



PANTHÉON-ASSAS
UNIVERSITÉ
PARIS

BANQUE DES MEMOIRES

**Master de droit privé général
Dirigé par Monsieur le Professeur Laurent Leveneur
2022**

La fiducie-libéralité

Pierre Brenner

Sous la direction de Madame le Professeur Sophie Gaudemet

SOMMAIRE

<i>Introduction</i>	1
<i>Chapitre 1 – De l'intérêt de consacrer la fiducie-libéralité</i>	15
<i>Section 1 – Un outil propice à la réalisation de transmissions patrimoniales</i> ...	15
Paragraphe 1 – Des diverses utilisations envisageables de la fiducie-libéralité.....	15
Paragraphe 2 – Des divers avantages d'une transmission par voie de fiducie-libéralité.....	25
<i>Section 2 – Un outil apte à remédier aux insuffisances du droit positif</i>	30
Paragraphe 1 – L'insuffisance des mécanismes non-fiduciaires.....	30
Paragraphe 2 – L'insuffisance des mécanismes fiduciaires.....	35
<i>Chapitre 2 – Des modalités de la consécration de la fiducie-libéralité</i>	45
<i>Section 1 – La levée des empêchements conjoncturels</i>	45
Paragraphe 1 – Les empêchements tenant au droit commun de la fiducie.....	46
Paragraphe 2 – Les empêchements tenant au droit fiscal.....	51
<i>Section 2 – Le maintien de limites tenant à la protection de l'ordre public</i>	57
Paragraphe 1 – La conservation de limites.....	57
Paragraphe 2 – La justification des limites.....	64

REMERCIEMENTS

Mes remerciements et ma reconnaissance vont à Madame le Professeur Sophie Gaudemet pour avoir accepté de diriger ce mémoire et m'avoir judicieusement conseillé et orienté dans sa préparation, tout en laissant libre cours à mon autonomie.

Je tiens également à remercier Monsieur le Professeur Philippe Théry qui a eu la gentillesse d'accepter de participer à la soutenance de mon mémoire, ce qui est un honneur.

ABRÉVIATIONS UTILISÉES

<i>Actes prat. strat. patrimoniales</i>	: Actes pratiques et stratégie patrimoniale
<i>Al.</i>	: alinéa
<i>AN</i>	: Assemblée nationale
<i>Art.</i>	: article
<i>C. civ.</i>	: Code civil
<i>C. com.</i>	: Code de commerce
<i>CGI</i>	: Code général des impôts
<i>Civ.</i>	: arrêt de la Chambre civile de la Cour de cassation
<i>Coll.</i>	: collection
<i>Com.</i>	: arrêt de la Chambre commerciale de la Cour de cassation
<i>Contra</i>	: en sens contraire
<i>D.</i>	: Recueil Dalloz
<i>D. jur. gén.</i>	: Recueil général de jurisprudence (Dalloz)
<i>Defrénois</i>	: Répertoire du notariat Defrénois
<i>Dir.</i>	: sous la direction de
<i>DP</i>	: Dalloz Périodique
<i>Dr. et patr.</i>	: Droit et patrimoine
<i>Etc.</i>	: et caetera
<i>Fasc.</i>	: fascicule
<i>FNDP</i>	: Fédération Nationale Droit du Patrimoine
<i>Gaz. Pal.</i>	: Gazette du Palais
<i>Ibid.</i>	: ibidem, au même endroit
<i>In</i>	: dans
<i>Infra</i>	: ci-dessous
<i>J.-Cl.</i>	: Juris-Classeur (Encyclopédies)
<i>JCP E</i>	: Juris-Classeur périodique – Édition Entreprises et affaires
<i>JCP N</i>	: Juris-Classeur périodique – Édition notariale et immobilière
<i>LGDJ</i>	: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence
<i>LPF</i>	: Livre des procédures fiscales
<i>N°</i>	: numéro(s)
<i>Op. cit.</i>	: opere citato, dans l'ouvrage cité
<i>p.</i>	: page(s)

<i>Part.</i>	: partie
<i>PUF</i>	: Presses universitaires de France
<i>Req.</i>	: arrêt de la Chambre des requêtes de la Cour de cassation
<i>RHD</i>	: Revue historique de droit français et étranger
<i>RJPF</i>	: Revue juridique personnes et famille
<i>Rev. Lamy dr. civ.</i>	: Revue Lamy de droit civil
<i>RTD civ.</i>	: Revue trimestrielle de droit civil
<i>S.</i>	: Recueil Sirey
<i>s.</i>	: et suivant(e)s
<i>Supra</i>	: ci-dessus
<i>T.</i>	: tome
<i>V.</i>	: voir

INTRODUCTION

1. Origines et histoire de la fiducie. – Il est d'usage de rappeler que le terme fiducie dérive du nom latin *fiducia* (la confiance) et peut également être rapproché du verbe *fidare* (confier)¹.

Etymologie qui nous renseigne très fidèlement sur cette pratique, puisque la fiducie va nécessiter de celui qui y recourt qu'il ait confiance dans la personne à qui il va confier des biens, droits ou sûretés. Confiance qui est par ailleurs double, puisqu'il s'agit de croire à la fois dans la qualité de gestionnaire de biens de ce dernier, mais également en sa probité lorsqu'il s'agira de les transférer une nouvelle fois.

Ainsi que la racine latine le laisse entendre, la fiducie n'était pas ignorée du droit romain lequel, selon leur domaine d'application, opérait une distinction entre deux institutions qu'il est possible de rapprocher : la *fiducia* et le *fideicommissus*².

La première d'entre elles, la *fiducia*, consistait en l'adjonction d'un pacte par lequel, à l'occasion d'un transfert de propriété, l'acquéreur s'engageait à restituer la propriété ou à la retransférer à un tiers³. Elle serait apparue au V^{ème} siècle avant notre ère et finit par disparaître sous le règne de Justinien⁴. Initialement non sanctionnée⁵, la violation de son obligation par le fiduciaire a progressivement été prise en compte par le jus civile et a fini par ouvrir une action *fiduciae*.

Puis, à côté du legs, originellement l'unique forme de gratification à cause de mort possible en droit romain, est apparu le *fideicommissus*. Il s'est agi, d'une part d'assouplir les conditions de ladite gratification, mais également de permettre au *de cuius* de transférer des biens à cause de mort à charge pour celui qui les reçoit de les transférer à son tour, éventuellement partiellement, à un second gratifié⁶. L'instrument était donc d'une grande souplesse, tant dans sa mise en place que du fait des diverses modalités qui pouvaient être prévues pour la charge qu'il met en place : le second transfert pouvant être conditionné, à terme, voire porter sur les seuls biens restant au décès du premier gratifié, etc.

Ces deux institutions, d'une proximité certaine, soumettaient donc la personne se voyant transférer les biens à une obligation de les restituer, cependant que cette restitution pouvait n'être que partielle en matière de *fideicommissus*.

Durant l'ancien régime, le fidéicommissus fut conservé et pris alors l'appellation de substitution fidéicommissaire, insistant sur les deux caractéristiques qui sont les siennes : il est un

¹ G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, 13^{ème} édition, v. Fiducie.

² La fiducia accompagnait une transmission entre vifs et le fidéicommissus nécessitait une gratification à cause de mort. Mais, toutes deux reposaient sur un transfert d'une propriété que l'acquéreur était prié de transférer à son tour.

³ Sur la fiducia romaine, v. : J.-P. Lévy, A. Castaldo, *Histoire du droit civil*, 1^{ère} édition, p. 708 et s., 476 ; J. Gaudemet, E. Chevreau, *Droit privé romain*, 3^{ème} édition, 2009, p. 269.

⁴ Les compilations de Justinien ne la mentionnent jamais : J. Gaudemet, E. Chevreau, *op. cit.*

⁵ Si l'on met de côté le déshonneur et les conséquences publiques qui résultaient de la méconnaissance, par le fiduciaire, de sa promesse.

⁶ Sur le fidéicommissus romain, v. : E. Genzmer, *La genèse du fidéicommissus comme institution juridique*, RHD, p. 319.

fidéicommiss – le premier gratifié doit transférer à son tour –, et comporte une substitution – celle du second bénéficiaire –⁷. Elle se rapprochait alors de notre actuelle libéralité graduelle, puisque le premier gratifié devait conserver les biens pour pouvoir les transmettre, par la suite, à sa mort. On a cependant continué de pratiquer des formes romaines de fidéicommiss, tel que le fidéicommiss avec défense de tester, qui précède nos libéralités résiduelles.

Fortement utilisé par les familles nobles, en ce qu’il leur permettait de lutter contre la prodigalité des héritiers, l’outil servait à transmettre des biens aux fils aînés de génération en génération. Les substitutions purent alors devenir perpétuelles et on en dénonça les excès ; la crainte vint notamment du pouvoir royal, en ce que l’outil finissait pas octroyer une grande puissance aux familles de la noblesse⁸. Elles furent finalement prohibées par le droit intermédiaire⁹, comme étant vectrices d’inégalités et empreintes d’une idée monarchique, et la jurisprudence, à son tour, prohiba les substitutions *de residuo*¹⁰. Œuvre que nous savons transactionnelle, le code civil maintint le principe de la prohibition des substitutions fidéicommissaires, sous réserve de quelques exceptions strictes¹¹ ; la prohibition de principe ne fut levée qu’en 2006¹², les autorisant, mais sans qu’elles ne puissent obliger plus d’une génération¹³.

De son côté, désormais étendue aux transmissions à cause de mort¹⁴, la fiducie fit l’objet de maigres utilisations sous l’ancien régime, et se transforma de sorte que l’héritier fiduciaire n’acquies plus la propriété des biens, mais n’en devint qu’un simple administrateur dans l’attente de les remettre aux héritiers¹⁵. De par cela, elle ressemblait très fortement à la pratique de l’exécuteur testamentaire, à ceci près que ce dernier recevait la propriété des biens compris dans la libéralité, mais sans en être gratifié, dans le but de les retransmettre aux légataires désignés par le *de cujus*. Cette concurrence de l’exécuteur testamentaire permet d’expliquer le faible succès que rencontra la fiducie, et particulièrement dans les pays de droit coutumier où la pratique était déjà bien assise¹⁶.

A l’inverse de la substitution fidéicommissaire, elle ne fut pas remise en cause sous l’ancien droit, pas plus qu’au moment de l’avènement du code civil. Elle ne fit pourtant plus l’objet que de quelques apparitions jurisprudentielles¹⁷, le fiduciaire étant alors toujours considéré comme

⁷ C. Vernières, *Les libéralités à trois personnes*, thèse de doctorat en droit, Paris - Université de Paris II, 2012, 8

⁸ On tâcha de les restreindre par les ordonnances d’Orléans (1560) et de Moulins (1566).

⁹ Décret du 25 octobre 1792, complété par la loi du 14 novembre 1792.

¹⁰ Req., 18 frimaire an V, D. Jur. gén. n°41, v. Substitutions, 43. La Cour revint par la suite sur sa jurisprudence : req., 1^{er} février 1827, D. 1827, I, p. 130.

¹¹ Art. 896 ancien du c. civ., sous réserve des articles 1048 et s. anciens.

¹² Loi n°2006-728 du 23 juin 2006, art. 9 et 10.

¹³ Art. 1053 c. civ.

¹⁴ Et, en outre, essentiellement utilisée à cette fin.

¹⁵ M. Merlin, *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence*, 4^{ème} édition, 1812, t. 5, v. Fiduciaire, I : « ce n’est pas sur sa tête que repose la propriété des biens du défunt ; il n’en est qu’un administrateur ».

¹⁶ R. Caillemer, *Origines et développement de l’exécution testamentaire*, thèse Lyon, 1901, p. 336, 118.

¹⁷ Visiblement, essentiellement aux fins de requalification et pour éviter le paiement de droits de mutation. V. pour un legs avec charge requalifié en fiducie, civ., 23 novembre 1807, Affaire Barral, S. an XIII-1808, I, 452 (cité par C. Vernières, *op. cit.*, 189) : « d’après les lois romaines et la jurisprudence des pays de droit écrit, l’institution faite par un père en faveur de sa femme ou d’un proche parent, à charge de rendre à ses enfants, était regardée comme une fiducie, lorsque les enfants étaient en bas âge, que l’héritier institué était chargé de leur éducation, et qu’il paraissait que l’intention du testateur avait été moins de favoriser l’héritier que de s’en servir comme moyen de transmettre ses biens à ses enfants ».

un simple administrateur temporaire, et tomba progressivement en désuétude au cours du XXème siècle¹⁸.

2. *Eléments de définition.* – La fiducie-libéralité n'étant qu'une forme particulière de la notion plus large de fiducie, c'est cette dernière qui doit être définie préalablement.

Une définition en est donnée par le code civil, lequel la désigne comme : « *l'opération par laquelle un ou plusieurs constituants transfèrent des biens, des droits ou des sûretés, ou un ensemble de biens, de droits ou de sûretés, présents ou futurs, à un ou plusieurs fiduciaires qui, les tenant séparés de leur patrimoine propre, agissent dans un but déterminé au profit d'un ou plusieurs bénéficiaires*¹⁹ ».

La fiducie-libéralité serait alors l'opération de fiducie, ainsi définie, au terme de laquelle les biens, initialement transférés au fiduciaire, le seront à nouveau à un tiers bénéficiaire. Elle se distingue alors des autres formes de fiducie en ce qu'elle « *procède d'une intention libérale au profit du bénéficiaire*²⁰ » ; ou, selon une autre formulation, car elle « *trouve sa cause dans la volonté du constituant de gratifier un tiers par l'intermédiaire du fiduciaire*²¹ ».

3. *Fiducie-libéralité testamentaire et fiducie-libéralité entre vifs.* – Au sein de la notion de fiducie-libéralité peuvent être identifiées deux espèces, que l'on différencie selon le moment où elle prend effet²².

D'un côté, la fiducie-libéralité testamentaire va être celle constituée au décès du gratifiant, par l'effet d'un testament. De l'autre côté, la fiducie-libéralité entre vifs va être celle constituée, puis donnant lieu à une transmission au bénéficiaire, du vivant du gratifiant.

Cela ne recouvrant pas toutes les hypothèses, il reste celle dans laquelle la fiducie-libéralité va être constituée du vivant du gratifiant et n'opérera de transmission qu'au décès de ce dernier. La qualification est alors plus délicate et le mécanisme s'éloigne de ceux que connaît le droit français positif. Cela, d'autant plus qu'il y aura lieu, tantôt de rapprocher son régime de celui de la fiducie-libéralité entre vifs – puisque pareillement, les biens ont quitté le patrimoine du constituant de son vivant –, tantôt de celui de la fiducie-libéralité testamentaire – compte tenu du fait que le bénéficiaire ne recevra les biens que postérieurement au décès du constituant –.

¹⁸ Il nous faut cependant mentionner que quelques éminents auteurs en traitèrent dans le cadre des travaux de la semaine internationale de droit, de 1937. V. : R. Demogue, *Rapport général*, in Travaux de la semaine internationale de droit, Paris, 1937, *La fiducie en droit moderne* ; v. R. Savatier, *La fiducie en droit français*, in Travaux de la semaine internationale de droit, *La fiducie en droit moderne*, Paris, 1937.

En outre, elle demeura un sujet d'étude dans le cadre de thèses universitaires de la fin du XIXème siècle et du XXème siècle. Par exemple : F. Gény, *Etude sur la fiducie*, Nancy, 1885 ; J. Rousseau, *Simulation et fiducie : Essai sur la notion juridique de simulation*, Paris, 1937 ; C. Witz, *La fiducie en droit privé français*, Strasbourg 1979, Economica, 1981.

¹⁹ Art. 2011 c. civ.

²⁰ Art. 2013 c. civ.

²¹ M. Grimaldi, *L'introduction de la fiducie en droit français*, in Les transformations du droit civil français, Universidad externado de Colombia, Revue de droit Henri Capitant, 30 juin 2011, n° 2, 1.

²² D. Louis-Caporal, *La fiducie-libéralité*, RTD civ. 2016, p. 49, note 74.

4. La fiducie-libéralité : une stipulation pour autrui. – De même que la fiducie-sûreté avec entiercement²³ ou de quelques hypothèses de fiducie-gestion aux fins de cession à titre onéreux²⁴, la fiducie-libéralité est une forme de fiducie pour le compte d'un tiers²⁵.

Cela, signifiant que ni le constituant, ni le fiduciaire, ne vont être ceux qui vont se voir transférer les biens inclus dans le patrimoine fiduciaire et qui vont profiter de sa gestion.

Ainsi, puisque cette opération contractuelle profite à un tiers qui n'y est pas partie, il y a naturellement lieu d'y voir l'existence d'une stipulation pour autrui²⁶. Le constituant faisant office de stipulant, le fiduciaire de promettant, et le bénéficiaire conservant la place qui est la sienne.

Il est alors aisé de justifier que le bénéficiaire n'ait pas de droits réels sur les biens objet de la fiducie, mais simplement un droit direct contre le promettant dès la stipulation²⁷.

De même, conformément au régime de la stipulation pour autrui, la validité de l'opération ne sera alors pas subordonnée au consentement du bénéficiaire²⁸. Cela, y compris en cas de fiducie-libéralité entre vifs, ce qui la distinguerait des donations, et notamment de celles authentiques, lesquelles nécessitent une acceptation dans les formes prévues par la loi²⁹.

Simplement, puisque le bénéficiaire tirera profit d'une opération à laquelle il n'a pas consenti, qu'il devrait être en mesure d'accepter³⁰, il faudrait également qu'il puisse renoncer à l'opération fiduciaire³¹, ou, s'il ne s'est pas prononcé pendant sa durée³², s'opposer à ce que lui

²³ Forme de fiducie-sûreté dans laquelle le fiduciaire n'est pas le créancier.

²⁴ Laquelle peut, par exemple, viser à l'apurement du passif d'une entreprise préalablement à une cession.

²⁵ M. Grimaldi, *La fiducie : réflexions sur l'institution et sur l'avant-projet de loi qui la consacre*, part. 2, Defrénois, 30 septembre 1991, n° 18, p. 961, 35.

²⁶ En ce sens : C. Witz, *La fiducie en droit privé français*, Strasbourg 1979, Economica, 1981, p. 261, 268 ; M. Grimaldi, *La fiducie : réflexions sur l'institution et sur l'avant-projet de loi qui la consacre*, part. 2, Defrénois, 30 septembre 1991, n° 18, p. 961, 41. V. également : C. Witz, J.-Cl. Notarial Répertoire, *fasc. 20, Fiducie – Effets et extinction*, art. 2011 à 2030, 22 juin 2012, 35.

²⁷ Par application de l'art. 1206 al. 1^{er} c. civ.

²⁸ 1^{ère} civ., 19 décembre 2000, 98-14.105, publié au bulletin : « *Mais attendu, d'une part, que l'acceptation du bénéficiaire n'est pas une condition de la stipulation pour autrui* ».

²⁹ Art. 931 c. civ.

³⁰ Ce qui, d'ores et déjà, en matière de fiducie-gestion et de fiducie-sûreté, a pour effet d'empêcher la révocation et la modification du contrat sans son accord : art. 2028 c. civ.

Plus encore, il semblerait que l'acceptation du contrat de fiducie entraîne, au-delà de ces deux effets, un transfert de plein droit des biens dans le patrimoine du constituant une fois l'opération arrivée à son terme : C. Witz, J.-Cl. Notarial Répertoire, *fasc. 20, Fiducie – Effets et extinction*, art. 2011 à 2030, 22 juin 2012, 78. Contra : C. de Lajarte (C. de Lajarte, *La nature juridique des droits du bénéficiaire d'un contrat de fiducie*, Rev. Lamy dr. civ. 2009, n° 60, p. 71, 61), laquelle considère que l'acceptation du contrat de fiducie par le bénéficiaire n'est pas assimilable à l'acceptation de l'attribution finale des éléments d'actif.

³¹ Cela mettant, en cas de renonciation de tous les bénéficiaires, fin de plein droit du contrat de fiducie, sauf stipulation en sens inverse, et entraîne le retour des biens dans le patrimoine du constituant (art. 2029 et art. 2030 c. civ.).

³² Par exemple, car l'opération peut n'être révélée qu'au moment de procéder au second transfert, comme ce peut être le cas en présence d'une fiducie-libéralité constituée entre vifs avec un transfert conditionné au décès du constituant.

soient transférés les biens³³. Cela, pour respecter le principe selon lequel nul ne peut être contraint de recevoir contre sa volonté³⁴.

Toutefois, les conséquences de cette renonciation ne seront pas les mêmes suivant qu'elle intervient du vivant du constituant, ou postérieurement à son décès. Dans le premier des cas, les biens feront retour dans le patrimoine du constituant ; dans le second, ils bénéficieront à sa succession.

Prenant acte de cela, il nous paraîtrait alors opportun, pour recueillir cette expression de la volonté du bénéficiaire, de lui ouvrir une option successorale en cas de fiducie-libéralité testamentaire. Il en irait ainsi de l'intérêt des héritiers du constituant lesquels, désormais intéressés par la renonciation, seraient en mesure de sommer le bénéficiaire de prendre parti³⁵.

Il nous faut cependant mentionner une difficulté tenant à l'octroi de l'option au bénéficiaire, et non au fiduciaire, en présence de fiducie-libéralité testamentaire. En effet, puisque le fiduciaire reçoit les biens du constituant en propriété, il a pu être dit que c'est en principe lui qui devrait être considéré comme le continuateur de sa personne et donc bénéficiaire de l'option³⁶. Une telle solution n'est pourtant pas évidente. Il nous semble au contraire que, du fait de la nature de la propriété qu'il reçoit, il ne puisse pas en être ainsi. Assurant la gestion des biens dans l'intérêt unique du bénéficiaire, sans pouvoir en retirer la moindre richesse³⁷, il y aurait lieu de voir dans le fiduciaire un simple gérant temporaire, dont la propriété est un moyen, celui de réaliser la mission qui lui a été assignée, plutôt qu'une fin. Cette considération, tenant à l'absence de toute vocation à tirer profit des biens fiduciaires³⁸, serait suffisamment déterminante, non pas simplement pour lui refuser l'option, mais encore pour considérer qu'il ne peut pas être le continuateur de la personne du défunt et y prétendre. Il s'agit néanmoins d'un point qui, en cas d'admission de la fiducie-libéralité, nécessiterait les attentions du législateur.

Au-delà de cela, du fait de considérations identiques, nous estimons qu'une solution analogue à celle de l'option devrait être retenue dans le cas particulier d'une fiducie-libéralité constituée entre vifs mais prenant effet postérieurement au décès du constituant. En pareil cas, il y aurait également lieu d'éviter le risque tenant à ce que des biens fassent retour à la succession du constituant trop longtemps après sa mort, et ses héritiers n'en seraient pas moins légitimes à s'interroger sur la volonté du bénéficiaire de maintenir ou non la fiducie-libéralité. A un besoin

³³ Ce qui aurait, en toute logique, la même conséquence que la renonciation pendant la durée de l'opération et provoquerait donc le retour des biens, soit dans le patrimoine du constituant, soit à sa succession.

³⁴ Surtout si cela entraînait corrélativement une obligation au passif, ce que l'on peut raisonnablement imaginer en matière de fiducie-libéralité testamentaire portant sur la totalité ou une quote-part des biens du *de cuius*, par analogie avec les legs. Sur l'existence de ce même principe en matière de legs, lequel requiert du légataire qu'il dispose d'une option : P. Malaurie, C. Brenner, *Droit des successions et des libéralités*, 8^{ème} édition, p. 319, 552.

³⁵ Art. 771 et 772 c. civ.

³⁶ C. Witz, *La fiducie en droit privé français*, Strasbourg 1979, *Economica*, 1981, p. 270, n° 279 ; déplorant une telle solution : C. Vernières, *Les libéralités à trois personnes*, thèse de doctorat en droit, Paris - Université de Paris II, 2012, p. 500, 599.

³⁷ M. Grimaldi, *La fiducie : réflexions sur l'institution et sur l'avant-projet de loi qui la consacre*, part. 1, *Deffrénois*, 15 septembre 1991, n° 17, p. 897, 18.

³⁸ Sa situation étant alors tout à fait différente de celle du bénéficiaire d'une libéralité graduelle testamentaire, titulaire de l'option, envers qui le testateur a nécessairement une intention libérale et qui pourra tirer profit des biens qui en sont l'objet.

identique nous souhaiterions que soit apportée la même solution, à ceci près qu'il resterait à s'interroger sur l'instrument qui servirait à recueillir cette volonté³⁹.

5. Fiducie et création d'un patrimoine fiduciaire. – La fiducie, dont la fiducie-libéralité ne constitue qu'une utilisation particulière, repose sur un transfert, au fiduciaire, de biens, droits ou sûretés.

Bien que le code civil n'en dise mot, ce qui traduit un inconfort du législateur, il est admis assez largement que le transfert est celui de la propriété desdits biens, droits ou sûretés⁴⁰. Elle est alors qualifiée de propriété fiduciaire.

Pour autant, il ne peut pas être nié que la propriété ainsi transférée apparaît à divers égards bien différente de celle que prévoit le code civil⁴¹. En effet, la propriété fiduciaire est une propriété finalisée, limitée dans sa substance, comme dans sa durée⁴² : le fiduciaire exerce ses pouvoirs en vue de réaliser la tâche qui lui a été confiée par le constituant, lesquels sont précisés conventionnellement à peine de nullité⁴³ et prennent fin avec le contrat de fiducie.

Aussi, la fiducie va opérer un transfert de la propriété sans la richesse⁴⁴ : le fiduciaire ne tirant aucun profit de biens de la fiducie⁴⁵, bien qu'étant parfois rémunéré et notamment en cas de fiducie-gestion.

De sorte que ces éléments ont parfois poussé certains auteurs à remettre en question l'existence d'un transfert de propriété⁴⁶.

³⁹ L'option n'appartenant qu'aux successibles, qu'ils soient héritiers, légataires ou institués contractuels, universels ou à titre universel (v. M. Grimaldi, *Droit des successions*, 7^{ème} édition, p. 369, 473).

⁴⁰ En ce sens, parmi d'autres : F. Barrière, *La loi instituant la fiducie : entre équilibre et incohérence*, JCP E, 6 septembre 2007, n° 36, p. 2053, 18 et 19 ; M. Grimaldi, *L'introduction de la fiducie en droit français*, in *Les transformations du droit civil français*, Universidad externado de Colombia, Revue de droit Henri Capitant, 30 juin 2011, n° 2, 1.

⁴¹ Art. 544 c. civ. : « *La propriété est le droit de jouir et disposer des choses de la manière la plus absolue, pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois ou par les règlements* ».

⁴² M. Grimaldi, *L'introduction de la fiducie en droit français*, in *Les transformations du droit civil français*, Universidad externado de Colombia, Revue de droit Henri Capitant, 30 juin 2011, n° 2, 1.

⁴³ Art. 2018 6° c. civ.

⁴⁴ M. Grimaldi, *La fiducie : réflexions sur l'institution et sur l'avant-projet de loi qui la consacre*, part. 1, Defrénois, 15 septembre 1991, n° 17, p. 897, 18.

⁴⁵ Cela, y compris en matière de fiducie-sûreté sans entiercement, où le fiduciaire n'est riche que de sa créance.

⁴⁶ V. notamment : R. Libchaber, *Les aspects civils de la fiducie dans la loi du 19 février 2007*, part. 1, Defrénois 2007, n° 15, p. 1094, 19 et s. ; M. Nicolle, *La fiducie sans transfert de propriété au fiduciaire*, D. 2014, p. 2071, 3 et 4.

Ajoutons que dans le prolongement de ce transfert au fiduciaire, que nous tiendrons pour propriété⁴⁷, il va être créé un patrimoine distinct de celui de ce dernier, nommé patrimoine fiduciaire⁴⁸.

Ce patrimoine fiduciaire semble, au premier abord, être une universalité de droit, dans la mesure où il se compose d'un actif et d'un passif correspondant⁴⁹. En effet, le code civil précise qu'il peut être saisi par les titulaires de créances nées de sa conservation ou de sa gestion⁵⁰. Cela étant, ce patrimoine n'a pas une autonomie absolue par rapport à celui du constituant, comme en témoigne le fait que ces mêmes créanciers puissent se désintéresser, en cas d'insuffisance, sur les biens du constituant. Cela complexifie quelque peu la qualification du patrimoine fiduciaire.

Toujours est-il que l'un des intérêts essentiels de la fiducie, et de la fiducie-libéralité par extension, repose sur la création de ce patrimoine particulier. Les biens transférés au fiduciaire étant séparés, à la fois de son patrimoine propre⁵¹, mais également de celui du constituant⁵² ; il en résulte que, sauf dettes nées de la conservation ou de la gestion de ce patrimoine, le patrimoine fiduciaire sera soustrait aux créanciers de ces derniers⁵³.

6. Dénonciation des situations de main morte créées par la fiducie. – Ainsi que nous venons de l'évoquer, il revient au constituant de prévoir conventionnellement l'étendue des pouvoirs du fiduciaire, lesquels doivent lui permettre de mener à bien la mission qui lui a été confiée et ne doivent être exercés que dans ce but.

Cette mission, justifiant que ne lui soit pas toujours confiée l'intégralité des prérogatives de propriétaire, va conduire à des situations de main morte sur les pouvoirs qui ne sont pas transférés, puisque le constituant n'en conserve par principe aucun⁵⁴.

Mentionnons, cependant, la possibilité pour le constituant d'insérer une clause dans la fiducie aux fins de conserver des prérogatives sur les biens intégrant le patrimoine fiduciaire, en particulier un droit d'usage et de jouissance⁵⁵. Par extension, cela permettrait, en présence d'une fiducie-libéralité, d'octroyer au bénéficiaire un droit de jouissance sur les biens gérés par le

⁴⁷ En raison de l'exclusivité des droits du fiduciaire sur les biens, au sens où il peut les soustraire à toute action des constituant et bénéficiaire, et est le seul à pouvoir « *établir une relation avec le bien* » (M. Grimaldi, *L'introduction de la fiducie en droit français*, in Les transformations du droit civil français, Universidad externado de Colombia, Revue de droit Henri Capitant, 30 juin 2011, n° 2, 13). Sur l'exclusivité comme critère de la propriété, v. : S. Ginossar, *Droit réel, propriété et créance*, LGDJ, 1960, p. 32, 12.

⁴⁸ L'appellation est, cette fois-ci, issue de la loi : art. 2012 c. civ., art. 2018-1 c. civ., etc.

⁴⁹ Définition apportée par le dictionnaire Cornu.

⁵⁰ Art. 2025 c. civ.

⁵¹ Art. 2011 c. civ.

⁵² Art. 2025 alinéa 2 c. civ.

⁵³ Hormis les hypothèses des éventuels droits de suite et de la fraude aux droits des créanciers du constituant : art. 2025 al. 1^{er} c. civ.

⁵⁴ M. Grimaldi, *L'introduction de la fiducie en droit français*, in Les transformations du droit civil français, Universidad externado de Colombia, Revue de droit Henri Capitant, 30 juin 2011, n° 2, 11 : « *la convention de fiducie l'ayant privé du droit qui est source de tous les pouvoirs* ». ; M. Grimaldi, *La fiducie : réflexions sur l'institution et sur l'avant-projet de loi qui la consacre*, part. 1, Defrénois, 15 septembre 1991, n° 17, p. 897, 15.

⁵⁵ Art. 2018-1 c. civ.

fiduciaire, de même qu'un droit d'en percevoir les fruits. Ne le privant ainsi que du droit de les aliéner et du pouvoir de les administrer.

