

LA FIDUCIE INSTAURATION EN DROIT FRANÇAIS

En remarque préalable au présent rapport, il convient de rappeler que la Chancellerie a constitué un groupe de travail sur ce sujet, dont ne fait partie aucun membre désigné par le Conseil National des barreaux. Ce groupe a déjà tenu plusieurs réunions et le présent rapport pourrait être une contribution à ses travaux.

I - NATURE JURIDIQUE DE LA FIDUCIE (Hervé Chemouli)

Dans l'avant-projet de Loi, en 1992, la fiducie était décrite comme un contrat en vertu duquel un constituant transfère tout ou partie de ses biens et droits à un fiduciaire, à charge pour celui-ci d'agir dans un but déterminé au profit de bénéficiaires ou du constituant lui-même.

Cette conception de la fiducie, moyen de gestion, était vue comme :

- une atteinte portée au droit de propriété, dont le démembrement est prohibé,
- une atteinte au principe de l'unité du patrimoine,
- une contravention à l'interdiction des clauses d'inaliénabilité,
- enfin, une atteinte à la réserve héréditaire.

Ces critiques pourtant ne peuvent s'avérer être pertinentes à partir du moment où il faut savoir que cette fiducie, créée à l'origine par le droit romain, prenait essor à un moment où le contrat de dépôt n'existait pas.

La difficulté qui existe aujourd'hui est de pouvoir déterminer un mécanisme *sui generis* affecté à la fiducie, alors que celle-ci se retrouve dans divers mécanismes techniques juridiques qui ont été mis en place comme des moyens contractuels archaïques, afin de pallier cette absence de fiducie.

Ceci est caractéristique dans le domaine des droits patrimoniaux et notamment des libéralités.

Que ce soit à l'égard d'un majeur incapable ou pour la conservation de biens donnés ou légués, il a toujours été nécessaire de trouver la présence d'un tiers chargé d'en assurer la gestion, à défaut pour l'incapable majeur ou pour la personne qui en bénéficie de pouvoir le gérer lui-même.

C'est donc par des mécanismes approchants que la fiducie a été élaborée et notamment elle se rapproche de divers modes que sont :

- la désignation d'un exécuteur testamentaire ;
- la désignation d'un administrateur des biens du mineur ;
- la substitution fidéicommissaire, laquelle n'est possible, en vertu de l'article 1048 du Code Civil, que dans le cadre familial restreint ;
- la technique de l'indivision en matière tant mobilière qu'immobilière ;
- la clause de réserve de propriété ou le crédit bail, en matière de sûreté.

Contrairement à ce qui a pu être antérieurement envisagé, notamment sur la critique d'un pseudo démembrement du droit de propriété, la fiducie ne réalise en fait aucun démembrement du droit de propriété puisque celle-ci est entièrement entre les mains du fiduciaire.

De même, lorsque la fiducie constituera un transfert de propriété à titre gratuit, le fiduciaire devra en tout état de cause respecter le principe de la réserve des héritiers et des quotités disponibles.

Quant à la prétendue prohibition des clauses d'inaliénabilité que la fiducie pourrait suggérer, il faut savoir que la validité de ces clauses est soumise à la double condition de leur caractère temporaire et de leur justification par un intérêt sérieux et légitime.

Dans le cas de la fiducie, l'inaliénabilité devra toujours se justifier par la nécessité de protéger le fiduciaire, raison pour laquelle il n'est pas possible d'exclure le transfert de propriété à titre gratuit, comme l'a envisagé le Sénateur Marini dans son rapport.

Au contraire, c'est le seul moyen de pouvoir préserver les intérêts du bénéficiaire de la fiducie au regard de la mise en place par le constituant.

En fait, la fiducie à la française s'écarte en tout état de cause du *trust*, lequel vise les relations juridiques créées par une personne, le constituant, par un acte entre vifs ou à cause de mort, lorsque les biens ont été placés sous le contrôle d'un *trustee*, dans l'intérêt bénéficiaire ou dans un but déterminé.

Il apparaît manifeste que cette notion de fiducie s'écarte du *trust* en ce que l'aspect gestion afférent au *trust* n'a pas d'équivalent en droit français.

L'important dans la notion de *trust* anglo-saxon est que celui-ci remplisse les conditions qui relèvent de la compétence à exercer une fonction, plutôt que de la capacité d'acquiescer un droit.

C'est en cela que la fiducie qui a été envisagée s'écarte complètement de cette notion de *trust*, alors même que son but était normalement de permettre à terme de considérer, par l'application de cette loi sur la fiducie, que la France allait procéder à une ratification de la Convention de La Haye du 1^{er} juillet 1985, laquelle n'a pas encore été effectuée à ce jour, et permet de considérer qu'il existe une analogie totale entre la fiducie et le *trust*.

Or, tel n'est pas le cas.

En fait, le contrat de fiducie, tel qu'il est analysé par exemple par le Professeur Witz dans son ouvrage « *La Fiducie en droit privé français* » enseigne que « *c'est l'acte juridique par lequel une personne, le fiduciaire, rendue titulaire d'un droit patrimonial, voit l'exercice de son droit limité par une série d'obligations, parmi lesquelles figure généralement celle de transférer le droit au bout d'une certaine période, soit au fiduciaire, soit au tiers bénéficiaire.* »

Or, d'autres législations applicables en France s'apparentent à cette notion de fiducie et peuvent contribuer à la mise en place de ce mécanisme.

Il s'agit tout d'abord de :

- **La société en participation**, où l'apport est effectué bien souvent en jouissance, le transfert de propriété n'est donc pas total.

Par ailleurs, cette société peut avoir une activité civile commerciale.

- **La société civile**, notamment lorsque dans les statuts il est précisé que cette société va pouvoir continuer après le décès de son associé, avec dévolution des parts soit au conjoint survivant, soit avec un ou plusieurs héritiers, soit avec toute personne désignée dans les statuts, voire même avec des personnes désignées dans des dispositions testamentaires.
- **Le contrat de réméré** : c'est le cas de l'article 1659 du Code Civil, lequel prévoit la vente avec engagement de rachat ;
- **Les opérations de portage sur titres** ;
- **Le prêt à commodat.**

L'ensemble de ces mécanismes sont des éléments supplétifs ou ayant une certaine analogie avec le mécanisme de la fiducie elle-même.

La particularité essentielle de la fiducie est de mettre en présence trois acteurs juridiques :

un **constituant** qui transfère tout ou partie de ses biens et droits à un **fiduciaire**, à charge pour celui-ci d'agir dans un but déterminé au profit des **bénéficiaires**.

Ce mécanisme a l'apparence d'un *trust* de type anglo-saxon mais diffère pour deux raisons essentielles :

- les pays anglo-saxons dissocient la propriété légale et la propriété économique, alors que le droit français ne connaît que la conception unitaire du droit de propriété (article 544 du Code Civil) ;
- par ailleurs, les bénéficiaires ont des droits quasi réels et non de simples droits de créance à l'encontre du *trustee*.

Or, une telle conception est totalement étrangère à l'administration fiscale française, ce qui rend la transposition du trust en droit interne français extrêmement complexe, raison pour laquelle pallier ce manque, certains mécanismes proches de la fiducie ont été mis en place, pour répondre de manière non satisfaisante à cette difficulté.

C'est le cas notamment :

1. Dans la transmission d'entreprise : la dissociation qui existe entre le pouvoir de direction et la propriété capitalistique patrimoniale.

Dans certains cas, pour éviter des situations de blocage, on a recours à la ***donation à charge de redonner*** : c'est une forme de fiducie.

En effet, le donateur remet son entreprise à un tiers, qui se trouve être l'homme de confiance, à charge pour lui de l'abandonner à une date fixée par le donateur au profit du donataire secondaire qui est le bénéficiaire final.

En fait, le donateur principal n'a été qu'un simple intermédiaire, on pourrait dire une interface fiduciaire, gestionnaire du patrimoine jusqu'au terme de la convention.

2. ***La fondation*** a été un autre mécanisme utilisé, qui a notamment pour vocation de recevoir, de toute personne physique ou morale, publique ou privée, tout bien, toute valeur ou somme d'argent, à charge pour elle d'en assurer, conformément au vu des donateurs, la gestion et d'autre part l'affectation, dans l'intérêt général.

Par ailleurs, d'autres techniques élaborées par la pratique permettent d'atteindre un résultat voisin de la fiducie dans le domaine de la transmission à titre gratuit.

3. Il en est ainsi du ***legs de residuo*** qui est une sorte de fiducie testamentaire. Par ce système, le testateur (qui pourrait être le constituant), lègue des biens à un premier légataire (qui pourrait être le fiduciaire), afin qu'au décès de ce dernier les biens restant à titre de residuum soient transmis à un bénéficiaire final, désigné par le testateur.

Ces biens, reçus par le premier légataire sont situés hors du champ de la succession, mais en revanche font partie intégrante de son patrimoine puisqu'il peut en disposer à titre onéreux.

La grande difficulté de la qualification qu'il convient de donner à la notion de fiducie résulte du fait qu'il existe deux qualifications : une fiducie juridique et une fiducie fiscale.

Pour reprendre l'expression du Professeur Dominique Schmitt, repris dans un article du Professeur Jean-Pierre Legall, la fiscalité ne peut s'en tenir à une technique fiduciaire, elle s'est donc attachée à la finalité qui est de rechercher la substance plutôt que de s'arrêter à la forme.

La **fiducie juridique** est dans sa suite comptable construite autour d'un mode opératoire, la **fiducie fiscale** est construite autour d'une finalité opératoire.

En conséquence, la fiducie est bien définie comme un contrat ayant pour objet un transfert de droits ou de biens, contrat translatif de propriété du constituant au fiduciaire.

Mais, même si c'est une propriété qui est bien transférée, il s'agit d'une propriété d'un type particulier, car le fiduciaire reçoit les pouvoirs de la propriété, mais non sa valeur économique, puisqu'il agit pour le compte d'autrui. C'est un propriétaire asservi, un propriétaire de passage, c'est la notion de **propriété fiduciaire**.

A partir du moment où ce contrat de fiducie est parfait, il en découle une série de conséquences, à savoir :

- création d'un compartiment fiduciaire dans le patrimoine du fiduciaire, donc notion de patrimoine d'affectation ;
- le fiduciaire doit prendre toute mesure pour éviter une confusion entre les biens et droits transférés avec ses biens et droits personnels (article 2069 du Code Civil) ;
- cet actif fiduciaire doit être géré dans les termes de la mission du fiduciaire, à peine de déchéance du fiduciaire et sans préjudice d'autre cause, mettant un terme anticipé à la fiducie.

C'est en cela que ce terme anticipé de la fiducie, comme par exemple la liquidation ou la déconfiture du fiduciaire, se détache totalement du *trust* anglo-saxon.

Il est bien évident que, dans le cadre de ce mécanisme de fiducie juridique, la fiscalité ne pouvait accepter ce concept, c'est pourquoi la grande difficulté a été de faire introduire la fiducie dans le droit français et elle le reste, car la fiscalité analyse la finalité de la fiducie, c'est à dire la relation entre le constituant et le bénéficiaire ultime de cette fiducie.

A partir de cette analyse contractuelle et de sa finalité, il y aura traduction fiscale de cette opération, au moyen de techniques différentes selon les impôts en cause.

En matière de droits d'enregistrement, c'est la mutation qui sera prise en considération. Le bénéficiaire ne sera considéré que comme un simple mandataire. Restera donc à qualifier cette mutation : si elle est à titre onéreux, les droits éventuellement exigibles seront perçus au moment de la constatation de la mutation du bien, en revanche, si cette mutation est à titre gratuit, les droits de mutation seront dus en fonction du lien de parenté entre le constituant et le bénéficiaire, peu importe que celui-ci ait accepté, la fiscalité considère que la donation est consommée dès qu'elle est juridiquement irrévocable, c'est à dire une fois que le bénéficiaire est désigné.

En matière d'ISF, ce sera la constituant qui s'y trouvera soumis, ou le tiers bénéficiaire si celui-ci est désigné expressément.

En matière d'impôts directs, la règle sera identique, à ceci près que même si un bénéficiaire est désigné, le constituant demeurera débiteur de l'impôt s'il a gardé tout ou partie du contrôle sur les biens fiduciaires ou un intérêt sur ces biens.

