par rapport au droit français des garanties, la fiducie apporte en conséquence un avantage certain lorsque la garantie porte sur un actif mobilier ou des valeurs mobilières. La fiducie constitue un nouveau pas vers la notion de patrimoine d'affectation comme l'avait déjà fait l'introduction de la déclaration d'insaisissabilité.

(781) Sur ce sujet : D. Bertheuil-Desfossés, H. Fabre, J.-L. Houdard, F. Pouzenc, J.-F. Pillebout, *Régime fiscal de la fiducie constituée par des personnes physiques en vue de la gestion privée de leur patrimoine professionnel*, JCP N 2009, n° 26, 1222.

(782) Pour une étude pratique de la fiducie-sûreté avec des questions réponses et une formule voir : D. Bertheuil-Desfossés, H. Fabre, J.-L. Houdard, F. Pouzenc, J.-F. Pillebout, *Fiducie-sûreté et fiducie-gestion. Constituants personnes physiques*, JCP N 2009, n° 26, 1219.

Toutefois, la fiducie ne constitue pas une alternative aux différents aménagements et ajustements directs ou indirects proposés dans les travaux de notre commission pour cloisonner les patrimoines et limiter les poursuites des créanciers notamment professionnels. Elle constitue éventuellement un outil complémentaire mais certainement pas exclusif.

Section II – L’utilisation de la fiducie à des fins professionnelles

2566. La loi LME du 4 août 2008 précitée avait pour objectif d’encourager la création d’entreprises, notamment grâce à la fiducie. L’institution concerne des grandes entreprises mais est aussi résolument tournée vers l’entrepreneur individuel. Le pas vers l’entreprise individuelle à responsabilité limitée (EIRL) n’a pas été franchi pour autant. (783). L’entrepreneur individuel a aujourd’hui le choix entre la société et l’entreprise individuelle. Ce choix est lourd de conséquences. La constitution d’un patrimoine dédié aux risques de l’entrepreneur présente un intérêt certain. La fiducie constitue dans ce cas un outil de protection complémentaire.

La fiducie, considérée dans sa dimension de protection à l’égard des créanciers, n’assure cependant pas un cloisonnement total du patrimoine personnel du constituant. L’article 2025, alinéa 2, du Code civil dispose qu’« *en cas d’insuffisance du patrimoine fiduciaire, le patrimoine du constituant constitue le gage commun de ses créanciers, sauf stipulation contraire du contrat de fiducie mettant tout ou partie du passif à la charge du fiduciaire* ». Le patrimoine fiduciaire n’est donc pas totalement étanche (784). Les créanciers du patrimoine fiduciaire, c’est-à-dire ceux dont la créance est née à l’occasion de la gestion de la fiducie, peuvent se retourner contre le constituant en cas d’insuffisance du patrimoine fiduciaire. Dans le cas d’un couple dont l’un des membres est entrepreneur, l’imperméabilité des patrimoines n’est par conséquent pas véritablement assurée. On imagine difficilement en pratique que le fiduciaire accepte expressément d’être personnellement responsable de la charge du passif fiduciaire d’une activité particulière pour le compte du chef d’entreprise, personne physique.

Cette action de plein droit des créanciers du patrimoine fiduciaire réduit semble-t-il l’utilité de la fiducie pour l’entrepreneur individuel. Pour cette raison, la fiducie ne peut pas constituer une alternative aux choix du contrat de l’union mais seulement un outil complémentaire qui nécessite une grande maîtrise de la nature du contrat.

(783) F. Roussel, M.-C. Larcher, O. Hoareau, A. Dobigny, *De la fiducie à l’entreprise individuelle à responsabilité limitée (EIRL)*, JCP N 2008, n° 37, 1282.

(784) F. Roussel, M.-C. Larcher, O. Hoareau, A. Dobigny, art. préc.