Malgré cela, il existe des situations dans lesquelles des droits, et notamment celui d'aliéner les biens fiduciaires, risquent d'être perdus, et cela en particulier lorsque l'un des objectifs de la fiducie est la conservation des biens qui en sont l'objet. Or, il participe parfois de la bonne exploitation d'un bien que ce dernier puisse être cédé, et il peut être préjudiciable qu'il n'en soit pas ainsi⁵⁶. C'est pourquoi il a pu être proposé une régulation judiciaire⁵⁷, laquelle constituerait une garantie idoine ouvrant la possibilité au fiduciaire, lorsque le contrat ne le lui permet pas, d'obtenir le droit de céder lesdits biens.

Nous estimons cependant que généraliser cette solution pourrait s'avérer excessif. Cela, car il demeure en principe possible, par commun accord⁵⁸, d'octroyer des pouvoirs supplémentaires au fiduciaire, notamment s'il naît un besoin nouveau qui n'avait pas été anticipé lors de la rédaction du contrat. De sorte qu'à défaut d'un tel accord, dans le cas où le constituant ne souscrirait pas à cette demande du fiduciaire, nous pensons qu'il conviendrait de respecter sa volonté de ne pas céder les biens même si cela leur faisait courir le risque d'une dépréciation économique. En effet, octroyer au fiduciaire la possibilité, certes judiciaire, de vendre des biens contre la volonté du constituant nous semble excéder les limites de la fonction qui est la sienne. N'étant propriétaire que dans le but d'accomplir la mission qui lui a été confiée par ce dernier, il nous paraîtrait contradictoire qu'il puisse aller contre la volonté exprimée de la maintenir, de surcroît si cela s'appuyait sur un simple motif économique. Puis, plus encore, puisque le constituant conserve en principe la possibilité de révoquer la fiducie⁵⁹. Au contraire, nous pouvons penser que s'interroger sur l'opportunité de vendre devrait généralement demeurer une prérogative du constituant⁶⁰.

En revanche, en présence d'une fiducie-libéralité dont le constituant serait décédé, octroyer une telle possibilité au fiduciaire nous semblerait plus opportun. Cela, car il ne sera alors plus possible de modifier le contrat, ne pouvant évidemment plus obtenir de commun accord, de sorte que cela permettrait d'éviter un risque de blocage de ce dernier, notamment lorsque la volonté des fiduciaire et bénéficiaire est celle d'autoriser la vente des biens. La comparaison peut être faite avec le mandat à effet posthume, prenant effet lorsque le mandant est décédé, et pour lequel le recours au juge a aussi été prévu comme l'outil adéquat pour pouvoir le proroger et éviter les blocages⁶¹.

⁵⁶ Il s'agit même parfois d'une nécessité, comme en matière d'actions de sociétés cotées, pour lesquelles la raison imposera de confier au fiduciaire le droit de les aliéner.

⁵⁷ M. Grimaldi, *La fiducie : réflexions sur l'institution et sur l'avant-projet de loi qui la consacre*, part. 1, Defrénois, 15 septembre 1991, n° 17, p. 897, 27.

⁵⁸ Eventuellement, moyennant l'obtention du consentement du bénéficiaire, s'il a accepté la fiducie (art. 2028 al. 2 c. civ.).

⁵⁹ Art. 2028 c. civ.

⁶⁰ Moyennant toujours l'éventuel accord du bénéficiaire, en cas d'acceptation.

⁶¹ Art. 812-1-1 al. 2 c. civ.

7. Distinction de la fiducie et de la simulation. – Anciennement rapprochée d’une forme de simulation⁶², non sans rapport avec la nature particulière de la propriété transférée⁶³, la fiducie ne doit pourtant pas être considérée comme en relevant⁶⁴.

La simulation, qui consiste en la conclusion d’un « *contrat apparent qui dissimule un contrat occulte*⁶⁵ », nécessite donc deux contrats porteurs de deux intentions différentes. Le souhait des parties étant alors, par un acte apparent, de tromper les tiers sur leur intention réelle, laquelle s’exprime dans le second acte.

Or, en matière de fiducie, les parties ont effectivement souhaité transférer la propriété au fiduciaire, bien qu’étant une propriété finalisée et limitée, sans que cela vise à tromper sur la nature réelle de l’opération. De sorte que, pour la fiducie et par extension pour la fiducie-libéralité, « *ni le transfert n'est un déguisement, ni le fiduciaire une personne interposée*⁶⁶ ».

8. Prohibition légale de la fiducie-libéralité. – Il a, fut un temps, été prévu d’intégrer la fiducie-libéralité en droit français. Un projet de loi de 1992⁶⁷, qui n’a jamais été étudié, l’avait souhaité. A cette époque déjà, son inclusion dans le code civil ne semblait se heurter à aucun obstacle juridique dirimant⁶⁸.

Mais, elle fut par la suite exclue de l’avant-projet de loi de 1994⁶⁹, de même que dans la proposition de loi de 2005 du sénateur Marini⁷⁰, pour finalement être prohibée explicitement par la loi du 19 février 2007 instituant la fiducie⁷¹.

Toutes les modifications ultérieures de la fiducie⁷² n’ont pas fait de retouches à la prohibition de principe, malgré l’ouverture de la fiducie aux personnes physiques par la loi de 2008⁷³.

⁶² V. ancienne définition de la fiducie dans le *Vocabulaire juridique* sous la direction de Henri Capitant, Paris, 1930, p. 253 : « *contrat par lequel l'acquéreur apparent d'un bien s'engage à la restituer à l'aliénateur quand celui-ci aura rempli les obligations qu'il a envers lui* ».

⁶³ M. Grimaldi, *La fiducie : réflexions sur l'institution et sur l'avant-projet de loi qui la consacre*, part. 1, Defrénois, 15 septembre 1991, n° 17, p. 897, 10 ; v. supra n°5.

⁶⁴ En ce sens : C. Witz, *La fiducie en droit privé français*, Strasbourg 1979, *Économica*, 1981, p. 211, 221 et s.

⁶⁵ Art. 1201 c. civ.

⁶⁶ M. Grimaldi, *La fiducie : réflexions sur l'institution et sur l'avant-projet de loi qui la consacre*, part. 1, Defrénois, 15 septembre 1991, n° 17, p. 897, 9.

⁶⁷ Projet de loi instituant la fiducie, n°2583, déposé le 20 février 1992 à l’Assemblée nationale (IX^{ème} législature).

⁶⁸ Sauf à la rapprocher d’une forme de substitution fidéicommissaire, laquelle avait fait l’objet d’une prohibition (ancien article 896 c. civ.).

⁶⁹ Lequel, une fois encore, n’a fait l’objet d’aucune discussion parlementaire (v. P. Marini, *Enfin la fiducie à la française*, D. 2007, p. 1347).

⁷⁰ Proposition de loi n°178, du 8 février 2005, ayant finalement conduit à l’admission de la fiducie en droit français.

⁷¹ Art. 2013 c. civ.

⁷² Loi n°2008-776 du 4 août 2008 ; ordonnance n°2008-1345 du 18 décembre 2008 ; ordonnance n°2009-112 du 30 janvier 2009 portant diverses mesures relatives à la fiducie ; loi n°2009-526 du 12 mai 2009 dite de simplification et de clarification du droit et d’allègement des procédures.

⁷³ Art. 18 de la loi n°2008-776 du 4 août 2008.

Les sanctions sont d'ailleurs sévères : nullité absolue de l'acte⁷⁴ et sanctions fiscales cumulatives⁷⁵, excessives selon certains auteurs⁷⁶.

Deux raisons ont été avancées durant les débats parlementaires pour justifier cette prohibition : l'existence de mécanismes successoraux permettant d'aboutir aux mêmes fins et la dangerosité de la fiducie-libéralité au regard du droit des successions⁷⁷.

9. *L'influence du trust sur la fiducie-libéralité.* – La fiducie et le trust issu des systèmes anglo-saxons sont deux institutions d'une grande proximité, mais sans pouvoir toutefois être assimilées. Cela, au-delà du fait que le trust puisse, en l'état, être utilisé à des fins libérales⁷⁸.

C'est aussi à l'occasion de la signature de la Convention de la Haye de 1985 sur la reconnaissance du trust, que le projet de réintégrer la fiducie-libéralité en droit français a pris le jour⁷⁹. Puis, il fut une source d'inspiration indéniable dans le cadre de la consécration légale de la fiducie⁸⁰, et notamment pour ce qui est de la création d'un patrimoine d'affectation, étranger à la fiducie d'origine romaine⁸¹.

Si comme la fiducie, le trust repose également sur la création d'un patrimoine d'affectation, et passe par un transfert de propriété du constituant⁸² – le settlor – à un intermédiaire – le trustee – ; cette même propriété va être scindée en deux entre « legal property » et « equitable property »⁸³. Le trust consistant, en effet, en un mode dualiste d'appropriation⁸⁴ lequel, s'il a effectivement pu être envisagé un temps pour la fiducie avec une distinction entre « propriété

⁷⁴ Art. 2013 c. civ.

⁷⁵ Sur l'état des sanctions fiscales frappant la fiducie-libéralité, v. infra n° 40.

⁷⁶ Par exemple : F. Tripet, *La prohibition de la fiducie-libéralité : pourquoi une telle démesure ?*, Gaz. Pal., 21 octobre 2006, n° 294, p. 6.

⁷⁷ H. de Richemont, Rapport n° 11, Sénat, 2006-2007, p. 15 et p. 43.

⁷⁸ Sur l'abondante pratique des trusts charitables : D. T. Trautman, *Study on business trusts and charitable trusts*, Actes et documents de la Quinzième session de la conférence de La Haye de droit international privé, 1984, t. 2, p. 114 ; sur la pratique des trusts de famille : A. Dyer et H. Van Loon, *Rapport sur les trusts et institutions analogues*, Actes et documents de la Quinzième session de la conférence de La Haye de droit international privé, 1984, t. 2, p. 21, 20.

⁷⁹ C. Witz, *La fiducie française face aux expériences étrangères et à la convention de La Haye relative au trust*, D. 2007, p. 1639 : « l'un des déclencheurs du projet de loi de 1992 a été la convention de La Haye de 1985 sur la loi applicable au trust et à sa reconnaissance que la France venait de signer » ; C. Witz, J.-Cl. Notarial Répertoire, fasc. 10, *Fiducie - Introduction et constitution*, art. 2011 à 2030, 22 juin 2012, 6.

⁸⁰ M. Grimaldi, *La fiducie : réflexions sur l'institution et sur l'avant-projet de loi qui la consacre*, part. 1, Defrénois, 15 septembre 1991, n° 17, p. 897, 4.

⁸¹ C. Larroumet, *La fiducie inspirée du trust*, D. 1990, p. 119, 4.

⁸² Sur l'existence d'une propriété fiduciaire, v. supra n°5.

⁸³ Propriété légale et propriété équitable.

⁸⁴ M. Grimaldi, *La fiducie : réflexions sur l'institution et sur l'avant-projet de loi qui la consacre*, part. 1, Defrénois, 15 septembre 1991, n° 17, p. 897, 4.

économique » et « propriété juridique »⁸⁵, a finalement été abandonné par le législateur lors de sa consécration⁸⁶.

Pour en revenir au trust, la propriété légale appartient au trustee, lequel est alors libre d'administrer et d'aliéner les biens qui lui sont confiés par le settlor. Mais, à l'inverse de la fiducie, son bénéficiaire – beneficiary ou cestuy que trust –, qui peut être le constituant sans que ce soit nécessaire, n'est pas un simple créancier du trustee mais est pourvu de droits réels sur les biens objets du trust au titre de sa propriété équitable. Il dispose alors de certains droits de distraction ou de suite, le protégeant en équité contre les actions du trustee⁸⁷.

Il a alors pu être dit « *en France, la fiducie est ce qui ressemble le plus au trust mais elle présente l'inconvénient de ne conférer aucun droit réel à son bénéficiaire sur les biens figurant dans le patrimoine fiduciaire* »⁸⁸, ce dernier n'étant investi que d'un droit personnel à l'encontre du fiduciaire. Puis, qu'il aurait été concevable que soit conservée la distinction entre « propriété économique » du bénéficiaire et « propriété juridique » du fiduciaire, mais que cela aurait heurté trop franchement les conceptions françaises de la propriété, de sorte que les esprits n'y furent pas prêts⁸⁹. Cela nous évoque, malgré tout, la célèbre mise en garde de Portalis dans son discours préliminaire sur le projet de code civil⁹⁰.

Autre différence, dans le trust, le settlor peut également être le trustee, là où les qualités de constituant et de fiduciaire sont incompatibles, en raison de la nécessité d'avoir un transfert des biens⁹¹. Inversement, le trust paraît cette fois-ci moins libéral lorsque l'on observe que le trustee ne peut pas en être l'unique bénéficiaire⁹², là où cela est pleinement concevable en droit français⁹³.

La consécration de la fiducie en droit français n'en enlève pas moins à l'intérêt de l'étude du trust. D'une part, car il reste un outil par comparaison plus plébiscité, ce qui se justifie en partie par la possibilité de l'utiliser à des fins libérales⁹⁴. D'autre part, car il a été par plusieurs fois

⁸⁵ Rapport n° 442 de P. Marini, fait au nom de la commission des finances, déposé au Sénat, p. 83 : « *pour résumer, le fiduciaire bénéficierait de la propriété juridique des biens alors que le bénéficiaire bénéficierait de la propriété économique des mêmes biens* ».

⁸⁶ L. Aynès, P. Crocq, *La fiducie préservée des audaces du législateur*, D. 2009, p. 2559, 5.

⁸⁷ G. Droz, M. Revillard, J.-Cl. Notarial Formulaire, V° Successions internationales, *fasc. 20, Libéralités – Donations – Trusts*, 16 juillet 2018, 76.

⁸⁸ L. Aynès, P. Crocq, *op. cit.*, 3.

⁸⁹ M. Grimaldi, *L'introduction de la fiducie en droit français*, in Les transformations du droit civil français, Universidad externado de Colombia, Revue de droit Henri Capitant, 30 juin 2011, n° 2, 13.

⁹⁰ J.-E.-M. Portalis, *Discours préliminaire sur le projet de code civil*, présenté le 1^{er} pluviôse an IX : « *il faut être sobre de nouveautés en matière de législation, parce que s'il est possible, dans une institution nouvelle, de calculer les avantages que la théorie nous offre, il ne l'est pas de connaître tous les inconvénients que la pratique seule peut découvrir ; il faut laisser le bien, si on est en doute du mieux* ».

⁹¹ M. Grimaldi, *La fiducie : réflexions sur l'institution et sur l'avant-projet de loi qui la consacre*, part. 2, Defrénois, 30 septembre 1991, n° 18, p. 961, 32.

⁹² *Ibid.*, 37 ; C. Larroumet, *La fiducie inspirée du trust*, D. 1990, p. 119, 3.

⁹³ Les qualités de fiduciaire et de bénéficiaire étant par exemple confondues en cas de fiducie-sûreté sans entierement.

⁹⁴ Ce pourquoi, il peut souvent être lu que la consécration de la fiducie-libéralité renforcerait l'attractivité du droit français et éviterait d'avoir systématiquement recours au trust dans le cadre de montages internationaux. En ce sens : C. Farge, *Déverrouiller la fiducie patrimoniale*, JCP N, 4 Octobre 2019, n° 40, p. 1286, 9 ; P. Marini, *Enfin la fiducie à la française*, D. 2007, p. 1347 s., allant jusqu'à qualifier cet objectif de : « *principale motivation*

confronté aux principes du droit français⁹⁵, ce qui est une source d'inspiration évidente pour la création d'un régime prospectif de la fiducie-libéralité.

Il ne nous faut pourtant pas omettre que son modèle génère aussi des craintes et des réticences.

10. Des quelques inquiétudes issues du modèle du trust. – Parmi d'autres qualités que nous pouvons lui reconnaître, l'étude du trust a aussi pour intérêt de nous permettre d'obtenir un recul que nous n'avons pas en matière de fiducie, du fait de la trop récente consécration de cette dernière. Ainsi, il est important de ne pas occulter les inquiétudes que génère ce mécanisme, de même que les dévoiements dont il fait l'objet, de crainte que ces derniers ne se reproduisent identiquement dans notre système juridique.

A ce titre, c'est notamment la crainte de fraude fiscale liée à l'emploi du trust qui a sans cesse contribué à repousser l'intégration de la fiducie en droit français et qui, au moment où il s'est agi de le faire, a conduit le législateur à soumettre la constitution de cette dernière à de lourdes formalités d'ordre public⁹⁶.

Ensuite, il est également exact d'affirmer que le modèle philanthropique anglo-saxon, lequel repose sur l'usage du charity trust, génère de légitimes interrogations en raison de l'absence de tout contrôle de l'autorité publique⁹⁷.

Puis, ajoutons qu'il est également très révélateur que le trust ait pris racine dans un système particulièrement libéral, lequel ne connaît pas la réserve héréditaire. De sorte qu'il est, là-bas, un important – trop important ? – outil de puissance domestique, nécessitant un contrôle judiciaire pour en prévenir les dérives. Les importants pouvoirs qu'un tel instrument octroie au *de cuius* doivent aussi être interrogés.

Il nous faut, dès à présent, préciser que toutes ces considérations seront autant de tempéraments à prendre en compte dans le fil de notre étude⁹⁸. Rappelant, par là même, notre souhait de plaider

de ma proposition de loi » ; R. Dammann, V. Rotaru, *La fiducie et le trust : une concurrence inégale*, D. 2018, n° 32, p. 1763.

Il convient néanmoins d'apporter de la nuance à un tel propos, tant la grande prévisibilité existant en matière de trusts, résultant d'une case law séculaire, risque d'en faire une solution de premier choix à côté de la fiducie. Il est ainsi peu certain que dans les situations internationales, malgré la possibilité d'opter pour un trust, ce soit le recours à la fiducie-libéralité qui soit préféré.

⁹⁵ Par exemple, pour la réduction d'un trust portant atteinte à la réserve : 1^{ère} civ., 20 février 1996, 93-19.855, publié au bulletin.

⁹⁶ F. Tripet, *La prohibition de la fiducie-libéralité : pourquoi une telle démesure ?*, Gaz. Pal., 21 octobre 2006, n° 294, p. 6 : « Il y a vingt ans que le Ministère français des Finances se montre résolument hostile au trust, accusé d'être un "trou noir" où la matière fiscale happée ne réapparaîtrait jamais plus » ; v. aussi, P. Marini, Exposé des motifs de la proposition de loi n°178 instituant la fiducie, 8 février 2005 : « à l'origine, des difficultés de nature fiscale ont été un frein à l'adoption du projet de loi instituant la fiducie déposé sur le Bureau de l'Assemblée nationale le 20 février 1992 ».

⁹⁷ Sur les dérives du charity trust : L. Astruc, *L'art de la fausse générosité, la fondation Bill et Melinda Gates*, Actes Sud, 2019 ; Y. Lequette, *Quelle destinée pour la réserve héréditaire ?*, in Rapport du groupe de travail sur la réserve héréditaire, dir. C. Pérès et Ph. Potentier, Editions Panthéon-Assas 2020, p. 179 (lequel se fonde grandement sur l'ouvrage précité).

⁹⁸ V. en particulier : infra n° 41, 48 et 50.

pour un mécanisme qui se veut équilibré et qui ne soit ni le prétexte à la tyrannie domestique, ni aux abus et fraudes les plus divers.

11. L'existence de mécanismes fiduciaires positifs. – En dépit de la prohibition de principe de la fiducie-libéralité ce mécanisme, entendu comme la transmission de biens, droits, et sûretés aux fins de gestion par un intermédiaire et de transfert à un ou des tiers bénéficiaires⁹⁹, n'est pas inconnu de notre droit privé contemporain.

En effet, il existe d'ores et déjà des mécanismes aux fonctions semblables, mais n'en empruntant pas le nom. Ainsi de libéralités passant par des intermédiaires envers lesquels il n'y a pas d'intention libérale, et qui ne leur procurent aucune vocation à s'enrichir¹⁰⁰ (ce qui est donc différent d'une libéralité avec charge¹⁰¹). Telles, une partie des libéralités faites à la fondation de France¹⁰², et certaines des libéralités adressées à des associations reconnues d'utilité publique, ou à des établissements d'utilité publique¹⁰³.

De sorte que la fiducie-libéralité semble donc trouver une importante utilisation en matière de libéralités à caractère collectif¹⁰⁴, bien que ne peuvent être considérées comme en relevant celles qui ne transitent pas par des intermédiaires¹⁰⁵, parmi lesquelles les libéralités visant à permettre le développement de groupements philanthropiques¹⁰⁶ et celles qui visent à ce que l'intermédiaire affecte les biens à certaines causes et non à ce qu'il les transmette à nouveau¹⁰⁷.

Plus hasardeux a cependant pu sembler, de prime abord, le rapprochement opéré entre la fiducie-libéralité et l'assurance-vie utilisée aux fins de libéralités¹⁰⁸. En effet, bien que le souscripteur de l'assurance-vie soit alors animé d'une intention libérale envers le bénéficiaire désigné, et bien que le capital assuré ne soit pas saisissable par ses créanciers, il n'est pourtant

⁹⁹ Laissant de côté l'existence ou non d'un patrimoine d'affectation.

¹⁰⁰ Ni l'élément moral, ni l'élément matériel nécessaires à la qualification de libéralité ne se trouvent être remplis.

¹⁰¹ J. Boisson, *Les libéralités à caractère collectif*, Droit, Université Panthéon-Assas (Paris II), 2015, 55 et 161 ; M. Grimaldi, *La fiducie : réflexions sur l'institution et sur l'avant-projet de loi qui la consacre*, part. 1, Defrénois, 15 septembre 1991, n° 17, p. 897, 3 et 8. Sur les difficultés que pose la qualification de libéralité à charge de retransmettre, v. infra n° 13.

¹⁰² Le rapprochement entre fiducie et fondation ayant déjà été opéré par René Savatier en son temps : R. Savatier, in Travaux de la Semaine internationale de droit, cité par J. Boisson (J. Boisson, *Les libéralités à caractère collectif*, Droit, Université Panthéon-Assas (Paris II), 2015, p. 229, 201, note 1232). Sur le rôle fiduciaire de la Fondation de France, v. infra 14 et 15.

¹⁰³ J. Boisson, *Les libéralités à caractère collectif*, Droit, Université Panthéon-Assas (Paris II), 2015, 153.

¹⁰⁴ Définies comme les libéralités qui ne sont pas adressées à une personne en particulier, mais par lesquelles le disposant y exprime sa générosité envers une catégorie de personnes (v. M. Grimaldi, *Libéralités et partages d'ascendants*, 2000, Litec, p. 493, 1670).

¹⁰⁵ J. Boisson, *Les libéralités à caractère collectif*, Droit, Université Panthéon-Assas (Paris II), 2015, 201 et 228.

¹⁰⁶ Lorsque les libéralités ont pour bénéficiaires définitifs ces groupements et leur procurent un enrichissement, sans qu'elles ne transitent par eux. Ainsi, par exemple, des libéralités adressées à des associations, non aux fins de redistribution, mais pour permettre leur développement.

¹⁰⁷ La fiducie reposant, en l'état, sur une double transmission et non une simple affectation du patrimoine fiduciaire. V. : J. Boisson, *Les libéralités à caractère collectif*, Droit, Université Panthéon-Assas (Paris II), 2015, 215.

¹⁰⁸ G. Drouot, C.-M. Pégion-Zika, *L'assurance-vie comme libéralité : une fiducie-libéralité ?*, RJPF, n°1, 1er janvier 2020 ; J. Boisson, *Les libéralités à caractère collectif*, Droit, Université Panthéon-Assas (Paris II), 2015, 220 ; C. Vernières, *Les libéralités à trois personnes*, thèse de doctorat en droit, Paris - Université de Paris II, 2012, 547 ; M. Grimaldi, *Réflexions sur l'assurance-vie et le droit patrimonial de la famille*, Defrénois 1994, n°11, p. 737, art. 35841, 30.

pas évident de voir dans l'assurance-vie un réel être un outil de transmission. Cela, car elle ne fonctionne pas comme une transmission de biens du souscripteur à l'assureur, puis de l'assureur au bénéficiaire, mais repose sur le paiement d'un capital résultant du versement de primes. Pour autant, il ne faut pas ignorer que dans ces formes particulières d'assurance, le capital versé par l'assureur au bénéficiaire est constitué par les primes, enrichies des produits financiers et déduction faite des frais de gestion¹⁰⁹. De sorte que l'opération n'est alors pas très éloignée d'une fiducie-libéralité qui porterait sur une somme d'argent. Un tel rapprochement peut ainsi être mieux compris, malgré un périmètre limité de transmission.

Finalement, certains auteurs en sont alors venus à considérer que ces formes admises de fiducie-libéralité, ou ce qu'ils appellent des « *petites fiducies avec petits patrimoines d'affectation*¹¹⁰ », témoignent de sa possible conciliation avec les conceptions du droit français, et estiment que cela plaide en faveur de sa consécration¹¹¹.

Plus encore, d'après le professeur Witz, admettre la qualification de fiducie-libéralité pour les institutions qui en relèvent déjà clarifierait l'impossibilité pour l'intermédiaire, lequel n'est en réalité ni donataire, ni légataire, de se prévaloir du régime des actes à titre gratuit (notamment de la révision des charges¹¹²).

12. Plan. –

En raison des divers intérêts que présenterait la fiducie-libéralité dans le cadre d'une transmission de patrimoine, l'admission de l'instrument en droit français nous semble pouvoir être défendue (Chapitre I). En acceptant d'imaginer la levée de cet interdit, il s'agirait alors que soient envisagées les exigences d'une telle consécration, qu'elles consistent en la suppression d'obstacles, ou au contraire en la conservation de limites apparaissant nécessaires (Chapitre II).

¹⁰⁹ M. Grimaldi, *Réflexions sur l'assurance-vie et le droit patrimonial de la famille*, Defrénois 1994, n°11, p. 737, art. 35841, note 8.

¹¹⁰ P. Cénac, B. Castéran, *La fiducie avant la fiducie : le cas du droit patrimonial de la famille*, JCP N, n°26, 26 juin 2009, p. 1218, 48.

¹¹¹ *Ibid.*, 68 et 69.

¹¹² C. Witz, *La fiducie en droit privé français*, Strasbourg 1979, *Économica*, 1981, p. 89, 98.

Chapitre 1 : De l'intérêt de consacrer la fiducie-libéralité

Il n'est à souhaiter l'admission en droit français que de mécanismes qui y trouveraient une utilité. C'est donc tout naturellement que pour justifier le refus de consacrer la fiducie-libéralité, le législateur argua notamment, au moment de la loi du 21 février 2007, qu'elle n'ajouterait rien au droit positif¹¹³.

Partant de cela, prendre la défense de la fiducie-libéralité impose alors nécessairement de faire la démonstration de son intérêt, de crainte qu'elle ne reste lettre morte. Or, une telle démonstration doit être double, puisqu'on ne peut souhaiter un nouvel instrument que s'il présente des caractéristiques que l'on recherche, mais lesquelles ne doivent pas pouvoir être trouvées ailleurs. En d'autres termes, il s'agit de démontrer l'intérêt de la fiducie-libéralité prise en elle-même (Section 1), puis au regard des autres mécanismes positifs (Section 2).

Section 1 : Un outil propice à la réalisation de transmissions patrimoniales

La fiducie-libéralité nous semble être un instrument dont on peut vanter les mérites. D'une part, car elle présente une grande versatilité et permet de répondre à des attentes diverses du constituant (paragraphe 1), ainsi que le modèle du trust nous le laisse deviner¹¹⁴. D'autre part, car elle permet de réaliser des transmissions aux qualités nombreuses (paragraphe 2).

Paragraphe 1 : Des diverses utilisations envisageables de la fiducie-libéralité

Parmi les utilisations de la fiducie-libéralité qui seraient envisageables, les plus évidentes concernent la philanthropie (A), la gestion de l'incapacité et de la prodigalité de ses héritiers (B), ainsi que la gestion des patrimoines complexes (C).

¹¹³ H. de Richemont, Rapport n° 11, Sénat, 2006-2007, p. 15

¹¹⁴ A l'image de ce que l'on peut attendre de la fiducie, le trust utilisé à des fins libérales est présent en droit anglo-saxon sous de nombreux visages : family trust, charity trust, community trust, etc.

A) L'utilisation de la fiducie-libéralité à des fins philanthropiques

La philanthropie fait partie de ces nombreuses notions qui ne sont pas inconnues du droit¹¹⁵, sans pour autant n'avoir jamais été définies.

Malgré cela, on peut considérer la philanthropie comme un exercice de charité collective¹¹⁶, ou plus précisément comme l'émission de libéralités charitables à destination d'une collectivité, et non d'individus identifiés¹¹⁷.

Aussi vertueuse que l'opération soit, une telle définition pourrait laisser à penser qu'elle serait directement contraire au principe selon lequel le bénéficiaire d'une libéralité doit être déterminé¹¹⁸. Il y a là l'une des difficultés de l'exercice de la philanthropie.

Pour autant, des solutions peuvent être envisagées pour éviter la nullité qui résulterait de la non-observation de ce principe.

13. L'exercice de la philanthropie préalablement à la loi du 23 juillet 1987. – Il est à faire une distinction entre deux solutions qui, de longue date, permettent de réaliser des libéralités à des fins philanthropiques tout en leur assurant une certaine pérennité.

La première, en apparence la plus simple, est de gratifier directement une personne morale qui répondrait à l'objectif que le disposant entend poursuivre, éventuellement par le biais d'une libéralité avec charge¹¹⁹. Mais, encore faut-il que ce dernier ait le temps et la compétence pour désigner l'établissement le plus apte à atteindre le but qu'il chérit. Plus encore, il n'est pas toujours certain qu'un tel établissement existe¹²⁰.

De sorte que la seconde solution, qui s'impose dans ce cas, consiste en la création de cette personne morale chargée de la mission souhaitée. Une fois encore, le temps et la compétence peuvent être des facteurs limitants¹²¹.

¹¹⁵ On trouve, par exemple, l'article 200 du CGI, lequel dit donner lieu à une réduction d'impôts les dons qui ont été réalisés au profit : « *d'œuvres ou d'organismes d'intérêt général ayant un caractère philanthropique, [...]* » (souligné par nos soins).

¹¹⁶ La charité, considérée comme la plus importante des vertus théologiques, peut elle-même être définie comme « *l'amour de Dieu et de son prochain* » (*Dictionnaire Le Robert*, t. 1, 1990, p. 290, v. Charité).

¹¹⁷ J. Boisson, *Les libéralités à caractère collectif*, Droit, Université Panthéon-Assas (Paris II), 2015, p. 1, 1.

¹¹⁸ Sur ce principe, v. : F. Terré, Y. Lequette, S. Gaudemet, *Les successions, Les libéralités*, Précis Dalloz, 4^{ème} édition, p. 302, 317.

¹¹⁹ En admettant que cette dernière ait la capacité de recevoir des libéralités. Ce qui, pour les associations, impose la reconnaissance de leur utilité publique, sauf tolérance, depuis la loi du 23 juillet 1987, pour certaines associations déclarées : « *ayant pour but exclusif l'assistance, la bienfaisance ou la recherche scientifique ou médicale* » (article 6 modifié de la loi du 1^{er} juillet 1901).

¹²⁰ Il nous faut faire une précision tenant à l'existence d'un principe de spécialité, lequel empêche une personne morale de recevoir des libéralités étrangères à son objet statutaire. Il n'est ainsi pas envisageable de gratifier une personne morale dans l'espoir qu'elle poursuive un but qui ne lui serait pas assigné (v. C. Witz, *La fiducie en droit privé français*, Strasbourg 1979, *Economica*, 1981, p. 82, 91).