De cette simple constatation, il est impensable d'admettre une identité entre la *fiducie* et le *trust*, ne serait-ce parce que les règles fiscales de la fiducie, c'est à dire celles qui dénie le principe d'une existence propre, feront que le bénéficiaire d'un trust étranger résident français sera imposable en France, tant à l'impôt sur le revenu qu'à l'ISF et, dans ces conditions, cette situation est loin de l'identifier à l'existence du *trust* de droit anglo-saxon qui a été jusqu'à présent reconnu et notamment par la Convention de La Haye.

En conséquence, il ressort de l'analyse de l'ensemble de ces comparaisons faites entre *trust*, *fiducie* et *contrat de fiducie sui generis*, que quelle que soit l'appellation qui lui a été donnée et même si on ne veut pas lui reconnaître une existence autonome, il n'en demeure pas moins que cette *fiducie*, qui constitue une sorte d'instrumentalisation du droit de propriété, a déjà été utilisée et continue d'être utilisée dans certains types d'opération à vocation patrimoniale, comme il a été démontré ci avant, mais également dans le cadre des opérations bancaires et financières, notamment :

- l'admission de propriété temporaire comme aujourd'hui la technique du prêt, la pension ou le portage de titres.

Cette technique offre une sûreté de plus en plus prisée lorsque celle-ci porte sur des sommes d'argent, des valeurs mobilières ou des créances.

D'ailleurs, le législateur n'a pas résisté à consacrer expressément certaines formes de fiducie-sûreté, telles que les transferts opérés par bordereau Dailly en couverture d'opérations sur instrument financier ou en vue d'assurer la sécurité des systèmes de règlement interbancaires, de règlement et de livraison d'instruments financiers ou de compensation de titres.

Pour d'autres encore, le gage espèce a une nature fiduciaire qui a été mise en évidence par la Doctrine.

Nonobstant ces intrusions dans l'ordre juridique français, celui-ci ne s'est toujours pas résolu à recevoir pleinement la fiducie qui pourtant a gagné son droit de cité par voie prétorienne en Allemagne, en Suisse, au Luxembourg, là où la France se refuse à trouver son application.

Pourtant, le principal atout de cette fiducie réside dans la consécration du patrimoine fiduciaire en tant qu'universalité distincte du patrimoine général du fiduciaire, les biens qui le composent échappent ainsi au droit de gage général des créanciers personnels du fiduciaire, dont les droits ne sont pas nés à l'occasion de ce patrimoine autonome.

En conséquence, il est impossible de saisir le patrimoine des fiduciaires, ni même leurs biens, ni les appréhender en présence d'une situation de concours, spécialement en matière de procédure collective.

C'est ce qui assure d'ailleurs à la fiducie luxembourgeoise un statut sûr et efficace que l'on n'est pas prêt de reconnaître dans le cadre de la technique en droit français.

II - LES CARACTERISTIQUES DU NOUVEAU CONTRAT DE FIDUCIE

« La Fiducie résulte d'un acte par lequel une personne, le constituant, transfère de son patrimoine à un autre patrimoine qu'il constitue, des biens qu'il affecte à une fin particulière et qu'un fiduciaire s'oblige, par le fait de son acceptation, à détenir et à administrer ». Cette définition générale de la Fiducie est celle qui résulte de l'article 1261 du Code civil du Québec, elle est conforme à l'acception usuelle de la Fiducie dans la plupart des pays qui connaissent l'institution fiduciaire. Par exemple, la Convention de la Haye du 1er juillet 1985 définit le trust de la façon suivante : *« Aux fins de la présente convention, le terme « trust » vise les relations juridiques créées par une personne, le constituant par acte entre vifs ou à cause de mort lorsque des biens ont été placés sous le contrôle d'un trustee dans l'intérêt d'un bénéficiaire ou dans un but déterminé »*

Elle est reprise et commentée par l'article 1er de la proposition de loi déposée le 8 février 2005 par Monsieur le Sénateur Marini.

Ces définitions donnent l'essentiel des caractéristiques de la Fiducie.

En premier lieu, le contrat de Fiducie crée un patrimoine d'affectation qui est distinct à la fois de celui du constituant et de celui du fiduciaire.

Cette première caractéristique doit se mesurer avec (i) la protection des droits des tiers, (ii) la réserve héréditaire, (iii) la neutralité fiscale de l'opération fiduciaire.

En effet, il faut éviter que la mise en fiducie ait pour effet de permettre à un débiteur d'organiser son insolvabilité, ou de permettre de réaliser une opération de blanchiment de capitaux ayant une origine suspecte. Ceci suppose que l'acte fiduciaire soit nécessairement enregistré et que le fiduciaire ait une obligation de vérification des opérations sur lesquelles il est appelé à intervenir. Il serait également souhaitable à cet effet que le patrimoine d'affectation soit immatriculé sur un registre spécial national. Ce pourrait être un registre proche du Registre du Commerce et des Sociétés. Il est évident que l'acte fiduciaire ne doit pas être publié, car il touche de trop près au secret des affaires ou au secret des familles. La publicité ainsi organisée porterait sur l'identification du constituant, du fiduciaire, des bénéficiaires économiques et des biens qui constituent le patrimoine fiduciaire initial.

Lorsque le constituant est une personne physique, il convient d'éviter que la constitution de la fiducie ait pour objet ou pour effet de tourner les règles de la réserve héréditaire. Ceci pose une question. La réserve héréditaire est absolue et l'héritier réservataire a le droit de recevoir sa réserve en nature. Lorsque l'héritier réservataire est également le bénéficiaire de la fiducie peut-on considérer qu'il n'y a pas atteinte à la réserve héréditaire, bien qu'il ne reçoive pas les biens en nature, mais seulement en revenu ? Il peut sembler souhaitable de permettre au constituant de déroger au caractère absolu de la réserve héréditaire, dès lors que les droits des héritiers réservataires sont respectés par leurs droits de bénéficiaires de la fiducie. Il s'agirait cependant d'une modification profonde de notre droit civil qui dépasserait l'objet qui est poursuivi par l'introduction de la fiducie en droit français.

Notre droit ne connaît pas la distinction du droit anglo-saxon entre la propriété légale et la propriété économique. Dès lors, la création du patrimoine fiduciaire s'accompagne nécessairement d'un transfert de propriété du constituant au fiduciaire. Il s'agit cependant d'une propriété asservie puisque le fiduciaire est tenu de détenir, gérer les biens et affecter les revenus selon les règles posées par le contrat de fiducie. Il s'agit aussi d'une propriété pour compte, dans la mesure où le patrimoine fiduciaire échappe au droit de gage général des créanciers du fiduciaire.

On doit se poser la question des responsabilités découlant directement du patrimoine fiduciaire et de savoir sur quels biens porte le droit de gage des créanciers dont la créance est née, sans faute, du chef des biens transférés au fiduciaire. Il est logique que l'ensemble du passif découlant du patrimoine fiduciaire ou lié à ce patrimoine soit supporté par le seul patrimoine fiduciaire, à charge pour le fiduciaire de supporter les conséquences de ses fautes, ce qui pose la question du contrôle de ses activités.

En raisonnant par opposition au trust on néglige souvent la protection des bénéficiaires de la fiducie. Le droit des trusts comporte un troisième acteur du contrat qui est le « protector », régulateur du fonctionnement du trust et chargé notamment (i) de veiller au respect du « deed of trust » par le trustee et (ii) de révoquer et remplacer le trustee en cas de manquement ou d'empêchement.

Il serait souhaitable que l'institution fiduciaire inclut un organe analogue, le protecteur, qui aurait pour mission de veiller au respect par le fiduciaire des obligations qu'il a acceptées aux termes du contrat de fiducie, également de destituer le fiduciaire en cas de manquement grave, d'empêchement durable et de procédure d'apurement collectif du passif et de pourvoir à son remplacement quelle que soit la raison de sa cessation de fonction. Ce protecteur en entrant en fonction devrait désigner son propre successeur qui entrerait en fonction dans les mêmes circonstances l'affectant.

La fonction de fiduciaire devant être en droit français une fonction de plein propriétaire et non d'une simple propriété légale, il est important d'organiser les moyens permettant d'assurer la sécurité juridique du retransfert de propriété au moment de la cessation de fonction du fiduciaire. Les textes à venir doivent prévoir une décision judiciaire rapide pour assurer le transfert effectif de propriété des biens sous fiducie, de façon plus large que ne le fait le projet du sénateur Marini, et sans doute en référé.

Le contrat fiduciaire est obligatoirement enregistré et publié. Contrairement à la proposition Marini, il ne semble pas nécessaire d'imposer un acte authentique, sauf lorsque la fiducie porte sur des biens immobiliers. En revanche, et pour prévenir certaines insuffisances d'actes, il est souhaitable de prévoir des mentions obligatoires, telles que l'objet de la fiducie, sa durée, la description précise des biens sous fiducie et le constat de leur transfert, les règles de dévolution des revenus pendant la fiducie et des biens à son expiration. Il est également indispensable que le contrat de fiducie définisse les pouvoirs du fiduciaire et leurs limitations, ainsi que les pouvoirs du protecteur si cette idée est retenue.

Le fiduciaire n'est pas nécessairement une personne physique et il peut s'agir d'une personne morale. En revanche, il semble difficile de prévoir plusieurs fiduciaires, comme il y a usuellement plusieurs trustees, car cela supposerait soit une indivision, notamment en matière immobilière, soit la transposition en droit civil français du concept de la distinction entre propriété légale et propriété économique, ce qui est peut-être aller un peu loin.

Une grande partie des travaux français sur la fiducie tend à distinguer la fiducie gestion et la fiducie transmission. Ceci risque de constituer deux corps de règles sans qu'il y en ait de véritables raisons. Il nous semble nécessaire d'organiser la fiducie de façon à ce qu'elle puisse apporter réponse aux diverses utilisations de cette institution.

L'institution fiduciaire ne doit pas avoir pour effet de réaliser des économies fiscales qui seraient indues en droit commun, mais elle ne doit pas, non plus, avoir pour effet de renchérir la fiscalité des différents intervenants. La neutralité fiscale doit être à double vision, celle de l'administration, mais également celle des acteurs du contrat fiduciaire. Ceci concerne aussi bien l'imposition des revenus du patrimoine affecté que l'impôt sur le capital (ISF) et les droits de transmission.

III - FISCALITE DE LA FIDUCIE (François Lacroix)

En règle générale, la fiscalité tend à traduire, pour l'établissement des impôts auxquels elle se rapporte, la réalité juridique présentée par les parties, sauf, pour l'Administration, à pouvoir exceptionnellement requalifier une opération animée de fins exclusivement fiscales.

En 1992, le projet de la loi sur la Fiducie n'avait pu voir le jour ; pourtant, une loi de finances du 31 décembre 1992 avait créé un régime fiscal, dont le parlement français s'était étonné qu'il lui fût proposé, à défaut de sous-jacent juridique, mais qu'il avait votée, considérant la nécessité d'une réponse fiscale à certaines situations existantes.

En 2005, la Proposition de loi n° 178 instituant la Fiducie comporte un régime juridique et son traitement fiscal ; mais ce dernier apparaît (à l'exception de la TVA et de la taxe professionnelle régissant certaines activités économiques) comme animé du souci de « *transparence* », terme que la fiscalité définit génériquement comme l'expression d'une personnalité fiscale inexistante.

Ainsi, d'abord conçu comme le seul témoignage légal d'opérations sans statut juridique, la Fiducie se présente aujourd'hui, à l'échographie du quatrième mois, comme un régime juridique dépourvu de personnalité fiscale.

Inspiré par le souci que la Fiducie n'apparaisse comme un instrument supplémentaire d'optimisation fiscale, le traitement fiscal proposé prive la Fiducie d'une partie de sa personnalité : la personnalité fiscale.

3.1. LA PROPOSITION DE LOI : LES LIGNES FISCALES DIRECTRICES.

La Fiducie est constituée d'un patrimoine d'affectation dont la propriété est transférée au fiduciaire; pour autant, fiscalement, « *le constituant est en quelque sorte toujours réputé fiscalement titulaire des droits mis en Fiducie, et est donc redevable de l'impôt à ce titre. Ceci évitera en outre le risque d'utilisation de la Fiducie à fins d'évasion fiscales* » (Proposition, exposé des motifs, article IV, 2ème alinéa).

