

→ RLDC 6556

## LA FIDUCIE, OUTIL PATRIMONIAL DE GESTION ET DE TRANSMISSION



Par David PARENT

Notaire associé à Paris,  
a contrario

Taillée pour supplanter la société civile en tant que véhicule patrimonial dédié, la fiducie souffre des faiblesses de conception liées à toute création. En attendant, avec une impatience non dissimulée l'évolution de cette version *bêta*, nous mettrons en avant dans les développements qui suivent les correctifs dont elle mérite de bénéficier tout en illustrant son infinie pertinence aux termes d'applications pratiques choisies.

Introduite dans notre droit en 2007, force est de constater que la fiducie-gestion reste un outil fondamentalement méconnu à la pratique quasi énigmatique.

Il en est probablement ainsi pour deux raisons.

La première tient à ce qu'elle s'apparente au *trust* anglo-saxon que l'usage parfois fiscalement douteux a définitivement connoté. La pénalisation du droit fiscal ainsi que la médiatisation des cas de fraudes liées à l'usage de *trusts* ont sans doute malheureusement préjudicié à l'essor de la fiducie de notre Code civil. Pour ces mêmes raisons, la défiance du législateur à l'endroit du *trust* anglo-saxon a également eu pour conséquence la formulation ambiguë (et quasi funeste pour la fiducie patrimoniale) de l'article 2013 du Code civil.

La seconde trouve sa source dans l'une de ses caractéristiques intrinsèques. Il s'agit d'un instrument juridique essentiellement contractuel laissant au rédacteur autant de liberté que de doutes métaphysiques. Une liberté probablement déroutante pour des praticiens habitués à un droit bien plus normatif.

Ceci étant posé, le charme opère rapidement pour ceux qui franchissent le rubicond. La fiducie regorge en effet de solutions sans équivalent et répond à nombre de préoccupations fondamentales de nos clients.

### I – DES PRÉOCCUPATIONS PATRIMONIALES LÉGITIMES

La transmission de son vivant consiste en l'art délicat de se dépouiller immédiatement et irrévocablement de ses biens au profit des siens sous certaines charges et conditions à la portée légalement encadrée. Parmi les volontés exprimées par les donateurs, il est systématiquement ou presque fait état des objectifs suivants :

- assurer la pérennité du patrimoine familial ;
- organiser librement la gestion du patrimoine transmis ;
- préserver ses héritiers d'une transmission brutale à leur profit d'un patrimoine significatif ;
- générer des revenus récurrents à ses héritiers sur plusieurs générations ;
- faire survivre ses volontés à sa propre disparition ;
- maîtriser la fiscalité appliquée à un patrimoine ayant le plus souvent été déjà taxé à de multiples reprises.

Ces préoccupations légitimes de "bon père de famille" s'articulent toutefois péniblement avec un certain nombre de dispositions impératives.

### II – DES SOLUTIONS CONCURRENTES

Ce sont ces raisons qui depuis longtemps font le succès des sociétés civiles patrimoniales dont le moteur reste la dissociation de l'avoir et du pouvoir. Ces stratégies reposent sur un apport du patrimoine à transmettre et à "protéger" au profit d'une structure au sein de laquelle les pouvoirs sont concentrés prioritairement entre les mains de la gérance et subsidiairement entre celles de l'assemblée des associés. Elles permettent la nomination d'un gérant statutaire (qui peut d'ailleurs ne pas être l'un des associés), révocable à l'unanimité seulement, pouvant succéder à l'ascendant donateur premier gérant et usufruitier de la majorité du capital.

Le démembrement de propriété laisse place, quant à lui, à de multiples solutions répondant aux exigences ci-dessus, tant en matière de répartition des droits politiques entre usufruitier et nu-proprétaire, qu'en matière de définition des prérogatives financières de chacun des titulaires de droits démembrés.

Pour autant, l'outil n'est pas exempt de faiblesses.

D'abord compte tenu des contraintes inhérentes à sa mise en place. Au plan fiscal, par exemple, puisque l'apport de biens en société civile est constitutif d'une mutation à titre onéreux, fait générateur de l'impôt sur la plus-value. L'absence d'un prix d'acquisition significatif ou d'une durée de détention suffisante est susceptible de priver les candidats donateurs de recourir à cette solution.