CHAPITRE III

REFLEXIONS SUR LA « FIDUCIE-GESTION » ET LE COUPLE

Section I – Un outil complémentaire

2567. Dans la « fiducie-gestion », le fiduciaire se voit transférer la propriété de certains biens, à charge pour lui de les gérer pour le compte du constituant et de les rétrocéder à ce dernier à une date déterminée dans le contrat de fiducie, ou encore par la réalisation du but poursuivi (785). Le constituant a donc vocation à retrouver la propriété des biens transmis au fiduciaire lorsque le contrat prend fin, sauf en présence d'un bénéficiaire (786). Le bénéficiaire peut être le constituant ou le fiduciaire. On peut imaginer que la fiducie puisse être utilisée pour assurer la gestion de certains biens communs ou indivis détenus par le couple. La fiducie permettrait d'organiser la gestion d'un patrimoine pendant une période donnée ou dans un but particulier. Elle se distingue, de ce point de vue, du mandat de protection future, et notamment,

– alors que ce dernier présente une incertitude concernant la prise d'effet (renvoi n° 2531), le contrat de fiducie, au contraire, a l'avantage de prendre immédiatement effet ;

– l'objet du mandat de protection future consiste exclusivement à organiser la protection du patrimoine d'une personne vulnérable alors que la fiducie permet aussi d'organiser la gestion de celui d'une personne majeure capable ;

– enfin, contrairement au mandat, la fiducie évite le mécanisme de la représentation conventionnelle dans lequel le mandant conserve ses pouvoirs même après la prise d'effet du mandat.

Section II – L'organisation de la protection des personnes physiques

2568. La protection est assurée par l'intervention du notaire ainsi que par le mécanisme de cogestion pour les époux mariés sous le régime de la communauté. (renvoi n° 2562). Si un majeur en tutelle ne peut constituer une fiducie, la mise sous tutelle ou curatelle du constituant en cours d'exécution du contrat ne met pas fin au mandat. L'article 2022 du Code civil prévoit, dans cette hypothèse, l'obligation du fiduciaire de rendre compte de la gestion au moins une fois par an. La protection est aussi assurée par la possibilité de désigner un tiers chargé de s'assurer de la préservation de ses intérêts dans le cadre de l'exécution du contrat et qui peut disposer des pouvoirs que la loi accorde au constituant. S'agissant des

(785) C. civ., art. 2029.

(786) C. civ., art. 2030.

personnes physiques, il ne peut être renoncé à cette faculté (787). Il faut aussi ajouter que dans l'hypothèse d'une fiducie-gestion où le constituant est également le bénéficiaire, ce qui sera le cas le plus fréquent pour les personnes physiques compte tenu de l'impossibilité d'utiliser le contrat avec une intention libérale (788), le contrat est révocable par le constituant à tout moment (789). Cette faculté lui assure la maîtrise de l'organisation mais est aussi susceptible de constituer une fragilité du contrat de fiducie mis en œuvre dans un souci de gestion.

Section III – La nature des pouvoirs du fiduciaire

2569. Il convient de revenir sur la nature du transfert de propriété opéré au terme prévu ou lors de la réalisation de l'objet. Le constituant n'est plus propriétaire des biens à la date à laquelle les biens doivent à nouveau être transférés. Finalement, le bénéficiaire d'un contrat de fiducie est, quelle que soit sa qualité (tiers ou partie au contrat de fiducie) titulaire d'un droit personnel : il est créancier d'une obligation de donner de la part du fiduciaire. En revanche, il ne dispose d'aucun droit réel sur les biens fiduciaires avant que les biens ne lui soient transmis. Finalement la propriété fiduciaire est pour le fiduciaire « *une propriété sans valeur économique* » (790).

Section IV – L'étendue des pouvoirs du fiduciaire

2570. L'article 2018 6° du Code civil précise que le contrat doit, à peine de nullité, établir la mission du ou des fiduciaires et l'étendue de leurs pouvoirs d'administration et de disposition. La loi laisse ainsi une grande liberté contractuelle aux parties et aux rédacteurs (791). Le contrat de fiducie peut donc prévoir que le constituant conserve l'usage ou la jouissance d'un fonds de commerce ou d'un immeuble à usage professionnel transféré dans le patrimoine fiduciaire (792). La responsabilité du fiduciaire est étendue à son patrimoine propre en cas de faute dans l'exercice de sa mission (793). La notion de faute doit être prise dans son acception la plus large (794) : dépérissement des biens transférés, mauvais choix de gestion occasionnant une perte de valeur, ou éventuellement un coût d'opportunité. Ceci n'a rien de choquant si l'on se rappelle que le fiduciaire est un professionnel.