Fiscalité des transferts induits par la Fiducie

Au regard des droits de mutation, « *les droits transférés à un fiduciaire sont considérés (...) comme demeurant la propriété du constituant aussi longtemps qu'ils ne sont pas transmis à titre onéreux, par le fiduciaire, à un tiers ou au bénéficiaire* » (Proposition, article 3).

De même, pour les impôts directs, « *le transfert des droits à une Fiducie ou leur retour, n'est pas un fait générateur d'impôts. Les droits en Fiducie sont réputés exploités par le fiduciaire pour le compte du constituant* » (Proposition, article 4).

Fiscalité du patrimoine et des revenus de la Fiducie

La fiscalité du patrimoine de la Fiducie est également rattachée au constituant, en particulier au regard de l'impôt de solidarité sur la fortune (Proposition, article 3). De même, les revenus de la Fiducie sont imposables au nom de ce dernier.

L'assiette :

« Les résultats de la Fiducie sont compris dans le revenu ou le résultat imposable du constituant pendant la durée de la Fiducie, aussi longtemps que les droits ne sont pas transmis en tout ou partie, à titre onéreux par le fiduciaire à un tiers ou au bénéficiaire ». (Proposition, article 4).

Eventuellement astreint, pour les activités économiques en Fiducie, à la tenue de documents valant comptes sociaux au regard de la réglementation comptable des commerçants, le fiduciaire souscrira également une déclaration portant à la connaissance de l'Administration fiscale les résultats fiscaux de la Fiducie.

Toutefois, le principe de transparence rappelé ci-dessus fait dépendre ce résultat fiscal de paramètres personnels (capacité de provisionnement ou d'amortissement fiscal du constituant), sans toutefois que soient précisées les modalités d'accès à cette information par le constituant ou, alternativement, de leur intégration par ce dernier à sa propre déclaration.

Le recouvrement :

Le constituant est imposable au titre des résultats de la Fiducie, selon des modalités qui laissent à penser que cette imposition sera établie sous une cote distincte. Une telle modalité, fût-elle établie, serait contradictoire avec le principe de transparence susvisé. Rappelons également la prévision (Proposition, article 13) d'une solidarité du fiduciaire, *« pour le recouvrement des impôts dus par le constituant qui correspondent aux droits en Fiducie et à leurs fruits ainsi qu'au paiement des impôts de toute nature dus par le constituant au titre d'une période antérieure à la formation de la Fiducie. »*

« La solidarité du fiduciaire s'étend à l'ensemble des dettes fiscales du constituant », dans la limite de la valeur des droits faisant l'objet du contrat de Fiducie et des droits acquis en cours de Fiducie ainsi qu'à leurs fruits en (la) possession » du fiduciaire.

3.2. EXISTE-T-IL DES VOIES FISCALES ALTERNATIVES ?

S'inscrivant dans le cadre juridique d'une Fiducie globale, le régime fiscal issu de la Proposition susvisée, également général, paraît en constituer le plus petit dénominateur commun à l'ensemble des situations d'intervention de la Fiducie, dont certaines pourraient mériter un traitement fiscal différencié.

Dans l'attente d'options précises structurant un régime juridique alternatif, le traitement fiscal y afférent ne peut certes être défini actuellement.

Toutefois, les observations ci-après montrent que des voies fiscales autres peuvent être envisagées, y compris dans le respect d'un principe de transparence fiscale.

La fiscalité des transferts en fiducie.

Le régime fiscal des transferts induits par la Fiducie peut comporter des mécanismes de non imposition, en matière de plus-value ou de droits d'enregistrement, notamment par référence à ceux prévus pour les restructurations d'entreprises en matière d'impôt direct et de droit d'enregistrement.

Dans la perspective que les transferts inhérents à la Fiducie ne supportent pas les impositions habituellement dues à cette occasion, plusieurs voies peuvent être dégagées :

- la première, sans doute trop juridiquement restrictive, consistant à mettre en œuvre un simple transfert en jouissance, lequel, par exemple, en matière de fiscalité d'entreprise, ne constitue en principe pas un fait générateur de taxation ;
- la seconde, dans la situation d'un transfert en propriété, permettant de différer les impositions de transfert, selon deux modalités alternatives :
 - le report : l'imposition du résultat de transfert est reportée jusqu'à la survenance d'un fait générateur ultérieur, correspondant le plus souvent à un nouveau transfert (l'imposition initiale reste ainsi due);
 - le sursis : plus intéressant que le report, le sursis exonère le transfert, à charge pour le bénéficiaire de s'engager à retenir la valeur fiscale à laquelle le prix d'acquisition du bien transféré aurait été estimé (des transferts successifs peuvent ainsi être exonérés).

Pour les activités économiques, de tels mécanismes sont d'ailleurs prévus en matière de TVA par l'article 6 de la Proposition : des engagements analogues pourraient être pris en matière d'impôts directs par le fiduciaire, de calculer les éléments de son résultat fiscal par référence aux valeurs fiscales d'origine que le constituant aurait dû prendre en compte.

Enfin, signalons que le régime français des droits d'enregistrement illustre que des immeubles que l'acquéreur a vocation à revendre peuvent être acquis en franchise de droits (hormis la taxe de publicité foncière et le salaire du Conservateur).

La fiscalité des revenus de la fiducie.

Rappelons qu'un objectif de maintien d'une situation d'imposition actuelle (celle du constituant) se rattache au recouvrement, et qu'une transparence de recouvrement peut être compatible avec une personnalité d'assiette, elle même susceptible d'être plus ou moins affirmée.

L'assiette :

Pour la prise en compte des résultats, la Fiducie pourrait être dotée d'une personnalité d'assiette identique à celle définie par le code général des impôts pour les sociétés et groupements de personne.

Ainsi, l'objectif de transparence fiscale rendant imposable le constituant est conciliable avec l'octroi d'une personnalité fiscale de la Fiducie.

Dans le cadre de la Proposition de loi, la transparence fiscale s'accompagne d'une absence de personnalité civile de la Fiducie, puisque c'est le fiduciaire qui possède la titularité des droits correspondants.

Pour autant, rappelons que la fiscalité des sociétés de personnes est ouverte aux organismes dotés d'une personnalité morale, aussi bien qu'à ceux qui en sont dépourvus.

Ainsi, une société en participation, non juridiquement personnalisée, possède une personnalité fiscale d'assiette, et est immatriculée au RCS à des fins fiscales.

Il convient enfin de rappeler que, par exemple en matière immobilière, la transparence fiscale peut être appliquée à toute société, fût-elle à forme anonyme.

Le recouvrement :

Soulignons par ailleurs que l'assujettissement du constituant à l'impôt sur les résultats paraît s'opérer distinctement de ses autres revenus, ce qui induit un risque d'aggravation de la situation de ce dernier antérieurement au transfert de ses droits.

Cette imposition distincte serait d'autant plus surprenante que la loi fiscale de 1992 sur la fiducie n'était pas ainsi caractérisée et que, depuis la réforme, en 2004, du régime de l'article 209 B du CGI, aucune imposition sous côte distincte ne subsiste en droit fiscal français.

En l'état actuel des orientations juridiques, un régime fiscal de la Fiducie ne peut pas être décrit de façon détaillée. Tout au plus, à ce stade, et dans le cadre d'une approche de Fiducie globale, les observations ci-dessus peuvent induire le constat qu'un régime fiscal unique pourra pénaliser certaines situations dont l'identification, à tout le moins fiscale, pourrait permettre un traitement mieux adapté.

IV – FIDUCIE ET DEONTOLOGIE DE L'AVOCAT (Jean-Guy Lévy)

(Contribution à venir)

ANNEXE

LA FIDUCIE DROIT COMPARE

FIDUCIE
DROIT COMPARE

« La fiducie est définie comme la relation résultant d'un contrat par lequel un constituant transfère tout ou partie de ses droits à un fiduciaire, à charge pour celui-ci d'agir, dans un but déterminé, au profit de bénéficiaires. »

Conformément à la tradition romano-germanique, la fiducie s'inscrit dans un cadre contractuel. Il s'agit d'un transfert temporaire de propriété, à une fin déterminée. Ce transfert s'opère dans une relation à trois personnes : le *fiduciant*, appelé constituant dans la proposition de loi française, transmet à titre fiduciaire des biens à un *fiduciaire*, au profit d'un *bénéficiaire*. Cette relation est donc contractuelle pour le fiduciant et le fiduciaire, en principe, le bénéficiaire n'est pas partie au contrat. Si le fiduciaire apparaît comme un mandataire, il reçoit cependant la propriété des biens confiés. Ce transfert est temporaire, les biens sortent du patrimoine du fiduciant, mais ils n'entrent pas totalement dans celui du fiduciaire, car il doit les retransférer. Ses prérogatives sont donc limitées par les obligations définies au contrat, dont celle correspondant à la finalité de l'opération, c'est-à-dire, soit l'obligation de gérer, soit l'obligation de transférer le bien transmis. Ce transfert est ainsi doublé d'une activité de service. Il apparaît en conséquence que ce contrat présente deux obligations fondamentales, l'obligation de transférer la propriété du fiduciant ou du constituant, et l'obligation pour le fiduciaire de rétrocéder la propriété après avoir effectué sa mission.

Article 2 de la Convention de La Haye du 1^{er} juillet 1985 relative à la loi applicable au trust et à sa reconnaissance :

« Aux fins de la présente Convention, le terme « trust » vise les relations juridiques créées par une personne, le constituant – par acte entre vifs ou à cause de mort – lorsque des biens ont été placés sous le contrôle d'un trustee dans l'intérêt d'un bénéficiaire ou dans un but déterminé. Le trust présente les caractéristiques suivantes :

- a) les biens du trust constituent une masse distincte et ne font pas partie du patrimoine du trustee ;*
- b) le titre relatif aux biens du trust est établi au nom du trustee ou d'une autre personne pour le compte du trustee ;*
- c) le trustee est investi du pouvoir et chargé de l'obligation, dont il doit rendre compte, d'administrer, de gérer ou de disposer des biens selon les termes du trust et les règles particulières imposées au trustee par la loi.*

Le fait que le constituant conserve certaines prérogatives ou que le trustee possède certains droits en qualité de bénéficiaire ne s'oppose pas nécessairement à l'existence d'un trust. ».

PLAN :

I. <u>CARACTERISTIQUES DU CONTRAT DE FIDUCIE</u> -----	p. 3
A. Le contrat	p. 3
1. Cadre législatif et réglementaire – Convention de La Haye	p. 3
2. Le cadre du contrat	p. 3
3. Forme du contrat	p.4
4. Règles relatives à la qualité du fiduciaire – L’avocat peut-il être fiduciaire ? – Déontologie	p. 5
5. Nature de la mission	p. 6
B. Transfert temporaire de propriété	p. 6
1. Réalisation du transfert	p. 6
2. Auteur du transfert	p. 7
3. Objet du transfert	p. 7
C. Conséquences du transfert fiduciaire	p. 8
1. Patrimoine affecté	p. 8
2. Composition du patrimoine fiduciaire	p. 9
3. Durée du patrimoine fiduciaire	p. 10
4. Pouvoirs du fiduciaire	p. 11
5. Droits du fiduciant – bénéficiaire	p. 12
D. Aspects fiscaux	p. 13
1. Régime fiscal	p. 13
2. Droits d’enregistrement	p. 13
3. Impôts directs	p. 14
4. Taxe sur la valeur ajoutée	p. 15
5. Diverses dispositions à caractère fiscal	p. 15
E. Protection des créanciers	p. 15
F. Contrôle juridictionnel et mesures de contrôle	p. 16

II.	<u>APPLICATIONS</u>	p. 17
A.	Gestion	p. 17
1.	La gestion de patrimoine	p. 17
2.	Les placements fiduciaires	p. 17
3.	Le contrat de fiducie à fin de crédit	p. 18
B.	Garantie	p. 19
1.	Enjeux de la fiducie-sûreté	p. 19
2.	La fiducie-sûreté ayant un objet corporel	p. 20
3.	La fiducie-sûreté ayant un objet incorporel	p. 21

