

Fiducie - Fiducie : être ou ne pas être neutre, voici la question - Etude par Jérôme Turot

Document: Droit fiscal n° 16, 19 Avril 2007, 433

Droit fiscal n° 16, 19 Avril 2007, 433

Fiducie : être ou ne pas être neutre, voici la question

Etude par Jérôme Turot Avocat, Cabinet Turot

Fiducie

[Accès au sommaire](#)

La loi du 19 février 2007 a institué en droit civil français la fiducie qui a l'ambition d'être l'équivalent en France du trust de common law, même si, pour le moment, seules les personnes morales soumises à l'IS ont la faculté de constituer une fiducie. La question du régime fiscal de la fiducie, sur laquelle les différents projets législatifs avaient échoué depuis des années, a été tranchée dans le sens voulu par le Gouvernement, sans véritable débat. Le principe est la « neutralité » de la fiducie : le transfert est réputé fiscalement ne pas avoir eu lieu. Jérôme Turot exprime ici son point de vue sur ce parti de politique fiscale axé sur la neutralisation de l'opération fiduciaire.

1. - Les éléphants ont une gestation de vingt et un mois, c'est l'espèce qui a la plus longue gestation de la Création, mais les petits éléphants marchent dès leur naissance. La fiducie a eu une gestation de vingt et un ans^{Note 1}, mais, à sa naissance, elle ne marche pas encore fiscalement. Elle rendra de grands services juridiquement, et il faut féliciter le Parlement, et en premier lieu le sénateur Marini, de cette importante conquête juridique, arrachée de haute lutte. Mais tant qu'on voudra, comme aujourd'hui, qu'elle soit fiscalement « neutre », ce beau vaisseau hésitera à gagner la haute mer et se limitera au cabotage. C'est uniquement à un commentaire très général de cette option de politique fiscale, et non à une analyse complète de la loi, que sont consacrées les lignes qui suivent. L'idée qui préside au traitement fiscal de la fiducie est la neutralité, et même une neutralité intransigeante, indiquent les travaux parlementaires sur la proposition de loi de M. Philippe Marini instituant la fiducie^{Note 2}. Les deux assemblées ont surenchéri sur ce thème, affirmant comme un dogme que hors de la neutralité point de salut pour la fiducie. Mais le mot « neutre » fait partie de ces mots sympathiques et rassurants, qui affichent un sourire désarmant mais préparent parfois un mauvais coup.

1. Une neutralité qui n'est pas neutre

2. - Car lorsque la neutralité revient à ignorer un fait juridique qui a produit des effets dans la réalité, elle peut se

révéler pénalisante. Dans le cas de la loi sur la fiducie, cette neutralité consiste bien, en réalité, à nier fiscalement la fiducie : la loi prend grand soin que tout continue à se passer comme si les biens n'avaient pas été mis en fiducie. Les biens sont réputés fiscalement être restés dans le patrimoine du constituant^{Note 3}. Lorsque ces biens fructifient, qu'il s'agisse de placements ou d'une exploitation commerciale, les produits sont imposables dans le chef du constituant : la fiducie est traitée fiscalement comme une société de personne dont l'associé serait le constituant. Ce n'est pas seulement de transparence qu'il s'agit, mais bien d'une neutralisation, qui, reconnaissons-le d'ailleurs, joue tantôt à l'avantage du constituant, tantôt à son détriment. À l'avantage du constituant, d'un côté, puisque la mise en fiducie des biens n'est pas considérée comme une cession. Par conséquent, elle n'entraîne pas d'imposition d'une plus-value de cession (la mise en fiducie des biens est traitée fiscalement comme un apport en sursis d'imposition, comme dans le régime fiscal de faveur des fusions). Dans le même esprit, la mise en fiducie ne donne pas ouverture aux droits proportionnels de mutation. Sur ce point la loi prend le contre-pied du premier avant-projet de régime fiscal pour la fiducie, élaboré en 1991^{Note 4}, dans lequel des droits de mutation étaient exigibles (sauf lorsque la fiducie était destinée à revenir au constituant). Cette nouvelle approche doit être saluée comme un progrès considérable, car sur ce point l'avant-projet de 1991 était de nature à dissuader le recours à la fiducie.