(787) C. civ., art. 2017.

(788) C. civ., art. 2013.

(789) C. civ., art. 2028.

(790) M. Grimaldi, *La fiducie : réflexions sur l'institution et l'avant-projet de loi qui la consacre* Defrénois 1991, n° 17, art. 35085, p. 897 et s.

(791) L. Aynès, *L'introduction de la fiducie en droit français*, Rev. Lamy dr. civ., mai 2009, n° 60.

(792) C. civ., art. 2018-1.

(793) C. civ., art. 2026.

(794) C. Khun, *La mission du fiduciaire*, Dr. et patrimoine 2008, n° 171, spéc. p. 57.

Section V – Les opportunités de la fiducie

2571. La fiducie est susceptible d’offrir des opportunités intéressantes dans l’organisation de la gestion du patrimoine des majeurs. A l’instar du mandat de protection future, elle pourrait être utilisée pour gérer son propre patrimoine ou pour protéger celui d’autrui (795). Depuis l’extension de la fiducie aux personnes physiques en 2008 (796) (le dispositif ayant été complété par l’ordonnance du 30 janvier 2009 déjà citée), il devient possible d’utiliser la fiducie comme outil de gestion pour un majeur. Il reste à se poser la question de l’opportunité de cet outil. En l’absence de recul, il est délicat d’en mesurer à ce jour la réelle utilité. A ce stade, il ne peut s’agir que de prospection. Il est évident que la plus grande prudence s’impose. Avant de proposer cette solution à des clients, le notaire devra, avant toute autre chose, s’assurer de la qualité du fiduciaire et de la compréhension du constituant de ce mécanisme complexe. Il faut préciser qu’aux termes de l’article 2023 de Code civil, le fiduciaire, dans ses rapports avec les tiers, dispose des pouvoirs les plus étendus sur le patrimoine fiduciaire, à moins qu’il ne soit démontré que les tiers avaient connaissance de la limitation de ses pouvoirs.

A l’origine, la fiducie a été introduite dans le Code civil avec la loi n° 2007-211 du 19 février 2007 qui l’a réservée aux personnes morales soumises à l’impôt sur les sociétés. Les personnes physiques ne pouvaient pas y recourir pour gérer leur patrimoine. Le législateur a opté avec la loi du 5 mars 2007 pour consacrer le mandat de protection future (renvoi nos 2510 et s.).

La loi n° 2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l’économie a étendu la fiducie aux personnes physiques, mais en la réservant aux majeurs, y compris sous curatelle. Les mineurs et les majeurs en tutelle sont exclus de ce dispositif. La fiducie n’est donc pas considérée comme l’outil privilégié pour la protection des personnes vulnérables. Par contre, elle est susceptible de constituer un outil de gestion alternatif intéressant, dans certaines situations particulières. On peut ainsi imaginer un couple soucieux d’organiser la gestion d’une partie de son patrimoine pendant une période déterminée, ou encore un couple se considérant incompetent pour gérer un patrimoine important recueilli dans une succession, par exemple. Tous les modes de conjugalités sont concernés, ce qui en fait un outil transversal pour les couples.

2572. Conclusion sur la fiducie

Pour le moment, la fiducie est principalement envisagée par la pratique à titre de garantie. Il est intéressant de s’interroger sur les perspectives qu’elle ouvre en termes de gestion. Il faut bien reconnaître que l’institution bouleverse totalement nos habitudes. De plus, l’absence de contrôle du juge en présence d’un majeur incapable contrairement aux régimes des incapacités ou au mandat de protection future entraîne une certaine méfiance logique de la pratique. A la pratique de discipliner ce nouvel outil au mieux des intérêts de nos concitoyens.

(795) F. Sauvage, *Réflexions sur les opportunités offertes par la fiducie aux fins de gestion du patrimoine de la personne vulnérable*, RJPF, 2009, n° 5.

(796) L. n° 2008-776, 4 août 2008 (JO du 5 août 2008).