	FRANCE (PPL Marini)	LUXEMBOURG	ALLEMAGNE	ROYAUME-UNI ETATS-UNIS	ITALIE	CANADA Schmidt – Code civil	
CARACTERISTIQUES DU CONTRAT DE FIDUCIE							
Le contrat	Cadre législatif et réglementaire – Convention de La Haye	Le Code Civil ne prévoit ni ne régit d'institution équivalente au <i>trust</i> des pays de droit anglo-américain. Le contrat est le fondement de l'opération. La fiducie est définie comme la relation résultant d'un contrat par lequel un constituant transfère tout ou partie de ses droits à un fiduciaire, à charge pour celui-ci d'agir, dans un but déterminé au profit de bénéficiaire. La fiducie créera un nouveau type de contrat spécial. Le transfert aura lieu dans patrimoine séparé du patrimoine personnel du fiduciaire et les biens transférés seront grevés d'une charge de gestion. Elle n'est donc pas la création d'un nouveau droit réel.	<i>Règlement du grand-ducal du 19 juillet 1983.</i> Le contrat est entendu de la même manière qu'en France. Il existe depuis 1983 une technique translativ de droit réglementé donc un contrat nommé. Le contrat du Code Napoléon translatif de droits réels est composé d'un seul acte, avec effet immédiat. Le transfert du droit de propriété est instantané.	Une grande importance est attachée à l'acte unilatéral mais une déclaration unilatérale de volonté est insuffisante pour réaliser une fiducie (<i>Treuhand</i>). Entre vifs, elle ne peut être instituée que par contrat, la seule volonté du fiduciant de créer un rapport de fiducie n'est pas suffisante. En matière de libéralité, la solution est différente, cependant, l'exécuteur testamentaire allemand doit accepter ses fonctions. L'intention du fiduciant doit être librement exprimée et correspondre à sa volonté réelle. Le contrat fiduciaire allemand se compose de deux actes distincts : l'acte fiduciaire créateur d'obligations et l'acte translatif de propriété des biens qui sont d'une dépendance étroite.	<i>Common law</i> Les trusts sont soit exprès, c'est-à-dire créés par action délibérée des parties, soit dans les pays de droit commun, tacites.	L'Italie a ratifié la Convention de La Haye avec la loi n° 364 du 16 octobre 1989. Par cette loi, la Convention est entrée en vigueur dans le système italien le 1 ^{er} janvier 1992. Le trust est admissible dans la limite de l'article 13 de la Convention de La Haye, c'est-à-dire la reconnaissance du trust étranger s'il a été créé dans un pays qui a ratifié la Convention.	La fiducie classique est régie par l' <i>equity</i> . Dans la mesure où les principes d' <i>equity</i> applicables sont incompatibles avec les dispositions du régime, l' <i>equity</i> doit prévaloir.
	Le cadre du contrat	Ce contrat sera, s'il n'en est disposé autrement, soumis aux principes généraux du droit des obligations. La fiducie doit s'intégrer dans l'ordre juridique préexistant, dont elle ne saurait bouleverser la cohérence. Elle ne doit pas déroger aux règles impératives ou d'ordre public. Certains contrats s'apparentent à la fiducie.	Il y a un contrat nommé qui a la particularité d'être réservé aux établissements de crédit qui peuvent seuls être fiduciaires. Cette limitation n'exclut pas que la fiducie soit pratiquée en dehors de ce champ d'application, mais en ce cas, le contrat est susceptible de dégénérer en simple mandat.	Il n'existe pas de réglementation générale concernant la <i>Treuhand</i> . Plusieurs formes de <i>Treuhand</i> peuvent exister et parmi les institutions basées sur des rapports fiduciaires seules quelques une font l'objet d'une réglementation par le législateur. La notion de <i>Treuhand</i> est de fait beaucoup plus vague et imprécise que celle de fiducie telle qu'elle est connue notamment au Luxembourg et en France. Il existe une centaine de textes législatifs ou réglementaires qui mentionnent le <i>Treuhänder</i> sans en donner une définition.	Qu'il soit à <i>settlement</i> ou à déclaration, un trust sera à but déterminé ou de type discrétionnaire. Le trust à but déterminé prévoit des règles précises concernant l'identité des bénéficiaires, les circonstances dans lesquelles ceux-ci pourront jouir du bien du trust, et les montants spécifiques du bien du trust qui leur seront respectivement alloués. Par contre, un trust discrétionnaire donne au trustee toute latitude pour décider qui sera bénéficiaire, qui recevra quoi, et quelles conditions préalables devront être réunies avant que des versements puissent être effectués aux bénéficiaires.	Le <i>negozio fiduciario</i> est régi par l' <u>article 1344 du Code Civil</u> qui traite des contrats ayant une cause illicite. La cause est considérée illicite lorsque « le contrat est un moyen pour éluder l'application d'une norme impérative ». Selon la <u>jurisprudence italienne</u> , le <i>negozio fiduciario</i> , tout en étant un accord indirect, n'est pas en fraude de la loi lorsque le <i>pactum fiduciaie</i> est conclu pour un intérêt licite.	La fiducie et les restrictions quant à la nature de la fiducie peuvent être déterminées par l' intention manifeste du constituant. Le pouvoir de modification peut être suffisamment explicite pour inclure un pouvoir de révocation, et l'absence du mot « révocation » n'est pas fatale aux modifications apportées par le constituant qui ont clairement l'effet d'une révocation.

		FRANCE (PPL Marini)	LUXEMBOURG	ALLEMAGNE	ROYAUME-UNI ETATS-UNIS	ITALIE	CANADA Schmidt – Code civil
	Forme du contrat	<p>La fiducie ne se présume pas, elle doit être expresse. Elle est un contrat consensuel, passé sous forme solennelle. Ceci implique la rédaction d'un écrit afin d'en assurer validité.</p> <p>Lorsque la fiducie implique des formes spéciales selon l'objet des droits, les règles propres à ce domaine devront en outre être respectées.</p>	<p>Le contrat de fiducie est un contrat consensuel. <i>Le règlement ne s'applique qu'aux contrats fiduciaires expressément soumis à son application par les parties...</i> Cette exigence formelle destinée à éviter une recherche toujours difficile et aléatoire de la volonté des parties, n'est pas une solennité. Exceptée cette référence ou mention expresse, la forme est en principe libre.</p>	<p>Le contrat de fiducie est un contrat consensuel.</p> <p>Il n'y a pas de réglementation unique de la forme de la <i>Treuhand</i>. Entre vifs, elle prend la forme d'un contrat qui peut être un mandat, une stipulation pour autrui ou un contrat synallagmatique lorsque le fiduciaire est rémunéré. Il n'est pas nécessaire que le mot <i>Treuhand</i> figure dans le contrat, il suffit que le caractère fiduciaire résulte du contenu. La forme est en principe libre.</p>	<p>Le <i>settlement</i> est un document signé par le constituant et les trustees dans lequel le constituant déclare qu'il a transféré des actifs aux trustees afin que ceux-ci le gardent conformément au trust.</p> <p>Une déclaration de trust est un document signé, en revanche, uniquement par les trustees dans lequel ils déclarent qu'ils ont reçu un certain nombre d'actifs sans en préciser l'origine, et affirment qu'ils les détiennent suivant les conditions du trust énoncées dans ce même document qui, sous tous les autres aspects, ne sera pas différent d'un <i>settlement</i>.</p> <p>Les déclarations de trust sont utilisées par des constituants qui se soucient de la confidentialité au point qu'ils ne voudraient pas voir leur nom apparaître dans des documents quelconques.</p>	<p>Le trust a été admis dans la catégorie des actes unilatéraux atypiques, pour leur cause légitime et pour le principe de liberté contractuelle.</p> <p>Le <i>negozio fiduciario</i> constitue un double accord : le premier, interne, entre le <i>settlor</i> et le fiduciaire, est le <i>pactum fiduciae</i> (effet obligatoire et opposable aux tiers); le deuxième est celui qui est considéré externe, ayant une efficacité dite « réelle ». Le premier a pour objet d'obliger le fiduciaire à conclure le deuxième accord selon les modalités prévues dans le <i>pactum fiduciae</i>.</p>	<p>Art. 1262 : « La fiducie est établie par contrat, à titre onéreux ou gratuit, par testament ou, dans certains cas par la loi. Elle peut aussi, lorsque la loi l'autorise, être établie par jugement. »</p> <p>La fondation créée par fiducie est établie par donation ou par testament, suivant les règles gouvernant ces actes.</p>

	FRANCE (PPL Marini)	LUXEMBOURG	ALLEMAGNE	ROYAUME-UNI ETATS-UNIS	ITALIE	CANADA Schmidt – Code civil
<p>Qualité du fiduciaire – Déontologie</p>	<p>Le fiduciaire ne doit pas avoir subi des condamnations pénales ou disciplinaires, qui feraient suspecter sa capacité à gérer des biens pour le compte d'autrui ou qui seraient incompatibles avec la confiance que le constituant place en lui. Tant la faillite personnelle qu'une interdiction « <i>d'exercer une activité professionnelle</i> », ou encore que l'interdiction de diriger, gérer, administrer ou contrôler une entreprise sont spécifiquement visés. Il est aussi prévu que nul ne peut être fiduciaire en cas de « <i>condamnation pénale ou (de) sanction professionnelle pour des faits contraires à l'honneur, à la probité ou aux bonnes mœurs</i> ».</p> <p>Le corollaire de la confiance inhérente à la fiducie est l'obligation pour le fiduciaire de réaliser lui-même les tâches qui lui sont confiées, sauf certains actes précis – mais pour lesquels il demeurera responsable. Ces tâches doivent être réalisées avec loyauté et diligence. Le fiduciaire doit éviter tout conflit d'intérêt entre son intérêt personnel et l'intérêt de la fiducie (ou des bénéficiaires de la fiducie). Le fiduciaire doit rendre compte de l'accomplissement de ses tâches.</p>	<p>→ Le règlement grand-ducal ne contient pas d'obligation d'exécuter fidèlement le contrat. Il faut se référer au passif fiduciaire et à la façon dont les auteurs luxembourgeois l'explicitent pour trouver une telle obligation. L'absence de mention expresse de cette obligation n'est pas surprenante, car le contrat fiduciaire est réservé aux établissements de crédit qui sont soumis à un contrôle rigide. → Le fiduciaire est obligé en principe à une exécution <u>personnelle</u>. → L'<u>obligation de restitution</u> ne figure pas dans la définition de la fiducie donnée dans le règlement grand-ducal. → Le règlement grand-ducal prévoit deux garanties au profit du fiduciaire, un privilège et un droit de rétention. Ces deux garanties portent sur la totalité de l'actif fiduciaire. Le fiduciaire disposerait de moyens efficaces pour s'opposer à la restitution des biens fiduciaires en cas de non paiement par le fiduciaire des frais et honoraires du fiduciaire.</p>	<p>→ Il y a une obligation générale et essentielle de <u>fidélité</u> et de loyauté affirmée par la doctrine et la jurisprudence. Le <i>Treuhänder</i> doit exercer les droits qui lui sont transférés dans le seul intérêt des personnes qui lui sont indiquées. → Le <i>Treuhänder</i> doit assumer <u>personnellement</u> sa mission. S'il peut se faire aider par le moyen d'une délégation, il ne peut en revanche, sauf stipulation contraire, se substituer à une autre personne. → La <u>restitution</u> s'effectuera en vertu de l'obligation de retransfert, par un acte de disposition seul, l'acte obligationnel étant la convention fiduciaire. La restitution des biens devra être effectuée selon les règles prescrites en matière de transfert de propriété. → <u>Garanties du fiduciaire</u> : La jurisprudence allemande reconnaît au <i>Treuhänder</i> la possibilité de faire valoir un droit de rétention, uniquement pour les créances qui résultent de la gestion du <i>Treugut</i>. Par contre, elle lui refuse le droit de compenser la créance du <i>Treugeber</i> avec d'éventuelles créances qu'il a à son encontre et qui ne résulteraient pas du rapport de <i>Treuhand</i>.</p>		<p>Le <i>Codice Deontologico</i> prévoit les dispositions suivantes : - Article 35 , alinéa 2 (« Rapport de fiducie ») : l'avocat ne peut pas « établir avec son client aucune relation de nature économique, patrimoniale ou commerciale qui puisse en toute manière influencer le rapport professionnel ». - D'autre part, l'article 41 (« Gestion d'argent d'autres personnes ») semble vouloir accueillir la possibilité d'une gestion fiduciaire de l'argent « reçu du propre client ou de tiers pour des affaires déterminées ou reçu pour le compte de son client ».</p>	<p>Art. 1274 : « La personne physique pleinement capable de l'exercice de ses droits civils peut être fiduciaire, de même que la personne morale autorisée par la loi. »</p>