Dans son fonctionnement, ensuite, puisque la société obéit à d'autres règles que celles applicables au contrat.

Ainsi, les notions d'*objet social* et d'*intérêt social* interrogent lorsque ces structures ne doivent leur existence qu'à l'objectif de protection d'un ou plusieurs associés contre eux-mêmes ou encore à la préservation des intérêts d'un autre. Le gérant ne peut en effet agir dans l'intérêt des associés. Il est tenu d'exercer son mandat dans l'intérêt de la société et lui seul.

D'autres difficultés d'ordre purement technique viennent fragiliser la technique sociétaire. Le droit d'ordre public de retrait des associés peut mettre à mal la pertinence d'une stratégie. De la même manière, les réticences de certains greffes lors de la mise à exécution d'une clause des statuts instituant une gérance successive sont également de nature à affaiblir ce type de solution. Enfin, si l'on comprend que les décisions de gestion et de disposition de l'actif social puissent être remises entre les mains de la seule gérance, il convient d'insister

sur le caractère impératif de soumettre toute décision relative à l'affectation du résultat au vote de l'assemblée des associés.

Dès lors, des solutions fiduciaires peuvent-elles prendre un relais pertinent sur des techniques sociétaires éprouvées mais parfois limitées ?

### III – STRATÉGIES FIDUCIAIRES DE GESTION ET TRANSMISSION DE PATRIMOINE

#### A – Principes

L'objectif est ici de tirer la quintessence des possibilités offertes par la fiducie pour mettre à la disposition du donateur un outil transmissif lui permettant de répondre à l'essentiel de ses objectifs patrimoniaux prioritaires. La solution consiste à loger les biens ou droits à "protéger" au sein d'un patrimoine fiduciaire. Ce transfert fiduciaire permet de réaliser une dissociation avoir/pouvoir en confiant au fiduciaire les pouvoirs tirés de la propriété fiduciaire dans les limites positivement fixées par la convention de fiducie.

Deux incidences fondamentales :

- des prérogatives élargies et non limitées par les contraintes imposées par le droit des sociétés ;
- une contractualisation sur-mesure des pouvoirs du fiduciaire, le cas échéant, encadrés par l'intervention d'un tiers protecteur.

La concentration des pouvoirs entre les mains du fiduciaire va permettre de tenir les héritiers à distance des décisions de gestion et d'aliénation des actifs fiduciaires pour la durée fixée par la convention.

Nous verrons que si les contraintes prévues par le législateur en matière de durée restent sclérosantes, des solutions permettant d'y déroger existent.

La liberté accordée en matière de rédaction de la convention de fiducie offre autant de configurations possibles que de situations rencontrées en pratique. Elle confère en effet au constituant la faculté d'intervenir sur les modalités de gestion des actifs fiduciaires, l'exercice des droits de vote en présence de titres de sociétés, l'affectation des revenus fiduciaires, la gestion de ces revenus, l'aliénation ou encore la mise à disposition des actifs fiduciaires. Si aucun sujet n'échappe ainsi à la volonté du constituant dans la définition de son projet, toute la difficulté de l'exercice consiste en pratique à procéder à une rédaction aussi globale que précise dont l'objectif sera d'éviter toute situation de blocage.

Dans cette perspective, le législateur a prévu, selon les cas, la présence facultative ou imposée d'un tiers protecteur dont la mission consiste à veiller à la préservation des intérêts du constituant. Il s'agit d'un contre-pouvoir fort, contrepartie légitime de la dépossession fiduciaire. Ce tiers protecteur aura d'autant plus de raison d'être en présence d'un constituant diminué ou devenu incapable. Rappelons qu'il dispose, sauf restriction contractuelle, des mêmes pouvoirs que le constituant. On prévoira donc idéalement en pratique des pouvoirs à deux étages selon que la capacité du constituant soit ou non altérée en cours d'exécution du contrat de fiducie.

L'outil présenté pourrait sembler idéal, ou presque, s'il n'était pas grevé de dispositions légales trop restrictives ou imprécises, particulièrement pénalisantes dans la perspective d'un usage patrimonial de la fiducie.