3. - En revanche, cette neutralisation jouera à son détriment au regard de l'ISF. Au stade actuel, où seules les personnes morales soumises à l'impôt sur les sociétés peuvent constituer une fiducie, la question de l'ISF ne se pose pas directement : par définition, le constituant n'entre pas dans le champ de l'ISF. Mais elle se pose indirectement, au niveau des associés de la personne morale qui a constitué une fiducie. Ces associés risquent fort – quoique la loi n'en dise rien – d'être imposés à l'ISF sur le patrimoine fiduciaire de la société, à travers la valorisation de leurs parts sociales. En effet, dès lors que la loi indique que, pour l'application des droits d'enregistrement, les droits du constituant résultant du contrat de fiducie sont réputés porter sur les biens formant le patrimoine fiduciaire, on s'attend fortement à ce que, dans l'instruction à venir, l'administration recommande aux associés de tenir compte, pour déterminer la valeur de leurs parts sociales, de la valeur de la créance que la société est réputée fiscalement détenir sur le patrimoine fiduciaire. Et ce sera tout à fait à bon droit, compte tenu de l'option de principe retenue par le législateur. Le plus préoccupant est que, si le législateur persiste dans cette orientation, nul doute que, le jour où les particuliers seront autorisés à constituer des fiducies, les biens placés dans une fiducie resteront imposables à l'ISF comme s'il ne s'était rien passé. On y reviendra.

4. - La neutralité règne sans partage. La création d'une fiducie sera un non-événement fiscal. Il en est fait abstraction, à la façon – l'analogie n'est-elle pas frappante ? – dont il est fait abstraction d'un acte constitutif d'un abus de droit : le régime fiscal de la fiducie est celui d'un abus de droit présumé, sans les pénalités. En définitive, on a créé un instrument qui, le jour où la fiducie sera ouverte aux particuliers, sera fiscalement beaucoup moins attrayant que l'assurance-vie ou les bons de capitalisation. Plus préoccupant, on a doté la fiducie d'un régime qui – s'il reste le même à l'égard des fiducies de particuliers – cherchera de la matière imposable là où il n'y en pas, là où elle ne se trouve plus : chez le constituant. Le parfait connaisseur de ces questions, Jean-Pierre Le Gall, avait déjà mis en garde, lors de la publication de l'avant-projet en 1991, contre le possible effet pervers de cette neutralité systématique, dans une formule frappante^{Note 5} : « *L'inexistence fiscale de la fiducie et du fiduciaire ne saurait effacer les conséquences économiques de la fiducie. Sinon, la neutralité serait pénalisante et cesserait donc d'être neutre.* » On voulait éviter à la France de perdre pied sur les marchés de services juridiques et financiers, dont on sait qu'ils font bon usage des trusts. On voulait éviter la délocalisation d'opérations dans des pays connaissant le trust. Ce résultat ne sera pas pleinement atteint avec ce régime fiscal, ou disons plutôt ce refus vigilant de régime fiscal.

5. - Le plaidoyer qui suit, destiné à contribuer au débat qui doit avoir lieu d'urgence, se place dans l'optique d'une fiducie qui sera ouverte aux particuliers, et non plus seulement aux sociétés, et qui pourra servir à transmettre, ce qui est interdit par la loi actuelle. Car c'est un secret de Polichinelle, et c'est la conviction exprimée par bien des parlementaires, que cette fiducie restreinte est un premier pas, pour une période d'expérimentation, vers une fiducie progressivement élargie aux mêmes applications que les anciennes fiducies de droit romain ou les actuels trusts.

Cette extension pourrait venir très vite. C'est pourquoi il importe de partir fiscalement du bon pied.