		FRANCE (PPL Marini)	LUXEMBOURG	ALLEMAGNE	ROYAUME-UNI ETATS-UNIS	ITALIE	CANADA Schmidt – Code civil
	Nature de la mission	Un constituant pourra confier une gestion de ses biens à un fiduciaire. Un constituant pourra aussi avoir recours à la fiducie pour créer une garantie.	→ La <u>fiducie gestion</u> se présente comme la forme la plus simple du mécanisme fiduciaire. Le fiduciaire reçoit en propriété des biens qu'il se charge de gérer pour le compte soit du fiduciant, soit d'un tiers bénéficiaire. Ce service comprend en fin de mission la restitution de l'actif fiduciaire géré au fiduciant. Trois modalités : transmission à titre onéreux, fiducie libéralité et fiducie à fin de crédit. → Ce n'est que dans le cadre de la fiducie sûreté que le fiduciaire ou le <i>Treuhänder</i> peut être le bénéficiaire du contrat fiduciaire. C'est un contrat par lequel un débiteur transfère à son créancier la propriété d'un bien afin de garantir le paiement de sa dette. Le débiteur est le fiduciant et le créancier est fiduciaire.				Art. 1294 : « Lorsqu'une fiducie a cessé de répondre à la volonté première du constituant, notamment par suite de circonstances inconnues de lui ou imprévisibles qui rendent impossible ou trop onéreuse la poursuite du but de la fiducie, le tribunal peut, à la demande d'un intéressé, mettre fin à la fiducie ; il peut aussi, dans le cas d'une fiducie d'utilité sociale, lui substituer un but qui se rapproche le plus possible du but original. Si la fiducie répond toujours à la volonté du constituant, mais que de nouvelles mesures permettraient de mieux respecter sa volonté ou favoriseraient l'accomplissement de la fiducie, le tribunal peut modifier les dispositions de l'acte constitutif. »
Transfert temporaire de propriété	Réalisation du transfert	La propriété fiduciaire n'implique pas de dédoublement de la propriété, aucun droit réel n'étant conféré au bénéficiaire de la fiducie. Le transfert de propriété pose une difficulté en France à cause de la conception unitaire du droit de propriété.	Par le contrat de fiducie, le fiduciaire devient pleinement propriétaire. Dans le règlement grand-ducal, le mot propriété ne figure pas. Il dispose que <i>le fiduciaire sera rendu titulaire de droits patrimoniaux</i> . Ce transfert de droits réels aboutit à une propriété d'une nature particulière. Elle est caractérisée par un paradoxe existant entre l'étendue théorique de ses attributs, transférée au fiduciaire, et la réalité pratique des prérogatives conférées à ce dernier.	Le fiduciaire est en principe pleinement propriétaire du bien cédé. Le fiduciant/bénéficiaire n'a qu'un droit personnel à la restitution. Le pacte fiduciaire constitue un titre d'acquisition, le transfert matériel et effectif des avoirs et des biens du fiduciant constitue l'acte de disposition au profit du fiduciaire. Une aliénation par celui-ci serait valable et le fiduciant/bénéficiaire ne serait pas protégé, sauf le cas de collusion frauduleuse avec le tiers acquéreur. Ce principe doit cependant être nuancé en cas de mesure d'exécution ou de procédure collective du fiduciant ou du fiduciaire, dû à l'application du principe de substitution. Les droits germaniques ne semblent pas trop troublés par ce transfert de propriété.			Art. 1264 : « La fiducie est constituée dès l'acceptation du fiduciaire ou, s'ils sont plusieurs, de l'un d'eux. Lorsque la fiducie est établie par testament, les effets de l'acceptation rétroagissent au jour du décès. » Art. 1265 : « L'acceptation de la fiducie dessaisit le constituant des biens, charge le fiduciaire de veiller à leur affectation et à l'administration du patrimoine fiduciaire et suffit pour rendre certain le droit du bénéficiaire. »

		FRANCE (PPL Marini)	LUXEMBOURG	ALLEMAGNE	ROYAUME-UNI ETATS-UNIS	ITALIE	CANADA Schmidt – Code civil
	Auteur du transfert (constituant)	<p>Il faut un transfert du constituant au fiduciaire. Il est donc exclu qu'un fiduciaire s'engage envers un constituant à acquérir un bien d'autrui, à le gérer puis à le lui transférer au bout d'un certain temps.</p> <p>A la différence des pays de <i>common law</i> où le constituant (<i>settlor</i>) peut devenir <i>trustee</i>, un tel cumul de fonctions ne sera pas possible.</p> <p>Il est admis que le constituant peut réaliser une fiducie à son profit et être par conséquent le seul bénéficiaire.</p>	<p>Soit il est le fiduciaire lui-même, soit il peut s'agir d'un tiers. Parce qu'il y a transfert, nul ne peut se constituer fiduciaire sur ses propres biens, le cumul des qualités est donc exclu.</p> <p>Le règlement grand-ducal permet au fiduciaire de recevoir les biens fiduciaires d'un tiers.</p>	<p>Soit il est le fiduciaire lui-même, soit il peut s'agir d'un tiers. Parce qu'il y a transfert, nul ne peut se constituer fiduciaire sur ses propres biens, le cumul des qualités est donc exclu.</p> <p>Il est admis par la jurisprudence et la doctrine que le fiduciaire peut acquérir le <i>Treugut</i> d'une autre personne que le fiduciaire.</p> <p>A défaut de réglementation du contrat par le législateur, le contrat est régi, en application et par analogie, par les textes relatifs au mandat.</p>	<p>Les principaux participants à un trust sont le constituant, le trustee, le bénéficiaire. Il existe un quatrième intervenant, qu'on appelle en général le protecteur. Son existence est largement reconnue, surtout dans le monde <i>offshore</i>, car un trust peut être régi par des dispositions empêchant des trustees de prendre certaines décisions sans obtenir l'agrément du protecteur. Traditionnellement, le protecteur est un conseiller de longue date du constituant et qui peut être un lien avec ses trustees. Les avocats français sont souvent priés de devenir le protecteur d'un trust constitué par un constituant français dont les trustees sont situés <i>offshore</i>. Cela donne au constituant une certaine confiance dans les dispositions du trust, et aux trustees une idée plus claire des priorités du constituant.</p>		
	Objet transfert	<p>Le constituant peut transférer au fiduciaire tout type de droits (en ce compris « des biens » et céder des contrats), de quelque nature.</p> <p>La mention de la finalité de la fiducie est obligatoire. A peine de nullité, la fiducie ne peut pas être utilisée aux fins de transfert à titre gratuit de droits du constituant à un tiers. Il s'agit donc d'une mention impérative. Cette seule mention ne créera pas une présomption de légitimité ; le juge aura notamment, le cas échéant, le devoir de s'assurer que les parties démontrent que la finalité réelle n'est pas celle d'un tel transfert à titre gratuit, nonobstant cette stipulation.</p>	<p>Le règlement grand-ducal emploie le terme de <i>droits patrimoniaux</i>. La doctrine s'accorde cependant pour dire qu'il peut s'agir aussi bien des biens corporels qu'incorporels.</p>	<p>Tout bien ou droit susceptible d'être aliéné peut être <i>Treugut</i>. Ils doivent être déterminés dans le <i>pactum fiduciae</i>.</p>	<p>Le trustee doit connaître la nature précise des biens devant être déposés en trust afin de prendre des dispositions appropriées pour leur gestion et leur administration. En général, l'acte du trust permet aux trustees de déléguer leur pouvoir de décision relatif aux investissements. Une telle délégation n'est conforme à l'esprit du trust que si le trustee se comporte en homme prudent et raisonnable en déléguant. Les investissements doivent être revus régulièrement et les résultats des administrateurs du portefeuille discrétionnaire doivent être correctement contrôlés.</p>		<p>Art. 1263 : « La fiducie établie par contrat à titre onéreux peut avoir pour objet de garantir l'exécution d'une obligation. En ce cas, la fiducie doit, pour être opposable aux tiers, être publiée au registre des droits personnels et réels mobiliers ou au registre foncier, selon la nature mobilière ou immobilière des biens transférés en fiducie. »</p>

		FRANCE (PPL Marini)	LUXEMBOURG	ALLEMAGNE	ROYAUME-UNI ETATS-UNIS	ITALIE	CANADA Schmidt – Code civil
Conséquences du transfert fiduciaire	Patrimoine affecté	<p>Les droits transférés vont former un « patrimoine séparé », distinct du patrimoine personnel du fiduciaire. Les droits ne pourront être saisis ni par les créanciers du constituant, ni par ceux, personnels, du fiduciaire. La « faillite » personnelle du fiduciaire ne permettra pas de mettre ces biens fiduciaires à la portée des organes de la procédure collective ou des créanciers au titre du patrimoine personnel du fiduciaire. Il s'agit donc d'un patrimoine d'affectation.</p>	<p>Le droit luxembourgeois a consacré expressément une séparation au sein du patrimoine du fiduciaire. Il existe un patrimoine fiduciaire, détaché au profit du bénéficiaire du contrat de fiducie. L'actif fiduciaire, une fois transféré, n'intègre pas purement et simplement le patrimoine du fiduciaire, mais forme une masse séparée des biens, soumise à un régime juridique particulier.</p>	<p>Le <i>Treuhänder</i> doit séparer le <i>Treugut</i> de ses propres biens, de même si ces biens consistent en une somme d'argent, il doit la placer sur un compte spécial. Ce principe a été affirmé de façon générale par la jurisprudence. Il est réglementé également dans certains domaines, notamment pour des raisons comptables, en matière de société d'investissement. Cette séparation ne correspond pas à un véritable patrimoine d'affectation ; il s'agit d'une séparation qui correspond à une notion plus économique que juridique. La qualification juridique des droits du fiduciaire et du fiduciaire conduit la doctrine allemande à refuser l'actif fiduciaire comme une masse autonome. Ce raisonnement présente l'avantage de ne pas heurter au principe de l'unicité et de l'indivisibilité du patrimoine.</p>	<p>Le <i>settlor</i> ou constituant transfère la propriété juridique d'un bien au nom d'un trustee afin que celui-ci puisse s'en occuper pour le compte des bénéficiaires. Il existe donc une différence fondamentale entre la propriété légale d'un bien, qui est dévolue au trustee, et la « propriété bénéficiaire » (beneficial ownership) de ce même bien, dont la jouissance appartient au bénéficiaire.</p>	<p>Un des principes fondamentaux du trust est l'existence d'un patrimoine d'affectation autonome pour un but spécifique. Le patrimoine du trustee reste autonome de celui du bénéficiaire.</p>	<p>Art. 1261 : « Le patrimoine fiduciaire, formé des biens transférés en fiducie, constitue un patrimoine d'affectation autonome et distinct de celui du constituant, du fiduciaire ou du bénéficiaire, sur lequel aucun d'entre eux n'a de droit réel. »</p> <p>Art. 1293 : « Toute personne peut augmenter le patrimoine fiduciaire en lui transférant des biens par contrat ou par testament et en suivant pour ces augmentations les règles propres à la constitution d'une fiducie. Elle n'acquiert pas de ce fait les droits d'un constituant. Les biens transférés se confondent dans le patrimoine fiduciaire et sont administrés conformément aux dispositions de l'acte constitutif. »</p>