¹²¹ Le manque de temps peut être ici d'autant plus frustrant que les libéralités adressées à des personnes futures sont, par principe, nulles, comme contraires à l'article 906 du code civil. Expression du principe selon lequel il ne peut exister de droits sans sujets de droit : 1^{ère} civ, 22 juillet 1987, 85-13.907 et 85-14.507, arrêt Dupré, publié

Pour répondre aux limites des solutions évoquées, il apparaît parfois comme nécessaire d'avoir recours à un intermédiaire de transmission. En effet, de longue date la jurisprudence reconnaît la validité des libéralités, qui sont le plus souvent des legs, à charge de retransmettre les biens qui en sont l'objet à une personne future ou incertaine¹²². De façon surprenante, sans qu'une telle opération soit estimée contraire à la prohibition des libéralités avec faculté d'élire¹²³.

Une telle solution doit sûrement être comprise comme une tolérance faite à des actes considérés comme vertueux, tant ils paraissent alors éloignés de libéralités entendues strictement, et tant ils paraissent alors proches de l'objet de la prohibition évoquée.

En effet, en prenant pour exemple le legs universel à charge de retransmettre, il est vrai qu'il se caractérise par la vocation du légataire à l'universalité des biens, et non pas par l'émolument effectivement perçu¹²⁴. Pour autant, dans un tel cas de figure, il est relativement difficile de considérer l'existence d'une réelle vocation, même éventuelle. Cela, car si le légataire ne retransférait pas les biens, il se heurterait à la révocation du legs pour inexécution de la charge qui lui incombe et ne percevrait donc aucun émolument. Il faudrait alors que la charge soit considérée comme impossible pour que le légataire puisse s'y soustraire sans risquer la révocation¹²⁵. Ce n'est alors que dans ce cas de figure restreint, celui du legs accompagné d'une charge dont on doute qu'elle puisse être exécutée, que le légataire pourrait être considéré comme ayant une vocation. Hors de ce cas, assurément rare¹²⁶, il est pour le moins difficile de considérer pareil acte comme une libéralité. Le disposant n'est alors animé d'aucune intention libérale envers la personne chargée de retransmettre et le legs ne fait office que « *d'instrument d'exécution de la charge* »¹²⁷.

Une fois ces deux solutions acquises, les disposants philanthropes ont, par la suite, trouvé un nouvel intermédiaire de transmission en la personne de la Fondation de France.

14. L'exercice de la philanthropie à compter de la loi du 23 juillet 1987. – Pour faire état de l'évolution de la philanthropie en droit français, il nous faut partir de cette loi, dite loi sur le développement du mécénat, avant d'envisager les modifications qui lui ont été apportées par la suite.

au bulletin. Cela, de sorte qu'un tel établissement doit normalement être créé du vivant du philanthrope, préalablement à la libéralité, pour être en mesure de la recevoir. V. cependant la pratique des fondations testamentaires directes, infra n°14.

¹²² Req., 8 avril 1874, DP 1876, I, p. 225. V. aussi : M. Grimaldi, *Libéralités et partages d'ascendants*, 2000, Litec, p. 356 et s., 1471.

¹²³ Sur la nullité d'un legs avec faculté d'élire : Civ., 12 août 1863, S. 1863, I, p. 446. V. aussi : F. Terré, Y. Lequette, S. Gaudemet, *Les successions, Les libéralités*, Précis Dalloz, 4^{ème} édition, p. 360, 395.

¹²⁴ F. Terré, Y. Lequette, S. Gaudemet, *Les successions, Les libéralités*, Précis Dalloz, 4^{ème} édition, p. 350, 384.

¹²⁵ En application de l'article 900 c. civ.

¹²⁶ Tant il paraît relativement peu probable que le légataire ne puisse pas être en mesure de créer une personne morale chargée de poursuivre l'objectif philanthropique souhaité par le disposant, afin de lui transférer les biens, à défaut d'en trouver une qui serait directement apte à les recevoir, ou en cas de refus des biens par toutes celles susceptibles d'y prétendre.

¹²⁷ Selon la formule de C. Vernières (C. Vernières, *Les libéralités à trois personnes*, thèse de doctorat en droit, Paris - Université de Paris II, 2012, p. 197, 209).

Il est un fait que la loi du 23 juillet 1987 a grandement simplifié le recours à des fondations, et par là même la philanthropie¹²⁸. A cette occasion, elle en consacre une définition et les désigne comme : « *l'acte par lequel une ou plusieurs personnes physiques ou morales décident l'affectation irrévocable de biens, droits ou ressources à la réalisation d'une œuvre d'intérêt général et à but non lucratif*¹²⁹ ». Terme polysémique, il nous faut ajouter que le mot fondation trouve également emploi non plus pour désigner l'acte d'affectation, mais la personne morale créée pour se charge de l'œuvre¹³⁰.

Cette loi a, notamment, consacré la possibilité de réaliser des fondations dites abritées¹³¹, pratique qui était d'ores et déjà celle de la Fondation de France¹³². Ces fondations correspondant à des masses de biens non personnifiées¹³³, dont elle assure la gestion, et lesquelles sont affectées durablement à l'œuvre d'intérêt général à laquelle était attaché le disposant. Il ne s'agit, en l'état, que de libéralités avec charge¹³⁴. En pareille situation, la Fondation de France : « *apparaît comme intermédiaire actif entre les disposants et les œuvres d'intérêt général, comme un catalyseur favorisant l'affectation des libéralités à des missions désintéressées*¹³⁵ ».

Mais, la Fondation de France assure aussi un « *service de relai*¹³⁶ », lequel consiste alors à gérer des biens dans l'attente de les transférer à nouveau bénéficiaire, soit qu'elle le désigne conformément aux instructions reçues, soit éventuellement qu'elle le crée. Dans ce dernier cas, il est parfois demandé à la Fondation de France qu'elle réalise les diligences requises aux fins d'obtention de la reconnaissance d'utilité publique à une fondation qu'elle aura nouvellement créée. Reconnaissance d'utilité publique, laquelle octroie la personnalité morale à compter de la date du décret qui en fait état, et dont les conditions propres à son obtention ont été précisées

¹²⁸ Les fondations pouvant être considérées, en reprenant un auteur, comme une des deux catégories de libéralités philanthropiques aux côtés des libéralités-participation. Les premières consistant en la création d'une œuvre nouvelle, tandis que les secondes accompagnent le développement d'une œuvre déjà créée (J. Boisson, *Les libéralités à caractère collectif*, Droit, Université Panthéon-Assas, 2015, p. 6, 4).

¹²⁹ Art. 18 al. 1^{er} de la loi du 23 juillet 1987.

¹³⁰ F. Terré, Y. Lequette, S. Gaudemet, *Les successions, Les libéralités*, Précis Dalloz, 4^{ème} édition, p. 591, 667.

¹³¹ Encore parfois appelées fondations sous égide, elles sont prévues au 20^{ème} article de ladite loi.

¹³² Laquelle est une personne morale de droit privé, conçue et reconnue d'utilité publique par décret du 9 janvier 1969, qui trouve son inspiration dans les community trusts (J. Boisson, *Les libéralités à caractère collectif*, Droit, Université Panthéon-Assas, 2015, p. 252, 223). Elle se voit octroyer une fonction particulièrement étendue, puisque l'article 1^{er} de ses statuts précise qu'elle : « *a pour but de recevoir toutes libéralités, sous forme notamment de dons et legs ou de versements manuels, d'en assurer la gestion et de redistribuer ces libéralités, ou leurs fruits et produits disponibles, au profit de personnes, œuvres ou organismes d'intérêt général, ayant un caractère philanthropique, éducatif, scientifique, social, humanitaire, culturel ou concourant à la mise en valeur du patrimoine artistique, à la défense de l'environnement ou à la diffusion de la culture française, en se conformant, pour ce faire, aux intentions, charges et conditions éventuellement stipulées par les donateurs [...]* ».

¹³³ Donc, incorporées au patrimoine de la Fondation de France, à défaut de personnalité morale.

¹³⁴ M. Pomey, *Traité des fondations d'utilité publique*, Paris, PUF, 1980, p. 221 ; M. Grimaldi, *Libéralités et partages d'ascendants*, 2000, Litec, p. 528, 1716.

¹³⁵ H. Souleau, *Les libéralités adressées à la Fondation de France*, Defrénois 1970, art. 29521, p. 257, 2.

¹³⁶ C. Vernières, *Les libéralités à trois personnes*, thèse de doctorat en droit, Paris - Université de Paris II, 2012, p. 519, 621.

par la loi du 23 juillet 1987¹³⁷. Il s'agit cette fois-ci, non plus d'une fondation abritée, mais d'une fondation entendue strictement et laquelle sera parfaitement autonome¹³⁸.

Il nous faut cependant mentionner qu'il est désormais possible, depuis la loi du 3 juillet 1990¹³⁹, d'adresser directement un legs à une fondation qui n'existe pas au jour de la succession, portant ainsi une exception à l'interdiction de disposer au profit des personnes futures. Simplement, le legs sera alors fait sous la condition de l'obtention d'une reconnaissance d'utilité publique, laquelle fera rétroagir l'octroi de la personnalité morale au jour du décès du disposant. Cette possibilité nouvelle de procéder par fondation testamentaire directe, non plus simplement indirecte, minimise quelque peu l'intérêt d'adresser des legs à charge de fonder à la Fondation de France, cependant qu'on peut continuer d'attendre d'elle qu'elle accomplisse les formalités auxquelles est conditionnée la reconnaissance d'utilité publique.

Malgré cela, la Fondation de France, laquelle continue de centraliser très largement les dispositions philanthropiques¹⁴⁰, assume un important rôle de gestion et de redistribution des libéralités qui lui ont faites¹⁴¹, en qualité d'intermédiaire de transmission, dont la proximité avec la mission d'un fiduciaire ne peut être niée. Plus encore, car ce n'est jamais elle qui assume personnellement le service d'intérêt général que le philanthrope avait en vue¹⁴².

15. Quel rôle pour la fiducie-libéralité en matière de philanthropie ? – A la vue du large éventail de solutions offertes par le droit positif, l'intérêt de la fiducie-libéralité ne nous semble pas être celui d'ajouter des possibilités philanthropiques nouvelles.

Est-ce pour autant dire qu'elle n'aurait aucun rôle à jouer ? A cette question, il nous faut d'emblée répondre par la négative. Cela, car nous estimons qu'elle aurait une importante fonction de clarification du droit positif, laquelle se manifesterait d'ailleurs de deux façons différentes, sur lesquels nous allons revenir. En d'autres termes, elle n'aurait pas tant pour objet d'apporter des solutions nouvelles que de remettre de l'ordre dans celles qui existent déjà.

Premièrement, elle permettrait d'éviter de nommer libéralités des situations dont nous avons dit avoir peine à penser qu'elles en relèvent.

Il nous semblerait, par exemple, préférable de passer par le truchement d'une fiducie-libéralité plutôt que d'avoir recours à des libéralités à charge de retransmettre, qu'il s'agisse de fonder

¹³⁷ Art. 18 et s. de la loi du 23 juillet 1987.

¹³⁸ C. Witz, *La fiducie en droit privé français*, Strasbourg 1979, *Économica*, 1981, p. 83, 92.

¹³⁹ Laquelle a complété la loi du 23 juillet 1987 d'un article 18-2 prévoyant cette faculté.

¹⁴⁰ Quelques chiffres permettent d'appuyer ce propos. Nous pouvons par exemple mentionner qu'en 2019, la Fondation de France a pu faire état de plus de 180 000 projets d'intérêt général soutenus depuis sa création. Également, à cette même époque, il était possible de compter plus de 850 fondations sous son égide. V. : A. Henry, I. Bourdel, *Contribution de la Fondation de France*, in Rapport du groupe de travail sur la réserve héréditaire, dir. C. Pérès et Ph. Potentier, Editions Panthéon-Assas 2020, p. 132.

¹⁴¹ En conformité avec sa mission, laquelle est prévue à l'article 1^{er} de ses statuts (v. note 132).

¹⁴² H. Souleau, *Les libéralités adressées à la Fondation de France*, Defrénois 1970, art. 29521, p. 257, 3 : « intermédiaire, en ce qu'elle est statutairement obligée de redistribuer les libéralités qu'elle reçoit ou leurs fruits et produits disponibles à des "personnes, œuvres ou organismes d'intérêt général". Serait dès lors incompatible avec les statuts, tout don ou tout legs assorti d'une charge imposant à la Fondation de France d'assumer personnellement le fonctionnement d'un service d'intérêt général ».

ou encore de déterminer la personne morale qui sera soutenue par le disposant. Cela, en raison, une nouvelle fois, de l'absence d'intention libérale envers l'intermédiaire, de même que de toute vocation de ce dernier à s'enrichir sauf exceptions minimales¹⁴³.

Une telle qualification serait également propice à désigner la mission, des établissements philanthropiques gratifiés, de gestion puis de redistribution des biens aux bonnes œuvres, en songeant particulièrement à la Fondation de France et à diverses autres associations caritatives¹⁴⁴, sous réserve des cas où les libéralités auraient pour vocation de permettre leur développement et leur octroieraient donc un enrichissement.

Plus largement et dans un même souci de clarté, nous pensons que devraient aussi relever de la qualification de fiducie-libéralité les libéralités qui sont gérées et cette fois-ci affectées à une cause d'intérêt général par lesdits établissements. La difficulté provenant, en ce cas, du fait que l'actuelle fiducie repose sur un double transfert, et non pas seulement sur une affectation des biens qui se sont vu transférer une première fois¹⁴⁵. Pour autant, il est bien peu de choses qui séparent la situation de l'affectation à une cause d'intérêt général d'une somme transférée à un établissement philanthropique, de celle dans laquelle ce n'est plus en affectation, mais un second transfert, qui est envisagé pour poursuivre cette même fin.

Deuxièmement, la fiducie-libéralité clarifierait aussi le régime applicable aux libéralités philanthropiques, notamment pour ce qui est de la propriété de l'intermédiaire, laquelle a déjà tout d'une propriété finalisée, mais encore pour ce qui est de l'impossibilité, pour les établissements recevant des libéralités, de faire réviser les charges dont elles sont assorties. Cela éviterait également que certaines opérations, telles les fondations indirectes, subissent deux taxations, alors même qu'il n'y a pas d'intention libérale envers l'intermédiaire¹⁴⁶ ; elles pourraient alors bénéficier de la neutralité fiscale attachée à la fiducie, qu'il serait alors souhaitable d'étendre à la fiducie-libéralité¹⁴⁷.

Nous n'ignorons pourtant par les légitimes inquiétudes à l'égard de la fiducie-libéralité philanthropique, sur lesquelles nous reviendrons par la suite¹⁴⁸.

¹⁴³ V. supra n° 13. En ce sens également : M. Grimaldi, *La fiducie : réflexions sur l'institution et sur l'avant-projet de loi qui la consacre*, part. 1, Defrénois, 15 septembre 1991, n° 17, p. 897, 3.

¹⁴⁴ Mais la liste n'est évidemment pas exhaustive. Il serait également possible de penser aux fonds de dotation, aux autres fondations reconnues d'utilité publique, etc.

¹⁴⁵ C. Witz, *La fiducie en droit privé français*, Strasbourg 1979, *Economica*, 1981, p. 56, 57 ; P. Malaurie, L. Aynès, *Les biens*, 8^{ème} édition, 2019, Defrénois-Lextenso, p. 283, 757.

¹⁴⁶ Cette fiscalité onéreuse résultant de l'existence d'une double mutation. V. F. Terré, Y. Lequette, S. Gaudemet, *Les successions, Les libéralités*, Précis Dalloz, 4^{ème} édition, p. 597, 679.

¹⁴⁷ Sur cette neutralité fiscale, v. infra n° 43.

¹⁴⁸ V. infra n° 50 et 51.

B) L'utilisation de la fiducie-libéralité comme réponse à la prodigalité et à l'incapacité de gérer du bénéficiaire

L'intérêt de la fiducie-libéralité ne se limite pas aux libéralités collectives, cette dernière trouvant également à être utilisée en matière de transmissions individuelles, en cas de volonté du disposant de différer le transfert des biens au bénéficiaire.

Pareille volonté peut trouver diverses justifications légitimes, parmi lesquelles : la prodigalité du bénéficiaire, son inexpérience ou, plus grave encore, une éventuelle incapacité de ce dernier.

16. La gestion de la prodigalité du bénéficiaire. – Il s'agit du cas de figure dans lequel le constituant est animé d'un souhait, celui d'améliorer la situation du bénéficiaire en le gratifiant, mais il craint que ce faisant il ne soit tenté de dilapider la libéralité qui lui sera faite.

La fiducie-libéralité permettrait alors de retarder le transfert des biens au bénéficiaire, tout en lui octroyant, le plus souvent, les revenus issus de leur gestion. Souvent évoquées en défense de l'institution¹⁴⁹, les vertus d'une telle utilisation ne doivent pourtant pas être exagérées.

Il est vrai de dire que les conséquences de la vente prématurée d'un bien, sous une impulsion prodigue, peuvent être économiquement préjudiciables. Tel peut être le cas, par exemple, de la vente à l'unité d'une pièce appartenant à une collection, laquelle risque de diminuer son prix d'ensemble de façon drastique. Tel peut encore être le cas de la vente hâtive d'un bien que le constituant, personne renseignée, sait être amené à prendre en valeur.

Eventuellement, il a aussi pu être dit que cette sécurité apportée favoriserait les transmissions transgénérationnelles en sous-entendant, à juste titre, que la jeunesse était un facteur de légèreté dissuasif¹⁵⁰. Or, nous savons que le transfert de propriété aux générations actives est un objectif que poursuit le législateur, de même que de nombreux disposants.

Pour autant, il est nécessaire d'insister sur le fait que la mise en place d'une fiducie-libéralité serait assurément onéreuse et complexe, du fait des lourdes formalités qui l'entourent et de la gestion professionnelle des biens¹⁵¹. De sorte qu'elle ne risque aucunement de constituer la protection du tout-venant contre la prodigalité de ses petits-enfants.

¹⁴⁹ C. Witz, *La fiducie en droit privé français*, Strasbourg 1979, *Économica*, 1981, p. 57, 59 ; M. Grimaldi, *La fiducie : réflexions sur l'institution et sur l'avant-projet de loi qui la consacre*, part. 1, *Deffrénois*, 15 septembre 1991, n° 17, p. 897, 3 ; D. Louis-Caporal, *La fiducie libéralité*, *RTD civ.* 2016, p. 49 ; J.-F. Desbuquois, C. Farge, *Permettre la transmission de la fiducie-gestion*, *JCP N*, 30 septembre 2016, n°39, p. 1284, 2.

¹⁵⁰ P. Cénac, B. Castéran, *La fiducie avant la fiducie : le cas du droit patrimonial de la famille*, *JCP N*, 26 juin 2009, n°26, p. 1218, 4.

¹⁵¹ H. Letellier, *La fiducie, outil de protection des majeurs vulnérables*, *Dr. et patr.*, mars 2012, n°212, p. 52 : « si l'avantage de la fiducie, comme le pressentait le doyen Carbonnier, est de permettre la gestion du patrimoine par des professionnels de la vie des affaires, il en résulte aussi que c'est son inconvénient : cela présente un coût ». D'après certains auteurs, la fiducie nécessiterait, en l'état, des patrimoines supérieurs à 1 ou 2 millions d'euros (v. B. Robin, R. Lantourne, *L'utilisation des fiducies en France*, *Dr. et patr.*, mars 2019, 289, p.29).

17. La gestion de l'inexpérience du bénéficiaire. – N'étant cette fois-ci plus prodigue, le bénéficiaire pourrait néanmoins pâtir des conséquences de son inexpérience, voire de celle de ses parents s'il est mineur¹⁵², et particulièrement en présence de biens dont la gestion nécessite des compétences techniques.

L'objectif du constituant pourrait alors ici être celui de conditionner le second transfert des biens à l'acquisition d'une compétence suffisante de gestion par le bénéficiaire, laquelle pourrait, par exemple, prendre la forme d'un diplôme ou de tout autre titre.

Cette fiducie-libéralité pourrait ainsi aller facilement de l'intérêt commun des constituant et bénéficiaire. Le premier ayant l'assurance que les biens seront gérés professionnellement et qu'il aura fait acte de protection du bénéficiaire ; le second, pouvant ne pas être intéressé par la gestion des biens et souhaitant que le constituant, mieux informé, assure leur pérennité tout en lui en versant les revenus. A titre d'illustration, en l'absence de descendants, ce pourrait être une option de protection du conjoint survivant âgé, par l'époux professionnel souhaitant que lui soit transmise son entreprise¹⁵³.

Il nous faut cependant réitérer le même point, tenant à l'inadéquation de la fiducie-libéralité aux patrimoines modestes.

Puis, un second tenant à la possibilité, pour le bénéficiaire inexpérimenté, de conclure lui-même un contrat de fiducie-gestion portant sur les biens transmis. Cependant, malgré cette possibilité, on peut sans difficulté imaginer que son souhait soit celui de laisser le constituant désigner un gestionnaire des biens, en raison notamment d'une meilleure connaissance des nécessités de ces derniers.

18. La gestion de l'incapacité du bénéficiaire. – De façon cursive, pour éviter d'excessives répétitions, mentionnons qu'un tel instrument trouverait tout à fait à s'appliquer en présence d'un bénéficiaire incapable.

Evidemment, il est une nécessité pour le disposant de s'assurer du devenir des biens qu'il souhaite transmettre à une personne incapable.

Selon que la gravité de la mesure d'incapacité pesant sur ce dernier, il peut ou non être accompagné d'un curateur, voire d'un tuteur. En pareil cas, la gestion des biens transmis sera

¹⁵² Lesquels assurent l'administration légale des libéralités reçues par le mineur jusqu'à sa majorité, à défaut de désignation d'un tiers administrateur (art. 384 c. civ.). Mentionnons que ce tiers administrateur, qui n'a pas à être désigné parmi une liste limitative de personnes, et lequel est en mesure de disposer de pouvoirs étendus sur les biens, peut constituer une alternative intéressante en l'état de prohibition de la fiducie-libéralité. Ce n'est pour autant pas une alternative parfaite, notamment car elle ne concerne que les cas de minorité et ne peut durer que le temps de cette dernière. Aussi car, à défaut de création d'un patrimoine fiduciaire et n'étant pas propriétaire des titres sociaux transférés, il plane davantage d'incertitudes quant à la possibilité, pour le tiers administrateur, d'exercer les droits réservés aux associés, notamment celui de voter (v. C. Farge, S. Guillaud-Bataille, *La désignation d'un tiers administrateur aux biens donnés ou légués à un mineur. État des lieux et perspectives d'évolution*, JCP N, 19 Avril 2019, n° 16, p. 1167, 40 et 41).

¹⁵³ Il resterait à ne pas faire porter cette fiducie-libéralité sur sa réserve, laquelle doit être reçue libre de charges (art. 912 al. 1^{er} c. civ.).

tributaire de la qualité de l'accompagnant, lequel ne dispose que de pouvoirs restreints¹⁵⁴, et dont la désignation est la plus souvent judiciaire¹⁵⁵. Aussi, si le curateur est en mesure d'accompagner le placement des biens en fiducie-gestion, il n'en va pas de même du tuteur, à qui une telle possibilité est refusée¹⁵⁶.

Lorsque le disposant est un père ou mère du majeur incapable, une autre solution pourrait aussi être celle d'accompagner la libéralité d'un mandat de protection future pour autrui notarié¹⁵⁷. Pour autant, la prise d'effet de ce dernier ne peut avoir lieu qu'au moment où les parents décèdent ou ne sont plus en mesure de prendre soin de l'intéressé¹⁵⁸, là où l'on peut souhaiter confier la gestion dès à présent ; d'autres craintes, parmi lesquelles les hésitations sur la conservation de la capacité à conclure des actes du majeur placé sous mandat de protection future, l'absence de publicité qui l'entoure¹⁵⁹, le faible contrôle du mandataire¹⁶⁰, peuvent également laisser dubitatif quant à l'emploi d'un tel procédé.

Il pourrait s'agir, par une évolution de la fiducie et l'admission de la fiducie-libéralité, d'en faire un outil prioritaire de la gestion du patrimoine des majeurs incapables, en raison de l'importante sécurité que présente le mécanisme fiduciaire¹⁶¹, parmi d'autres qualités. Une telle possibilité est aujourd'hui déjà à l'étude¹⁶². La nécessité première serait alors de veiller, en cette matière tout particulièrement, à ce que les coûts de mises en place ne dissuadent pas d'y recourir.

¹⁵⁴ Pour ce qui est du curateur, il ne réalise des actes qu'en accord avec le majeur sous curatelle, et ne peut se substituer à lui pour agir en son nom (art. 469 al. 1^{er}). Le tuteur, s'il représente cette fois-ci le majeur protégé dans les actes de la vie civile, voit ses pouvoirs restreints par la nécessité d'obtenir une autorisation, judiciaire ou du conseil de famille, pour toute une série d'actes (art. 505 et s., c. civ.) ; parfois encore, certains actes lui sont purement refusés (509 c. civ.).

¹⁵⁵ Elle est, en outre, celle de personnes qui, prioritairement, ne sont pas des professionnels (art. 447 et s., c. civ.). La désignation anticipée d'un tuteur ou d'un curateur, possibilité ouverte par la loi n°2007-308 du 5 mars 2007, demeurant exceptionnelle.

¹⁵⁶ Art. 509 c. civ. ; critique : H. Letellier, *La fiducie, outil de protection des majeurs vulnérables*, Dr. et patr., mars 2012, n° 212, p. 52.

¹⁵⁷ Possibilité ouverte par l'article 477 al. 3 c. civ., mais seulement pour les père et mère.

¹⁵⁸ *Ibid.*

¹⁵⁹ En effet, bien que l'article 477-1 c. civ. prévoie une publication du mandat de protection future sur un registre spécial créé par décret en Conseil d'Etat, ce dernier n'a, à l'heure de ces écrits, pas encore vu le jour.

¹⁶⁰ Là où, en matière de fiducie, la loi prévoit directement la possibilité du constituant de nommer un « tiers chargé de s'assurer de la préservation de ses intérêts dans le cadre de l'exécution du contrat » (art. 2017 al. 1^{er} c. civ.). Le constituant conservant d'ailleurs la possibilité de le désigner à tout moment, et ne pouvant renoncer à cette faculté lorsqu'il est une personne physique (art. 2017 al. 2 c. civ.).

¹⁶¹ Sur laquelle nous reviendrons, v. infra n° 21.

¹⁶² Un rapport de mission interministérielle nommé « *l'évolution de la protection juridique des personnes* », réalisé sous la direction de Mme Anne Caron-Déglise et rendu le 21 septembre 2018, formule dans sa proposition n°42 une volonté de faire de la fiducie un mode de gestion patrimoniale au profit des personnes vulnérables.

C) L'utilisation de la fiducie-libéralité en présence d'un patrimoine complexe

L'existence d'un patrimoine complexe va être à la fois condition et intérêt de la fiducie-libéralité.

Condition, d'une part, pour la raison que son coût sera un élément dissuasif pour des patrimoines insuffisamment conséquents, si déjà ces derniers estimaient avoir intérêt à y recourir.

Mais également intérêt, dans la mesure où elle permettra, mais ce ne sont que des exemples, de répondre à certains besoins de la transmission de titres sociaux et autres biens dont on entend éviter qu'ils soient divisés.

19. La transmission de titres sociaux. – Lorsque la volonté du disposant est celle de différer le transfert de titres sociaux au bénéficiaire, voire plus largement de parts sociales, pour des raisons que nous avons évoquées¹⁶³, la fiducie-libéralité peut apparaître comme un instrument particulièrement intéressant.

En effet, du fait de l'octroi de leur propriété au fiduciaire, ce dernier sera en mesure d'exercer les droits sociaux extra-pécuniaires, notamment celui de voter aux assemblées, sans que mandat ne doive lui être donné à cet effet. Cela, d'autant plus qu'une ordonnance vient récemment de revenir sur la possibilité, anciennement ouverte à l'actionnaire d'une société cotée, de donner mandat pour le représenter, à de telles fins, à la personne de son choix¹⁶⁴.

C'est aussi cette même propriété qui va permettre de conférer au fiduciaire la possibilité de vendre les titres, ce qui s'avère essentiel lorsque sa mission est celle de la gestion d'actions.

Également, le fiduciaire aura aussi intérêt à une telle opération, puisqu'elle lui octroiera une gestion exclusive propice au bon déroulement de sa mission. A ce titre, il a pu être dit que l'un des intérêts de la fiducie est celui d'octroyer au fiduciaire : « *une gestion, non pas seulement durable - ce qu'il peut obtenir d'une clause d'irrévocabilité -, mais aussi exclusive, et non point concurrente avec celle du propriétaire*¹⁶⁵ ». Une telle gestion sera aussi propice à la réalisation de démarches nécessaires, lorsque ce ne sont plus des parts sociales que le constituant entend transmettre, mais la valeur de cession de son entreprise après que le fiduciaire ait procédé à cette dernière.

20. La transmission de biens ayant intérêt à ne pas être divisés. – La fiducie-libéralité trouverait aussi à s'appliquer lorsque le souhait du constituant est celui de ne pas diviser un ensemble de biens, notamment car il en va de la conservation de leur valeur et car cela

¹⁶³ V. supra n° 17, 18 et 19.

¹⁶⁴ En effet, l'ordonnance n°2020-1142 du 16 septembre 2020 est revenue à un système de représentation de l'actionnaire par « *un autre actionnaire, par son conjoint ou par le partenaire* » (art. L225-106 c. com.).

¹⁶⁵ M. Grimaldi, *La fiducie : réflexions sur l'institution et sur l'avant-projet de loi qui la consacre*, part. 1, Defrénois, 15 septembre 1991, n° 17, p. 897, 3.

induirait des revenus moindres¹⁶⁶. A fortiori, lorsqu'il est prévisible que le partage conduirait à leur licitation.

A titre d'illustration, le propriétaire d'une collection de tableaux pourrait considérer qu'il est préférable que cette dernière ne soit pas partagée entre ses frères et sœurs, et souhaiter l'inclure dans une fiducie-libéralité, dont ils seraient les cobénéficiaires, et laquelle permettrait de leur verser des revenus identiques à ceux que le constituant percevait de son vivant. Dans une telle situation, il serait alors particulièrement propice de recueillir leur acceptation de l'opération¹⁶⁷, ce qui dissiperait les craintes du constituant que ces derniers refusent par la suite la libéralité qui leur est faite et que les biens soient finalement partagés.

Evidemment, il nous faut cependant mentionner que cette possibilité de faire porter la fiducie-libéralité sur un ensemble de biens risquerait de se heurter à la présence d'héritiers réservataires, de sorte qu'elle devrait alors se limiter, pour sa valeur, à la quotité disponible.

Paragraphe 2 : Des divers avantages d'une transmission par voie de fiducie-libéralité

Au-delà de son usage protéiforme, la fiducie-libéralité ajouterait au droit positif un outil permettant une transmission patrimoniale aux qualités variées. Forte du recours au mécanisme fiduciaire, elle joindrait aux avantages que présente déjà la fiducie (A), les intérêts que l'on peut attendre d'une double transmission (B).

A) Les qualités résultant du recours à la fiducie

Ayant intégré le droit français en 2007, la fiducie représente désormais une solution dont on peut vanter la sécurité, mais aussi la souplesse. Il est possible de penser que pareils atouts se reporteraient à l'identique sur la fiducie-libéralité.