2. Les Anglo-Saxons reconnaissent au trust une véritable personnalité fiscale

6. - Chacun voit bien que les trusts n'auraient pas pris l'importance qu'ils ont pris dans les pays anglo-saxons s'ils étaient ignorés par la fiscalité (nous employons l'expression anglo-saxons par facilité de langage, quoique nous devrions plus justement dire les Anglo-Normands, depuis presque un millénaire que les anglo-saxons ont été engloutis dans l'océan de l'histoire, ayant été conquis par le duc de Normandie, en 1066 sur les champs de Hastings, comme le rappelle perfidement Daniel Arthur Lapres, in « *Les Anglo-saxons sont morts, longue vie aux Anglo-Normands !* »^{Note 6}). Dans ces pays anglo-saxons, les règles d'imposition des trusts sont complexes, selon les buts et les formes qu'ils peuvent adopter, mais il est fait une *summa divisio* entre les trusts imparfaits et les trusts véritables. Les **trusts imparfaits** sont les trusts révocables, ou dont le patrimoine est destiné à faire retour au constituant selon la formule du *grantor trust* américain, ou bien encore les trusts d'investissement, qui sont plus proche d'OPCVM que de véritables trusts, et dans lesquels il n'y pas de transfert de propriété, car les investisseurs ont des droits sur les actifs du trust. Pour ces trusts imparfaits, c'est généralement un régime de transparence fiscale qui s'applique. Les **trusts véritables** sont les trusts dans lesquels le constituant se dessaisit réellement et définitivement, ceux dans lesquels, selon l'expression d'un éminent spécialiste, le *trustee* est seul maître à bord après Dieu^{Note 7}. Il importe peu qu'il existe un bénéficiaire désigné, investi alors d'une sorte de propriété économique du bien (*equitable property*) ou au contraire qu'il s'agisse d'un trust discrétionnaire, dans lequel le *trustee* a une latitude pour choisir les bénéficiaires selon certains critères, et où par conséquent aucun bénéficiaire désigné ne peut faire valoir le moindre droit, fut-ce seulement en équité, envers le *trustee*. Discrétionnaire ou non, le trust véritable n'est nullement traité comme fiscalement transparent.

7. - Le régime fiscal anglo-saxon leur reconnaît une véritable **personnalité fiscale**. Ils sont des contribuables. On leur applique des critères de résidence. Dans les conventions fiscales passées par les États-Unis et le Canada, et notamment leurs conventions fiscales avec la France, les trusts se voient reconnaître la qualité de résident conventionnel. On perçoit l'impôt sur le trust en règle générale, parfois sur le bénéficiaire si le trust est *pass through*, mais jamais sur le constituant comme le prévoit la loi sur la fiducie. Dans ces pays, la règle générale est que le constituant en tant que tel n'est pas le contribuable, ni pour les revenus ou plus-values apparus dans le patrimoine fiduciaire, ni pour l'impôt sur la fortune *if any*. Le contribuable sera soit le trust, soit le bénéficiaire, le principe étant le suivant (à condition que le trust soit fiscalement résident) :

- imposer le trust ;
- accorder au bénéficiaire un crédit d'impôt afin qu'il ne soit pas imposé une seconde fois, lors de la distribution, sur le produit déjà imposé au niveau du trust (éventuellement, on lui rembourse l'impôt payé par le trust si ce bénéficiaire est non imposable, ou bien on lui réclame un complément d'impôt s'il relève d'un taux d'imposition plus élevé).

C'est un traitement fiscal exactement contraire à celui qui vient d'être institué en France pour les fiducies, transparentes et ne laissant voir que le constituant. Dans ces pays, s'agissant de l'imposition des revenus et plus-values, l'effet recherché est certes la neutralité du trust, comme pour la fiducie en France. Mais c'est une autre neutralité, antipodique : la loi française exonère le trust et impose le constituant, alors que le droit anglo-saxon impose le trust et protège le bénéficiaire contre la double taxation.