	FRANCE (PPL Marini)	LUXEMBOURG	ALLEMAGNE	ROYAUME-UNI ETATS-UNIS	ITALIE	CANADA Schmidt – Code civil
Composition du patrimoine fiduciaire	<p>L'objet du contrat est un transfert de droits (lesquels incluent nécessairement les « biens »), accompagné d'une charge de gestion, telle que définie dans le contrat. Les droits susceptibles d'être cédés peuvent être des contrats ; dans un tel cas, les aspects actifs et passifs du contrat sont transférés. Le droit commun de la cession du contrat a vocation à s'appliquer en principe ; la proposition de loi prévoit, de manière analogue à ce qui existe en matière de fonds commun de créances, que la cession de créances sera opposable aux tiers de manière simplifiée.</p>	<p>→ <u>L'actif fiduciaire</u> : Il regroupe tous les biens et droits qui ont été transférés au fiduciaire, augmentés des fruits et revenus de ces mêmes biens et droits. Par le jeu de la subrogation réelle propre aux universalités, l'actif comportera également les biens acquis en remploi des biens reçus <i>ab initio</i> et cédés par la suite. L'actif fiduciaire n'est pas immuable, il peut changer de consistance au gré de ce que les parties ont convenu.</p> <p>→ <u>Le passif fiduciaire</u> : Il correspond aux obligations qui limitent l'exercice des droits patrimoniaux transmis au fiduciaire. Ces obligations consistent dans l'exécution des instructions contenues dans le contrat fiduciaire et la restitution de l'actif fiduciaire à l'échéance du contrat. Concernant l'obligation d'exécuter les instructions fixées conventionnellement, le passif fiduciaire se composera alors des dettes correspondantes à la gestion ou conservation de l'actif fiduciaire.</p>	<p>→ <u>L'actif fiduciaire</u> : Compte tenu de l'existence de plusieurs formes de <i>Treuhand</i> et de l'interdiction de la subrogation réelle, la propriété des biens mis en fiducie, le <i>Treugut</i>, est transférée au <i>Treuhänder</i> dans le patrimoine duquel il forme en pratique un patrimoine à part. Le fiduciaire est tenu de le séparer et de le comptabiliser séparément de son propre patrimoine. Toutefois, le régime juridique du <i>Treugut</i> n'est pas totalement celui du patrimoine du <i>Treuhänder</i>, notamment parce qu'en cas de mesure d'exécution, le bénéficiaire de l'opération fiduciaire dispose normalement d'un droit de revendication des biens fiduciaires et un droit de faire tierce opposition à une saisie isolée pratiquée par un créancier du fiduciaire.</p> <p>→ <u>Règles comptables</u> : On applique les principes généraux d'une comptabilisation régulière. On tient compte notamment de la comptabilisation de la propriété économique. C'est donc le fiduciaire qui est tenu de faire apparaître le patrimoine fiduciaire dans son bilan. Le fiduciaire n'est pas obligé de faire apparaître le patrimoine fiduciaire dans son bilan principal, sauf pour les établissements de crédit.</p>			<p>Art. 1261 : « Le patrimoine fiduciaire, formé des biens transférés en fiducie, constitue un patrimoine d'affectation autonome et distinct de celui du constituant, du fiduciaire ou du bénéficiaire, sur lequel aucun d'entre eux n'a de droit réel. »</p> <p>Art. 1263 : « La fiducie établie par contrat à titre onéreux peut avoir pour objet de garantir l'exécution d'une obligation. En ce cas, la fiducie doit, pour être opposable aux tiers, être publiée au registre des droits personnels et réels mobiliers ou au registre foncier, selon la nature mobilière ou immobilière des biens transférés en fiducie. »</p>

	FRANCE (PPL Marini)	LUXEMBOURG	ALLEMAGNE	ROYAUME-UNI ETATS-UNIS	ITALIE	CANADA Schmidt – Code civil
Durée du patrimoine fiduciaire	<p>Il s'agit d'empêcher l'inaliénabilité de droits durant une période excessive, afin de permettre la libre circulation des biens, principe d'ordre public.</p> <p>La durée de 99 ans prévue par la proposition de loi est identique à la durée maximale des sociétés (sauf prorogations). Un contrat de fiducie ne pourra pas être prorogé une fois arrivé à son terme.</p> <p>Cependant, rien n'empêchera, une fois les droits transférés aux bénéficiaires, que les bénéficiaires décident d'une nouvelle fiducie ayant le même objet que la précédente.</p>	<p>Causes d'extinction relatives au mandat (article 2003 du Code Civil).</p>	<p>Lorsque la <i>Treuhand</i> a été constituée entre vifs, il n'y a pas de limitation de durée édictée par un texte, elle résulte implicitement de l'interdiction de tout engagement personnel pour une durée excessive. C'est pourquoi le <i>Treuhänder</i>, après avoir assumé ses fonctions pendant 58 ans, est en droit de résilier le contrat de <i>Treuhand</i> conclu pour une durée supérieure, mais il doit respecter un préavis de 6 mois.</p> <p>Concernant le <i>Treuhand</i> sans rémunération, la limitation résulte du § 138 BGB. A défaut, la résiliation est possible pour un motif légitime, suivant le droit commun des contrats ou au plus tard par le décès du fiduciaire.</p>	<p>En droit anglais, le <i>trust</i> ne peut excéder 80 ans ou la durée de vie de l'une des personnes mentionnées à l'acte, à laquelle on ajoutera 21 ans après son décès. Cette règle permet de ne pas favoriser le gel des patrimoines pendant une durée qui excéderait deux générations.</p>		<p>Art. 1271 : « La fiducie personnelle constituée au bénéfice de plusieurs personnes successivement ne peut comprendre plus de deux ordres de bénéficiaires des fruits et revenus, outre celui du bénéficiaire du capital ; elle est sans effet à l'égard des ordres subséquents qui y seraient visés. »</p> <p>Art. 1272, al. 1^{er} : « Le droit du bénéficiaire du premier ordre s'ouvre au plus tard à l'expiration des cent ans qui suivent la constitution de la fiducie, même si un terme plus long a été stipulé. Celui des bénéficiaires des ordres subséquents peut s'ouvrir postérieurement, mais au profit des seuls bénéficiaires qui ont la qualité requise pour recevoir à l'expiration des cent ans qui suivent la constitution de la fiducie. »</p> <p>Art. 1272, al. 2 : « Les personnes morales ne peuvent jamais être bénéficiaires pour une période excédant cent ans, même si un terme plus long a été stipulé. La fiducie d'utilité privée ou sociale peut être perpétuelle. »</p> <p>Art. 1296 : « La fiducie prend fin par la renonciation ou la caducité du droit de tous les bénéficiaires, tant du capital que des fruits et revenus. Elle prend fin aussi par l'arrivée du terme ou l'avènement de la condition, par le fait que le but de la fiducie a été atteint ou par l'impossibilité, constatée par le tribunal de l'atteindre. »</p>

	FRANCE (PPL Marini)	LUXEMBOURG	ALLEMAGNE	ROYAUME-UNI ETATS-UNIS	ITALIE	CANADA Schmidt – Code civil
	<p>Pouvoirs du fiduciaire</p> <p>Les prérogatives conférées au fiduciaire pourront être très variées, permettant de mettre en place tant des fiducies-gestion que des fiducies-garanties. L'étendue des prérogatives du fiduciaire devra être précisée dans le contrat et sera laissée à la libre appréciation des parties, dans les limites de l'ordre public et des règles impératives.</p> <p>La finalité de la fiducie et l'étendue des prérogatives seront des éléments qui permettront au juge d'apprécier plus commodément la responsabilité du fiduciaire, en vérifiant que les actes qu'il accomplit sont bien conformes à cette mission.</p> <p>Les stipulations limitant le champ de prérogatives résultent l'expression de la liberté conventionnelle qui prévaut en droit français.</p> <p>La désignation des pouvoirs de disposition du fiduciaire permettra, notamment en cas de fiducie conclue à des fins de garantie, d'éviter que le patrimoine fiduciaire soit statique. Il permettra, si les parties le souhaitent, que la garantie porte, en quelque sorte, sur un flux de biens, de nature à assurer une meilleure gestion.</p> <p>L'exemple du gage de compte d'instruments financiers vient conforter la réalité de cette utilité potentielle.</p>	<p>Dans la gestion de l'actif fiduciaire, le fiduciaire n'a aucun pouvoir de représentation du fiduciant à l'égard des tiers. Cette exclusion de toute représentation du fiduciant par le fiduciaire interdit toute relation directe entre le fiduciant et les tiers.</p>	<p>Aux yeux des tiers, quel que soit le type de <i>Treuhand</i>, le fiduciaire apparaît comme un propriétaire. Il dispose en conséquence de plus de droits que de pouvoirs. Le <i>Treuhänder</i>, devenu propriétaire, est libre d'agir comme bon lui semble. Il agit toutefois dans la limite de l'objet défini par le <i>Treuhandvertrag</i>. Il doit, le cas échéant, respecter les modalités d'administration prévues par ce contrat. Il y a donc une limitation des pouvoirs entre les parties par rapport aux pouvoirs dont dispose le <i>Treuhänder</i> vis-à-vis des tiers. Dans les rapports externes, les pouvoirs du fiduciaire ne sont pas censés être limités.</p>			

	FRANCE (PPL Marini)	LUXEMBOURG	ALLEMAGNE	ROYAUME-UNI ETATS-UNIS	ITALIE	CANADA Schmidt – Code civil
<p>Droit du fiduciaire-bénéficiaire</p>	<p>1- <u>L'obligation contractuelle</u></p> <p>Le fiduciaire, bien que propriétaire, gère les biens transférés non pas dans son intérêt mais dans celui assigné à la finalité de la fiducie, dont le résultat reviendra aux bénéficiaires. Il est donc nécessaire que le contrat permette d'identifier ou fixe les règles de détermination des bénéficiaires. Le contrat pourra même prévoir que le fiduciaire procède de manière discrétionnaire à la distribution des biens au sein du groupe des bénéficiaires. Le droit du bénéficiaire est également cessible, permettant de maximiser la flexibilité pour le bénéficiaire de profiter de la valeur représentée par ce droit « dans » la fiducie (en cédant son droit à autrui).</p> <p>2- <u>Recours contre le fiduciaire</u></p> <p>En cas de faute du fiduciaire, sa responsabilité doit être appréciée de manière semblable à celle d'un mandataire.</p> <p>En cas de manquements graves du fiduciaire à ses obligations, le juge pourra être saisi par les bénéficiaires ou le constituant. La proposition donne le pouvoir au juge de :</p> <ul style="list-style-type: none"> - désigner un administrateur provisoire - remplacer le fiduciaire - mettre fin à la fiducie. <p>Le texte prévoit l'extension de l'incrimination pénale relative à l'abus de confiance au fiduciaire.</p>	<p>→ <u>Les mesures d'exécution dirigées contre le fiduciaire</u> : Les droits du fiduciant sont préservés, dans leur nature et dans leur efficacité, par l'organisation des biens fiduciaires sous forme d'un patrimoine d'affectation. L'actif fiduciaire ne se confond pas avec le patrimoine personnel du fiduciaire et ne peut donc pas être saisi par ses créanciers personnels. Il ne peut pas non plus être intégré à l'actif du fiduciaire lorsque celui-ci fait l'objet d'une procédure collective. Son patrimoine sera scindé en plusieurs masses, une masse générale et une masse par contrat fiduciaire. Il faut bien entendu que le fiduciaire évite une confusion des biens mis en fiducie avec son patrimoine personnel. Toutefois, s'il est protégé contre les créanciers personnels du fiduciaire, il sera en concours avec les créanciers de la masse fiduciaire.</p>	<p>→ <u>L'aliénation par le fiduciaire</u> : Le droit allemand admet en principe la validité des aliénations faites par le <i>Treuhänder</i>, même en violation de ses obligations. Le <i>Treuhänder</i> est pleinement propriétaire des biens fiduciaires, et les limitations que contient le pacte fiduciaire ne peuvent atteindre son droit réel. L'obligation de ne pas disposer généralement acceptée conventionnellement par le <i>Treuhänder</i>, n'est pas opposable aux tiers. Le contenu du pacte est sans influence dans les rapports du fiduciaire avec les tiers. L'aliénation est valable même si le tiers avait connaissance de la véritable situation de l'aliénateur fiduciaire. La seule limite apportée à ce principe est le cas de collusion frauduleuse entre le tiers et le fiduciaire, la simple connaissance du tiers ne suffit pas.</p> <p>La collusion frauduleuse, contraire aux bonnes mœurs, permet au fiduciant d'agir contre le tiers dans le cas d'une aliénation mobilière. En matière immobilière, le tiers acquéreur est protégé par l'inscription au livre foncier. Cette solution est justifiée par le fait que le fiduciaire est propriétaire et le pacte fiduciaire ne peut créer de droit réel.</p> <p>→ <u>Les mesures d'exécution dirigées contre le fiduciaire</u> : En cas de saisie isolée par un créancier du fiduciaire, la jurisprudence reconnaît au fiduciant les droits qu'a le propriétaire de faire tierce opposition sur le fondement du § 771 ZPO. De même en cas de procédure collective du fiduciaire, le fiduciant peut revendiquer les biens objets de la fiducie par application du § 43 KO. Le fiduciant se voit ainsi reconnaître un « droit de</p>	<p>En cas de trust irrévocable et discrétionnaire, deux dispositifs protègent le constituant :</p> <p>→ Le premier et le plus courant consiste pour le constituant à orienter l'exercice de la discrétion de ses trustees en leur écrivant une lettre de souhaits. Ce document n'est pas exécutoire : il devra être rédigé comme une série de recommandations plutôt qu'une série de directives. Dans le cas contraire, la lettre pourrait entraîner la requalification du trust avec des conséquences fiscales regrettables. Une lettre typique énonce le caractère discrétionnaire du trust et reconnaît que cette discrétion reste suprême. Elle informe les trustees des préférences du constituant pour la distribution du capital et des intérêts produits par le transfert des biens au trustee. Il est considéré que les trustees exerceront convenablement leur pouvoir si, en prenant une décision, ils suivent notamment les termes de la lettre.</p> <p>→ La seconde solution pour le constituant prudent est de demander à une personne de confiance de devenir le « protecteur » de son <i>settlement</i>. Ceci lui permet de faire en sorte que certains pouvoirs discrétionnaires importants des trustees soient soumis à l'accord préalable du protecteur. Ces conseillers doivent être conscients de ce que l'importance de leurs pouvoirs coïncide avec celle de leur responsabilité fiduciaire envers les bénéficiaires.</p>		<p>La création d'une fiducie et les restrictions quant à la nature de la fiducie peuvent être déterminées par l'intention manifeste du constituant. Le pouvoir de modification peut être suffisamment explicite pour inclure un pouvoir de révocation, et l'absence du mot « révocation » n'est pas fatale aux dispositions apportées par le constituant, qui ont clairement l'effet d'une révocation. On ne devrait pas permettre qu'une méthode fondée sur une formule aille à l'encontre de l'intention manifeste des parties.</p> <p>Art. 1279 : « Le bénéficiaire d'une fiducie constituée à titre gratuit doit avoir les qualités requises pour recevoir par donation ou par testament à l'ouverture de son droit. S'il y a plusieurs bénéficiaires du même ordre, il suffit que l'un d'eux ait ces qualités pour préserver le droit des autres bénéficiaires, s'ils s'en prévalent. »</p> <p>Art. 1280 : « Le bénéficiaire d'une fiducie doit, pour recevoir, remplir les conditions requises par l'acte constitutif. »</p> <p>Art. 1281 : « Le constituant peut se réserver le droit de recevoir les fruits et revenus ou, éventuellement le capital d'une fiducie, même constituée à titre gratuit, ou de participer aux avantages qu'elle procure. »</p> <p>Art. 1282 : « Le constituant peut se réserver ou conférer au fiduciaire ou à un tiers la faculté d'élire les bénéficiaires ou de déterminer leur part. »</p> <p>Art. 1284 : « Pendant la durée de la fiducie, le bénéficiaire a le droit d'exiger, suivant l'acte constitutif, soit la prestation d'un avantage qui lui est accordé, soit le paiement des fruits et revenus et du capital ou de l'un d'eux seulement. »</p> <p>Le pouvoir du constituant de révoquer une fiducie ou une partie de celle-ci ne saurait s'inférer d'un pouvoir de</p>