#### B – Limites et solutions pratiques

##### 1. Prohibition de la fiducie-libéralité... mais possibilité de transmission à titre gratuit du contrat de fiducie ?

L'article 2013 du Code civil pose le principe d'ordre public de la prohibition de la *fiducie-libéralité*. Sous cette dénomination, née de la doctrine, doit être visé le cas du constituant réalisant le transfert d'un bien dans un patrimoine fiduciaire en prévoyant qu'à son décès ce bien soit transmis au bénéficiaire désigné de la fiducie ainsi constituée. La fiducie sert ici d'*instrumentum* à la libéralité et entre indéniablement dans le champ de la prohibition de l'article 2013 du Code civil.

Qu'en est-il en revanche du contrat qui serait transmis par donation, ou par décès, n'affectant pas la durée de la fiducie ? La question ici posée porte en réalité sur la cessibilité du contrat. Les dispositions du Code civil ne dérogeant pas expressément à ce principe général (C. civ., art. 1205), le contrat de fiducie nous semble devoir être par nature cessible et transmissible.

Par conséquent, la transmission par le constituant d'une fiducie à ses héritiers de sa position contractuelle ne nous paraît donc pas devoir subir les effets de ce texte.

Elle vient en revanche se heurter directement, dans l'hypothèse d'une transmission par décès ainsi qu'au décès du constituant en cas de donation préalable, aux dispositions de l'article 2029 du Code civil. Cet article dispose en effet que « *le contrat de fiducie prend fin par le décès du constituant personne physique* ». L'objectif de protection du patrimoine transféré en fiducie perd alors tout son sens si celle-ci ne survit pas au constituant-disposant.

##### 2. L'extinction du contrat de fiducie au décès du constituant personne physique

Il convient donc de s'intéresser au caractère d'ordre public ou non des dispositions de l'article 2029 du Code civil.

La doctrine est divisée sur ce point. Pour le Cridon de Paris (cette question a été soumise au Comité de consultation du Cridon de Paris lors de sa séance du 20 avril 2017) et au professeur Witz (Witz Cl, J.-Cl. Notarial Répertoire, Fiducie, Fasc. 20, n° 65), ces dispositions sont clairement d'ordre public et il ne saurait être dérogé au principe de l'extinction du contrat en cas de décès du constituant. La justification tient pour le premier au lien direct existant entre cette disposition et la prohibition de la fiducie-libéralité et pour le second à l'objectif du législateur d'éviter toute inférence entre la fiducie et le droit des successions. D'autres auteurs (Berger P., La fiducie-gestion, Actes prat. strat. patrimoniale, 2011, n° 1, dossier 4) plaident en revanche pour le caractère supplétif des dispositions de l'article 2029 en invoquant le caractère contractuel de la fiducie ainsi qu'en reconnaissant la cessibilité du contrat dont elle fait l'objet.

Une forte incertitude entourant la question, il est recommandé de contourner la difficulté en interposant entre le disposant et la fiducie une société civile constituée pour une durée de 99 ans autorisant ainsi la survie de la fiducie au décès du disposant.

L'alternative consiste à faire procéder à la constitution de la fiducie directement par les ayant droits du disposant. La solution revient à donner ou léguer les biens ou droits à "protéger" à charge pour les donataires ou héritiers de les transférer en fiducie dans les conditions expressément et précisément prévues aux termes de la libéralité. L'une des conditions essentielles sera d'imposer au donataire ou légataire-constituant l'irré-

vocabilité temporaire du contrat de fiducie. Il est ainsi fait indirectement échec aux dispositions des articles 2013 et 2029 du Code civil qui font obstacle à l'essor de la *fiducie-transmission*.

Cette formule, consistant à grever d'une charge le patrimoine transmis, soulève toutefois d'autres difficultés en présence de donataires ou légataires réservataires dans la succession du disposant.

### 3. Charge affectant la libéralité, irrévocabilité de la fiducie et réserve héréditaire

L'article 912 du Code civil définissant la réserve héréditaire prend soin d'indiquer que la part des biens successoraux dévolue aux héritiers réservataires doit être libre de charges. Cette règle sert naturellement la cause de l'héritier récalcitrant soumis à l'obligation qui lui serait faite de transférer en fiducie les biens reçus par donation ou succession dans une proportion excédant la quotité disponible. La sécurisation de cette solution passe alors par la régularisation d'une renonciation anticipée à l'action en réduction (RAAR). Cet outil, au formalisme rigoureux, offre depuis 2007 aux héritiers bénéficiant de la protection de la réserve la faculté de renoncer à s'en prévaloir, de façon définitive et du vivant de leur auteur.