¹⁶⁶ A ce titre, le rapport de Monsieur Xavier de Roux (rapport n° 3655, fait au nom de la commission des finances, déposé le 1^{er} février 2007 à l'Assemblée nationale) a avancé comme étant l'un des intérêts de la fiducie-libéralité, le fait qu'elle permette de : « *conserver le patrimoine intact et garantir aux bénéficiaires le même niveau de revenus, alors que le partage induit le plus souvent des revenus moindres du fait de l'éclatement patrimonial* ». Si l'affirmation de ce que cette diminution des revenus se produit le plus souvent reste à démontrer, il est assurément certains cas, que le constituant peut souhaiter éviter, où elle ne manquera pas. V. aussi : J.-F. Desbuquois, *Lever la prohibition de la fiducie-libéralité*, 7 janvier 2016 (article non publié, accessible par le lien suivant : https://www.fndp.eu/wp-content/uploads/2017/06/fiducie_liberalite-1.pdf).

¹⁶⁷ Laquelle, pour pouvoir être acceptée, prendrait la forme d'une fiducie-libéralité constituée entre vifs et dont la seconde transmission serait postérieure au décès.

21. La sécurité offerte par le mécanisme fiduciaire. – Il est de nombreuses caractéristiques qui font de la fiducie un outil octroyant une grande sécurité aux opérations pour lesquelles il y est recouru.

Evidemment, un élément d'importance première est la création d'un patrimoine d'affectation qui, certes imparfait¹⁶⁸, va néanmoins permettre de tenir les biens fiduciaires à l'abri des créanciers du constituant, mais encore du fiduciaire¹⁶⁹. De cette façon, lesdits biens, et donc l'opération fiduciaire par extension, ne pâtiront pas des conséquences de mauvaises affaires auxquelles ces derniers pourraient prendre part en leurs noms personnels.

Pour autant, le patrimoine fiduciaire répond évidemment des dettes nées de la gestion des biens qui le composent¹⁷⁰. Néanmoins, divers éléments permettent d'avoir confiance en la qualité de cette gestion, et donc dans la conservation des biens fiduciaires.

Ils tiennent notamment à la qualité de professionnel qui, en l'état, est exigée du fiduciaire¹⁷¹. Aussi, au fait que ce dernier soit tenu de rendre des comptes¹⁷², d'exercer par lui-même sa mission¹⁷³, puisse voir sa responsabilité engagée pour les fautes commises dans l'exercice de sa mission¹⁷⁴, ou encore puisse être remplacé, sous conditions, à la demande du constituant ou du bénéficiaire¹⁷⁵.

Pour davantage de garanties, il est également possible de désigner un tiers chargé de contrôler la bonne exécution du contrat, ce qui constitue une possibilité à laquelle le constituant personne physique ne peut pas renoncer¹⁷⁶. Cette désignation accompagnerait notamment de façon particulièrement souhaitable l'usage de la fiducie-libéralité aux fins de gestion de l'incapacité du bénéficiaire. Incapacité, dont il n'y aurait d'ailleurs aucune raison de penser qu'elle mette fin à la fiducie-libéralité si elle apparaissait pendant le cours du contrat ; pas plus, qu'en l'état, la survenue d'une incapacité du constituant n'affecte le contrat de fiducie-gestion dont il est le bénéficiaire¹⁷⁷. Ce qui témoigne, une nouvelle fois, de la sécurité que présente le recours à la fiducie, y compris dans le domaine des incapacités.

¹⁶⁸ Puisque les créanciers fiduciaires peuvent, le cas échéant, être amenés à se désintéresser sur les biens du constituant en cas d'insuffisance du patrimoine fiduciaire (art. 2025 al. 2 c. civ.).

¹⁶⁹ Sauf « *droits des créanciers du constituant titulaires d'un droit de suite attaché à une sûreté publiée antérieurement au contrat de fiducie et hors les cas de fraude aux droits des créanciers du constituant* » (art. 2025 al. 1^{er} c. civ.).

¹⁷⁰ *Ibid.*

¹⁷¹ La liste des professionnels aptes à exercer la fonction de fiduciaire est mentionnée à l'article 2015 c. civ.

¹⁷² Art. 2022 c. civ.

¹⁷³ En effet, il y a tout lieu de le penser, en l'absence de précisions textuelles quant à une éventuelle faculté de déléguer du fiduciaire. Cependant, rien ne devrait s'opposer à ce que cette faculté soit prévue dans la convention de fiducie (P. Berger, *La fiducie-gestion*, Actes prat. strat. patrimoniales 2011, n°1, spéc. 37).

¹⁷⁴ Art. 2026 c. civ.

¹⁷⁵ Ce remplacement résulte d'une décision de justice, laquelle transfère de plein droit le patrimoine au nouveau fiduciaire saisi, et prenant place lorsque : « *le fiduciaire manque à ses devoirs ou met en péril les intérêts qui lui sont confiés ou encore s'il fait l'objet d'une procédure de sauvegarde ou de redressement judiciaire* » (art. 2027 c. civ.).

¹⁷⁶ Art 2017 c. civ.

¹⁷⁷ Sauf à mentionner, que le fiduciaire rendra désormais des comptes au tuteur ou au constituant et à son curateur (art. 2022 al 2 c. civ.).

Cessant de raisonner sur le bénéficiaire, la sécurité est aussi celle du fiduciaire, titulaire de droits exclusifs sur les biens qui lui sont transférés pour réaliser sa mission, et ne subissant donc pas la coexistence de pouvoirs qui ne seraient pas les siens¹⁷⁸.

22. La souplesse offerte par le mécanisme fiduciaire. – Plus brièvement cette fois-ci, et malgré l'importante sécurité qui entoure le recours à la fiducie, cette dernière n'en reste pas moins un outil d'une grande souplesse.

D'une part, car le constituant n'est aucunement limité par sa durée, étant en mesure de la porter à un maximum de quatre-vingt-dix-neuf ans¹⁷⁹. Ainsi, bien qu'il soit souhaitable de réduire la durée maximale de la fiducie-libéralité, pour la raison qu'il est légitime que le bénéficiaire puisse se voir transférer les biens passé un certain délai, elle ne serait pour autant pas un facteur dissuasif¹⁸⁰. Cela, à l'inverse d'autres mécanismes connaissant une durée plus courte, comme ce peut être le cas, par exemple, pour le mandat à effet posthume¹⁸¹.

D'autre part, car elle va permettre au constituant de déterminer avec une parfaite liberté les pouvoirs qu'il entend confier au fiduciaire pour qu'il mène à bien sa mission¹⁸². A titre d'illustration, il lui est parfaitement envisageable de ne pas prévoir de faculté d'aliéner les biens, ce qui permettra d'en assurer la conservation. Toujours quant à l'aliénation des biens, cette dernière peut aussi tout à fait être conditionnée, par exemple n'être ouverte qu'en cas de diminution de leur valeur, voire qu'il soit exigé du fiduciaire un emploi du prix de cession, éventuellement dans une même catégorie de biens. Les possibilités ouvertes sont telles qu'il n'est pas possible d'en dresser une liste.

Finalement, il va sans dire que le constituant disposerait d'une grande liberté de choix du ou des bénéficiaires¹⁸³, et que la fiducie-libéralité pourrait porter sur tout type de biens, ayant d'ailleurs un intérêt accru sur un certain nombre que nous avons précédemment évoqués¹⁸⁴.

B) Les intérêts d'une double transmission

Si la fiducie-libéralité était admise, elle reposerait sur un double transfert des biens qui en sont l'objet : d'une part du constituant vers le fiduciaire, puis la suite du fiduciaire vers le

¹⁷⁸ Il en va différemment en matière de mandat (art. 1159 al. 2 c. civ.), auquel le mandant peut également renoncer en cours d'opération, même lorsqu'il a été stipulé irrévocable : 1^{ère} civ., 5 février 2002, 99-20.895, publié au bulletin.

¹⁷⁹ Art 2018 2° c. civ.

¹⁸⁰ Sur ces considérations de durée, v. infra n°49.

¹⁸¹ Lequel peut être prévu pour une durée maximale de 2 ou 5 ans, éventuellement prorogeable sur demande du mandataire ou des héritiers auprès du juge (art. 812-1-1 al. 2 c. civ.).

¹⁸² Ces derniers devant, par ailleurs, être précisés dans le contrat de fiducie à peine de nullité, conformément à l'article 2018 6° c. civ.

¹⁸³ Evidemment, sous la limite des quelques incapacités de recevoir à titre gratuit qui sont celles de notre droit positif (art. 909 et suivants c. civ.).

¹⁸⁴ V. supra n° 19 et 20.

bénéficiaire¹⁸⁵. Loin d'être un effet négligeable, il y aurait là, d'ailleurs, tout l'intérêt de l'instrument.

Ces transmissions successives ouvriraient, en effet, des possibilités assurément très diverses au constituant, sans pour autant qu'elles ne préjudicient systématiquement aux bénéficiaires.

23. Une réponse à des attentes variées du constituant. – De très nombreux usages pourraient être attendus de ces transmissions successives, si d'aventure la fiducie-libéralité venait à être admise.

A ce titre, le premier transfert des biens, lequel correspond à la constitution de la fiducie-libéralité, n'aurait pas la même signification selon qu'il prendrait place du vivant du constituant, ou une fois son décès advenu.

Si, dans le second cas, il s'agirait pour le constituant de prévoir les modalités de dévolution de sa succession, s'y ajouterait ou s'y substituerait, dans le premier, une volonté anticipée de se défaire de la gestion des biens fiduciaires, laquelle pourrait trouver à s'expliquer de plusieurs façons.

Parmi ces dernières, nous en voyons assurément trois. D'abord, le constituant pourrait souhaiter se défaire d'une gestion qui lui est progressivement devenue fastidieuse ou impossible, notamment en raison de l'avancée de l'âge. A cette occasion, il pourrait estimer que le temps de prévoir la transmission des biens est arrivé, éventuellement en conservant une partie ou l'intégralité des revenus tirés de leur gestion, à titre de charge, pour assurer sa fin de vie. Puis, il pourrait tout autant souhaiter se défaire de la gestion, non pas car elle lui serait devenue fastidieuse, mais simplement pour qu'elle soit d'une meilleure qualité, ce qui figure aussi parmi les avantages escomptés de la fiducie-libéralité. De la même façon, il pourrait être pensé à la transmission des biens à cette occasion. Finalement, le constituant pourrait souhaiter arrêter un principe de libéralité, mais en se gardant la possibilité de revenir sur la personne de son bénéficiaire, à propos de laquelle il aimerait encore réfléchir¹⁸⁶.

Mais, ce ne sont pas les seuls souhaits que va permettre de réaliser la dissociation entre le moment où le constituant se défait de son bien et le moment où celui-ci est transmis au bénéficiaire.

L'un de ses intérêts majeurs va notamment être celui de pouvoir conditionner le second transfert, ou lui prévoir un terme, qu'il ait lieu du vivant du constituant, ou postérieurement à son décès. Sans prétendre à aucune forme d'exhaustivité, il pourrait être possible : de fixer un terme à la majorité du bénéficiaire, de prévoir pour condition l'obtention d'un diplôme permettant de prétendre à l'acquisition d'une certaine compétence de gestion, voire la

¹⁸⁵ Sauf à permettre, dans le cas d'une fiducie-libéralité philanthropique, que les biens transmis au fiduciaire puissent n'être qu'affectés à une réalisation d'intérêt général (v. infra n° 39).

¹⁸⁶ Evidemment, il s'agirait, dans le cadre d'un tel usage, d'être particulièrement vigilant à ce que la fiducie-libéralité ne soit pas acceptée par son bénéficiaire désigné, ce qui empêcherait alors toute possibilité de le modifier (art. 2028 al. 2 c. civ.).

réalisation d'une acquisition particulière que le constituant estime pouvoir légitimement être soutenue – logement familial, outils de travail, etc. –, mais encore de nombreuses autres.

Plus encore, il pourrait aussi parfois être intéressant que la condition ne soit pas excessivement rigide, mais assortie d'un « *certain pouvoir d'appréciation discrétionnaire donné au fiduciaire, justement fondé sur la confiance qui lui est faite*¹⁸⁷ ». Ce qui, en admettant qu'elle ne soit pas considérée comme potestative, permettrait, en guise d'exemple, de donner mission au fiduciaire d'aider à la constitution de fonds pour la réalisation d'achats autres que de loisir, avec une certaine souplesse, et sans qu'il faille en dresser une liste arrêtée.

24. Des intérêts du bénéficiaire à une telle opération. – Que le transfert des biens au bénéficiaire soit retardé ne signifie ni forcément qu'il n'aura aucun intérêt à l'opération, ni forcément qu'elle lui sera préjudiciable.

Au contraire, s'il n'entrera effectivement en propriété qu'au moment du second transfert, il ne lui sera pour autant, loin s'en faut, pas nécessairement refusé de percevoir les fruits excédentaires tirés de la gestion des biens fiduciaires, et rien ne s'opposera à ce qu'il lui soit éventuellement confié une possibilité d'en user.

Cette première affirmation permet déjà de voir, dans la fiducie-libéralité, une opération qui ne relève pas nécessairement d'un exercice de pouvoir du constituant envers le bénéficiaire.

Cela encore d'avantage, si l'on sait que le bénéficiaire pourrait soit ne pas être intéressé à la gestion des biens dont on entend qu'ils en soient l'objet, soit ne pas encore avoir la compétence pour la mener à bien. Or, il n'est pas difficile d'imaginer les conséquences économiques qu'aurait, sur ces derniers, une gestion faite avec légèreté ou inexpérience.

En pareil cas, le bénéficiaire désigné pourrait souhaiter de son plein gré que le transfert des biens soit retardé, ce qui lui permettrait éventuellement de trouver le temps suffisant pour se former.

Evidemment, il lui serait aussi possible de trouver lui-même un gestionnaire pour les biens transmis, éventuellement par la mise en place d'une fiducie-gestion, mais il se peut tout à fait que ce dernier estime préférable que son choix revienne au constituant, lequel possède assurément une meilleure connaissance des biens et des exigences qui sont les leurs.

¹⁸⁷ P. Berger, *La fiducie-gestion*, Actes prat. strat. patrimoniales 2011, n°1, 13.

Section 2 : Un outil apte à remédier aux insuffisances du droit positif

Bien que propice à la réalisation d'une grande diversité d'opérations, et leur offrant des qualités variées, la consécration de la fiducie-libéralité serait assurément d'un intérêt très limité s'il était déjà possible d'y suppléer par les mécanismes du droit positif. Il convient alors de s'assurer qu'ils ne permettent pas de pallier sa prohibition.

S'il a été un réflexe naturel de rechercher des alternatives reposant sur l'emploi de la fiducie-gestion (paragraphe 2), d'autres outils non-fiduciaires permettent également d'obtenir, quoique partiellement, certains des intérêts attendus de la fiducie-libéralité (paragraphe 1)

Paragraphe 1 : L'insuffisance des mécanismes non-fiduciaires

Lors des débats entourant la loi du 19 février 2007, laquelle a prohibé l'utilisation de la fiducie-libéralité à des fins libérales, il a notamment été avancé que les récentes consécutions du mandat à effet posthume et des libéralités graduelles et résiduelles en réduisaient drastiquement l'intérêt, ce qui n'est pourtant pas d'une évidence parfaite (A). Il est aussi d'autres techniques qui, avant la loi du 23 juin 2006, permettaient déjà d'accompagner les libéralités d'une gestion des biens qui en sont l'objet et qui auraient pu être rappelées utilement par le législateur (B).

A) Les alternatives issues de la loi du 23 juin 2006

25. Le mandat à effet posthume. – Introduit dans le code civil par la loi du 23 juin 2006, le mandat à effet posthume permet de confier à un mandataire la gestion de tout ou partie de sa succession lorsque les héritiers sont inaptes à le gérer eux-mêmes. Il n'est ni tout à fait mandat, ni fiducie¹⁸⁸.

A la différence de la fiducie-libéralité, il n'est pas un instrument de transmission du patrimoine, mais accompagne une transmission.

S'il peut paraître, au premier abord, d'une plus grande souplesse dans sa constitution, notamment en ce que le mandataire n'a pas à être désigné parmi une liste limitative de personnes¹⁸⁹, il doit pourtant exister pour ce mandat un intérêt sérieux et légitime, tenant à la personne de l'héritier ou à la nature du patrimoine successoral, et ce sous peine de nullité¹⁹⁰.

¹⁸⁸ M. Grimaldi, *Le mandat à effet posthume*, Defrénois, 15 janvier 2007, n° 1, p. 3, 5 et 15.

¹⁸⁹ Les textes ne faisant que préciser qu'il peut être donné mandat à une ou plusieurs personnes physiques ou morales (art. 812 al. 1^{er} c. civ.), éventuellement héritiers du mandant (al. 2), mais pas au notaire chargé du règlement de la succession (al. 4).

¹⁹⁰ Art. 812-1-1 al. 1^{er} c. civ.

S'il est sans doute également souhaitable que la fiducie-libéralité ne soit employée qu'en cas d'intérêt sérieux et légitime, cette précision a néanmoins pour effet de soumettre le mandat à effet posthume à une certaine forme d'aléa judiciaire.

Cet aléa est aussi d'autant plus marqué qu'il faudra, chaque fois que l'on souhaite prolonger la durée de vie de cet instrument, qui n'est que de 2 ou 5 ans, que le mandataire ou les héritiers formulent une demande de prorogation auprès du juge¹⁹¹.

Passant dorénavant à ses effets, la comparaison avec la fiducie-libéralité souffre de l'absence de transfert de propriété au mandataire¹⁹², ce que l'on peut directement mettre en relation avec ses pouvoirs lesquels, bien qu'exclusifs, sont très limités. Le mandataire posthume n'étant, en effet, « *qu'un simple administrateur temporaire de biens*¹⁹³ », dont les compétences ne peuvent excéder les actes d'administration et de conservation.

Cela justifie cependant que le mandat à effet posthume puisse porter sur la réserve, par exception au principe selon laquelle elle doit être reçue libre de charges, ainsi qu'à l'impérativité de sa saisine¹⁹⁴. A l'inverse, une telle justification ne pourrait pas se retrouver pour la fiducie-libéralité, la cantonnant ainsi à la quotité disponible en présence d'héritiers réservataires, ce qui est au demeurant souhaitable.

Plus décourageant encore, et conséquence du fait que la propriété échoit aux héritiers, ces derniers sont en mesure d'aliéner les biens sur lesquels porte le mandat à effet posthume et, donc, d'y mettre un terme¹⁹⁵. Les prévisions du *de cuius* s'en trouveraient ainsi déjouées. Il a alors pu être suggéré de le faire porter sur des parts sociales ou actions d'une société comprenant une clause d'inaliénabilité dans ses statuts, mais cette solution peine à s'illustrer par sa simplicité¹⁹⁶.

26. Les libéralités successives. – A l'inverse des libéralités résiduelles, lesquelles n'offrent aucune garantie au second gratifié de recevoir les biens et sont donc incomparables avec la

¹⁹¹ Art. 812-1-1 al. 2 c. civ.

¹⁹² De sorte que les biens ne sont pas soustraits aux créanciers des héritiers.

¹⁹³ F. Tripet, *La prohibition de la fiducie-libéralité : pourquoi une telle démesure ?*, Gaz. Pal., 21 octobre 2006, n° 294, p. 6.

¹⁹⁴ Sur l'atteinte portée par le mandat à effet posthume à l'impérativité de la saisine portant sur la réserve : M. Grimaldi, *Le mandat à effet posthume*, Defrénois, 15 janvier 2007, n° 1, p. 3, 4 et spéc. note 7 ; v. aussi : F. Terré, Y. Lequette, S. Gaudemet, *Les successions, Les libéralités*, Précis Dalloz, 4^{ème} édition, p. 712, 793 ; M. Grimaldi, *Droit des successions*, 7^{ème} édition, p. 336, 423.

¹⁹⁵ 1^{ère} civ., 12 mai 2010, 09-10.556, publié au bulletin.

Cet effet le rapproche, par ailleurs, du mandat post-mortem, qui est un mandat ordinaire – sauf la dérogation à la règle habituelle selon laquelle le décès du mandant met un terme au mandat (art. 2003 c. civ.) –, par lequel une personne va confier à un mandataire une mission de gestion de tout ou partie de son patrimoine, qui perdurera après son décès. Puisqu'un tel mandat peut être révoqué à tout moment par les héritiers, conséquence du fait qu'ils soient devenus mandants à leur tour, il ne sécurise pas davantage les prévisions du *de cuius*.

¹⁹⁶ P. Cénac, B. Castéran, *La fiducie avant la fiducie : le cas du droit patrimonial de la famille*, JCP N, 26 juin 2009, n°26, p. 1218, 67 ; J.-F. Desbuquois, *Lever la prohibition de la fiducie-libéralité*, 7 janvier 2016 (article non publié, accessible par le lien suivant : https://www.fndp.eu/wp-content/uploads/2017/06/fiducie_liberalite-1.pdf).

fiducie-libéralité, les libéralités graduelles présentent effectivement quelques éléments intéressants de comparaison.

Toutes deux, libéralités graduelles et fiducies-libéralités, ont effectivement pour conséquences d’entraîner un transfert de propriété temporaire à un tiers, de pouvoir lui imposer la conservation des biens, mais encore de lui octroyer divers pouvoirs pour les administrer¹⁹⁷.

Pour autant, certaines de ses caractéristiques laissent à penser que la libéralité graduelle ne se substitue pas parfaitement à la fiducie-libéralité.

A titre d’illustration, mentionnons que cette technique ne permet pas de prévoir de condition autre, pour le second transfert, que la mort du premier gratifié. Or, l’un des arguments forts, au soutien de la fiducie-libéralité, réside dans la possibilité, qui serait ouverte au constituant, de conditionner le transfert des biens au bénéficiaire avec une grande souplesse¹⁹⁸. Cette nécessité d’attendre le décès du premier gratifié sera d’autant plus frustrante, qu’il n’est pas possible de délivrer les revenus des biens au second gratifié avant que la transmission ne s’opère¹⁹⁹.

Plus encore, puisqu’il n’est pas de libéralités successives sans libéralités, il est requis une intention libérale envers le premier gratifié, laquelle ne peut se confondre avec une simple volonté de lui faire gérer les biens pour le compte du second. Pareille exigence n’est évidemment pas requise envers le fiduciaire.

Finalement, ne créant pas de patrimoine isolé de celui du premier gratifié, il y a évidemment un risque que les biens soient saisis par ses créanciers.

B) Les alternatives antérieures à la loi du 23 juin 2006

27. La société civile. – Encore très usitée aujourd’hui, malgré l’introduction évoquée des libéralités successives et du mandat à effet posthume, la société civile semble témoigner, une nouvelle fois, de l’insuffisance de ces deux solutions²⁰⁰.

De la même manière que la fiducie, elle rend possible une dissociation entre l’avoir et le pouvoir²⁰¹.

En effet, elle permet de confier à un gérant de confiance, personne physique ou morale²⁰², lequel peut tout à fait ne pas être associé²⁰³, la gestion des actifs qui ont été apportés à cette société

¹⁹⁷ Il est notamment permis au premier gratifié, dans le cadre d’une libéralité graduelle, d’aliéner les valeurs mobilières transmises et de faire jouer la subrogation (art. 1049 al. 2 c. civ.).

¹⁹⁸ V. supra n°23.

¹⁹⁹ J.-F. Desbuquois, *Lever la prohibition de la fiducie-libéralité*, 7 janvier 2016 (article non publié, accessible par le lien suivant : https://www.fndp.eu/wp-content/uploads/2017/06/fiducie_liberalite-1.pdf).

²⁰⁰ J.-F. Desbuquois, C. Farge, *Permettre la transmission de la fiducie-gestion*, JCP N, 30 septembre 2016, n°39, p. 1284, 6.

²⁰¹ D. Parent, *La fiducie, outil patrimonial de gestion et de transmission*, Rev. Lamy dr. civ., 1^{er} mars 2019, n°168, p.51, II.

²⁰² Art. 1847 c. civ.

²⁰³ Art. 1846 al. 1^{er} c. civ.

civile nouvellement créée. A cette occasion, ses statuts permettront de soumettre la révocation du gérant à une décision unanime des associés²⁰⁴, de même que de fixer ses pouvoirs avec une grande liberté²⁰⁵.

Après cela, il sera possible de transférer la propriété des parts sociales à titre gratuit, soit entre vifs, soit pour cause de mort, à celui dont on entend qu'il tire profit de la gestion des biens. Eventuellement, il pourra ne lui être transférée que la nue-propriété, le disposant souhaitant conserver l'usufruit en même temps que les droits sociaux, ce que la Cour de cassation semble désormais admettre²⁰⁶.

Plusieurs éléments offrent néanmoins à cette solution moins de souplesse qu'à une fiducie-libéralité.

En particulier, il est fait obligation au gérant d'exercer ses pouvoirs de gestion en vue de la poursuite de l'intérêt social²⁰⁷, lequel est alors nécessairement différent de celui personnel des associés²⁰⁸. A cause de cela, il est alors plus difficile de permettre au gérant de leur délivrer des actifs, éventuellement selon une appréciation pour partie discrétionnaire, pour répondre « à la satisfaction [de leurs] besoins légitimes²⁰⁹ ». Ce qui, il a été vu, serait un des objectifs attendus de la fiducie-libéralité laquelle, loin s'en faut, ne serait pas nécessairement mise en place contre les intérêts du bénéficiaire²¹⁰.

La fiducie-libéralité gagnerait aussi en souplesse, ne nécessitant pas de soumettre toute affectation des résultats au vote des associés²¹¹.

Finalement, le coût du transfert des biens à la société civile peut s'avérer dissuasif²¹², de même que la possibilité, laissée aux associés, de révoquer le gérant à l'unanimité, de dissoudre la société²¹³, voire d'exercer leur droit de retrait d'ordre public²¹⁴.

²⁰⁴ Précision doit cependant être faite que, s'il semble acquis que l'on puisse soumettre sa révocation à une décision unanime des associés, il est en revanche très peu probable qu'il soit possible de ne la prévoir qu'à la condition de la modification des statuts (v. A. Bougnoux, J.-Cl. Sociétés Traités, fasc. 48-30, Sociétés civiles. – Gérance. – Statut, 18 février 2020, 59). Par ailleurs, il n'est pas possible de déroger, dans les statuts, à la possibilité de le révoquer judiciairement pour cause légitime (art. 1851 al. 2 c. civ.), du fait du caractère impératif de cette mesure (v. A. Bougnoux, *op. cit.*, 79).

²⁰⁵ Du fait du seul renvoi de l'article 1846 alinéa 2 du code civil à la fixation, dans les statuts, du mode d'organisation de la gérance, sans précisions supplémentaires.

²⁰⁶ Com., 22 février 2005, 03-17.421, inédit. Également : com., 2 décembre 2008, 08-13.185, inédit. Ce qui vaut, toutefois, à condition qu'il ne soit pas dérogé « au droit du nu-propriétaire de participer aux décisions collectives » (solution issue des deux arrêts précités).

²⁰⁷ Art. 1848 al. 1^{er} c. civ.

²⁰⁸ P. Berger, *La fiducie-gestion*, Actes prat. strat. patrimoniales 2011, n°1, 12 et 13.

²⁰⁹ *Ibid.*, 13.

²¹⁰ V. notamment supra n° 24.

²¹¹ D. Parent, *La fiducie, outil patrimonial de gestion et de transmission*, Rev. Lamy dr. civ., 1^{er} mars 2019, n° 168, p.51, II.

²¹² D. Parent, *La fiducie, outil patrimonial de gestion et de transmission*, Rev. Lamy dr. civ., 1^{er} mars 2019, n°168, p.51, II ; P. Cénac, B. Castéran, *La fiducie avant la fiducie : le cas du droit patrimonial de la famille*, JCP N, 26 juin 2009, n°26, p. 1218, 35 et 36.

²¹³ Dissolution qu'il serait également prudent de conditionner, dans les statuts, à un vote unanime des associés.

²¹⁴ D. Parent, *La fiducie, outil patrimonial de gestion et de transmission*, Rev. Lamy dr. civ., 1^{er} mars 2019, n°168, p.51, II.

28. Les démembrements de propriété. – Ces démembrements ont pour intérêt de permettre au disposant de faire gérer sa propriété par un tiers, le nu-propriétaire, en même temps que cette dernière a vocation à bénéficier, en jouissance et en fruits, à un usufruitier.

Le moyen d'y parvenir est alors celui d'une double libéralité en usufruit et en nue-propriété, laquelle est expressément prévue par le code civil²¹⁵.

Eventuellement, lorsque l'usufruit porte sur des biens consommables, il est alors qualifié de quasi-usufruit et n'impose alors plus que de « rendre, [lorsqu'il prend fin], soit des choses de même quantité et qualité soit leur valeur estimée à la date de la restitution²¹⁶ ». Il est d'ailleurs possible de faire porter ce quasi-usufruit sur des valeurs mobilières cotées²¹⁷, lesquelles sont fongibles, lorsqu'il est prévu pour ces dernières une consommabilité conventionnelle²¹⁸. Un tel quasi-usufruit pourrait être octroyé à celui dont on entend qu'il gère les biens et qui, étant devenu propriétaire de ces derniers, serait alors en mesure de les aliéner dans le cadre de sa mission. Par la suite, la gestion aurait vocation à bénéficier au nu-propriétaire²¹⁹, une fois le décès du quasi-usufruitier advenu. Cependant, sa qualité ne lui permet pas de tirer profit de cette gestion pendant la durée de l'opération.

En outre, les inconvénients de la double libéralité en usufruit et nue-propriété sont relativement nombreux²²⁰. Parmi ces derniers, le fait qu'elle n'empêche ni l'usufruitier, ni le nu-propriétaire, de céder leurs droits, et donc ne garantit en rien la stabilité des prévisions du disposant. Aussi, le fait qu'elle n'emporte aucune exclusivité du nu-propriétaire dont on souhaite qu'il gère les biens, puisqu'il va devoir supporter les éventuels actes d'administration de l'usufruitier.

29. Les libéralités avec clause d'inaliénabilité sauf emploi. – La clause d'inaliénabilité sauf emploi, si elle accompagne une libéralité, permet de parvenir à l'un des objectifs escomptés de la fiducie-libéralité : protéger le gratifié contre sa prodigalité.

Il ne lui sera alors permis d'aliéner les biens transférés qu'à la condition de réinvestir les sommes tirées de la cession, sous peine de se heurter à la révocation de la libéralité pour inexécution de la charge dont elle est assortie. Cela, l'empêchant de dilapider ce qu'il a reçu pour des achats de tempérament.

²¹⁵ Art. 899 c. civ.

²¹⁶ Art. 587 c. civ.

²¹⁷ Mais seulement sur ces dernières, à défaut de fongibilité des valeurs mobilières non cotées, et ce qui vaut à fortiori pour les autres parts sociales.

²¹⁸ Si l'usufruit portant sur des valeurs mobilières n'est pas, par nature, un quasi-usufruit – bien qu'offrant néanmoins la possibilité à l'usufruitier de céder les titres lorsqu'ils forment un portefeuille, en tant qu'ils constituent une universalité (1^{ère} civ., 12 novembre 1998, 96-18.041, publié au bulletin) –, la doctrine semble unanime sur le fait que la volonté permette la mise en place d'un quasi-usufruit sur des valeurs mobilières, par voie conventionnelle. V. : M. Grimaldi, *La donation de valeurs mobilières avec réserve de quasi-usufruit*, Defrénois, 15 janvier 1994, n°1, p. 3, 8 à 10 ; F. Terré, P. Simler, *Les biens*, Précis Dalloz, 10^{ème} édition, p. 713, 789.

²¹⁹ Lequel cesse, dans cette situation, d'être propriétaire pour devenir un simple créancier du quasi-usufruitier (v. F. Terré, P. Simler, *op. cit.*, p. 715, 790).