		FRANCE (PPL Marini)	LUXEMBOURG	ALLEMAGNE	ROYAUME-UNI ETATS-UNIS	ITALIE	CANADA Schmidt – Code civil
Aspects fiscaux	Régime fiscal	<p>La proposition dispose de rendre l'institution totalement transparente sur le plan fiscal. Le constituant est en quelque sorte toujours réputé fiscalement titulaire des droits mis en fiducie, et est donc redevable de l'impôt à ce titre.</p> <p>Les exceptions au principe fiscal de transparence sont limités au cas où l'impôt frappe une activité autonome (TVA, taxe professionnelle) qui se trouve constituée au sein du patrimoine fiduciaire.</p>					
	Droits d'enregistrement	<p>Les droits (qui sont des actifs) mis en fiducie sont considérés, pour l'application des droits de mutation, de l'impôt de solidarité sur la fortune et des droits de succession, comme demeurant la propriété du constituant.</p> <p>Les droits du constituant seront dus en cas de transfert des droits à des tiers ou au bénéficiaire de la fiducie ou en cas de transmission du contrat de fiducie par le constituant. En revanche, si les droits mis en fiducie reviennent au constituant, en sa qualité de bénéficiaire, les droits de mutation à titre onéreux ne sont pas dus.</p> <p>L'enregistrement d'un acte ou d'une déclaration constatant la formation d'une fiducie est réalisé moyennant la perception d'un droit fixe de 75 euros.</p>					

	FRANCE (PPL Marini)	LUXEMBOURG	ALLEMAGNE	ROYAUME-UNI ETATS-UNIS	ITALIE	CANADA Schmidt – Code civil
Impôts directs	<p>La rémunération du fiduciaire est imposable dans la catégorie des bénéfices industriels et commerciaux selon le régime réel. Le fiduciaire sera tenu aux obligations qui incombent normalement aux exploitants individuels.</p> <p>Les résultats de la fiducie sont compris dans le résultat du constituant. En la matière, le régime fiscal se veut totalement transparent fiscalement. Les résultats de la fiducie sont déterminés et imposés selon les règles applicables à la nature de l'activité afférente aux biens ou droits en fiducie. Toutefois, lorsque le bénéficiaire est une entreprise, le résultat est déterminé selon le régime qui lui est applicable (IS, BIC, BNC, BA).</p> <p>La mise en fiducie de droits n'entraîne pas l'imposition des gains ou pertes afférents à la valeur réelle des droits dans le résultat de l'exercice du transfert. En revanche, ces gains ou pertes sont imposables lors de la transmission du contrat de fiducie par le constituant, ou lors de la cession des biens par le fiduciaire.</p>					

	FRANCE (PPL Marini)	LUXEMBOURG	ALLEMAGNE	ROYAUME-UNI ETATS-UNIS	ITALIE	CANADA Schmidt – Code civil
	<p>Taxe sur la valeur ajoutée</p>					

		FRANCE (PPL Marini)	LUXEMBOURG	ALLEMAGNE	ROYAUME-UNI ETATS-UNIS	ITALIE	CANADA Schmidt – Code civil
	Diverses dispositions à caractère fiscal	<p>Il est prévu que les fiducies sûretés entraînent la perception des impôts et taxes qui seraient dus en cas de cession à titre onéreux.</p> <p>Les règles de recouvrement de l'impôt, et notamment celles relatives à la solidarité entre le fiduciaire et le constituant, sont précisées afin que la fiducie ne puisse pas permettre d'organiser une insolvabilité.</p> <p>Par ailleurs, afin de faciliter l'action de contrôle et de recouvrement de l'administration, le fiduciaire domicilié à l'étranger devra accréditer un représentant fiscal en France, tenu aux mêmes obligations et passible des mêmes sanctions.</p>					
	Protection des créanciers	<p>Pour des biens dont la mutation est soumise à publicité, celle-ci sera réalisée selon le droit commun au nom du fiduciaire <i>ès qualités</i>. Ceci s'appliquera en particulier :</p> <ul style="list-style-type: none"> - aux droits transmis du constituant au fiduciaire - aux droits nouveaux acquis par le fiduciaire dans le cadre de sa gestion de la fiducie - aux garanties prises par le fiduciaire dans le cadre de sa gestion et qui impliqueraient une publicité - aux droits constitués par le fiduciaire. <p>La sanction est l'inopposabilité : inopposabilité aux créanciers du constituant si le nom du constituant est toujours inscrit, inopposabilité aux créanciers personnels du fiduciaire si le nom du fiduciaire n'a pas été inscrit <i>ès qualité</i>.</p> <p>Les créanciers du constituant qui seraient lésés par le transfert en fiducie des biens de leur</p>					

		FRANCE (PPL Marini)	LUXEMBOURG	ALLEMAGNE	ROYAUME-UNI ETATS-UNIS	ITALIE	CANADA Schmidt – Code civil
		débiteur pourront recourir à l'action paulienne de l'article 1167 du Code Civil. Ces mêmes créanciers pourront également faire annuler le contrat lorsqu'il aura été passé pendant la période suspecte. Les créanciers titulaires de sûreté publiées préalablement au contrat de fiducie ne verront pas remises en cause leurs garanties. En cas de changement de fiduciaire, la proposition prévoit que les créanciers conservent leur droit d'action à l'encontre du nouveau fiduciaire.					
Contrôle juridictionnel et mesures de contrôle		Des intérêts concurrents sur un même patrimoine fiduciaire conduisent à organiser, en cas de conflit, un contrôle juridictionnel. Le finalité assignée à un droit permet de justifier l'existence d'un système de contrôle de ces droits. Le titulaire des droits finalisés – le fiduciaire – devra rendre compte de l'exercice des prérogatives qui lui ont été conférées.					Art. 1287 : « L'administration de la fiducie est soumise à la surveillance du constituant ou de ses héritiers, s'il est décédé, et du bénéficiaire, même éventuel. En outre, dans les cas prévus par la loi, l'administration des fiducies d'utilité privée ou sociale est soumise, suivant leur objet et leur fin, à la surveillance des personnes et organismes désignés par la loi. » Art. 1291 : « Le tribunal peut autoriser le constituant, le bénéficiaire ou un autre intéressé à agir en justice à la place du fiduciaire, lorsque celui-ci, sans motif suffisant, refuse d'agir, refuse de le faire ou en est empêché. » Art. 1292 : « Le fiduciaire, le constituant et le bénéficiaire sont, s'ils y participent, solidairement responsables des actes exécutés en fraude des droits des créanciers du constituant ou du patrimoine fiduciaire. »
APPLICATIONS							
Gestion	La gestion de patrimoine	→ Une ou plusieurs personnes pourront transférer des biens, afin qu'ils soient gérés par autrui. Le recours au mandat	→ Dans le contrat de gérance fiduciaire, le client transfère la propriété de ses avoirs au gérant. Le client perd la titularité des		Le trust est une institution très souple. Exemples :	- La loi sociétaire D. Lgs. N° 6 de 2003 a introduit la notion de « patrimoine pour une affaire déterminée ».	Voir arrêt <i>Schmidt c. Air Products Canada Ltd.</i> Les fiducies peuvent, dans la