Bien que beaucoup ait pu penser qu'il était illusoire d'imaginer qu'un héritier réservataire puisse se départir d'un tel droit, force est de constater que cette pratique s'est largement développée au cours de ces dernières années au profit de causes parfaitement légitimes (notamment philanthropiques). Il faut également noter que la RAAR a pour effet dans la plupart des cas de priver les réservataires d'une fraction du patrimoine de leur auteur. Dans l'hypothèse qui nous occupe, la RAAR sera d'autant plus aisée à mettre en œuvre qu'il ne s'agit que de différer l'appréhension du patrimoine par les héritiers.

Ces solutions pourraient enfin bénéficier des réflexions actuellement menées sur l'évolution du *quantum* de la réserve héréditaire.

En l'occurrence, il s'agit ici pour les donataires ou légataires de renoncer à leur action en réduction contre la charge constituée par l'obligation de transfert en fiducie imposée par donation ou testament.

Une autre réflexion doit être menée lorsque la libéralité aura imposé au gratifié, par dérogation aux dispositions de l'article 2028 du Code civil, l'irrévocabilité du contrat de fiducie.

Deux questions s'imposent sur le sujet.

La première concerne la possibilité ou non de déroger à la révocabilité du contrat de fiducie par le constituant. En la matière, il est permis de penser que les dispositions de l'article 2028 du Code civil ne sont pas d'ordre public (en ce sens, v. Farge Cl. et Desbuquois J.-Fr., Permettre la transmission de la fiducie-gestion, JCP N 2016, n° 39, 1284), de sorte que le constituant-disposant pour-

rait imposer une irrévocabilité temporaire du contrat de fiducie (Farge Cl. et Desbuquois J.-Fr., Proposition FNDP de modification de l'article 2028 du Code civil, FNDP, 24 juin 2016).

La seconde vise l'assimilation de l'irrévocabilité du contrat de fiducie à une clause d'inaliénabilité avec pour conséquence, en matière successorale, la faculté pour le gratifié de solliciter la résiliation du contrat dans les conditions visées à l'article 900-1 du Code civil. À cette question, il peut être opposé que, si le projet de loi n° 2583 du 25 février 1992 instituant la fiducie comportait un article 2070-9 du Code civil prévoyant que le fiduciaire pouvait demander la révocation ou la révision du contrat de fiducie dans les conditions des articles 900-1 à 900-8, les débats parlementaires ont conduit à retirer cette disposition qui n'a jamais, par la suite, été réintroduite (en ce sens, v. Witz Cl., J.-Cl. Notarial Répertoire, Fiducie, Fasc. 20, précité).

## Le contrat de fiducie nous semble devoir être par nature cessible et transmissible.

Enfin, rappelons que dans l'hypothèse précédente dans laquelle il est procédé à la transmission du contrat de fiducie, ces difficultés, liées à l'application de la réserve héréditaire ainsi qu'à la révision des clauses d'inaliénabilité, ne devraient pas avoir vocation à se poser. La transmission n'est en effet pas alors assortie d'une charge grevant la réserve, il s'agit simplement de la caractéristique intrinsèque d'un élément du patrimoine transmis. Pour conforter cette position, nous proposons de reprendre l'exemple de la transmission d'un bien ayant préalablement fait l'objet d'un apport en société pour lequel il n'est pas douteux que le contrat de société ne constitue nullement une charge grevant la réserve (Berger P., La fiducie-gestion, précité).

La fiducie-transmission permet donc bien au disposant de satisfaire à l'essentiel de ses objectifs patrimoniaux prioritaires ainsi que nous le constaterons dans le cadre des solutions qui suivront.

### C – Application patrimoniale

Des contraintes légales fortes, certes, mais il ne faut pas ignorer que des solutions pratiques permettent dès à présent la mise en œuvre de schémas fiduciaires applicables à la transmission de patrimoine.