8. - Pourtant, le premier avant-projet de régime fiscal pour la fiducie, élaboré en 1991, adoptait la même distinction que celle que fait en général le droit anglo-saxon entre fiducies imparfaites (*grantor trust*) et vraies fiducies. Cette distinction était d'ailleurs retenue de longue date par l'administration fiscale, puisque ce projet de 1991 s'inspirait de l'analyse approfondie que le Service de la législation fiscale avait faite des trusts américains, dans sa note du 25 mars 1981, relative à l'application de la convention franco-américaine. Selon cet avant-projet, les fiducies qui ne

désignaient pas pour bénéficiaire un tiers par rapport au constituant étaient réputées transparentes. Les autres étaient considérées comme de véritables dépossessions par le constituant, qui n'était plus imposable, ni sur la fortune ni sur les bénéfices, à raison des actifs remis au fiduciaire. Sur ce point, cet avant-projet de 1991 était adéquat. Par contre, il avait le tort, comme tous les commentateurs l'ont démontré, d'y voir une mutation au profit du bénéficiaire, avec cette conséquence que ce transfert en fiducie donnait lieu à un droit de mutation proportionnel en fonction du lieu de parenté entre le constituant et le bénéficiaire, lequel n'avait pourtant rien reçu ni accepté, et qui serait peut-être décédé avant d'avoir rien reçu.

3. On ne taxe pas l'espoir

9. - Il n'est pas justifié de considérer que, pour les besoins l'établissement de l'impôt, les biens sont restés dans le patrimoine du constituant. Ce n'est ni heureux ni conforme au droit naturel. Ce n'est pas une décision heureuse de refuser de reconnaître toute conséquence fiscale à cette décision bien réelle et qui a de puissants effets juridiques. Il est contraire au droit naturel, tel que l'expriment le droit public français ou la convention européenne des droits de l'homme, d'imposer un citoyen sur une fortune qu'il n'a pas, soit qu'il ne l'ait plus, soit qu'il ne l'ait pas encore. On a entendu maintes fois, au cours de la longue gestation en France de la fiducie, une objection apparemment forte : il serait trop facile de placer des biens dans un trust pour les faire échapper à l'ISF, ce serait créer un « trou noir ». Mais en réalité, est-ce si facile de se déposséder d'un bien ? En tout cas, c'est une vraie décision, qui s'impose à tous. L'objection n'est pas si forte si l'on accepte de dépasser les catégories juridiques classiques du droit des biens que l'on connaît en France depuis la Révolution, et d'en admettre une nouvelle. Si l'on veut bien rester fidèle à la nature juridique de la fiducie, qui est un instrument *sui generis*, le traitement fiscal doit être *sui generis*. Elle ne peut pas être ignorée, comme le fait la nouvelle loi, mais elle ne peut pas non plus être assimilée à une complète donation comme le faisait l'avant-projet de loi de 1991 dans le cas où la fiducie aurait été instituée au profit d'un bénéficiaire autre que le constituant. C'est une mutation mais non une donation. Il n'est pas illégitime de vouloir sortir des biens de son patrimoine, dans un but déterminé, tel que contribuer à une œuvre caritative ou bien assurer les frais des études de ses enfants ou soutenir une personne à qui l'on veut du bien, sans pour autant les donner, ou en tout cas sans les donner tout de suite, et pas sans conditions. Cette intention est digne d'intérêt, il faut donc lui trouver un traitement fiscal qui soit fidèle à cette manifestation de volonté. Pour un temps, le bien mis en fiducie sort du champ des choses appropriées. Si la fiducie n'est pas artificielle, si le constituant perd effectivement la propriété des actifs, ces actifs ne doivent plus être imposés de son chef, ni quant au revenu ni quant au patrimoine.