²²⁰ V. : C. Witz, *La fiducie en droit privé français*, Strasbourg 1979, *Economica*, 1981, p. 64 et s., 68 à 70 ; M. Grimaldi, *La fiducie : réflexions sur l'institution et sur l'avant-projet de loi qui la consacre*, part. 1, Defrénois, 15 septembre 1991, n° 17, p. 897, note 20.

Pour autant que sa validité soit admise²²¹, cette clause « *n'est d'aucun secours pour pallier le défaut d'aptitude [de ce dernier]*²²² », puisqu'elle n'assure aucune fonction de gestion des biens.

30. La constitution d'une rente viagère. – Il est aussi envisageable de céder le bien à un tiers, le débirentier, contre engagement de verser une rente périodique, pendant toute la durée de sa vie ou de celle d'un autre, à celui envers qui le disposant entend faire œuvre libérale, le crédirentier.

Par la périodicité du versement des arrérages, il n'y a alors plus à craindre que le gratifié les dilapide en une fois et se trouve ensuite démuné. Cela lui procure aussi l'assurance d'avoir un cadre de vie durable.

Néanmoins, une telle solution ne sera pas toujours attractive²²³, notamment car elle oblige le disposant à se défaire d'un bien dont il peut souhaiter la conservation par le gratifié, éventuellement parce qu'il est un bon placement. Puis, rien n'empêche alors ce dernier de dilapider les rentes versées, notamment si elles sont conséquentes. Finalement, cette opération peut inquiéter par l'aléa qu'elle comporte nécessairement.

Paragraphe 2 : L'insuffisance des mécanismes fiduciaires

Résultat des différentes faiblesses des mécanismes non-fiduciaires censés pallier l'interdit de la fiducie-libéralité, diverses solutions reposant sur l'usage de la fiducie-gestion ont été imaginées par les auteurs pour tenter d'en approcher les effets (A). Véritable signe de l'appétence pour la technique fiduciaire, ces propositions n'ont pour autant vocation qu'à se substituer imparfaitement à l'objet de la prohibition. En outre, divers constats tenant au droit commun de la fiducie sont de nature à fragiliser ce recours à la fiducie-gestion, du moins pour certaines des constructions (B).

A) L'usage de la fiducie-gestion aux fins de pallier la prohibition de la fiducie-libéralité

En traitant des trois techniques à propos desquelles peut être trouvée la plus vaste littérature, ainsi que de leurs limites, il s'agira d'en faire une présentation allant décroissante selon la probabilité qu'elles puissent être remises en cause : en commençant par les libéralités portant

²²¹ Cette clause n'étant valable que si elle est temporaire et justifiée par un intérêt sérieux et légitime (art. 900-1 al. 1^{er} c. civ.), de sorte qu'il est incertain qu'elle le soit lorsque la raison de sa stipulation est la simple prodigalité du bénéficiaire. V. : M. Grimaldi, *La fiducie : réflexions sur l'institution et sur l'avant-projet de loi qui la consacre*, part. 1, Defrénois, 15 septembre 1991, n° 17, p. 897, note 20.

²²² C. Witz, *La fiducie en droit privé français*, Strasbourg 1979, *Économica*, 1981, p. 59, 62.

²²³ *Ibid.*, p. 67, 71.

sur un contrat de fiducie mis en place par le disposant, passant par les libéralités à charge de créer une fiducie, pour finalement s'intéresser à la création d'une fiducie par une société civile.

31. Les libéralités portant sur un contrat de fiducie-gestion. – Considérant que la prohibition prévue par le code civil²²⁴ ne s'applique qu'aux contrats de fiducie opérant directement un transfert de propriété – causé par une intention libérale –, un grand nombre d'auteurs ont considéré la possibilité, pour le disposant, de s'y soustraire en décomposant l'opération en deux temps²²⁵. Ils lui proposent de créer un contrat de fiducie-gestion d'abord, en se désignant bénéficiaire, puis de le céder à titre gratuit ensuite²²⁶.

Eventuellement, en incluant une clause qui préciserait que les qualités de constituant et de bénéficiaire sont confondues²²⁷, pour éloigner, du moins en apparence, l'opération d'une fiducie-libéralité entendue strictement.

Forte de la récente consécration de la cession de contrat dans le code civil²²⁸, il a pu être avancé que rien ne permettait de conclure à l'interdiction de cette opération puisqu'aucune prohibition explicite de la cession de fiducie-gestion n'était à relever²²⁹. La Fédération Nationale Droit du Patrimoine (FNDP) a également estimé qu'une telle opération devait être considérée comme valable, tout en suggérant une reformulation de l'article 2013 du code civil, laquelle viserait à rassurer la pratique²³⁰.

Nous ne partageons pourtant pas un avis aussi tranché, pour plusieurs raisons.

D'une part, étant elle-même un contrat, la cession de la fiducie-gestion ne peut déroger, ni par ses stipulations, ni par son but, à l'ordre public²³¹. Cette conformité à l'ordre public du but, puisqu'elle est un substitut à l'ancienne licéité de la cause, nécessite pour être appréciée de prendre en considération le motif poursuivi par les parties²³². Or, dans une telle cession, le motif des parties pourrait difficilement apparaître comme autre que celui de contourner directement

²²⁴ Art. 2013 c. civ. : « Le contrat de fiducie est nul s'il procède d'une intention libérale au profit du bénéficiaire. Cette nullité est d'ordre public ».

²²⁵ C. Farge, *Déverrouiller la fiducie patrimoniale*, JCP N, 4 Octobre 2019, n° 40, p. 1286, 11 ; J.-F. Desbuquois, C. Farge, *Permettre la transmission de la fiducie-gestion*, JCP N, 30 septembre 2016, n°39, p. 1284, 12 et s. ; P. Berger, *La fiducie-gestion*, Actes prat. strat. patrimoniales 2011, n°1, 29.

²²⁶ Avec la précision que les modalités de cette transmission à titre gratuit ne sont pas égales, puisqu'il existe encore davantage d'incertitudes sur la possibilité de léguer le contrat (v. infra n° 35).

²²⁷ J.-F. Desbuquois, C. Farge, *Permettre la transmission de la fiducie-gestion*, JCP N, 30 septembre 2016, n°39, p. 1284, 15.

²²⁸ Art. 1216 à 1216-3 c. civ., issus de l'ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016.

²²⁹ P. Berger, *La fiducie-gestion*, Actes prat. strat. patrimoniales 2011, n°1, 29.

²³⁰ Il serait alors ajouté un 2^{ème} alinéa à l'article 2013, siège de la prohibition de la fiducie-libéralité, lequel préciserait que « ne contrevient pas à cette interdiction, la transmission à titre gratuit par le constituant de ses droits sur le contrat lorsque ce dernier stipule que le bénéficiaire est le constituant ».

²³¹ Art. 1162 c. civ.

²³² Qui, en matière de contrats synallagmatiques, est autre que la simple prestation de son cocontractant, autrement appelée cause objective. V. : F. Terré, P. Simler, Y. Lequette, F. Chénéde, *Les obligations*, Précis Dalloz, 12^{ème} édition, p. 586 et 587, 505 et 506.

la prohibition de la fiducie-libéralité. Cette prohibition étant frappée d'une nullité d'ordre public, il est alors relativement incertain que ce contrat ne tombe pas du fait de son but.

Dans le même ordre d'idée, il serait également possible de voir l'opération sanctionnée au titre d'une éventuelle fraude à la loi.

D'autre part, il n'est pas aussi certain qu'il a pu être affirmé que ne soit prohibée que la fiducie qui opérerait par elle-même un transfert de propriété ; le code civil ne faisant que viser, pour l'interdire, le contrat de fiducie qui « *procède d'une intention libérale au profit du bénéficiaire*²³³ ». Or, dans une telle opération, même si le contrat de fiducie-gestion n'a effectivement pas pour effet de transférer la propriété au gratifié, il n'a pour seule vocation que de lui être cédé à titre gratuit par la suite²³⁴. Cela, de sorte qu'il serait peut-être quelque peu hâtif de dire qu'il ne procède d'aucune intention libérale.

Si toutefois l'opération était valable, elle pourrait difficilement porter sur des biens constituant la réserve sans méconnaître le principe selon lequel elle doit être reçue libre de charge²³⁵, mais elle aurait surtout pour conséquence de transférer au gratifié la qualité de constituant.

Du fait de cette qualité, il lui serait alors normalement possible de révoquer la fiducie²³⁶. Eventuellement, pourrait être prévue une clause d'irrévocabilité temporaire, mais elle ne va pas sans son lot d'hésitations²³⁷.

En tout état de cause, cette opération n'aurait pas la souplesse escomptée d'une fiducie-libéralité, notamment car, devant mettre en place la fiducie-gestion de son vivant pour pouvoir ensuite la céder à titre gratuit, le disposant devrait donc se défaire des biens à transmettre avant sa mort²³⁸. Il lui serait aussi sans doute suggéré de donner le contrat de fiducie-gestion, plutôt que de le léguer, du fait des incertitudes entourant cette possibilité²³⁹, ce qui est un autre facteur de rigidité.

²³³ Art. 2013 c. civ.

²³⁴ Entraînant, par là même, un appauvrissement du constituant au profit de celui qui a vocation à être cessionnaire à titre gratuit du contrat.

²³⁵ Sauf à considérer, comme cela a pu être soutenu, que la mise en fiducie des biens transmis n'est pas une charge grevant la réserve, mais simplement « *la caractéristique intrinsèque des éléments du patrimoine transmis* » (D. Parent, *La fiducie, outil patrimonial de gestion et de transmission*, Rev. Lamy dr. civ., 2019, 168, p.51, III-B-3). V. encore : P. Berger, *La fiducie-gestion*, Actes prat. strat. patrimoniales 2011, n°1, 31 ; lequel opère une comparaison avec la transmission de parts d'une société civile, permettant de faire échapper la gérance aux associés-héritiers sans, pour autant, qu'une telle opération ne s'analyse en une charge grevant la réserve.

Malgré cela, nous ne partageons pas une telle opinion, car il nous paraît particulièrement artificiel de considérer que les héritiers ont, dans la situation de la transmission d'une fiducie-gestion excédant le disponible, été investis de leur réserve libre de toute charge, alors qu'ils n'ont reçu ni gestion, ni biens. A l'inverse, pour reprendre la comparaison avancée, lorsque la réserve est composée par des parts sociales, ces dernières constituent néanmoins des biens que les héritiers vont recevoir, qui leur ouvriront des droits sociaux, et qu'ils vont éventuellement pouvoir aliéner. Cela, de sorte que les deux situations ne nous semblent pas comparables. Plus encore, il s'agirait d'une méconnaissance directe du caractère impératif de la saisine portant sur la réserve et l'opération serait alors sans doute condamnée.

²³⁶ En application de l'article 2028 al. 1^{er} c. civ.

²³⁷ V. infra n° 34.

²³⁸ Là où la fiducie-libéralité testamentaire lui permettrait de les garder sa vie durant.

²³⁹ V. infra n°35.

32. Les libéralités à charge de créer une fiducie-gestion. – Cette méthode ne vise plus à transmettre un contrat de fiducie-gestion d’ores et déjà existant, mais à faire de sa mise en place une charge accompagnant une transmission de biens.

Une fois encore, le souhait affiché est celui de ne pas prévoir de contrat de fiducie qui opérerait transfert par lui-même, mais de dissocier les deux étapes dans un ordre cette fois-ci inverse : d’abord les biens vont être transférés au gratifié, puis la fiducie-gestion va être créée.

Cette fiducie étant mise en place par le gratifié pour son propre compte, elle ne peut alors logiquement plus procéder d’une intention libérale. Pareillement, il est moins évident de considérer ici l’existence d’un contrat qui dérogerait, par son but, à l’ordre public. Cela, de sorte que les écueils de la cession à titre gratuit de la fiducie-gestion semblent avoir été évités²⁴⁰.

Pour autant, elle ne pourra prospérer que tant qu’elle porte sur des biens composant le disponible, en présence d’héritiers réservataires, puisque leur réserve doit être reçue libre de charges²⁴¹. S’il a pu être dit que l’opération pourrait être sécurisée par une renonciation anticipée à agir en réduction²⁴², cela semble en réalité peu probable, puisqu’il s’agirait davantage d’une renonciation à agir en cantonnement de la charge à hauteur du disponible, laquelle est sans doute en l’état impossible²⁴³.

A l’image de toute charge accompagnant une libéralité, il serait possible de la réviser en saisissant le juge²⁴⁴, ce qui n’est pas un facteur de stabilité des prévisions du *de cuius*.

S’y ajouterait qu’en cas d’assimilation de la charge à une clause d’inaliénabilité, ce qui résulterait éventuellement du fait que sa mise en œuvre a pour effet d’empêcher toute cession des biens par le gratifié, elle ne serait valable qu’à la condition que la fiducie soit « *temporaire et justifiée par un intérêt sérieux et légitime*²⁴⁵ ». Cela constituant un nouveau facteur d’insécurité.

Dans un autre ordre d’idée, étant lui-même à l’initiative du contrat de fiducie-gestion, le gratifié devrait en principe être en mesure de le révoquer librement²⁴⁶. S’il décidait d’y procéder, il se heurterait néanmoins à la révocation de la libéralité reçue pour inexécution de la charge dont elle est assortie, laquelle devrait ainsi jouer un effet dissuasif²⁴⁷. Si un tel argument n’est donc

²⁴⁰ En faveur de la validité d’une telle opération : C. Witz, J.-Cl. Notarial Répertoire, *fasc. 10, Fiducie - Introduction et constitution*, art. 2011 à 2030, 22 juin 2012, 33.

²⁴¹ Art. 912 al. 1^{er} c. civ.

²⁴² D. Parent, *La fiducie, outil patrimonial de gestion et de transmission*, Rev. Lamy dr. civ., 1^{er} mars 2019, n°168, p.51, III-B-3.

²⁴³ La renonciation anticipée à agir en réduction étant un pacte sur succession future autorisé à titre dérogatoire, il convient probablement d’interpréter cette possibilité de façon stricte. V. aussi : C. Brenner, J.-Cl. Civil Code, *Art. 912 à 930-5, fasc. 50*, 19 octobre 2021, 15.

²⁴⁴ Et en démontrant que son exécution est devenue « *soit extrêmement difficile, soit sérieusement dommageable* » (art. 900-2 c. civ.).

²⁴⁵ Art. 900-1 c. civ., lequel ajoute que : « *Même dans ce cas, le donataire ou le légataire peut être judiciairement autorisé à disposer du bien si l’intérêt qui avait justifié la clause a disparu ou s’il advient qu’un intérêt plus important l’exige* ».

²⁴⁶ Art. 2028 al. 1^{er} c. civ.

²⁴⁷ De sorte, qu’à l’inverse de ce qui a parfois pu être dit, la fragilité de l’opération ne se trouve pas ici. Contra : S. Lerond, G. Dumont, *Quand la fiducie prend le relais de l’assurance-vie*, Dr. et patr., octobre 2011, n° 207, p. 20.

pas de nature à décourager le disposant, celui tenant à la difficulté d'assurer le suivi de l'exécution d'une charge pourrait l'être bien davantage²⁴⁸.

En tout état de cause, puisqu'il est interdit aux mineurs, en l'état, de constituer une fiducie, y compris par le biais de leurs représentants légaux²⁴⁹, cette technique ne pourrait s'appliquer qu'aux libéralités consenties à des majeurs.

33. La création d'une fiducie-gestion par une société civile. – Une dernière construction plébiscitée repose sur l'intermédiation d'une société civile entre le gratifié et la fiducie²⁵⁰.

Il s'agit dans un premier temps, pour le disposant, de créer une société civile et de lui faire apport des actifs qu'il entend transmettre. Ensuite, la société civile va elle-même mettre en place une fiducie-gestion portant sur lesdits biens, de sorte qu'elle acquière les qualités confondues de constituant et de bénéficiaire²⁵¹. Finalement, sera associé le gratifié, lequel pourra recevoir les parts sociales à titre gratuit, soit entre vifs, soit pour cause de mort.

La transmission pour cause de mort des parts sociales ne pose effectivement ici pas grande difficulté, puisqu'il n'est plus question pour la fiducie de prendre fin du fait du décès du constituant²⁵², cette qualité appartenant désormais à la société.

L'un des inconvénients, en revanche, tient au fait que les gratifiés vont récupérer la qualité d'associé et donc normalement être en mesure de révoquer la fiducie, voire de dissoudre la société²⁵³.

Deux solutions s'ouvrent alors au disposant. La première, préventive, consisterait à aménager plus strictement, par le biais des statuts, les modalités de révocation de la fiducie et de dissolution de la société – en les soumettant, par exemple, à une décision à l'unanimité –. La seconde, plus efficace, mais aussi plus incertaine, serait de prévoir une clause d'irrévocabilité dans le contrat de fiducie²⁵⁴ ; ce qui, par là même occasion, dissuadera également les associés

²⁴⁸ S. Lerond, G. Dumont, *op. cit.*

²⁴⁹ D'après l'article 408-1 du code civil : « Les biens ou droits d'un mineur ne peuvent être transférés dans un patrimoine fiduciaire ». Puis, l'article 387-2 du code civil précise que : « l'administrateur légal ne peut, même avec une autorisation : [...] transférer dans un patrimoine fiduciaire les biens ou les droits du mineur ».

²⁵⁰ V. notamment : S. Lerond, S. Nauleau, *Fiducie et société civile : des outils complémentaires*, Dr. et patr., mars 2012, n° 212, p. 62 ; H. Fabre, *La fiducie comme alternative au mandat de protection future ou comme outil de transmission*, Dr. et patr., mars 2012, n° 212, p. 56, III.

²⁵¹ Evidemment, il est une précaution nécessaire tenant à rédiger l'objet social de façon à permettre la mise en place d'une fiducie (v. S. Lerond, S. Nauleau, *op. cit.*, III-A).

²⁵² Art. 2029 al. 1^{er} c. civ. Sur les incertitudes entourant la possibilité de déroger à la fin de la fiducie par le décès du constituant, v. infra n° 35.

²⁵³ Ajoutons qu'il n'est pas évident que la dissolution du constituant, lorsqu'il est une personne morale, mette un terme à la fiducie en l'état d'imprécision des textes. En effet, l'article 2029 du code civil, lequel mentionne les causes par lesquelles le contrat de fiducie prend fin, ne mentionne que « le décès du constituant personne physique ». Pour lever ces incertitudes, il a pu être proposé, à juste titre, de prévoir dans le contrat de fiducie qu'il prendrait fin avec la dissolution de la société civile (S. Lerond, S. Nauleau, *op. cit.*, III-C). Cela, de sorte à éviter que les associés ne se retrouvent constituants et bénéficiaires en indivision, ce qui ferait naître diverses difficultés (sur ces inquiétudes : H. Fabre, *op. cit.*, III).

²⁵⁴ Sur cette question, v. infra n° 34.

de procéder à la dissolution de la société, puisque cette dernière ne leur permettra plus d'espérer pouvoir mettre un terme à la fiducie.

Déjà relativement complexe dans sa mise en place et son fonctionnement, et nécessitant une pluralité d'associés²⁵⁵, la combinaison de la société civile et de la fiducie-gestion le serait encore davantage si l'on souhaitait délivrer des actifs aux associés²⁵⁶. Par cela, elle rejoint une critique qui pouvait déjà être formulée à propos de la société civile fonctionnant sans fiducie²⁵⁷.

B) De différentes restrictions à l'emploi de la fiducie-gestion tenant au droit commun de la fiducie

Lorsque la littérature songea à la possibilité d'user de la fiducie-gestion pour contourner l'interdit de la fiducie-libéralité, divers éléments de son régime ont pu apparaître comme des obstacles à contourner. L'éventuel caractère supplétif de ces dispositions, et donc la faculté d'y déroger, mérite d'être débattu, principalement au sujet de la révocabilité de la fiducie, ainsi que de sa prise de fin par le décès du constituant.

34. La révocabilité de la fiducie. – Limite commune aux opérations envisagées, la fiducie-gestion est en principe révocable *ad nutum* par le constituant, du moins lorsqu'elle n'a pas été acceptée par un bénéficiaire²⁵⁸.

C'est principalement dans le cadre de la cession à titre gratuit du contrat de fiducie, également lorsqu'elle est mise en place par une société civile, qu'il a été réfléchi à la possibilité d'y déroger. Cela, car le spectre de la révocation pour inexécution des charges dissuade quelque peu d'y procéder lorsqu'a été faite une libéralité à charge de mettre en place une fiducie-gestion.

La question est alors celle de savoir s'il s'agit d'une prescription d'ordre public et, en cas de réponse négative, s'il est possible d'inclure dans la fiducie à transmettre une clause d'irrévocabilité temporaire.

A la première question, les auteurs semblent répondre unanimement qu'il s'agit d'une disposition à laquelle il est possible de déroger²⁵⁹. L'un des arguments forts est de l'ordre du pragmatisme : du fait des diligences que le fiduciaire aura à prendre, éventuellement en termes de recrutement de personnel pour mener à bien sa mission, il devrait lui être possible de

²⁵⁵ Et donc une pluralité de bénéficiaires (exigence résultant de l'article 1832 al. 1 c. civ.).

²⁵⁶ Il serait notamment impossible pour le fiduciaire de délivrer directement des capitaux aux associés, sous peine de réaliser une fiducie-libéralité prohibée, puisqu'ils n'ont pas la qualité de constituant dans cette situation.

²⁵⁷ V. supra n° 27.

²⁵⁸ Art. 2028 al. 1^{er} c. civ.

²⁵⁹ P. Berger, *La fiducie-gestion*, Actes prat. strat. patrimoniales 2011, n°1, 31 ; H. Fabre, *La fiducie comme alternative au mandat de protection future ou comme outil de transmission*, Dr. et patr., mars 2012, n° 212, p. 56, II-B ; J.-F. Desbuquois, C. Farge, *Permettre la transmission de la fiducie-gestion*, JCP N, 30 septembre 2016, n°39, p. 1284, 23.

consolider sa position de façon à lui permettre d'éviter de devoir faire face, seul, aux conséquences d'une révocation intempestive de la fiducie²⁶⁰.

Du fait de cela, il ne semble pas déraisonnable de penser que la fiducie puisse être assortie d'une clause d'irrévocabilité temporaire. Ceci rejoignant d'ailleurs la position de la Fédération Nationale Droit du Patrimoine (FNDP), laquelle considère cette irrévocabilité comme possible, mais propose une reformulation de l'article 2028 pour aboutir à une solution voulue équilibrée²⁶¹.

Mais, lorsque ce contrat rendu irrévocable est transmis à titre gratuit à un gratifié, si tant est que cela soit possible²⁶², ou lorsqu'il a été mis en place par une société civile dont les parts sont transmises, il est une réflexion à mener sur l'éventualité que cette clause soit considérée comme une clause d'inaliénabilité²⁶³.

A ce propos, il a pu être dit que le régime des clauses d'inaliénabilité ne serait pas applicable, notamment car cette clause d'irrévocabilité n'était pas insérée dans la libéralité faite au gratifié, mais dans la fiducie qui la précède. Cela, de sorte qu'il ne s'agirait que d'une simple caractéristique de la fiducie transmise²⁶⁴.

Cependant, la lettre de l'article 900-1 du code civil, laquelle conditionne la validité des clauses d'inaliénabilité, ne nous a pas semblé suffisamment étroite pour conclure d'emblée, en pareille situation, à sa non-applicabilité. En effet, cet article a pour champ d'application « *les clauses d'inaliénabilité affectant un bien donné ou légué* », et non simplement celles stipulées à l'occasion d'une libéralité. Or, il n'est pas évident de considérer, et encore moins en présence d'une libéralité portant sur un contrat de fiducie stipulé irrévocable, qu'il n'en résulte pas une inaliénabilité affectant les biens transmis.

De plus, loin de constituer deux actes isolés, la fiducie et la libéralité qui s'ensuit participent d'une même opération contractuelle à vue libérale. Cela, de sorte qu'il serait quelque peu inopportun de soustraire la stipulation prévoyant l'irrévocabilité de la fiducie au régime des clauses d'inaliénabilité, au simple motif qu'elle a été prévue dans le premier contrat et non dans le second qui l'a accompagné.

En tout état de cause, la précaution voudrait que l'on suggère de ne pas méconnaître les conditions propres aux clauses d'inaliénabilité²⁶⁵ lorsque l'on stipule irrévocable une fiducie à transmettre.

²⁶⁰ P. Berger, *op. cit.*, 31.

²⁶¹ L'objectif étant de rassurer la pratique en intercalant un alinéa supplémentaire à l'article 2028 c. civ., lequel préciserait : « *le contrat de fiducie peut toutefois prévoir qu'il est irrévocable pour une durée qui ne peut excéder trente ans lorsque cette stipulation est justifiée par un intérêt sérieux et légitime* ».

²⁶² Ce qui est hautement incertain, v. supra n° 31.

²⁶³ Laquelle devrait alors répondre aux conditions qui sont les siennes : « *les clauses d'inaliénabilité affectant un bien donné ou légué ne sont valables que si elles sont temporaires et justifiées par un intérêt sérieux et légitime* » (art. 900-1 c. civ.).

²⁶⁴ J.-F. Desbuquois, C. Farge, *Permettre la transmission de la fiducie-gestion*, JCP N, 30 septembre 2016, n°39, p. 1284, 24.

²⁶⁵ Art. 900-1 c. civ., précité.

35. La prise de fin de la fiducie par le décès du constituant. – Autre sujet de réflexion relatif au droit commun de la fiducie, sa prise de fin par le décès du constituant²⁶⁶ est en réalité peu limitante dans le cadre des différents montages envisagés.

Pour ce qui est de la création de la fiducie par une société civile, qui devient alors le constituant, s'il est déjà incertain que sa dissolution mette un terme à la fiducie²⁶⁷, l'importante durée de vie qui est la sienne²⁶⁸ permet de réaliser une opération de longue durée en dissipant cette crainte.

Lorsqu'une libéralité est prévue à charge de créer une fiducie, le constituant est alors le gratifié, de sorte que le décès du disposant sera sans effet et de sorte que l'opération pourra continuer aussi longtemps que durera la vie du premier.

Finalement, ce n'est que lorsque l'on souhaite faire porter une libéralité sur un contrat de fiducie déjà existant qu'il s'agit d'une donnée à prendre en compte. Là encore, une distinction s'impose.

Si le contrat de fiducie-gestion est cédé entre vifs, dans ce cas le gratifié acquiert la qualité de constituant avant le décès du disposant, lequel est alors sans effet.

Ce n'est que si le contrat de fiducie-gestion est cédé pour cause de mort, par exemple par voie testamentaire, que le disposant aura encore la qualité de constituant au moment de son décès et qu'il est un risque que ce dernier mette un terme à la fiducie.

Face à cela, certains auteurs ont soutenu le caractère supplétif de cette disposition²⁶⁹, principalement en arguant du fait que les dispositions en matière contractuelle l'étaient par principe, puis que les textes permettaient expressément d'y déroger en matière de fiducie-sûreté²⁷⁰. Dans le même sens, la Fédération Nationale Droit du Patrimoine (FNDP) a conclu à l'absence d'ordre public, mais suggère que soit modifié l'article 2029²⁷¹.

Nous rejoignons cependant plus facilement l'opinion inverse, notamment soutenue par le professeur Witz²⁷² et le Cridon de Paris²⁷³. D'une part, car le contrat de fiducie est un contrat reposant sur de nombreuses formalités et entouré d'un ordre public conséquent²⁷⁴, auquel le législateur semble ne faire exception que de façon expresse²⁷⁵. D'autre part, car il est possible

²⁶⁶ Art. 2029 al. 1^{er} c. civ.

²⁶⁷ V. note n° 253.

²⁶⁸ La société civile pouvant être prévue pour une durée allant jusqu'à quatre-vingt-dix-neuf ans (art. 1838 c. civ.).

²⁶⁹ V. en particulier : P. Berger, *La fiducie-gestion*, Actes prat. strat. patrimoniales 2011, n°1, 28 ; J.-F. Desbuquois, C. Farge, *Permettre la transmission de la fiducie-gestion*, JCP N, 30 septembre 2016, n°39, p. 1284, 16 à 18.

²⁷⁰ Art. 2372-1 et 2488-1 c. civ.

²⁷¹ L'objectif étant de rassurer la pratique, en modifiant le texte de la façon suivante : « *Le contrat de fiducie prend fin par le décès du constituant personne physique, sauf clause contraire* » (souligné par nos soins).

²⁷² C. Witz, J.-Cl. Notarial Répertoire, *fasc. 20, Fiducie – Effets et extinction, art. 2011 à 2030*, 65.

²⁷³ Lequel se fonde sur le lien entre cet élément du régime de la fiducie et la prohibition de la fiducie-libéralité, laquelle est d'ordre public. V. : Cridon de Paris, séance du 20 avril 2017 (citée par D. Parent, *La fiducie, outil patrimonial de gestion et de transmission*, Rev. Lamy dr. civ., 1^{er} mars 2019, n°168, p.51, III-B-2).

²⁷⁴ Lequel apparaît expressément dans différents articles : art. 2012 al. 2 c. civ., art. 2013 c. civ., art. 2017 al. 2 c. civ., etc.

²⁷⁵ Pour s'en convaincre, il suffit de constater la multiplication des précisions textuelles quant à la faculté de déroger à certains articles de la fiducie : art. 2017 al. 1^{er} c. civ., art. 2018-1 c. civ., art. 2025 al. 2 c. civ., art. 2029 al. 2 c. civ. Ce qui laisse à penser, qu'en l'absence de précision en ce sens, cette faculté doit être refusée aux

de supposer que cette précision du législateur, tenant à la prise de fin de la fiducie par le décès du constituant, trouve sans doute sa justification dans une volonté d'empêcher les interférences entre la fiducie et le droit des successions²⁷⁶ ; considération suffisamment forte pour penser qu'il n'est pas possible aux parties d'y déroger.

contractants. A l'inverse, si nous avons estimé possible de déroger à la révocabilité du contrat sans que cela n'ait été prévu textuellement (supra n° 34), c'est parce qu'il ne s'agit pas tant d'un élément du régime propre à la fiducie que d'un rappel du droit commun des stipulations pour autrui (art. 1206 al. 2 c. civ.).

²⁷⁶ Ce que semble notamment confirmer l'article 2030 al. 2 c. civ., précisant que : « *lorsque [la fiducie] prend fin par le décès du constituant, le patrimoine fiduciaire fait de plein droit retour à la succession* ».

Conclusion de chapitre

Admettant de dépasser l'idée selon laquelle la fiducie-libéralité trouverait son terrain de prédilection lorsque les intérêts des constituant et bénéficiaire divergent, en refusant d'y voir l'expression d'une volonté despotique que le premier ferait subir au second, la versatilité de cet instrument, de même que les qualités propres aux transmissions qu'elle permettrait d'opérer et sur lesquelles nous avons insisté, sont autant d'arguments qui plaident en faveur de sa consécration.

Pour autant, cette dernière ne se justifierait que dans la mesure où elle permettrait de se défaire des inconvénients des solutions alternatives qui sont aujourd'hui proposées. S'agissant des mécanismes non-fiduciaires, ils sont trop souvent modestes du point de vue des pouvoirs confiés au gestionnaire, pour peu que ce dernier existe²⁷⁷, et correspondent à des solutions en demi-teinte, en l'absence de transfert d'une propriété fiduciaire. En cas d'emploi de la fiducie-gestion, les solutions proposées souffrent de leur trop simple remise en cause, ou trop grande complexité, laquelle a souvent pour raison d'être d'éviter le premier écueil. S'y ajoute, que les praticiens seront bien souvent dissuadés d'y recourir, en l'état des sanctions fiscales s'abattant sur ceux voyant leur opération requalifiée en fiducie-libéralité²⁷⁸.