Pour s'en convaincre, nous prendrons le cas concret d'une problématique de transmission d'un patrimoine artistique résolue au moyen d'une solution fiduciaire.

#### EXEMPLE :

*Il s'agit d'un disposant âgé de 84 ans, divorcé et non remarié, père de trois enfants dont l'un, prédécédé, laisse pour lui succéder trois enfants. Son patrimoine est essentiellement composé d'une importante collection d'œuvres d'art. Ses objectifs patrimoniaux prioritaires sont les suivants : transmettre son patrimoine par parts égales à ses héritiers et permettre à l'un d'eux seulement de gérer et valoriser la collection au bénéfice de tous et de procéder progressivement et opportunément à la cession de tout ou partie de la collection.*

*La stratégie proposée consiste à mettre en œuvre les opérations suivantes :*  
1° donation-partage de la collection au profit de ses deux enfants et trois petits-enfants ;

*2<sup>e</sup> conclusion d'une convention de fiducie-gestion sur les biens donnés.*

*La première étape consiste à réaliser une donation-partage de la nue-propriété de la collection pour conserver la jouissance des biens donnés et bénéficier du levier fiscal de la réserve d'usufruit.*

*Au plan civil, deux hypothèses sont envisageables :*

- la donation prévoit une charge pour les donataires de transférer les biens donnés en fiducie, auquel cas il existe, comme nous l'avons indiqué, un risque de remise en cause judiciaire pour atteinte à la réserve (C. civ., art. 912). La régularisation d'une RAAR sera alors indiquée pour parer à cette éventualité ;*
- la concomitance des opérations de donation et de transfert en fiducie est telle qu'elle dispense le disposant de la stipulation d'une charge dont l'étendue pourrait être contestée ultérieurement. Cette seconde hypothèse est en pratique la plus courante bien qu'elle nécessite en amont un travail de pédagogie familiale à ne pas négliger.*

*La seconde étape réside dans la conclusion d'une convention de fiducie-gestion dont les constituants-bénéficiaires sont les donataires qui procèdent au transfert de la nue-propriété reçue (reconstitution de la pleine propriété dans le patrimoine fiduciaire au décès du donateur usufruitier).*

*La durée conventionnelle est fixée à 30 ans ou à la date de réalisation du but poursuivi si celle-ci intervient avant.*

*L'objet de cette fiducie est de gérer et administrer la collection et, à compter de l'extinction de l'usufruit, de céder progressivement et opportunément les œuvres d'art et verser leur prix de vente aux bénéficiaires.*

*S'agissant enfin des pouvoirs, il est prévu une délégation par le fiduciaire de ses pouvoirs sur les biens transférés au profit de l'un des enfants expressément désigné, sa mission consistant à s'assurer de la bonne administration de la collection et à reverser dans le temps et sous conditions des revenus aux bénéficiaires.*

*L'introduction d'un schéma fiduciaire a donc permis au disposant de répondre ses principales préoccupations : assurer la pérennité du patrimoine familial, maîtriser la fiscalité de sa transmission, organiser librement la gestion du patrimoine transmis (dissociation de l'avoir et du pouvoir), préserver ses héritiers, notamment les plus fragiles, de la transmission brutale à leur profit d'un patrimoine significatif tout en assurant des revenus récurrents à ses héritiers et faire survivre ses volontés à sa propre disparition.*

### III – CONCLUSION ET PERSPECTIVES

Contrairement aux affirmations de la commission des lois qui commentait en 2006 la proposition de loi instituant la fiducie (Rapport Sénat ° 11, 2006-2007), la fiducie-transmission ne revêt pas un intérêt limité du fait de l'existence du mandat à effet posthume ainsi que des libéralités graduées et résiduelles. Elle s'affirme, au contraire, comme un outil sans équivalent répon-

dant aux attentes profondes de nombre de candidats à la transmission.

Les praticiens espèrent désormais une réécriture des articles 2013, 2028 et 2029 du Code civil pour permettre enfin l'essor de la fiducie patrimoniale. Dans cette attente, l'ingénierie développée autour de cet outil nous permet d'ores et déjà la mise en œuvre de solutions parfaitement opérationnelles. ■