10. - Pour autant, ces actifs ne devront pas nécessairement être imposables dans le patrimoine du bénéficiaire de la fiducie, contrairement à ce que prévoyait l'avant projet de régime fiscal élaboré par la Direction de la législation fiscale en 1991. Car ces biens ne seront pas immédiatement réceptionnés dans le patrimoine d'un bénéficiaire, pour des raisons pratiques et juridiques. Raisons pratiques d'abord : ce bénéficiaire peut ne pas être encore désigné (cas du trust discrétionnaire qui confie au *trustee* le choix du bénéficiaire, ou bien du trust à bénéficiaires successifs), il peut d'ailleurs ne pas être né (cas du trust en faveur de générations futures), et, même s'il est né et désigné, il ignore souvent les dispositions prises en sa faveur. Raisons juridiques ensuite : selon les principes les mieux établis du droit civil et du droit de l'enregistrement, il n'y a pas de donation, ni donc de droits de donation, tant qu'il n'y a pas acceptation par le bénéficiaire. Or à aucun moment le bénéficiaire n'accepte la donation du patrimoine fiduciaire, car précisément on ne le lui donne pas. Les droits de mutation pourront être dus, par contre, lorsque le *trustee* remettra l'actif fiduciaire, en fin de trust, à un bénéficiaire qui l'acceptera.

11. - Pendant un temps, les biens mis en fiducie n'ont pas de propriétaire, ils n'ont qu'un propriétaire légal, le fiduciaire, qui n'en est pas le propriétaire économique. Ils ont un bénéficiaire futur, mais qui n'a qu'un espoir, pas un droit. On ne taxe pas l'espoir. Ainsi que l'a souligné la doctrine, les droits des bénéficiaires sont le plus souvent conditionnels, voire aléatoires, puisqu'ils dépendent d'une décision du *trustee*, et ils n'ont en tout état de cause pas de valeur vénale Note 8. C'est d'ailleurs en ce sens que s'est prononcé la seule et unique décision judiciaire rendue en

France sur la possibilité d'imposer à l'ISF le bénéficiaire d'un trust : le juge a décidé que l'administration ne démontrait pas la détention par le bénéficiaire de droits réels représentant une valeur patrimoniale^{Note 9}. Imposer le bénéficiaire à l'ISF serait l'enfermer dans une prison fiscale. Tout contribuable qui est las de payer trop d'ISF dispose encore en ultime recours du droit de donner sa fortune ou de la dilapider. Le bénéficiaire d'une fiducie n'a pas cette porte de sortie, puisque la fiducie a été constituée précisément pour l'empêcher de dilapider : il serait, si on voulait l'imposer sur l'actif fiduciaire, prisonnier de sa fortune, voire même, si le fiduciaire ne lui distribue pas de quoi payer cet impôt, ruiné par sa fortune.

12. - Il n'est pas inédit, du point de vue du régime de l'ISF, qu'un bien sorte d'un patrimoine sans entrer immédiatement dans un autre. C'est ce que montre l'exemple des donations temporaires d'usufruit à des personnes morales. On sait que les particuliers réalisent de plus en plus fréquemment des transmissions temporaires d'usufruit à des personnes morales. Ces particuliers ne sont alors plus passibles de l'ISF à raison de ces biens dont ils ont abandonné l'usufruit (puisque en règle générale c'est dans le patrimoine de l'usufruitier que sont imposables les biens grevés d'usufruit), et l'ISF n'est pas dû non plus du côté de l'usufruitier, puisqu'une personne morale n'est pas passible de l'ISF. Ces biens sont ainsi sortis du champ de l'ISF, sans que cela soit constitutif d'un abus si l'opération produit réellement ses effets. L'administration l'a admis, et s'est même engagée à ne pas remettre en cause cette opération lorsqu'elle est faite au profit d'un organisme d'intérêt général qui est l'entier bénéficiaire des fruits^{Note 10}. La preuve est ainsi faite qu'il y a des situations dans lesquelles des biens sortent temporairement du champ de l'ISF, alors même qu'ils sont destinés à revenir dans le patrimoine d'un particulier, sans qu'il s'agisse d'un « trou noir » scélérat. Pour un temps, le bien mis en fiducie sort du champ des choses appropriées au sens classique, puisqu'il a un propriétaire légal, le fiduciaire, sans être à lui. C'est une remise en cause de la représentation que le Code civil se fait des choses, puisqu'il ne les considère que comme des biens, c'est-à-dire nécessairement appropriées, alors que, comme l'a souligné récemment une brillante étude, « les choses ne sont pas nécessairement la proie des personnes »^{Note 11}. Le patrimoine fiduciaire n'est la proie de personne.