Prenant désormais le parti qu'il est souhaitable de voir la fiducie-libéralité un jour consacrée, cette dernière ne devrait prospérer qu'au moyen d'une fixation précise du régime qui serait le sien, de sorte aussi à en éviter les excès.

²⁷⁷ Il est notamment absent dans le cadre des libéralités successives, comme nous l'avons rappelé (v. supra n° 26).

²⁷⁸ Sur ces sanctions fiscales, v. infra n° 40.

Chapitre 2 : Des modalités de la consécration de la fiducie-libéralité

Résultat des craintes qu'elle avait engendrées, la fiducie-libéralité fait aujourd'hui office de véritable paria du droit civil patrimonial. Loin de ne voir sa prohibition inscrite qu'à l'article 2013 du code civil²⁷⁹, un ensemble de dispositions éparées sont également de nature à la consolider, ou tout du moins réduisent considérablement le champ d'application que l'on pourrait souhaiter à cet instrument. Préalable évident pour qu'il puisse voir le jour, une première réflexion s'impose alors sur la levée des carcans qui, en l'état, l'entravent (Section 1).

Pour autant, il semble falloir se garder de toute position excessivement partisane. La fiducie-libéralité ne serait pas un instrument anodin, en raison de ses importants effets sur lesquels nous avons insisté, de sorte qu'il conviendrait de veiller à ce qu'elle puisse s'inscrire avec cohérence dans notre système juridique. Cela encore davantage, lorsque l'on sait que le droit civil, et particulièrement le droit des successions, dans lequel elle prendrait place, sont marqués par la recherche d'une forme d'équilibre de leurs solutions. Pour s'en convaincre, une parfaite et brève illustration est celle de la réserve héréditaire²⁸⁰, à laquelle les études sociologiques n'ont de cesse de rappeler l'attachement des français²⁸¹.

Il ne faut alors pas se tromper sur la portée de cette consécration, qui ne doit donc pas être uniquement guidée par des considérations libérales, de crainte de faire prendre au droit civil une direction que nous ne pensons pas souhaitable. En somme, la précaution impose de ne pas répondre à une forte prohibition par les excès inverses. Plus concrètement, il est des obstacles légitimes au trop grand déploiement de la fiducie-libéralité que nous croyons devoir être maintenus (Section 2).

Section 1 : La levée des empêchements conjoncturels

Les principaux obstacles textuels à l'emploi de la fiducie-libéralité sont, sans grande surprise, logés dans le droit commun de la fiducie (paragraphe 1). Mais encore, estimant comme insuffisamment dissuasives les prescriptions du code civil, un dispositif fiscal décourageant est venu s'y ajouter pour sanctionner ceux qui y contreviendraient (paragraphe 2).

Pour ce qui est du droit des successions, matière concernée au premier plan par l'instrument, il ne semble pas présenter d'obstacles dirimants. Pour étayer cela, nous pouvons constater que le

²⁷⁹ Lequel en fait néanmoins mention expresse, dans les termes suivants : « *le contrat de fiducie est nul s'il procède d'une intention libérale au profit du bénéficiaire. Cette nullité est d'ordre public* ».

²⁸⁰ Assurant nécessairement une capacité de disposer au *de cuius*, tout en veillant à ce que les héritiers réservataires ne soient pas totalement exhéredés.

²⁸¹ Sur le sujet : A. Gotman, *Contribution d'Anne Gotman*, in Rapport du groupe de travail sur la réserve héréditaire, dir. C. Pérès et Ph. Potentier, Editions Panthéon-Assas 2020, p. 179.

trust, institution que nous avons dit être très analogue à la fiducie, semble aujourd'hui pouvoir se concilier avec les principes de cette matière²⁸².

Paragraphe 1 : Les empêchements tenant au droit commun de la fiducie

Reprenant la distinction que nous avons envisagée plus tôt, la fiducie-libéralité pourrait tout autant être utilisée en matière de libéralités individuelles (A), que collectives (B), ce qui correspond à deux séries d'obstacles pour partie différents.

Plus précisément, si la suppression de certains éléments propre à rendre possible la fiducie-libéralité individuelle bénéficierait nécessairement à la fiducie-libéralité collective, s'ajoute pour cette dernière des restrictions qui lui sont propres.

A) Les obstacles à l'utilisation de la fiducie comme outil de transmission individuelle

Au-delà de lever la prohibition textuelle de l'utilisation de la fiducie à des fins libérales, ce sur quoi nous n'insistons pas, cette dernière ne pourrait prendre son essor qu'au moyen de l'abandon de l'interdiction de prévoir une fiducie testamentaire, mais encore de sa prise de fin par le décès du constituant.

Inversement, il est des éléments du régime de la fiducie qui pourraient tout à fait être maintenus en l'état, tant ils conviendraient à l'usage de la fiducie-libéralité : la possibilité du constituant de révoquer la fiducie *ad nutum* sauf acceptation du bénéficiaire²⁸³, la possibilité du bénéficiaire de solliciter le remplacement du fiduciaire lorsqu'il manque à ses devoirs ou met en péril les intérêts qui lui sont confiés²⁸⁴, le retour des biens dans le patrimoine du constituant en l'absence de bénéficiaire²⁸⁵, et finalement la possibilité, en cas d'insuffisance du patrimoine fiduciaire, de mettre le passif à la charge du fiduciaire plutôt qu'à celle du constituant²⁸⁶.

D'autres éléments pourraient être très légèrement modifiés, en songeant particulièrement à admettre une possibilité du bénéficiaire de nommer un tiers chargé de contrôler la bonne exécution du contrat, lorsque cela n'a pas été prévu par le constituant, puisqu'il serait alors celui tirant profit de sa mission²⁸⁷.

²⁸² Il a, notamment, déjà fait l'objet d'une réduction : 1^{ère} civ., 20 février 1996, 93-19.855, publié au bulletin. Plus généralement sur le sujet : S. Godechot, *L'articulation du trust et du droit des successions*, préf. Y. Lequette, Paris : Éd. Panthéon-Assas, 2004, coll. « Thèses ».

²⁸³ Art. 2028 al. 1^{er} c. civ.

²⁸⁴ Art. 2027 c. civ.

²⁸⁵ Art. 2030 c. civ.

²⁸⁶ Cette possibilité, prévue à l'article 2025 al. 2 c. civ, serait une précaution nécessaire dans le cas d'une fiducie-libéralité testamentaire, puisque le patrimoine du constituant aura, par hypothèse, fait l'objet d'une dévolution à ses héritiers.

²⁸⁷ Cette désignation n'existant, en l'état, qu'au profit du constituant (art. 2017 al. 1^{er} c. civ.).

36. L'abandon de l'interdiction de conclure la fiducie par voie testamentaire. – Aux termes du code civil, la fiducie ne peut aujourd'hui résulter que de la loi ou du contrat²⁸⁸. Pour autant, la souplesse que l'on souhaite au mécanisme commande d'admettre également la possibilité de la prévoir par testament.

Si une telle faculté était reconnue, elle ne correspondrait pour autant pas à un pacte sur succession future. En effet, bien que s'agissant d'un acte portant sur une succession non ouverte, et lequel n'offrirait qu'une simple expectative au bénéficiaire²⁸⁹, la faculté du constituant de révoquer librement la fiducie, en l'absence d'acceptation, s'opposerait à cette qualification²⁹⁰. De même, ne dit-on évidemment pas du testament, puisqu'il demeure librement révocable, qu'il constitue un pacte sur succession future prohibé. Il n'est également ici pas question d'acceptation de cette forme particulière de fiducie-libéralité puisqu'elle est contenue dans un testament, ce qui aurait eu sinon pour effet de faire perdre au constituant la possibilité de révoquer le contrat²⁹¹.

Il serait également souhaitable que cette forme de fiducie-libéralité ouvre aux bénéficiaires une option identique à celles des légataires, pour des raisons que nous avons eu l'occasion de développer²⁹². En revanche, après exercice de l'option et pour ce qui est de l'application des règles de l'appréhension de la succession, il serait pertinent que ce soit le fiduciaire qui demande la délivrance lorsque le bénéficiaire n'est pas saisi²⁹³, puisqu'il est celui qui va se mettre effectivement en possession des biens. Précisons que lorsque le bénéficiaire est saisi, sa qualité ne devrait pas imposer qu'il appréhende directement les biens composant le disponible. Cela, puisque le caractère impératif de la saisine portant sur cette masse de biens semble aujourd'hui avoir été abandonné²⁹⁴.

²⁸⁸ Art. 2012 c. civ.

²⁸⁹ Conditions qui, réunies, caractérisent les pactes sur succession future prohibés (v. F. Terré, Y. Lequette, S. Gaudemet, *Les successions, Les libéralités*, Précis Dalloz, 4^{ème} édition, p. 608 et s., 690 à 693).

²⁹⁰ La révocabilité de l'acte garantissant au *de cuius* de conserver sa liberté testamentaire, dont la sauvegarde constitue la raison derrière la prohibition des pactes sur succession future.

²⁹¹ Précisons que dans le cas de la fiducie-libéralité constituée entre vifs avec transmission des biens au décès, il n'y aura pas de risque que l'acceptation du bénéficiaire porte atteinte au principe de la prohibition des pactes sur succession future. Cela, car les biens auront quitté le patrimoine du constituant, de son vivant, pour rejoindre celui du fiduciaire, de sorte que sa succession ne sera pas en cause. De la même façon, une assurance-vie, même acceptée par son bénéficiaire désigné, ne constitue pas un pacte sur succession future.

²⁹² V. supra n° 4.

²⁹³ Il s'agirait donc des cas, sans doute les moins nombreux, dans lesquels le bénéficiaire ne serait pas un héritier ab intestat, ni ne serait gratifié d'une fiducie-libéralité testamentaire universelle en l'absence d'héritiers réservataires. Dans ces deux cas, qui recouvreraient l'hypothèse ordinaire de la fiducie-libéralité testamentaire adressée à un descendant, le bénéficiaire serait saisi, quitte éventuellement à devoir être envoyé en possession s'il ne tient pas ses droits d'un acte notarié (par analogie avec l'article 1007 al. 1^{er} c. civ.).

²⁹⁴ En effet, la progressive multiplication des exceptions qui lui sont portées nous pousse à croire à l'abandon de cette impérativité lorsque la saisine porte sur le disponible : exécuteur testamentaire, mandat à effet posthume, mandat post-mortem (qui permet également de tourner les règles de la saisine, bien que ne dessaisissant pas directement les héritiers), etc.

En revanche, le caractère relatif de la saisine ne nous semble pouvoir tenir que lorsqu'elle porte sur le disponible, puisque l'atteinte aux prérogatives de l'héritier saisi sur sa réserve conduirait également à méconnaître le principe selon laquelle elle doit être reçue libre de charges, sauf hypothèse du mandat à effet posthume qui résulte d'une dérogation légale. Sur la question du caractère impératif ou relatif de la saisine, v. : F. Terré, Y.

37. L'abandon de la prise de fin de la fiducie par le décès du constituant en matière de fiducie-libéralité. – La précision selon laquelle le décès du constituant met un terme à la fiducie, censée éviter toute forme d'interférence de cette dernière avec le droit des successions, est un élément de son régime que nous supposons probablement relever actuellement de l'ordre public²⁹⁵.

Cette justification disparue, une fois la fiducie intégrée en droit des successions, il serait alors tout à fait concevable d'admettre qu'il y soit fait exception en matière de fiducie-libéralité. Une telle possibilité se justifierait d'autant plus que la fiducie-libéralité est une forme de stipulation pour autrui laquelle, par principe, ne prend pas fin au décès du stipulant²⁹⁶.

Cela rendrait alors possible deux opérations. D'une part, les legs portant sur un contrat de fiducie-gestion, mais lesquels seraient sans doute marginalisés par la consécration de la fiducie-libéralité. D'autre part, et surtout, la fiducie-libéralité constituée entre vifs, mais opérant transfert au bénéficiaire postérieurement au décès du constituant. Outil qui serait au demeurant très utile, et sans doute plus utilisé que la fiducie-libéralité opérant transfert au bénéficiaire entre vifs, puisqu'il permettrait au constituant de se défaire de la gestion de son bien pendant son vivant, tout en s'assurant qu'elle se poursuive postérieurement à son décès²⁹⁷.

Pour autant, garder une telle solution de principe s'imposerait lorsque le constituant est également le bénéficiaire, puisqu'en pareil cas, la gestion du fiduciaire, qui a vocation à lui profiter de son vivant, à vocation à prendre fin à son décès et à bénéficier à sa succession par la suite. Cela, de sorte que la solution selon laquelle le décès du constituant ne met pas un terme à la fiducie aurait vocation à faire figure d'exception applicable au domaine de la fiducie-libéralité, de même que des exceptions sont aujourd'hui déjà prévues en matière de fiducie-sûreté²⁹⁸.

B) Les obstacles à l'utilisation de la fiducie comme outil de transmission collective

Si les modifications précédentes seraient tout à fait propices à l'utilisation de la fiducie-libéralité à des fins philanthropiques, notamment puisqu'on l'imaginerait principalement mise en place par voie testamentaire, de même qu'il serait souhaitable qu'initié du vivant du constituant elle puisse survivre à son décès, la spécificité de ce domaine nécessiterait de nouveaux aménagements du droit commun de la fiducie.

Au-delà de la durée de cette dernière, avec éventuellement une réflexion à mener sur la possibilité de la faire dépasser quatre-vingt-dix-neuf ans lorsqu'elle est affectée à une cause

Lequette, S. Gaudemet, *Les successions, Les libéralités*, Précis Dalloz, 4^{ème} édition, p. 712, 793 ; M. Grimaldi, *Droit des successions*, 7^{ème} édition, p. 336, 423.

²⁹⁵ Du fait de considérations développées précédemment, v. supra n° 35.

²⁹⁶ Art. 1207 al. 1^{er} c. civ. (*in fine*).

²⁹⁷ Cette dernière fonction constituant le principal intérêt de la fiducie-libéralité, il est très probable que cette forme particulière de l'instrument, ainsi que la fiducie-libéralité testamentaire, soient de loin les plus utilisées.

²⁹⁸ Art. 2372-1 et 2488-1 c. civ.

d'intérêt général²⁹⁹, les principales adaptations auraient trait à la détermination du bénéficiaire, et à l'obligation d'opérer deux transferts successifs.

38. L'assouplissement de la détermination du bénéficiaire en matière de fiducie-libéralité philanthropique. – Au titre des exigences de validité du contrat de fiducie, il est mentionné, dans le code civil, que doit être déterminée « l'identité du ou des bénéficiaires ou, à défaut, les règles permettant leur désignation³⁰⁰ ».

Or, rappelons que l'un des principaux intérêts des intermédiaires de transmission en matière philanthropique, fonction qui aurait vocation à être assurée par le fiduciaire, est celui de se soustraire à la nullité des libéralités pour indétermination du bénéficiaire³⁰¹. Sont par exemple utilisés à de telles fins, les legs à charge de retransmettre les biens qui en sont l'objet. En effet, grâce à ces derniers et par l'intermédiaire du légataire, il est possible de gratifier des personnes futures ou incertaines, mais à la condition, cependant, que le disposant ait préalablement arrêté une catégorie de bénéficiaires³⁰².

Une solution semblable serait alors tout à fait envisageable en présence de fiducies-libéralités à caractère philanthropique, notamment testamentaires, car la justification technique de la prohibition de la faculté d'élire de l'intermédiaire, tenant au souhait d'éviter que des biens « soient vacants et sans maîtres entre le décès du [disposant] et l'élection du [bénéficiaire]³⁰³ », serait ici également hors de propos.

Cette possibilité serait à l'image de celle existant en matière de trusts qui, s'ils imposent normalement la désignation d'un ou de bénéficiaires, permettent d'y faire exception en matière de trusts charitables³⁰⁴.

Il n'est pour autant pas certain qu'il faille une modification textuelle pour parvenir à un tel résultat. Cela, car le code civil a permis que ne soient arrêtées que des « règles permettant [la] désignation » des bénéficiaires, lorsqu'ils n'ont pas fait l'objet d'une désignation directe. Ce qui correspond, non à une exigence de détermination, mais simplement de déterminabilité.

Ainsi, une telle exigence s'avérerait limitante ou non selon l'interprétation qui en serait donnée. Peut-être, la jurisprudence se satisferait-elle de la détermination d'une catégorie de bénéficiaires, ou de bénéficiaires futurs, estimant qu'il y a là des « règles permettant leur désignation » et adoptant la même souplesse qu'à l'égard des libéralités à charge de retransmettre.

²⁹⁹ A l'image des actuelles fondations, lesquelles réalisent la plupart du temps une affectation perpétuelle (F. Terré, Y. Lequette, S. Gaudemet, *Les successions, Les libéralités*, Précis Dalloz, 4^{ème} édition, p. 591, 667). Cela, notamment grâce à l'exception au principe selon lequel les clauses d'inaliénabilité doivent être temporaires, dans le cadre de libéralités adressées à des personnes morales (art. 900-1 al. 2 c. civ.).

³⁰⁰ Art. 2018 5° c. civ.

³⁰¹ Sur cette nullité, v. : F. Terré, Y. Lequette, S. Gaudemet, *Les successions, Les libéralités*, Précis Dalloz, 4^{ème} édition, p. 302, 317.

³⁰² M. Grimaldi, *Libéralités et partages d'ascendants*, 2000, Litec, p. 357, 1471.

³⁰³ *Ibid.*, p. 356, 1471.

³⁰⁴ C. Larroumet, *La fiducie inspirée du trust*, D. 1990, p. 119, notes 7 et 10.

Cependant, sans doute une précision législative permettrait-elle de clarifier cette possibilité, tout en la limitant à l'exercice philanthropique, notamment car elle se comprend davantage lorsqu'elle est justifiée par une volonté de favoriser une pratique vertueuse.

39. L'abandon de l'obligation du double transfert en matière de fiducie-libéralité philanthropique. – Sans que le principe ne soit expressément formulé dans les articles dédiés à la fiducie, les auteurs semblent s'accorder sur la nécessité qu'elle conduise à un double transfert des biens fiduciaires³⁰⁵. Dans un premier temps, du constituant vers le fiduciaire, puis du fiduciaire vers le bénéficiaire.

Or, il est vrai qu'il existe des libéralités philanthropiques pour lesquelles la volonté est celle de voir les biens transférés à deux reprises. Un exemple étant, mais on peut encore songer à de nombreux autres, celui du legs adressé à la Fondation de France à charge, pour cette dernière, de transmettre les biens à une fondation autonome qu'elle devra préalablement mettre en place.

Mais, il n'en va pas de même de l'ensemble de ces libéralités. Un autre souhait pouvant être celui de voir les biens, lesquels ont été transmis une première fois, non pas retransférés par la suite, mais simplement affectés à une cause d'intérêt général. Ainsi, d'une libéralité destinée à permettre l'accès aux soins des démunis, dont l'affectation peut consister à rémunérer des soignants, construire des infrastructures adaptées, etc.³⁰⁶

Une fois encore, il s'agit d'une des possibilités que propose le trust, notamment utilisée en matière de trusts charitables³⁰⁷.

En l'état, l'outil propre à réaliser ces opérations est celui de la libéralité avec charge³⁰⁸, mais laquelle exige néanmoins de considérer que le disposant est animé d'une intention libérale envers le gratifié chargé de la mission d'intérêt général.

Ouvrir cette possibilité au fiduciaire, d'affecter les biens à une cause d'intérêt général, permettrait à la fiducie-libéralité philanthropique de répondre à des volontés plus diverses du constituant. Cependant, qu'il faille mentionner des difficultés relatives à la détermination de ce qui relève ou non de l'intérêt général – ce qui justifierait que l'instrument soit soumis à un droit de regard de l'autorité publique –, de même qu'au contrôle de la bonne exécution de la mission du fiduciaire³⁰⁹.

³⁰⁵ C. Witz, *La fiducie en droit privé français*, Strasbourg 1979, *Économica*, 1981, p. 56, 57 ; P. Malaurie, L. Aynès, *Les biens*, 8^{ème} édition, 2019, Defrénois-Lextenso, p. 283, 757.

³⁰⁶ Dans ce cas, l'objectif du disposant n'est pas celui que les biens soient directement transmis aux démunis, mais simplement qu'ils soient utilisés, notamment pour ce qui est des fruits tirés de leur gestion, au soutien de la cause qu'il souhaite défendre.

³⁰⁷ J. Boisson, *Les libéralités à caractère collectif*, Droit, Université Panthéon-Assas (Paris II), 2015, p. 244, 216.

³⁰⁸ Utilisée, par exemple, pour réaliser des fondations abritées par l'intermédiaire de la Fondation de France (v. supra n°14).

³⁰⁹ Ce qui, éventuellement, pourrait être résolu par la désignation d'un tiers chargé de veiller à la bonne exécution du contrat (art. 2017 al. 1^{er} c. civ.).

Sauf à dire que les articles du code civil ne prohiberaient pas un tel emploi de la fiducie-libéralité, puisqu'il n'est fait aucune mention de cet impératif du double transfert³¹⁰, une précision législative serait souhaitable pour consacrer cette possibilité propre à la philanthropie.

Paragraphe 2 : Les empêchements tenant au droit fiscal

Pour éviter qu'il ne soit recouru à la fiducie-libéralité malgré la prohibition du code civil, également du fait de craintes quant à son utilisation à des fins d'évasion et de fraude fiscales³¹¹, cette dernière a été rendue impraticable par l'adoption d'importantes sanctions.

Si la fiducie-libéralité était adoptée, une nécessité première serait de les abandonner (A), une seconde d'adopter une neutralité fiscale à son égard (B).

A) L'abandon des sanctions fiscales

Notamment justifiées par des craintes qui peuvent sans doute être aujourd'hui dépassées, les importantes sanctions fiscales frappant tout contrevenant à la prohibition de la fiducie-libéralité, sur lesquelles il convient de s'arrêter quelque peu, auraient alors vocation à disparaître.

40. L'état des sanctions fiscales. – D'une part nulle, d'une nullité d'ordre public³¹², la fiducie-libéralité voit son interdiction accompagnée de dispositions sanctionnatrices du code général des impôts.

Il s'agit de sanctions fiscales cumulatives, non pas simplement alternatives à celle du code civil, comme le confirme le rapport déposé à l'assemblée nationale par le député Xavier de Roux³¹³.

³¹⁰ Il est notamment absent de la définition de la fiducie, prévue à l'article 2011 c. civ. : « la fiducie est l'opération par laquelle un ou plusieurs constituants transfèrent des biens, des droits ou des sûretés, ou un ensemble de biens, de droits ou de sûretés, présents ou futurs, à un ou plusieurs fiduciaires qui, les tenant séparés de leur patrimoine propre, agissent dans un but déterminé au profit d'un ou plusieurs bénéficiaires » (souligné par nos soins). Or, il n'est pas impensable que cette affectation à une cause d'intérêt général corresponde à un acte du fiduciaire dans un but déterminé au profit du ou des bénéficiaires.

³¹¹ C. Witz, J.-Cl. Notarial Répertoire, *fasc. 10, Fiducie - Introduction et constitution*, art. 2011 à 2030, 22 juin 2012, 31 ; X. de Roux, rapport n° 3655, fait au nom de la commission des finances, déposé le 1er février 2007 à l'Assemblée nationale, p. 63 : « chacun à leur manière, ces deux nouveaux articles du code général des impôts poursuivent un même but : éviter tout risque de fraude ou d'évasion fiscale » ; F. Barrière, *La loi instituant la fiducie : entre équilibre et incohérence*, JCP E, 6 septembre 2007, n° 36, p. 2053, 12 ; J.-F. Desbuquois, *Lever la prohibition de la fiducie-libéralité*, 7 janvier 2016, III-C (article non publié, accessible par le lien suivant : https://www.fndp.eu/wp-content/uploads/2017/06/fiducie_liberalite-1.pdf).

³¹² Art. 2013 c. civ.

³¹³ X. de Roux, rapport n° 3655, fait au nom de la commission des finances, déposé le 1er février 2007 à l'Assemblée nationale, p. 63 : « la sanction fiscale présente un caractère cumulatif avec la nullité prévue par le

Donc, bien que l'acte soit nul, la seule tentative de recours à la fiducie-libéralité donnera quand même lieu à une imposition³¹⁴.

Vont être appliqués à l'opération, lorsque l'administration fiscale y aura décelé une intention libérale, les droits de mutation à titre gratuit entre personnes non-parentes³¹⁵, ce qui correspond à un taux de 60%³¹⁶ de la valeur des biens, droits ou fruits transférés, appréciée à la date de ce transfert. Par ailleurs, cette tentative est assimilée à une manœuvre frauduleuse³¹⁷, de sorte qu'il convient d'ajouter une pénalité en la forme d'une majoration de 80 % de cette imposition.

Ainsi, l'opération va donner lieu à une taxation à hauteur de 60%, majorée de 80% de ces 60%, soit 48%. Au final, ce n'est pas moins de 108% de la valeur de l'avantage perçu et rétrocedé que le bénéficiaire va devoir à l'administration fiscale, à titre de pénalité financière, pour une opération à laquelle il n'est même pas partie.

En plus de cela, le code général des impôts a adopté une définition à la fois autonome, mais également plus ample, de ce qui constitue un contrat de fiducie procédant d'une intention libérale³¹⁸, de sorte à faire planer une menace supplémentaire sur les tentatives de contournement de la prohibition.

Il y est dit : « *l'intention libérale est notamment caractérisée lorsque la transmission est dénuée de contrepartie réelle ou lorsqu'un avantage en nature ou résultant d'une minoration du prix de cession est accordé à un tiers par le fiduciaire dans le cadre de la gestion du patrimoine fiduciaire. Dans ce dernier cas, les droits de mutation à titre gratuit s'appliquent sur la valeur de cet avantage*³¹⁹ » (souligné par nos soins). Mesure qui exige vraisemblablement du bénéficiaire, lorsqu'il n'est pas le constituant, qu'il démontre l'existence d'une contrepartie équivalente à la valeur des biens transmis, de crainte qu'il résulte de l'opération une quelconque minoration du prix de cession à son avantage³²⁰. Au demeurant, une telle exigence dénote particulièrement avec le droit commun des contrats, par principe indifférent à l'équivalence de la valeur des prestations³²¹.

En pratique, ces pénalités seront exigées par l'administration fiscale avant même que le juge n'ait eu le temps de statuer sur la validité de l'acte. Sans que cela n'ait fait l'objet d'une précision textuelle, il a cependant été précisé, lors des débats parlementaires, que si le juge se

droit civil. Ainsi, non seulement la fiducie-libéralité se verra opposer sa nullité d'effets mais, de surcroît, ses parties devront s'acquitter de pénalités financières substantielles ».

³¹⁴ F. Tripet, *La prohibition de la fiducie-libéralité : pourquoi une telle démesure ?*, Gaz. Pal., 21 octobre 2006, n° 294, p. 6

³¹⁵ Art. 792 bis CGI.

³¹⁶ Par renvoi de l'article 792 bis CGI à l'article 777 CGI.

³¹⁷ Art. 1729 c CGI.

³¹⁸ De celle habituellement donnée par le droit des successions, et fréquemment entendue comme la conscience et la volonté de s'appauvrir au bénéfice d'autrui (sur la différence entre la conception abstraite et la conception affective de l'intention libérale, v. : F. Terré, Y. Lequette, S. Gaudemet, *Les successions, Les libéralités*, Précis Dalloz, 4^{ème} édition, p. 255, 258).

³¹⁹ Art 792 bis al. 2 CGI.

³²⁰ Sauf à voir la valeur de cette minoration soumise aux pénalités évoquées, au titre de l'article 792 bis al. 2 CGI. V. aussi : F. Tripet, *La prohibition de la fiducie-libéralité : pourquoi une telle démesure ?*, Gaz. Pal., 21 octobre 2006, n° 294, p. 6.

³²¹ F. Terré, P. Simler, Y. Lequette, F. Chénéde, *Les obligations*, Précis Dalloz, 12^{ème} édition, p. 436, 393.

prononçait dans le sens d'un rejet de la nullité de l'acte, l'administration fiscale serait contrainte de rendre les sommes perçues³²².

41. Des craintes dépassées : fraude et évasion fiscales. – Diverses exigences de validité du contrat de fiducie ne peuvent être comprises que comme correspondant à des tentatives d'éviter tout détournement fiscal de l'instrument.

En particulier, il est exigé des constituant et fiduciaire, qu'ils soient résidents « *d'un État de la Communauté européenne ou d'un État ou territoire ayant conclu avec la France une convention fiscale en vue d'éliminer les doubles impositions qui contient une clause d'assistance administrative en vue de lutter contre la fraude ou l'évasion fiscale*³²³ ». Ce qui a pour effet d'exclure la possibilité qu'une fiducie soit conclue par des personnes résidant dans un paradis fiscal³²⁴, mais encore qu'elle soit utilisée à des fins de blanchiment de capitaux ou d'évasion fiscale³²⁵. Néanmoins, cela a pour effet surprenant de soumettre la validité d'un contrat nommé du code civil à une condition de résidence des cocontractants, ce qui est particulièrement dérogoire au droit commun contractuel³²⁶.

Toujours sur la personne du fiduciaire, ne pourront exercer cette fonction que des avocats et des personnes morales placées sous le contrôle de l'autorité publique³²⁷, ce qui réduit la crainte que soient menées des opérations frauduleuses.

Pour ce qui est du contrat de fiducie en lui-même, et malgré le fait qu'aucune disposition n'ait formulé cela expressément, il doit fort probablement faire l'objet d'un écrit³²⁸, ce qui est de nature à faciliter les contrôles de l'administration fiscale. Cet écrit, ainsi que les éventuels avenants au contrat de fiducie, doivent ensuite faire l'objet d'un enregistrement dans un délai d'un mois à compter de leur date, à peine de nullité³²⁹. Le contrat sera ensuite publié sur un « registre national des fiducies³³⁰ », qui servira de base d'informations utile à l'administration

³²² H. de Richemont, Rapport n° 11, Sénat, 2006-2007, p. 75.

³²³ Art. 13 de la loi instituant la fiducie, n°2007-211, du 19 février 2007.

³²⁴ F. Tripet, *La prohibition de la fiducie-libéralité : pourquoi une telle démesure ?*, Gaz. Pal., 21 octobre 2006, n° 294, p. 6.

³²⁵ C. Witz, J.-Cl. Notarial Répertoire, *fasc. 10, Fiducie - Introduction et constitution, art. 2011 à 2030*, 22 juin 2012, 49.

³²⁶ *Ibid.*

³²⁷ Art. 2015 c. civ.

³²⁸ Divers articles relatifs à la fiducie permettent de déduire cela. D'abord, le contrat de fiducie doit comporter diverses mentions obligatoires (art. 2018 c. civ.). Ensuite, il doit être enregistré (art. 2019 al. 1^{er} et 2^{ème} c. civ.). Finalement, divers éléments doivent nécessairement faire l'objet d'un écrit, parmi lesquels : « *la transmission des droits résultant du contrat de fiducie et, si le bénéficiaire n'est pas désigné dans le contrat de fiducie, sa désignation ultérieure* » (art. 2019 al. 3 c. civ.). De sorte que le professeur Witz suppose que, si la désignation ultérieure du bénéficiaire doit être écrite, il est fort probable qu'il en soit de même pour celle initiale (C. Witz, J.-Cl. Notarial Répertoire, *fasc. 10, Fiducie - Introduction et constitution, art. 2011 à 2030*, 22 juin 2012, 63).