		FRANCE (PPL Marini)	LUXEMBOURG	ALLEMAGNE	ROYAUME-UNI ETATS-UNIS	ITALIE	CANADA Schmidt – Code civil
		<p>pour ce genre de situations a déjà montré ses limites, notamment à cause de la révocabilité qui le caractérise.</p> <p>→ La fiducie peut constituer un moyen pour les personnes qui le souhaitent de confier leurs biens à autrui, qui aura la charge de les gérer pour leur compte. On pense notamment au recours à la fiducie par des « personnes en difficulté » ou « personnes vulnérables » (personnes ayant eu un accident, affectées par les séquelles d'une maladie ou autre), mais qui ne bénéficient pas aujourd'hui de la possibilité de recourir à la tutelle ou à la curatelle notamment.</p> <p>Il existe en droit français quelques applications de la fiducie :</p> <ul style="list-style-type: none"> - le dépôt de garantie - la cession de créance à titre de garantie - la gestion d'un fonds commun de placement ou de créances - les apports aux sociétés d'auteurs 	<p>comptes auprès de la banque dépositaire et la propriété des choses confiées au gérant. Celui-ci s'engage à exercer les droits transférés et à gérer les choses déposées en son nom, mais pour le compte et aux risques du client. Le gérant est fiduciaire, il rend en son nom un service dans l'intérêt et pour le compte du fiduciaire. Ces opérations sont couramment pratiquées au Grand Duché de Luxembourg, même si le recours au mandat de gestion est plus usuel. Le recours à ces contrats est justifié par la gestion d'actifs très importants. Le fiduciaire préfère se prémunir contre toute défaillance de la banque fiduciaire, par la voie du patrimoine d'affectation. Il s'agit pour le fiduciaire de se décharger de la gestion d'une partie de ses avoirs à investir, en ayant recours aux services d'un intermédiaire qualifié. Celui-ci est, en principe, investi des pouvoirs les plus larges pour organiser cette gestion de manière efficace.</p>		<p>- Régime des pensions privées : ne se contentant plus de dépendre des pensions de retraite de la sécurité sociale, un nombre toujours croissant de personnes contractent des régimes de pension privée.</p> <p>- Gérer le titre de propriété des marchandises.</p> <p>- Le fonds commun de placement.</p>	<p>- La loi sur le fonds commun d'investissement n° 289 de 1986 a prévu l'administration centralisée des valeurs mobilières à travers la Monte Titoli S.p.A.</p> <p>- La loi D. Lgs. N° 41 de 1996 crée les SIM, Società d'Investimento Mobiliare.</p>	<p>mesure où une mention indique qu'il s'agit d'une fiducie, être identifiées sous le nom du disposant, du fiduciaire ou du bénéficiaire ou, si elles sont constituées à des fins d'utilité privée ou sociale, sous un nom qui désigne leur objet.</p> <p>La fiducie personnelle est constituée à titre gratuit, dans le but de procurer un avantage à une personne déterminée ou qui peut l'être.</p> <p>La fiducie d'utilité privée est celle qui a pour objet l'érection, l'entretien ou la conservation d'un bien corporel, ou l'utilisation d'un bien affecté à un usage déterminé, soit à l'avantage indirect d'une personne ou à sa mémoire, soit dans un autre but mais de nature privée.</p>
	Les placements fiduciaires		<p>Ces opérations s'effectuent dans le cadre du portage fiduciaire. Le portage est une convention par laquelle une personne, le porteur, accepte, sur demande d'une autre personne, le donneur d'ordre, de se rendre actionnaire d'une société, par acquisition ou souscription d'actions, étant convenu qu'après un certain délai ces actions seront transférées à une personne désignée, pour un prix fixé dès l'origine. Le portage est d'une utilisation souple et permet, outre les conventions de prête-noms lors de la constitution de société, la prise de participation dans une société déjà existante. Une</p>	<p>Le placement fiduciaire peut consister en une prise de participation dans une société.</p> <p><u>Application en matière de constitution de société :</u></p> <p>La création de société exige en principe un nombre déterminé d'associés. Des fiduciaires peuvent intervenir en qualité de fondateurs, acquérant leur participation avec des fonds provenant d'une autre personne, le fiduciaire. Les fondateurs fiduciaires, les <i>Strohmänner</i>, détiendront leurs parts pour le compte de celui-ci. Le <i>Strohmann</i> joue le rôle de prête-nom dans la constitution de la société. La doctrine et la</p>			<p>Art. 1269 : « Est aussi d'utilité privée la fiducie constituée à titre onéreux dans le but notamment de permettre la réalisation d'un profit au moyen de placements ou d'investissements, de pourvoir à une retraite ou de procurer un autre avantage au constituant ou aux personnes qu'il désigne, aux membres d'une société ou d'une association, à des salariés ou à des porteurs de titre. »</p> <p>Art. 1270 : « La fiducie d'utilité sociale est celle qui est constituée dans un but</p>

		FRANCE (PPL Marini)	LUXEMBOURG	ALLEMAGNE	ROYAUME-UNI ETATS-UNIS	ITALIE	CANADA Schmidt – Code civil
			<p>personne ou un groupe de personnes ne souhaite pas manifester directement son intérêt de prendre une participation dans une société, afin de ne pas influencer le cours en bourse du titre, par exemple. Il transfère donc à un professionnel des fonds. Celui-ci achètera les titres en vertu d'un contrat fiduciaire. Le fiduciaire continuera de gérer la participation jusqu'au jour de la cession au fiduciant.</p> <p>Le contrat fiduciaire permet également la réalisation de convention de vote, de même, par ce moyen, il permet le rééquilibrage du contrôle d'une société.</p>	<p>jurisprudence allemande considèrent le <i>Strohmann</i> comme un <i>Treuhänder</i>, tant qu'il intervient pour la constitution d'une société par action que pour la constitution d'une société à responsabilité limitée.</p>			<p>d'intérêt général, notamment à caractère culturel, éducatif, philanthropique, religieux ou scientifique. Elle n'a pas pour objet essentiel de réaliser un bénéfice ni d'exploiter une entreprise.»</p> <p>Art. 1271 : « La fiducie personnelle constituée au bénéfice de plusieurs personnes successivement ne peut comprendre plus de deux ordres de bénéficiaires des fruits et des revenus, outre celui du bénéficiaire du capital ; elle est sans effet à l'égard des ordres subséquents qui y seraient visés. »</p>
	Le contrat de fiducie à fin de crédit		<p>→ Le fiduciant transfère des avoirs à une banque fiduciaire et lui donne instruction, soit de les reprêter à des conditions et clauses convenues, soit d'avancer à un taux rémunérateur ces fonds ou de participer à concurrence du dépôt à une avance, soit de les replacer au nom de la banque auprès d'une autre banque désignée ou choisie par le fiduciaire. Le bénéficiaire de l'opération peut ne pas être une autre banque, il peut s'agir d'une personne physique ou morale, soit expressément désignée par le contrat fiduciaire, soit librement choisie par la banque fiduciaire. Au terme ou au cours de ce contrat, le fiduciaire recevra les intérêts et le principal dont il aura reçu le remboursement et il les transmettra, sous déduction de sa commission d'intervention, au fiduciant ou à un bénéficiaire désigné.</p> <p>→ La fiducie comme instrument de refinancement de l'épargne (les emprunts obligataires) : l'emprunteur contracte un prêt avec une banque ou un syndicat de banque de la place financière</p>				

		FRANCE (PPL Marini)	LUXEMBOURG	ALLEMAGNE	ROYAUME-UNI ETATS-UNIS	ITALIE	CANADA Schmidt – Code civil
			<p>de Luxembourg. Le syndicat prête des fonds qu'il obtient à partir de dépôts fiduciaires moyennant émission de titres au porteur ou nominatifs. Ces titres sont autant de participations fiduciaires dans le prêt consenti à l'emprunteur. Ils manifestent individuellement l'existence d'un contrat fiduciaire, soumis au règlement grand-ducal de 1983, conclu entre la banque émettrice et les détenteurs des obligations. Ces contrats fiduciaires représentent chacun une créance sur une fraction indivise du montant total du prêt accordé par le syndicat à l'emprunteur. Le syndicat émetteur est le fiduciaire. Les titres fiduciaires sont émis et cotés en bourse. Les investisseurs, détenteurs de ces titres sont fiduciaires. Le paiement des intérêts et le remboursement de l'emprunt obligataire sont conditionnés par le remboursement du prêt bancaire accordé à l'emprunteur. Les banques, en tant que propriétaires fiduciaires des fonds prêtés, reçoivent le remboursement des intérêts et du capital du prêt, pour le bénéfice exclusif des détenteurs fiduciaires d'obligations. L'opération est avantageuse car elle permet une mobilisation facilitée du crédit bancaire, par la négociabilité des titres fiduciaires.</p>				
Garantie	Enjeu de la fiducie sûreté	<p>Des biens pourront être mis en fiducie afin de garantir une plusieurs créances, au bénéfice d'un ou plusieurs créanciers : le transfert de titularité offrira l'avantage de la « propriété-sûreté » aux créanciers, ce qui devrait entraîner une baisse du coût du crédit pour le débiteur, corollaire du risque réduit pour le créancier.</p> <p>Il existe en droit français</p>	<p>Depuis une réforme opérée par la loi du 24 décembre 1994, le gage est favorisé. Le gage est désormais simplifié, il peut être constitué par simple acte sous seing privé sans enregistrement. La mise en gage n'entraîne désormais plus que des frais marginaux, sans formalité d'enregistrement pour le gage des valeurs mobilières, ainsi que pour la mise en gage des fonds de commerce, dont le régime a</p>	<p>Le législateur allemand voulait éviter des gages occultes et assurer la publicité du gage par la dépossession. Comme cette situation n'était pas viable économiquement, la pratique a développé l'aliénation fiduciaire à titre de sûreté des biens corporels, permettant de constituer une sûreté sans priver le débiteur de la chose. Cette sûreté a désormais supplanté le gage et possède un régime</p>			

		FRANCE (PPL Marini)	LUXEMBOURG	ALLEMAGNE	ROYAUME-UNI ETATS-UNIS	ITALIE	CANADA Schmidt – Code civil
		quelques applications de la fiducie : - crédit-bail - vente à réméré	été considérablement allégé. La fiducie luxembourgeoise, déjà limitée aux établissements de crédit, perd de son intérêt lorsque le gage est ainsi facilité. S'il est possible de rencontrer des applications de la fiducie-sûreté, ce sera alors pour des applications ponctuelles, dépassant le cadre des dispositions relatives au gage. La fiducie luxembourgeoise est restreinte par la limitation de la qualité du fiduciaire aux seuls établissements de crédit. Sur meubles corporels (sur métaux précieux, tableaux, etc.), elle est envisageable. Cependant, elle n'est pas fréquente car les banques n'ont pas les mêmes intérêts que les vendeurs à crédit et parce que le recours facilité du gage prive d'utilité l'emploi de la fiducie dans ce domaine. Elle porte donc plus facilement sur des biens incorporels, dans le cadre d'opérations ponctuelles.	juridique bien établi. La fiducie-sûreté sur meubles corporels est très répandue. Elle est utilisée pour garantir de nombreux crédits accordés à des clients commerçants ou à de simples particuliers. Mais son domaine s'étend également aux meubles incorporels.			
	La fiducie sûreté ayant un objet corporel			Le transfert de propriété s'opère au moyen d'un constitut possessoire, c'est-à-dire que le transfert de propriété est remplacé par accord entre les parties, par le transfert de la possession médiate au créancier. Ce transfert doit être concret et énoncer la qualité dans laquelle le débiteur continue à détenir les biens. En règle générale, le contrat prévoit que le débiteur détient les biens donnés en garantie à titre de dépositaire. Fréquemment un commerçant transfère son stock de marchandises à une banque, avant toute ouverture de crédit. Cette opération est utilisée pour garantir de nombreux crédits accordés à des clients commerçants ou à de simples particuliers et s'opère par la signature de contrats préformulés. En règle générale, le débiteur-fiduciant transfère			

		FRANCE (PPL Marini)	LUXEMBOURG	ALLEMAGNE	ROYAUME-UNI ETATS-UNIS	ITALIE	CANADA Schmidt – Code civil
				non seulement ses droits actuels, mais également ses droits futurs de propriété. Dans cette situation, l'acquéreur à crédit cède ses droits futurs de propriété, réservés par le vendeur, au banquier à titre de garantie fiduciaire. Ce transfert de propriété à titre de sûreté n'est pas soumis à publicité. Ce transfert est non seulement utilisé par les banques en garantie des prêts consentis, mais également par les acquéreurs de biens à construire pour garantir les acomptes versés au début et au cours des travaux, contre l'insolvabilité du constructeur. Le bien devient la propriété de l'acquéreur au fur et à mesure de son achèvement.			
	La fiducie sûreté ayant un objet incorporel		Les facilités de constitution et d'utilisation du gage ont pour effet, notamment en ce qui concerne le gage des créances et des valeurs mobilières, de concurrencer fortement les cessions de créances à titre de garantie. Cependant, la modification des articles 1689 et suivants du Code civil doivent permettre aux banquiers luxembourgeois de procéder à des cessions globales de créances.	Cession fiduciaire de créance.			

Sources :

- *Le contrat de fiducie : étude de droit comparé Allemagne, France, Luxembourg*, Antoine BUREAU, http://juripole.u-nancy.fr/memoires/comparé/Antoine_Bureau/
- *Proposition de loi déposée au Sénat le 8 février 2005 – Institution de la fiducie*, Philippe MARINI, Sénateur
- *Le trust anglo-américain*, C. SCHOLEFIELD, *Revue de Droit Bancaire*, juillet-août 1996, n° 56, p. 132
- *Cour Suprême du Canada*, 9 juin 1994, Schmidt c. Air Products Canada Ltd.
- *Code Civil du Québec*
- *Code Civil Italien*