4. Conclusion

13. - Derrière le volet fiscal de la loi sur la fiducie, on devine, à notre avis, une fausse application du principe de la neutralité de l'impôt. Le principe de neutralité exige de ne pas traiter différemment des situations similaires, pour ne pas créer de distorsion purement fiscale entre des choix patrimoniaux ou économiques. Mais ce principe ne signifie pas ramener à l'identique des situations différentes, en effaçant d'un coup de gomme fiscale les conséquences de décisions patrimoniales ou économiques bien différentes. La problématique de la neutralité évoque à cet égard celle du principe d'égalité, dont le Conseil d'État a souvent rappelé qu'il interdit certes de discriminer des situations semblables, mais encore, et c'est tout aussi nécessaire, qu'il oblige à traiter différemment des situations dissemblables. On n'échappera pas à la nécessité de doter la fiducie d'un régime fiscal *sui generis*. On ne verse pas le vin neuf dans de vieilles outres.

Note 1 C'est en 1986, au lendemain de la Convention de La Haye de 1985 sur la reconnaissance du trust, que le tout premier projet de loi sur la fiducie a été élaboré dans le cadre de l'AFEP.

Note 2 Devant le Sénat, le rapport de M. Henri de Richemont présente ce choix fondamental de rendre la fiducie « totalement transparente sur le plan fiscal » comme une évidence, qui ne se discute pas, et la proposition de la commission consiste même à « Renforcer la neutralité fiscale de l'opération fiduciaire » (*Rapp. Sénat, p. 25 et 33*). Devant l'Assemblée nationale, il en est de même avec le rapport de M. Xavier de Roux, dont le volet fiscal a pour titre « Une neutralité fiscale effective », et comme premier sous-titre « Une activité qui n'échappera pas à l'impôt » (*Rapp. AN, n° 3655, p. 20*). Il est vrai que le gouvernement avait fait savoir qu'il n'accepterait aucun amendement, ce qui a découragé le travail parlementaire.

Note 3 C'est ce qu'indique le nouvel article 1378 septies du CGI créé par la loi sur la fiducie pour l'application des droits d'enregistrement,

mais cet énoncé a en réalité une portée générale : « les droits du constituant résultant du contrat de fiducie sont réputés porter sur les biens formant le patrimoine fiduciaire ».

Note 4 Pour des analyses critiques de cet avant-projet, V. J.-P. Le Gall, *Premières réflexions sur les dispositions fiscales de l'avant-projet de loi relatif à la fiducie* : *Dr. fisc.* 1991, n° 13, p. 558 à 569. – C. Witz, *L'avant-projet de loi sur la fiducie à la lumière des expériences étrangères* : *Banque et droit* 1991, n° 20, p. 225. – J.-Cl. Goldsmith, *Quel statut fiscal pour la fiducie* : *Banque juill.-août* 1991.

Note 5 J.-P. Le Gall, *préc.*

Note 6 D. A. Lapres : *Gaz. Pal.* 16-18 juin 2002.

Note 7 J.-Cl. Goldsmith, *préc.*

Note 9 TGI Nanterre, 4 mai 2004, n° 03-9350, dont Gauthier Blanluet et Jean-Pierre Le Gall ont parfaitement montré qu'elle est critiquable dans ses motifs mais juste quant à sa conclusion, G. Blanluet et J.-P. Le Gall, *Le trust au pied du mur* : *Dr. fisc.* 2005 n° 29, étude 27.

Note 10 *Inst.* 6 nov. 2003 : *BOI* 7 S-4-03 ; *Dr. fisc.* 2003, n° 28, *instr.* 13036.

Note 11 G. Loiseau, *Pour un droit des choses* : *D.* 2006, n° 44, p. 3015.

Note 8 Jean-Marc Tirard, *Les institutions civiles dans les oubliettes du droit fiscal : la fiducie* : *Droit et patrimoine*, n° 97, oct. 2001.

© LexisNexis SA

Copyright © 2016 LexisNexis. Tous droits réservés.