³²⁹ Art. 2019 al. 1^{er} c. civ, précisant qu'il doit être fait : « *au service des impôts du siège du fiduciaire ou au service des impôts des non-résidents si le fiduciaire n'est pas domicilié en France* ». Par ailleurs, lorsque le contrat porte sur des immeubles ou des droits réels immobiliers, il est soumis à la formalité fusionnée de l'enregistrement et de la publicité foncière (art. 2019 al. 2 c. civ.).

³³⁰ Mis en place par un décret n°2010-219 du 2 mars 2010, et ayant pour objectif, énoncé à l'article 1^{er}, de : « *centraliser les informations relatives aux contrats de fiducie nécessaires pour faciliter les contrôles permettant*

fiscale pour effectuer diverses vérifications. Parallèlement, il faut que lui soit faite une déclaration d'existence de la fiducie, par le fiduciaire³³¹.

Tout cela, étant largement de nature à dissiper les craintes que soient conclus des contrats de fiducie occultes.

S'y ajoute que, pendant la durée de la fiducie, l'administration fiscale bénéficie d'un droit de contrôle et de communication, ce qui lui permet notamment d'obtenir tout document relatif à la fiducie auprès de chacun des intervenants au contrat, mais encore de toute autre personne exerçant un pouvoir décisionnel direct ou indirect sur la fiducie³³². A cette occasion, il ne pourra pas lui être opposé le secret professionnel³³³.

En résumé, il est aujourd'hui suffisamment de garanties, très légitimes au demeurant, pour cesser de voir dans la fiducie, et par extension dans la fiducie-libéralité, un instrument de fraude et d'évasion fiscales.

B) L'octroi d'une neutralité fiscale

Bénéficiant notamment du modèle de l'imposition de l'assurance-vie et du trust, il pourrait être imaginé d'accorder à la fiducie-libéralité une neutralité fiscale, de sorte à ne pas la dissuader, sans pour autant l'encourager excessivement.

42. La taxation d'opérations analogues : trust et assurance-vie. – La crainte du contournement de l'imposition des droits de mutation à titre gratuit semble avoir été l'élément décisif pour justifier le refus d'intégrer la fiducie-libéralité en droit français³³⁴.

Une fois cette idée dépassée, le traitement fiscal actuel de certains instruments suffit à faire la démonstration de ce qu'il serait possible de taxer la fiducie employée à des fins libérales. Il s'agit notamment de l'assurance-vie, mais plus encore du trust, lequel laisse entrevoir ce que pourrait être le régime d'imposition de la fiducie-libéralité.

la lutte contre l'évasion fiscale, le blanchiment des capitaux et le financement du terrorisme » (souligné par nos soins).

³³¹ Art. 238 quater L CGI.

³³² Art. L96 F du livre des procédures fiscales (mis en place par l'art. 10 de la loi instituant la fiducie, n°2007-211, du 19 février 2007). De même, il pourra, le cas échéant, profiter : « *aux services des douanes et aux officiers de police judiciaire, aux autorités de contrôle compétentes en matière de lutte contre le blanchiment de capitaux, [...] et au juge* » (art. 15 de la loi n°2007-211, précitée).

³³³ *Ibid.*

³³⁴ Le traitement fiscal de la fiducie-libéralité conclue en méconnaissance de l'interdiction légale en portant d'ailleurs les stigmates. V. J.-F. Desbuquois, *Lever la prohibition de la fiducie-libéralité*, 7 janvier 2016, III-C (article non publié, accessible par le lien suivant : https://www.fndp.eu/wp-content/uploads/2017/06/fiducie_liberalite-1.pdf).

Pour ce qui est de l'imposition des capitaux tirés d'une assurance-vie, du moins pour ce qui est de son régime actuel³³⁵, il doit être fait une distinction suivant qu'ils résultent de primes versées avant ou après les soixante-dix ans de l'assuré. Lorsqu'elles ont été versées avant cet âge, après un abattement de 152.500€ par bénéficiaire, elles vont donner lieu à un prélèvement de 20% sur la fraction taxable jusqu'à hauteur de 700.000€, et un prélèvement de 31,25% au-delà³³⁶. Lorsqu'elles ont été versées après cet âge, elles vont donner lieu à une taxation au titre des droits de succession sur les primes versées par le souscripteur, en fonction du degré de parenté entre l'assuré et le bénéficiaire, après un abattement global de 30.500€, indépendamment du nombre de contrats souscrits par l'assuré et du nombre de bénéficiaires³³⁷.

Pour ce qui est du trust utilisé à des fins libérales, il a été prévu la possibilité de soumettre les biens qui le composent à imposition³³⁸. Cela aura lieu, soit lorsque le constituant est résident de France, soit lorsqu'au moins un des bénéficiaires l'est, ou alors lorsqu'il existe des biens ou droits situés en France³³⁹. Le fait générateur de l'impôt est alors le décès du constituant, et l'absence de transmission des biens aux bénéficiaires, à cette date, n'empêche pas la taxation.

Le régime d'imposition repose sur une distinction entre deux situations³⁴⁰.

La première est celle dans laquelle le transfert au bénéficiaire peut s'analyser comme une donation ou une succession au sens du droit français ; en pareil cas, les droits de mutation à titre gratuit, de droit commun, seront applicables³⁴¹.

La seconde est celle inverse, où le transfert ne peut pas être analysé en une donation ou une succession au sens du droit français et où vont être appliqués des droits de mutation par décès. De nouvelles subdivisions s'imposent encore³⁴². En cas de transmission d'une part déterminée de biens à un bénéficiaire déterminé, les droits de mutation par décès sont dus par le bénéficiaire en fonction du degré de parenté avec le constituant. En cas de transmission d'une part déterminée de biens à plusieurs descendants en même temps, sans répartition entre ces derniers, les droits de mutation par décès seront au taux de 45%. Finalement, dans les autres cas, notamment lorsque le décès n'a pas opéré de transfert des biens placés dans le trust, les droits de mutation par décès seront au taux de 60%.

En outre, les produits distribués du trust seront soumis à l'impôt sur le revenu³⁴³.

³³⁵ Applicable aux primes versées à compter du 13 octobre 1998 (art. 37 I-B de la loi de finances pour 1999, n°98-1266, du 30 décembre 1998).

³³⁶ Art. 990 I CGI.

³³⁷ Art. 757 B CGI.

³³⁸ Art. 14 de la loi de finances rectificative pour 2011, n°2011-900, du 29 juillet 2011.

³³⁹ Selon les cas, l'imposition portera soit sur l'ensemble des biens et droits composant le trust, soit sur ceux attribués aux bénéficiaires qui sont résidents en France, soit sur les seuls biens et droits situés en France (v. A. De L'Estoile-Campi, *Réforme de la fiscalité des trusts : premier bilan*, Dr. et patr., décembre 2012, n° 220, p. 24, II).

³⁴⁰ Pour une présentation schématisée sous forme de tableau, v. : A. De L'Estoile-Campi, *op. cit.*, II-D.

³⁴¹ Art. 792-0 bis II-1 CGI.

³⁴² Lesquelles résultent de l'article 792-0 bis II-2 CGI.

³⁴³ Art. 120 9° CGI.

43. Quelle imposition pour la fiducie-libéralité ? – Le principal écueil à éviter, en matière de fiducie-libéralité, serait que l’opération soit imposée deux fois, c’est-à-dire au moment de chaque transfert.

Pour ne pas dissuader le recours à l’instrument, il pourrait être pensé à ne taxer l’opération qu’une fois, notamment car la richesse attachée aux biens fiduciaires ne va faire l’objet que d’un transfert, le fiduciaire n’ayant pas vocation à en bénéficier³⁴⁴. Il serait alors souhaitable que la taxation ait lieu lors du transfert des biens au bénéficiaire, voire au décès du constituant et, à ce titre, la fiscalité du trust ferait office de modèle précieux³⁴⁵.

Le transfert au fiduciaire, en revanche, serait fiscalement considéré comme une convention de service, non d’échange, de sorte à ne pas constituer une mutation taxable³⁴⁶. La fiducie-libéralité serait ainsi à l’image de l’actuelle fiducie-gestion, soit une opération neutre fiscalement³⁴⁷.

Il y a là une solution qui existait déjà dans les projets prévoyant l’inclusion de la fiducie-libéralité dans le code civil, mais lesquels n’ont pas été adoptés³⁴⁸.

Pendant la durée de la fiducie-libéralité, il pourrait également être prévu, une nouvelle fois à l’image de la solution déjà existante en matière de fiducie-gestion³⁴⁹, que les biens transférés soient réputés appartenir au patrimoine du bénéficiaire pour les principaux impôts directs, en cas d’acceptation de l’opération. Cette dernière n’aurait alors pas de conséquences fiscales avantageuses pour le bénéficiaire, et répondrait ainsi à un principe de transparence fiscale³⁵⁰, voire de translucidité³⁵¹. S’il n’en était pas ainsi, cela permettrait au bénéficiaire de percevoir les revenus des biens fiduciaires, sans supporter les impôts auxquels ces derniers devraient normalement conduire, ce qui peut sembler excessif.

A défaut, la seule soumission des produits versés par le fiduciaire à l’impôt sur le revenu, à l’image de ce qui est aujourd’hui retenu en matière de trust³⁵², présenterait également une solution équilibrée.

³⁴⁴ M. Grimaldi, *La fiducie : réflexions sur l’institution et sur l’avant-projet de loi qui la consacre*, part. 1, Defrénois, 15 septembre 1991, n° 17, p. 897, 13.

³⁴⁵ V. supra n° 42.

³⁴⁶ M. Grimaldi, *op. cit.*, 13.

³⁴⁷ Pour l’actuelle fiducie-gestion, le transfert des biens au fiduciaire n’est pas considéré comme une mutation à titre onéreux et ne supporte donc pas la taxation correspondante. Seul le changement de statut des biens, qui doit être constaté, donne lieu à des frais de publicité, qui sont de 0,815% de la valeur des biens et droits immobiliers transférés (coût de la formalité fusionnée prévue par l’article 2019 al. 2 c. civ.), et d’un coût fixe de 125€ pour les droits ou biens mobiliers (art. 1133 quater CGI).

Lors de l’extinction du contrat de fiducie et en cas de retour des biens au constituant, cette même neutralité fiscale, par symétrie, conduit à ne pas y voir un fait générateur de l’impôt. Ce n’est qu’en cas de transfert du patrimoine fiduciaire à un tiers, que l’opération sera imposée (v. : B. Robin, R. Lantourne, *Osons la fiducie-gestion*, Actes prat. strat. patrimoniale 2018, n° 1, 17 à 19 ; R. Mortier, F. Le Mentec, *Fiscalité de la fiducie : la neutralité à tout prix*, Dr. et patr., juin 2008, n° 171, p. 82, I-B-1-b).

³⁴⁸ V. notamment : projet de loi AN n° 2583, IXème législature, 20 février 1992, art. 12 et s.

³⁴⁹ Art. 238 quater F al. 2 CGI.

³⁵⁰ P. Marini, *Enfin la fiducie à la française*, D. 2007, p. 1347.

³⁵¹ B. Robin, R. Lantourne, *op. cit.*, 16 ; R. Mortier, F. Le Mentec, *op. cit.*, II-A-1.

³⁵² Art. 120 9° CGI.

Section 2 : Le maintien de limites tenant à la protection de l'ordre public

Réitérant ici notre volonté de voir dans la fiducie-libéralité un mécanisme équilibré, qui ne soit ni la porte ouverte aux abus les plus divers, ni une occasion de battre en brèche les principes structurants du droit civil, il est impérieux de lui souhaiter une consécration raisonnablement mesurée.

Cette dernière, ne pourrait alors valablement se faire sans que soient conservées les limites qui, aujourd'hui, s'appliquent impérativement aux outils de transmission patrimoniale (paragraphe 1), lesquelles se justifient, également, par une volonté de se prémunir des dérives qu'il serait sinon possible de craindre de la fiducie-libéralité (paragraphe 2).

Constitue cependant une limite disparue, celle tenant à l'unicité du patrimoine, qui depuis longtemps n'est plus réellement. L'idée selon laquelle chaque personne ne peut être à la tête que d'un patrimoine, qui est à attribuer à Aubry et Rau³⁵³, souffre aujourd'hui d'exceptions sans cesse plus nombreuses et souvent justifiées par une volonté de favoriser le développement du commerce³⁵⁴ : qu'il s'agisse du recours aux personnes morales, mais encore de la plus récente EIRL³⁵⁵, pour aboutir à la création du patrimoine professionnel de l'entrepreneur individuel³⁵⁶. Disparition que l'on peut en partie déplorer, puisque le droit de gage réduit, qui en résulte, sera nécessairement pris en compte par les établissements bancaires ; la théorie de l'unicité du patrimoine ne serait, en revanche, être utilement invoquée pour s'opposer à la consécration ou aux effets de la fiducie-libéralité.

Paragraphe 1 : La conservation de limites

Lorsque l'on songe aux limites positives aux transmissions patrimoniales, les plus évidentes ont trait à des questions de capacité (A), ou résultent de l'application des principes du droit des successions, principalement de la réserve héréditaire (B).

³⁵³ C. Aubry, C. Rau, *Cours de droit civil français*, t. 9, 5^{ème} édition, 1917, 573 et s.

³⁵⁴ Plus largement, elles visent à stimuler les initiatives privées, comme cela a pu être le cas avec l'avènement des fondations (F. Terré, P. Simler, *Les biens*, Précis Dalloz, 10^{ème} édition, p. 28, 21).

³⁵⁵ Art. 526-6 al. 1^{er} c. com., issu de la loi relative à l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée, n°2010-658, du 15 juin 2010.

³⁵⁶ Art. 526-22 al. 2 c. com., issu de la loi en faveur de l'activité professionnelle indépendante, n°2022-172, du 14 février 2022. Précisons que ce patrimoine professionnel apporte pour principale nouveauté son automaticité, ne nécessitant aucune démarche de la part de l'entrepreneur, le différenciant ainsi du statut d'EIRL qu'il a vocation à faire disparaître (S. Piédelièvre, *Feu la théorie de l'unicité du patrimoine*, Solution notaire hebdo, 10 mars 2022, n°8, p. 1).

N'abordant pas ici la création de limites *ex nihilo*, seront développées successivement ces restrictions déjà existantes, éventuellement adaptées à cet instrument nouveau qu'est la fiducie-libéralité.

A) Les limites tenant au régime des incapacités

En matière de libéralités, la capacité doit être abordée sous deux aspects : il existe une capacité de disposer et une capacité de recevoir, différentes l'une de l'autre. Ainsi, seront abordées à tour de rôle la création de la fiducie-libéralité, puis sa réception.

44. La création de la fiducie-libéralité. – La capacité de mettre en place une fiducie, qui inspirerait celle exigée pour une fiducie-libéralité, fait actuellement défaut dans deux cas de figure : soit lorsque le constituant est un mineur non émancipé, soit éventuellement en raison du régime de protection qui s'impose à lui.

Le premier cas, celui du mineur non émancipé souhaitant recourir à la fiducie-libéralité, serait assurément très théorique, tant on imagine difficilement ce dernier, ou ses représentants légaux, souhaiter mettre en place un instrument d'une telle complexité. En tout état de cause, ni le premier, ni les seconds, ne sont actuellement en mesure de mettre les biens du mineur en fiducie, sans que le principe ne souffre d'exceptions³⁵⁷. Il serait souhaitable qu'il en soit également ainsi pour la fiducie-libéralité, sans qu'il ne soit prévu de dérogation en faveur de la fiducie-libéralité testamentaire passé 16 ans³⁵⁸, tant l'instrument répond à une logique de prévoyance qui devrait échapper aux esprits juvéniles.

Pour ce qui est de la mise en place de la fiducie par le majeur incapable, il convient d'interroger les possibilités du régime de protection qui lui est applicable. En l'état, et comme souvent en cette matière, le code civil opère une gradation : la fiducie est pleinement ouverte au majeur sous sauvegarde de justice, autorisée avec assistance du curateur en cas de curatelle³⁵⁹, et finalement interdite en cas de tutelle³⁶⁰. Cette relative défiance se justifie très largement par la dangerosité de l'instrument, soustrayant au majeur protégé une partie de son patrimoine, mais encore par l'inadéquation entre sa situation personnelle et la complexité de sa mise en place. Il serait souhaitable que cette sévérité soit renforcée en matière de fiducie-libéralité, en

³⁵⁷ Art. 408-1 et art. 387-2 c. civ.

³⁵⁸ Le mineur de 16 ans ayant, d'après le code civil, la capacité de disposer par testament jusqu'à concurrence « de la moitié des biens dont la loi permet au majeur de disposer » (art. 904 al. 1^{er} c. civ.).

³⁵⁹ Art. 468 al. 2 c. civ.

³⁶⁰ Sans qu'il n'ait été prévu d'exceptions, puisque le code civil précise : « le tuteur ne peut, même avec une autorisation [...] transférer dans un patrimoine fiduciaire les biens ou droits d'un majeur protégé » (art. 509 5° c. civ.). Cette position restrictive a pu être critiquée, v. : H. Letellier, *La fiducie, outil de protection des majeurs vulnérables*, Dr. et patr., mars 2012, n° 212, p. 52.

n'autorisant sa mise en place qu'au majeur sous sauvegarde de justice³⁶¹, ce qui distinguerait ainsi la capacité qu'elle requiert de celle exigée pour les autres libéralités³⁶².

45. La réception de la fiducie-libéralité. – Pour ce qui est de la capacité à recevoir la fiducie-libéralité, il semble qu'elle puisse tout à fait être confondue avec celle exigée pour les autres libéralités.

Ainsi, il doit être fait une distinction selon qu'elle fait naître une obligation, ou non, à la charge du bénéficiaire.

Précisons cependant que, bien que la fiducie-libéralité puisse être analysée comme une libéralité avec charge³⁶³, notamment puisqu'elle entrave les prérogatives du bénéficiaire sur les biens fiduciaires et est donc susceptible de porter atteinte à la réserve³⁶⁴, il s'agit d'une charge d'un genre particulier. En effet, la charge que comporte la fiducie-libéralité lui est en quelque sorte consubstantielle³⁶⁵, et doit être différenciée, du point de vue de son régime et dans la mesure où elle ne fait pas nécessairement naître une obligation pesant sur le bénéficiaire, des autres charges grevant les libéralités, entendues strictement³⁶⁶. Or, c'est précisément le fait qu'une libéralité oblige le gratifié qui commande que son acceptation soit soumise à des exigences

³⁶¹ Cette restriction peut sembler opportune pour plusieurs raisons. D'une part, la fiducie-libéralité est l'archétype de l'instrument de prévoyance, que l'on dirait anachroniquement être celui du "bon père de famille", et dont la mise en place aurait vraisemblablement vocation à être le fruit d'un choix averti et prudent. Du fait de cela, mais encore des importantes conséquences qu'elle serait susceptible d'avoir à l'égard des gratifiés et des coûts qu'elle pourrait représenter pour le constituant, elle peut paraître en inadéquation avec les régimes de protection qui sont les plus lourds, tutelle ainsi que curatelle. D'autre part, et pour la fiducie-libéralité testamentaire, la complexité de sa mise en place exclurait vraisemblablement, dans ces mêmes régimes, que le majeur protégé puisse y recourir sans assistance. Or, le testament étant un acte strictement personnel, il ne peut être le produit de l'assistance d'un curateur ou d'un tuteur (art. 458 al. 1^{er} c. civ.), de sorte que la fiducie-libéralité testamentaire se trouverait être impossible par la force des choses. Plus largement, il y a lieu d'y voir le signe d'une incompatibilité entre la fiducie-libéralité et ces deux régimes de protection. Si toutefois, il s'agissait de l'autoriser plus largement, notamment sous le régime de la tutelle et conformément aux garanties applicables aux autres libéralités (v. note 362), nous estimerions difficilement tenable l'interdiction faite à ce même majeur de conclure une fiducie-gestion à son profit (art. 509 5^o c. civ.), de sorte que les réserves au trop grand déploiement de la fiducie risqueraient progressivement de céder.

³⁶² En curatelle, comme en tutelle, le majeur protégé conserve une partie de sa capacité à disposer à titre gratuit. Dans le premier cas, il peut librement tester (art. 470 al. 1^{er} c. civ.), mais encore réaliser des donations avec l'assistance de son curateur (art. 470 al. 2 c. civ.). Dans le second cas, à condition d'obtenir l'autorisation du juge des tutelles ou du conseil de famille, il lui est possible de tester (art. 476 al. 2 c. civ.), voire de donner avec, selon les cas, l'assistance ou la représentation de son tuteur (art. 476 al. 1^{er} c. civ.).

³⁶³ V., par exemple : M. Grimaldi, *La fiducie : réflexions sur l'institution et sur l'avant-projet de loi qui la consacre*, part. 2, Defrénois, 30 septembre 1991, n° 18, p. 961, 56.

³⁶⁴ Laquelle doit être reçue libre de toute charge (art. 912 al. 1^{er} c. civ.).

³⁶⁵ Elle peut être considérée comme une charge constitutive de la libéralité, non pas simplement comme une charge la grevant (v. M. Grimaldi, *La fiducie : réflexions sur l'institution et sur l'avant-projet de loi qui la consacre*, part. 2, Defrénois, 30 septembre 1991, n° 18, p. 961, 56).

³⁶⁶ Seules certaines fiducies-libéralités, telles les fiducies-libéralités testamentaires universelle et à titre universel, feraient naître des obligations à la charge du bénéficiaire, en l'occurrence une obligation au passif successoral. Du fait de cela, la charge que comporte la fiducie-libéralité, tenant à l'administration du fiduciaire, se distingue des autres charges strictement entendues, lesquelles constituent « une obligation imposée au gratifié » (P. Malaurie, C. Brenner, *Droit des successions et des libéralités*, 8^{ème} édition, p. 227, 388).

renforcées lorsqu'elle est adressée à un mineur ou à un majeur protégé³⁶⁷, mais encore qu'il soit possible de faire réviser judiciairement la charge qu'elle comporte³⁶⁸. Lorsque la charge assortie à une libéralité n'oblige pas le gratifié, comme ce peut être le cas pour celle que comporte la fiducie-libéralité, la justification de ces éléments de régime disparaît.

En revanche, dans le cas où la fiducie-libéralité comporterait une obligation pesant sur le bénéficiaire, de sorte que son acceptation constituerait un acte de disposition, il serait alors pareillement justifié qu'elle doive être acceptée par les deux représentants légaux du mineur ou, à défaut, par le juge des tutelles³⁶⁹. De même, adressée à un majeur placé sous un régime de protection³⁷⁰, serait alors requise l'autorisation du conseil de famille ou du juge en cas de tutelle, et l'assistance du curateur en cas de curatelle³⁷¹.

Evidemment, il n'y aurait aucune raison que la fiducie-libéralité permette de contourner les interdictions de recevoir qui s'appliquent habituellement aux libéralités³⁷². Cela étant, la fiducie-libéralité étant une opération complexe dans sa mise en place et soumise à une certaine publicité³⁷³, il y a lieu de penser qu'elle ne serait pas un choix de premier ordre pour essayer de gratifier en méconnaissance de ces interdits légaux.

B) Les limites tenant à la réserve héréditaire

Institution protectrice de certains proches héritiers du *de cuius*, la réserve héréditaire constitue une limite importante à l'absolutisme du droit de propriété³⁷⁴, et plus précisément à la possibilité, qu'il implique, de pouvoir librement disposer à titre gratuit³⁷⁵.

³⁶⁷ V. : M. Grimaldi, *Libéralités et partages d'ascendants*, 2000, Litec, p. 69, 1070.

³⁶⁸ En effet, n'obligeant pas le gratifié, mais surtout puisqu'elle est consubstantielle à la fiducie-libéralité, nul n'imaginerait qu'il soit possible de réviser la charge que constitue la gestion du fiduciaire par application de l'article 900-2 du code civil. Par précaution, cela pourrait utilement être précisé dans les textes, voire faire l'objet d'une exclusion implicite, en prévoyant une possibilité *sui generis*, plus étroite, de révision de l'instrument.

³⁶⁹ Art. 387 c. civ.

³⁷⁰ Art 505 al. 1^{er} (pour la tutelle) et 467 al. 1^{er} c. civ (pour la curatelle).

³⁷¹ Il nous faut cependant mentionner une autre question, essentiellement lorsque la fiducie-libéralité est adressée à un majeur sous tutelle, qui tient au fait de savoir s'il est possible, pour un tel instrument, d'exclure la gestion de son représentant. Pour tâcher d'y répondre, il semble possible d'opérer une comparaison avec le mandat à effet posthume, lequel peut prendre effet « *alors même qu'il existe un mineur ou un majeur protégé parmi les héritiers* » (art. 812-1 c. civ.), sans distinction entre les régimes de protection. Il apparaît donc que la gestion du tuteur n'est pas toujours impérative, par principe, et ne s'oppose pas à ce que des biens du majeur soit confiés à une gestion tierce.

Pour les autres cas d'incapacité, cette interrogation n'existe pas réellement : le curateur n'est qu'un accompagnant et ne représente pas le majeur protégé (art. 469 al. 1^{er}), de sorte qu'il n'a pas de pouvoir de gestion, et il est d'ores et déjà possible de prévoir une clause excluant la gestion des administrateurs légaux à l'occasion de libéralités consenties à des mineurs (art. 384 c. civ.).

³⁷² Art. 907 et s., c. civ.

³⁷³ V. notamment supra n°41. Mais encore, art. 2021 al. 1^{er} c. civ. : « *lorsque le fiduciaire agit pour le compte de la fiducie, il doit en faire expressément mention* ».

³⁷⁴ Art. 544 c. civ. : « *la propriété est le droit de jouir et disposer des choses de la manière la plus absolue, pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois ou par les règlements* ».

³⁷⁵ C. Brenner, J.-Cl. Civil Code, Art. 912 à 930-5, fasc. 10, 28 septembre 2021, 1.

Faisant obstacle aux excès de la fiducie-libéralité, elle serait susceptible d’entraîner sa réduction dans deux cas de figure, lesquels sont différents selon la personne du bénéficiaire. La première hypothèse est celle où, ayant été adressée à un tiers, la fiducie-libéralité prive l’héritier de sa réserve. Dans la seconde, adressée cette fois-ci à un réservataire, le plus souvent un descendant, elle le prive de ses prérogatives sur les biens composant la réserve, en méconnaissance du principe selon lequel elle doit être reçue libre de charge³⁷⁶.

Il est alors impératif, pour le constituant, de ne la faire porter que sur le disponible, et particulièrement compte tenu de l’impérativité de la saisine de la réserve. S’il a parfois été suggéré, en s’inspirant de la faculté ouverte en matière de libéralités successives³⁷⁷, de prévoir une possibilité de faire porter la fiducie-libéralité sur la réserve avec le consentement de l’héritier réservataire³⁷⁸, nous estimons cette position particulièrement excessive. D’une part, car les restrictions aux prérogatives du bénéficiaire, qu’entraîne la fiducie-libéralité, excèdent très largement celles que subi l’héritier gratifié d’une libéralité graduelle ou résiduelle, de sorte que la comparaison ne peut avoir lieu. D’autre part, car il est prévisible qu’il serait fait usage de cette faculté au point de renverser la solution de principe, ce qui n’irait d’ailleurs pas sans que soient exercées des pressions sur les bénéficiaires.

Devant certes être confrontée à la réserve, la fiducie-libéralité ne pourrait en réalité l’être sans une réflexion autour de l’adaptation des règles actuelles, principalement pour ce qui est de la façon dont elle serait imputée.

46. La composition de la masse de calcul de la réserve. – Afin de déterminer si une libéralité est réductible, une première étape comptable consiste en l’établissement de la masse de calcul de la réserve, laquelle est constituée : des biens existants au jour du décès, déduction faite du passif successoral, à quoi on réunit fictivement les donations consenties par le *de cujus*³⁷⁹. Par cela, son patrimoine va être reconstitué fictivement, à l’image de ce qu’il aurait été s’il n’avait consenti aucune libéralité.

Pour ce qui est de la fiducie-libéralité, il n’y aurait alors aucune difficulté à l’inclure dans cette masse de calcul, en reprenant une nouvelle fois la distinction entre celle testamentaire et celle constituée entre vifs.

La fiducie-libéralité testamentaire prendrait alors naturellement place dans les biens existants, et celle constituée entre vifs ferait l’objet d’une réunion fictive, au même titre que les donations,

³⁷⁶ Lequel résulte de l’art. 912 al. 1^{er} c. civ.

Dans une situation analogue, à propos d’une disposition testamentaire par laquelle un *de cujus* avait privé sa fille de ses droits sur une collection de tableaux constituant sa réserve : 1^{ère} civ., 22 février 1977, 74-14.824, publié au bulletin. Il résulte de cet arrêt une cassation, dans les termes suivants : « *attendu cependant qu’en se déterminant par de tels motifs alors que la clause susvisée avait pour effet de priver l’héritière réservataire du droit de jouir et de disposer de biens compris dans sa réserve, la cour d’appel a violé le texte susvisé* ».

³⁷⁷ Art. 1054 al. 2 (libéralités graduelles) et art. 1059 al. 3 c. civ. (libéralités résiduelles).

³⁷⁸ V. : J.-F. Desbuquois, *Lever la prohibition de la fiducie-libéralité*, 7 janvier 2016, IV (article non publié, accessible par le lien suivant : https://www.fndp.eu/wp-content/uploads/2017/06/fiducie_liberalite-1.pdf) ; v. aussi : H. Fabre, *La fiducie comme alternative au mandat de protection future ou comme outil de transmission*, Dr. et patr., mars 2012, n° 212, p. 56, II-A-3°.

³⁷⁹ Art. 922 al. 2 c. civ.

puisque les biens se trouveraient avoir quitté le patrimoine du *de cuius* préalablement à son décès.

Aussi, en matière de réunions fictives, la règle est que les donations sont réunies pour leur valeur au jour du décès, mais dans leur état au jour de la libéralité³⁸⁰, selon le mécanisme de la dette de valeur.

Se poserait alors la question de savoir ce qu'il doit advenir des plus ou moins-values attribuables à la gestion du fiduciaire, en cas de fiducie-libéralité constituée entre vifs. En d'autres termes, conviendrait-il de réunir fictivement la fiducie-libéralité dans son état au jour de la transmission au fiduciaire, ou dans son état au jour de la transmission au bénéficiaire³⁸¹ ?

Nous pensons qu'en suivant l'idée selon laquelle la masse de calcul de la réserve vise à reconstituer le patrimoine du *de cuius* tel qu'il aurait été sans libéralités, il convient de tenir compte du moment où il se défait de la propriété de ses biens, et à partir duquel les plus ou moins-values résultant de leur gestion n'adviennent plus de son fait. Ce n'est donc pas tant le fait que les plus-values soient attribuables à l'activité du donataire, mais plutôt qu'elles ne résultent pas de la gestion du donateur, qui commande de ne pas les prendre en compte dans le cadre de la réunion fictive.

Ainsi, il semblerait qu'il faille tenir compte du jour du transfert des biens dans le patrimoine fiduciaire³⁸², ce qui aura aussi pour effet de faire profiter le bénéficiaire des plus-values de la gestion du fiduciaire, et non la succession, puisqu'elles ne seront pas réunies fictivement³⁸³.

Finalement, de la même façon qu'il convient de déduire les charges grevant les donations dans le cadre de la réunion fictive³⁸⁴, il s'agirait de ne réunir que l'actif fiduciaire net, déduction faite de dettes de gestion, éventuellement composées de la rémunération du fiduciaire³⁸⁵.

47. L'imputation de la fiducie-libéralité. – Après avoir évalué la masse de calcul de la réserve, il reste à rechercher comment imputer la fiducie-libéralité, ce qui correspond en réalité à deux questions différentes : sur quel secteur de l'hérédité convient-il de l'imputer, et dans quel ordre ? Une nouvelle fois, la réponse à ces interrogations ne pourra être apportée qu'au moyen d'une distinction entre les différents types de fiducie-libéralité.

Pour ce qui est du secteur d'imputation, il convient évidemment d'opérer une distinction selon qu'elle est adressée à un héritier réservataire ou non, à l'image de la solution retenue pour les

³⁸⁰ Art. 922 al. 2 c. civ.

³⁸¹ Pour peu que cette dernière ait lieu du vivant du constituant, ce qui ne sera pas le cas en présence d'une fiducie-libéralité constituée entre vifs et prenant effet postérieurement à son décès.

³⁸² En ce sens : J. Boisson, *Les libéralités à caractère collectif*, Droit, Université Panthéon-Assas (Paris II), 2015, p. 392, 369 ; S. Godechot, *L'articulation du trust et du droit des successions*, préf. Y. Lequette, Paris : Éd. Panthéon-Assas, 2004, coll. « Thèses », p. 323, 338 ; contra : J.-F. Desbuquois, *Lever la prohibition de la fiducie-libéralité*, 7 janvier 2016, IV (article non publié, accessible par le lien suivant : https://www.fndp.eu/wp-content/uploads/2017/06/fiducie_liberalite-1.pdf).

³⁸³ Inversement, en cas de moins-values résultant de la gestion du fiduciaire, cette dernière ne préjudiciera pas à la succession.

³⁸⁴ Art. 922 al. 2 c. civ.

³⁸⁵ J. Boisson, *Les libéralités à caractère collectif*, Droit, Université Panthéon-Assas (Paris II), 2015, p. 393, 370.

autres libéralités³⁸⁶. Lorsque la fiducie-libéralité est adressée à un non-réservataire, il n'y a aucun doute sur le fait qu'il faille l'imputer sur le disponible, à quoi il y a lieu d'assimiler la situation du bénéficiaire qui, quoique réservataire, renonce à la succession³⁸⁷. Lorsque la fiducie-libéralité est cette fois-ci adressée à un réservataire, certaines distinctions s'imposent. Pour celle qui n'opère transmission au bénéficiaire qu'après le décès du constituant, soit qu'il s'agisse d'une fiducie-libéralité testamentaire, soit qu'elle soit constituée entre vifs avec transmission postérieure audit décès, il est nécessaire qu'elle s'impute sur le disponible pour s'assurer que le bénéficiaire puisse recevoir sa réserve libre de charge. S'il s'agit d'une fiducie-libéralité entre vifs, sauf à ce qu'elle ait été stipulée hors-part par le *de cuius*, il serait alors tout à fait envisageable qu'elle s'impute prioritairement sur la part de réserve du bénéficiaire, et subsidiairement sur le disponible, à l'image de la solution retenue pour les donations³⁸⁸.

Quant à l'ordre d'imputation, certaines caractéristiques de la fiducie-libéralité imposent d'apporter une réponse nuancée et plurielle : l'existence d'un double transfert, d'une part, mais encore sa libre révocabilité de principe³⁸⁹, d'autre part. Plus précisément, seules les fiducies-libéralités autres que testamentaires engendrent une difficulté, puisqu'il convient sinon de les imputer concurremment avec les legs pour qu'elles soient réduites au marc le franc³⁹⁰.

D'après un auteur autorisé, il n'y a que deux données qui « *commandent en droit français l'ordre d'imputation, donc de réduction, des libéralités*³⁹¹ » : à savoir leur irrévocabilité et la « *date du dessaisissement du disposant et d'acquisition du gratifié*³⁹² ». Par application de ces principes à la fiducie-libéralité, celles constituées entre vifs, qu'elles opèrent transmission au bénéficiaire du vivant du constituant ou non, prendraient place au moment où elles deviennent irrévocables par le fait de l'acceptation du bénéficiaire ou, à défaut, au moment où les biens lui sont transférés³⁹³, sauf à être imputées concurremment avec les legs³⁹⁴.

³⁸⁶ F. Terré, Y. Lequette, S. Gaudemet, *Les successions, Les libéralités*, Précis Dalloz, 4^{ème} édition, p. 1058, 1182 et s.

³⁸⁷ Sauf l'hypothèse dans laquelle il serait représenté.

³⁸⁸ Art. 919-1 al. 1^{er} c. civ. Pourrait alors s'appliquer à la fiducie-libéralité entre vifs la même présomption qu'aux donations (art. 843 al. 1^{er} c. civ.), de sorte à la considérer faite en avancement de part à défaut de stipulation contraire du constituant.

³⁸⁹ Art. 2028 al. 1^{er} c. civ. : « *le contrat de fiducie peut être révoqué par le constituant tant qu'il n'a pas été accepté par le bénéficiaire* ».

³⁹⁰ Il n'y a également pas lieu de craindre que cette forme de fiducie-libéralité soit acceptée et devienne irrévocable du vivant du constituant puisqu'elle est contenue dans un testament.

³⁹¹ Y. Lequette, *De l'ordre de réduction des libéralités réalisées au moyen d'un trust entre vifs*, D. 1996, p. 231, 12.

³⁹² Tout du moins, lorsqu'il s'agit d'une même date, sinon seule la date d'acquisition du gratifié doit prévaloir (Y. Lequette, *op. cit.*, 17).

³⁹³ En ce sens : M. Grimaldi, *La fiducie : réflexions sur l'institution et sur l'avant-projet de loi qui la consacre*, part. 2, Defrénois, 30 sept. 1991, n° 18, p. 961, 63-b ; J. Boisson, *Les libéralités à caractère collectif*, Droit, Université Panthéon-Assas (Paris II), 2015, p. 396, 374.

³⁹⁴ Lorsque ce transfert n'a pas lieu du vivant du constituant.

Finalement, des considérations pragmatiques imposeraient que le débiteur de l'éventuelle indemnité de réduction soit le fiduciaire lorsque le transfert des biens au bénéficiaire n'a pas encore eu lieu³⁹⁵.

Paragraphe 2 : Des limites justifiées par une volonté d'éviter les dérives de la fiducie-libéralité

Ces limites énumérées, que nous pensons devoir impérativement être conservées, trouvent pour justification commune une volonté que soit mis en place un instrument équilibré, qui ne soit pas le prétexte à une remise en cause progressive des principes qui tiennent le droit des successions en équilibre, notamment pour ce qui est de la réserve. En ce sens, il ne s'agit pas de faire de l'instrument une panacée, civilement autant que fiscalement, qui conduise à l'abandon de toutes les autres solutions qui font aujourd'hui la richesse de la matière patrimoniale. La fiducie ayant cela, à la différence des autres contrats nommés du code civil, qu'elle est une institution relativement abstraite dont on imagine facilement qu'elle devienne une réponse aux souhaits les plus divers, à l'instar du trust anglo-saxon.

Il convient également de prendre en compte les réserves, car la fiducie-libéralité ne serait pas une consécration anodine, tant les effets qu'elle produirait à l'égard des bénéficiaires peuvent paraître sévères, et tant elle peut sembler renforcer les prérogatives du *de cuius*. A ce titre, elle génère de légitimes inquiétudes, lesquelles sont pour partie différentes selon qu'on entend l'employer à des fins de transmissions individuelles (A) ou collectives (B).

A) Les craintes liées à l'usage de la fiducie-libéralité dans le cadre de transmissions individuelles

Se plaçant cette fois-ci du point de vue de la politique juridique, il convient de s'interroger sur le coup que serait susceptible de porter la fiducie-libéralité à la réserve, puis sur l'importance des pouvoirs qu'elle octroierait au constituant.

48. Vers une disparition de la réserve héréditaire ? – Une réflexion qu'il est nécessaire de mener, préalablement à toute législation sur de la fiducie-libéralité, est celle de savoir si elle est réellement conciliable avec notre réserve héréditaire, et non plus simplement adaptable à cette dernière.

A ce propos, il nous faut probablement prendre en compte que le trust, aujourd'hui très largement utilisé à des fins libérales et qui fait office de source d'inspiration de la fiducie-

³⁹⁵ En ce sens : J. Boisson, *Les libéralités à caractère collectif*, Droit, Université Panthéon-Assas (Paris II), 2015, p. 398, 376.

libéralité, est né dans un système qui ne connaît pas de réserve héréditaire et qui diffère en de nombreux points du nôtre. Sans doute, cette source d'inspiration est-elle d'ailleurs la raison pour laquelle la fiducie ne semble se concilier avec les principes du droit français qu'au moyen de quelques distorsions, notamment pour ce qui est de la propriété fiduciaire³⁹⁶.

Prospectivement, si on ne raisonne que sur des transmissions individuelles, la fiducie-libéralité ne nous semble pas, par elle-même, affaiblir la réserve héréditaire. Adressée à un descendant et grevant sa réserve, dérive sans doute amenée à être la plus courante, elle ne semble pas pouvoir être accompagnée d'une renonciation anticipée à agir en réduction. Cela, puisqu'il s'agirait davantage ici d'une renonciation à demander le cantonnement d'une charge sur le disponible, probablement prohibée en l'état de la législation³⁹⁷. Ce n'est qu'adressée à un tiers et privant les héritiers réservataires de la part successorale qui leur revient, que l'opération devrait pouvoir faire l'objet d'une renonciation anticipée. Or, en dehors des hypothèses philanthropiques, pareille situation devrait demeurer relativement marginale.

Si toutefois cette renonciation survenait, peut-être est-elle davantage que la fiducie l'instrument qui rendrait l'opération discutable ? En effet, lorsqu'il y est aujourd'hui recouru pour sécuriser la gratification faite au-delà du disponible, pareille opération n'en est pas moins choquante du fait qu'il n'est pas fait usage de la fiducie. Plus clairement, ne convient-il pas d'interroger la renonciation anticipée plus que la fiducie-libéralité ?

D'autant plus que, l'impression peut être celle d'une différence de traitement injustifiée, lorsque l'on sait qu'il est possible de bénéficier d'une renonciation à agir en réduction pour exhériter un réservataire, mais qu'il n'est pas possible de lui consentir une fiducie-libéralité limitée au disponible. Dans le même ordre d'idée, il peut sembler difficilement conciliable que soit ouverte une faculté de faire porter une libéralité graduelle sur la réserve, certes avec l'accord du gratifié, mais interdite celle de lui adresser une fiducie-libéralité qui ne l'atteindrait pas.

Simplement, purement politiquement, son admission irait dans le sens d'un nouveau renforcement des pouvoirs du *de cuius*. Or, plus ses pouvoirs sont importants, plus les limites qui leur sont portées, telle celle que constitue la réserve, risquent d'être perçues comme des obstacles, et à long terme contestées. Notamment, en matière philanthropique, il ne serait pas surprenant que soient accentuées les interrogations sur la légitimité de la réserve à restreindre des opérations considérées comme relevant de l'intérêt général³⁹⁸. Il faut avoir conscience de

³⁹⁶ Si nous avons eu l'occasion de rattacher l'existence d'une propriété fiduciaire à la situation d'exclusivité du fiduciaire (v. supra n° 5 et spéc. note n° 47), force est de constater qu'il ne s'agit pas d'un critère exempt de toute critique, dans la mesure où l'absence d'exclusivité n'induit pas nécessairement l'absence de propriété. Par exemple, nul ne conteste que le nu-propriétaire a la propriété des biens démembreés, du fait de sa vocation à voir la pleine propriété reconstituée entre ses mains, sans pour autant qu'il ne soit en situation d'exclusivité sur ces derniers.

En outre, s'il est fait exception des propriétés-sûretés, il est pour le moins difficile de considérer que la propriété puisse être détachée de la richesse.

³⁹⁷ La renonciation anticipée à agir en réduction étant un pacte sur succession future autorisé à titre dérogatoire, il convient probablement d'interpréter cette possibilité de façon stricte. V. aussi : C. Brenner, J.-Cl. Civil Code, Art. 912 à 930-5, fasc. 50, 19 octobre 2021, 15.

³⁹⁸ Dont les prémices peuvent déjà être aperçues. V. : A. Henry, I. Bourdel, *Contribution de la Fondation de France*, in Rapport du groupe de travail sur la réserve héréditaire, dir. C. Pérès et Ph. Potentier, Editions Panthéon-Assas 2020, p. 132, IV (correspondant à des propositions d'aménagement de la réserve héréditaire).

cela et souhaiter du législateur qu'il ne cède pas face aux prévisibles revendications individuelles.

49. Vers un trop grand pouvoir posthume du *de cuius* ? – Certes, la fiducie-libéralité renforcerait les pouvoirs du *de cuius*, mais les renforcerait-elle de façon excessive ? Doit-on craindre qu'elle ne conduise, progressivement, à une « *emprise éternelle des morts sur les vivants*³⁹⁹ » ?

Sur cela, il est un fait que les dernières réformes du droit des successions vont dans ce sens : abandon de la prohibition des substitutions fidéicommissaires, mandat à effet posthume, etc. S'y joignant, la fiducie-libéralité ne ferait qu'accentuer une nouvelle fois ce mouvement.

De plus, il est possible de craindre de cet instrument qu'il fasse des descendants-bénéficiaires, d'éternels mineurs, voire accentue la méfiance à leur égard, là où il pourrait être souhaitable de les responsabiliser davantage.

Cependant, il semble possible de relativiser cela, ou du moins de tenter d'y apporter une solution. D'une part, ces craintes seraient sans doute amoindries par l'attachement rappelé à la réserve héréditaire et l'impossibilité pour la fiducie-libéralité de porter dessus : seule une fraction du patrimoine pourrait être temporairement soustraite à la gestion des héritiers réservataires. D'autre part, il serait tout à fait souhaitable que l'instrument soit limité dans le temps, à compter du décès du constituant, mais il pourrait encore être envisagé, lorsque l'on souhaite lui octroyer une durée plus conséquente, qu'il faille justifier d'un certain motif⁴⁰⁰. En d'autres termes, si l'instrument est promis à une certaine souplesse, rien n'impose de lui prévoir un champ d'application illimité.

Puis, s'il s'agit certes d'un instrument dont nous avons souhaité présenter les intérêts, il nous faut rappeler, une nouvelle fois, qu'il serait cependant relativement lourd et onéreux à mettre en place. Du fait des coûts que la fiducie-libéralité engendrerait, il est possible de penser qu'elle serait essentiellement une réponse à des craintes très légitimes du disposant, anticipant, par exemple, une perte économique évidente, et resterait sinon relativement peu usitée. S'y ajoute, que la déontologie des fiduciaires, qui sont limitativement énoncés, s'opposerait éventuellement à la mise en place de fiducies-libéralités despotiques.

Finalement, certes la fiducie-libéralité ajouterait une nouvelle fois aux pouvoirs du *de cuius*, mais également dans la mesure où il est susceptible d'être le plus à même de choisir un gestionnaire adapté aux biens qu'il souhaite transmettre. Il nous faut aussi envisager, que cet instrument pourrait prendre place dans le cadre de relations apaisées entre constituant et bénéficiaire, soucieux de parvenir à un intérêt mutuel. En ce sens, elle serait aussi propice à un certain développement économique, en assurant une gestion efficace des biens.

³⁹⁹ Pour reprendre la formule du professeur M. Grimaldi (M. Grimaldi, *Libéralités et partages d'ascendants*, 2000, Litec, p. 69, 1070).

⁴⁰⁰ Lequel pourrait éventuellement résulter d'une liste limitative : incapacité du bénéficiaire, prolongement de la fiducie-libéralité dans l'attente que les fonds soient investis dans l'acquisition d'un logement, demande du bénéficiaire de renouveler l'instrument, etc.

B) Les craintes liées à l'usage de la fiducie-libéralité dans le cadre de transmissions collectives

Le système anglo-saxon, lequel nous permet d'anticiper les risques que pourrait comporter la fiducie-libéralité philanthropique, nous offre à voir que certaines fondations reposant sur le trust, d'apparence purement altruiste, sont en réalité mues par des considérations moins désintéressées qu'il peut sembler aux premiers abords. Après avoir envisagé l'état de la philanthropie anglo-saxonne, il conviendra de réfléchir à éviter cela à la fiducie-libéralité.

50. Les dérives du système philanthropique anglo-saxon. – Reposant sur l'usage du charity trust, le système philanthropique anglo-saxon à cela de particulier que les fondations mises en place sont soustraites au contrôle de l'autorité publique.

Cette absence de contrôle, si elle est synonyme d'une plus grande souplesse et conduit peut-être à davantage d'engouement autour de l'exercice philanthropique⁴⁰¹, est la raison directe des légitimes inquiétudes qu'engendre ce système.

A ce propos, la fondation Bill et Mélinna Gates offre une image marquante, si ce n'est une synthèse, des dérives qu'il est possible de redouter⁴⁰².

De façon simplifiée, cette dernière est constituée d'un trust qui fait office de fonds d'investissement et gère les actifs dont elle est dotée, qu'il investit dans des entreprises, avant que les dividendes qui en résultent ne soient redistribués par la fondation sous la forme de subventions.

Véritable modèle de ce qu'il est possible d'appeler le « philanthrocapitalisme⁴⁰³ », cette fondation va permettre, sous couvert de mécénat, de réaliser de véritables investissements dans des entreprises multinationales, lesquelles sont parfois aux antipodes des objectifs affichés⁴⁰⁴.

⁴⁰¹ En ce sens, F. Tripet, *La prohibition de la fiducie-libéralité : pourquoi une telle démesure ?*, Gaz. Pal., 21 octobre 2006, n° 294, p. 6. : « l'étroite tutelle que la puissance publique française continue d'exercer sur les associations et fondations d'utilité publique explique en large partie - en dépit de mesures récentes un peu plus libérales - la modestie du phénomène de mécénat dans notre pays ».

⁴⁰² Sur le sujet : L. Astruc, *L'art de la fausse générosité, la fondation Bill et Melinda Gates*, Actes Sud, 2019 ; Y. Lequette, *Quelle destinée pour la réserve héréditaire ?*, in Rapport du groupe de travail sur la réserve héréditaire, dir. C. Pérès et Ph. Potentier, Editions Panthéon-Assas 2020, p. 179 (lequel se fonde grandement sur l'ouvrage précité).

⁴⁰³ L. Astruc, *op. cit.*, p. 13.

⁴⁰⁴ En particulier, énonçant lutter pour l'écologie et la santé, de conséquents investissements sont à recenser au profit de : Monsanto, McDonald's, Total, le secteur des énergies fossiles ou encore des sodas, etc.

Il peut aussi être relevé, qu'en l'absence de tout contrôle sur les subventions octroyées par la fondation, certaines ont été adressées à des entreprises appartenant directement à son fonds d'investissement, de sorte à reprendre d'une main ce qu'elle a donné de l'autre⁴⁰⁵.

Sans doute plus inquiétant encore, il résulte de ces investissements et des plus-values qu'ils procurent, un très grand pouvoir politique de la fondation laquelle, aujourd'hui, exerce une influence décisive sur des secteurs clefs tels que la santé et l'agriculture. Le tout, en bénéficiant d'une amélioration de l'image de marque de Microsoft auprès du grand public, notamment grâce aux éloges qui sont faites de la fondation par des organismes et médias qu'elle a elle-même subventionnés⁴⁰⁶.

Ces éléments, qui n'ont aucune prétention à l'exhaustivité, doivent mûrir la réflexion autour de la fiducie-libéralité philanthropique et conduire à l'adoption de garanties pour éviter qu'elle ne soit dévoyée à son tour.

51. La dissipation des inquiétudes relatives à la fiducie-libéralité philanthropique. – Pour éviter ces dérives à la fiducie-libéralité philanthropique, il convient de lutter contre ce qui en serait la cause : l'absence de contrôle de l'autorité publique.

Lorsque nous avons envisagé l'instrument, nous avons dit lui souhaiter un emploi qui ne renouvelle pas le mécénat, mais qui soit l'occasion de clarifier certaines opérations dont la qualification ne nous avait pas semblé satisfaisante⁴⁰⁷. Dans le prolongement de cette idée, que nous réitérons, il ne nous paraît pas souhaitable que sa consécration conduise à l'abandon du droit de regard de l'Etat sur la philanthropie.

Ainsi, en complément de l'important contrôle de l'administration fiscale dont la fiducie-libéralité philanthropique ferait l'objet, lequel pourrait la conduire à demander la communication de tout document utile au cours de l'opération⁴⁰⁸, il serait souhaitable que l'instrument réponde à une même transparence pour ce qui est de la gestion des fonds et de leur affectation. De cette façon, les abus seraient facilement sanctionnés, sans en alourdir drastiquement le fonctionnement.

Puis, pour éviter en amont que des difficultés ne surviennent, il conviendrait également d'encadrer la désignation du fiduciaire, lequel pourrait éventuellement être soumis à approbation publique de sorte à retrouver, peu ou prou, notre actuel système de la reconnaissance d'utilité publique⁴⁰⁹.

⁴⁰⁵ L. Astruc, *op. cit.*, p. 55 : « ce que le "philanthrope" prétend donner d'une main, via sa fondation, il le reprend de l'autre, via les dividendes de son fonds d'investissement ».

⁴⁰⁶ *Ibid.*, p. 37 à 40.

⁴⁰⁷ V. supra n° 13 et 15.

⁴⁰⁸ Art. L96 F du livre des procédures fiscales.

⁴⁰⁹ Laquelle est aujourd'hui nécessaire à la mise en place de fondations dotées de la personnalité morale, ainsi que nous l'avons vu (art. 18 et s. de la loi du 23 juillet 1987).

Conclusion générale

Au cœur d'une actualité certaine, la fiducie-libéralité ne l'est sans doute pas sans aucune raison. Virtuellement adaptable à de multiples demandes des disposants, souple autant que sécurisée, il semble être des raisons de défendre sa consécration, sans pour autant souhaiter qu'elle ne remplace les autres instruments qui composent la matière patrimoniale.

L'impression pouvant encore être celle, en l'état de sa prohibition, au mieux d'un double-traitement par rapport à ces derniers, du fait de l'absence d'obstacles réellement dirimants à son adoption, au pire d'un véritable manque de cohérence. De ce point de vue, qui est le nôtre, il n'est pas tant question de défendre l'instrument, que d'admettre ne pas réellement avoir trouvé de motifs de s'y opposer.

Consacrer une fiducie-libéralité équilibrée, qui ne tombe pas dans les travers qu'on lui craint, nécessiterait alors de commencer par lever les obstacles qui la briment, des plus évidents, notamment fiscaux, à ceux qui en restreindraient l'emploi d'une façon jugée excessive. Ensuite, le temps serait celui de l'adoption de son régime, idéalement non incitatif, mais également différent selon son objet, individuel ou collectif, tant les domaines répondent à des considérations distinctes. Finalement, la raison exigerait que soient appliquées, mais encore adaptées, à la fiducie-libéralité, les limites qui sont aujourd'hui celles des transmissions patrimoniales.

Il s'agit, en effet, d'une condition strictement indispensable pour que l'instrument puisse s'inscrire avec cohérence dans notre système, qu'il s'agisse de se placer du point de vue de la technique juridique, mais aussi, plus largement, de la direction qu'il est possible de souhaiter au droit civil.

Ce n'est que de cette façon, nous semble-t-il, que pourrait enfin être proposé à la pratique l'instrument qu'elle n'a eu de cesse de réclamer, sans que sa consécration ne prenne les traits d'une victoire à la Pyrrhus.

BIBLIOGRAPHIE

I. Ouvrages généraux : dictionnaires, cours et manuels

- C. AUBRY, C. RAU, *Cours de droit civil français*, t. 9, 5ème édition, 1917.
- H. CAPITANT, *Vocabulaire juridique*, édition de 1930.
- G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, 13ème édition.
- J. GAUDEMET, E. CHEVREAU, *Droit privé romain*, 3ème édition.
- M. GRIMALDI, *Droit des successions*, 7ème édition.
- M. GRIMALDI, *Libéralités et partages d'ascendants*, 2000, Litec.
- J.-P. LEVY, A. CASTALDO, *Histoire du droit civil*, 1ère édition.
- P. MALAURIE, C. BRENNER, *Droit des successions et des libéralités*, 8ème édition.
- P. MALAURIE, L. AYNES, *Les biens*, 8ème édition.
- F. TERRE, P. SIMLER, *Les biens*, Précis Dalloz, 10ème édition.
- F. TERRE, P. SIMLER, Y. LEQUETTE, F. CHENEDE, *Les obligations*, Précis Dalloz, 12ème édition.
- F. TERRE, Y. LEQUETTE, S. GAUDEMET, *Les successions, Les libéralités*, Précis Dalloz, 4ème édition.

II. Ouvrages spéciaux : thèses et monographies

- L. ASTRUC, *L'art de la fausse générosité, la fondation Bill et Melinda Gates*, Actes Sud, 2019.
- R. CAILLEMER, *Origines et développement de l'exécution testamentaire*, thèse Lyon, 1901.
- S. GINOSSAR, *Droit réel, propriété et créance*, LGDJ, 1960.
- S. GODECHOT, *L'articulation du trust et du droit des successions*, préf. Y. Lequette, Paris : Éd. Panthéon-Assas, 2004, coll. « Thèses ».
- M. POMEY, *Traité des fondations d'utilité publique*, Paris, PUF, 1980.
- C. VERNIERES, *Les libéralités à trois personnes*, thèse de doctorat en droit, Paris - Université de Paris II, 2012.
- C. WITZ, *La fiducie en droit privé français*, Strasbourg 1979, *Économica*, 1981.

III. Travaux collectifs : travaux, rapports et mélanges

- H. DE RICHEMONT, *Rapport n° 11*, Sénat, 2006-2007.
- A. CARON-DEGLISE, *L'évolution de la protection juridique des personnes*, rapport de mission interministérielle, 21 septembre 2018.
- X. DE ROUX, *rapport n° 3655, fait au nom de la commission des finances*, AN, 1^{er} février 2007.
- R. DEMOGUE, *Rapport général*, in *Travaux de la semaine internationale de droit*, Paris, 1937.
- A. GOTMAN, *Contribution d'Anne Gotman*, in *Rapport du groupe de travail sur la réserve héréditaire*, dir. C. Pérès et Ph. Potentier, Editions Panthéon-Assas 2020, p. 179.
- A. HENRY, I. BOURDEL, *Contribution de la Fondation de France*, in *Rapport du groupe de travail sur la réserve héréditaire*, dir. C. Pérès et Ph. Potentier, Editions Panthéon-Assas 2020, p. 132.
- Y. LEQUETTE, *Quelle destinée pour la réserve héréditaire ?*, in *Rapport du groupe de travail sur la réserve héréditaire*, dir. C. Pérès et Ph. Potentier, Editions Panthéon-Assas 2020, p. 179.
- P. MARINI, *Rapport n° 442, fait au nom de la commission des finances*, Sénat, 2008-2009.
- P. MARINI, *Exposé des motifs de la proposition de loi n°178 instituant la fiducie*, 8 février 2005.
- R. SAVATIER, *La fiducie en droit français*, in *Travaux de la semaine internationale de droit*, Paris, 1937.

IV. Encyclopédies et Juris-Classeur

- A. BOUGNOUX, J.-Cl. Sociétés Traités, *fasc. 48-30, Sociétés civiles. – Gérance. – Statut*, 18 février 2020.
- C. BRENNER, J.-Cl. Civil Code, *Art. 912 à 930-5, fasc. 10*, 28 septembre 2021.
- C. BRENNER, J.-Cl. Civil Code, *Art. 912 à 930-5, fasc. 50*, 19 octobre 2021.
- G. DROZ, M. REVILLARD, J.-Cl. Notarial Formulaire, *V° Successions internationales, fasc. 20, Libéralités – Donations – Trusts*, 16 juillet 2018.
- M. MERLIN, *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence*, 4^{ème} édition, 1812, t. 5.
- C. WITZ, J.-Cl. Notarial Répertoire, *fasc. 10, Fiducie - Introduction et constitution, art. 2011 à 2030*, 22 juin 2012.

- C. WITZ, J.-Cl. Notarial Répertoire, *fasc. 20, Fiducie – Effets et extinction, art. 2011 à 2030*, 22 juin 2012.

V. Articles de revues et chroniques

- L. AYNES, P. CROCQ, *La fiducie préservée des audaces du législateur*, D. 2009, p. 2559.
- F. BARRIERE, *La loi instituant la fiducie : entre équilibre et incohérence*, JCP E, 6 septembre 2007, n° 36, p. 2053.
- P. BERGER, *La fiducie-gestion*, Actes prat. strat. patrimoniales 2011, n°1.
- P. CENAC, B. CASTERAN, *La fiducie avant la fiducie : le cas du droit patrimonial de la famille*, JCP N, n°26, 26 juin 2009, p. 1218.
- R. DAMMANN, V. ROTARU, *La fiducie et le trust : une concurrence inégale*, D. 2018, n° 32, p. 1763.
- A. DE L'ESTOILE-CAMPI, *Réforme de la fiscalité des trusts : premier bilan*, Dr. et patr., décembre 2012, n° 220, p. 24.
- J.-F. DESBUSQUOIS, *Lever la prohibition de la fiducie-libéralité*, 7 janvier 2016 (article non publié, accessible par le lien suivant : https://www.fndp.eu/wpcontent/uploads/2017/06/fiducie_liberalite-1.pdf).
- J.-F. DESBUSQUOIS, C. FARGE, *Permettre la transmission de la fiducie-gestion*, JCP N, 30 septembre 2016, n°39, p. 1284.
- G. DROUOT, C.-M. PEGLION-ZIKA, *L'assurance-vie comme libéralité : une fiducie-libéralité ?*, RJPF, n°1, 1er janvier 2020.
- C. DE LAJARTE, *La nature juridique des droits du bénéficiaire d'un contrat de fiducie*, Rev. Lamy dr. civ. 2009, n° 60, p. 71.
- H. FABRE, *La fiducie comme alternative au mandat de protection future ou comme outil de transmission*, Dr. et patr., mars 2012, n° 212, p. 56.
- C. FARGE, *Déverrouiller la fiducie patrimoniale*, JCP N, 4 Octobre 2019, n° 40, p. 1286.
- C. FARGE, S. GUILLAUD-BATAILLE, *La désignation d'un tiers administrateur aux biens donnés ou légués à un mineur. État des lieux et perspectives d'évolution*, JCP N, 19 Avril 2019, n° 16, p. 1167.
- E. GENZMER, *La genèse du fidéicommiss comme institution juridique*, RHD, p. 319.
- M. GRIMALDI, *L'introduction de la fiducie en droit français*, in Les transformations du droit civil français, Universidad externado de Colombia, Revue de droit Henri Capitant, 30 juin 2011, n° 2.
- M. GRIMALDI, *La donation de valeurs mobilières avec réserve de quasi-usufruit*, Defrénois, 15 janvier 1994, n°1, p. 3.

- M. GRIMALDI, *La fiducie : réflexions sur l'institution et sur l'avant-projet de loi qui la consacre*, part. 1, Defrénois, 15 septembre 1991, n° 17, p. 897.
- M. GRIMALDI, *La fiducie : réflexions sur l'institution et sur l'avant-projet de loi qui la consacre*, part. 2, Defrénois, 30 septembre 1991, n° 18, p. 961.
- M. GRIMALDI, *Le mandat à effet posthume*, Defrénois, 15 janvier 2007, n° 1, p. 3.
- M. GRIMALDI, *Réflexions sur l'assurance-vie et le droit patrimonial de la famille*, Defrénois 1994, n°11, p. 737, art. 35841.
- C. LARROUMET, *La fiducie inspirée du trust*, D. 1990.
- Y. LEQUETTE, *De l'ordre de réduction des libéralités réalisées au moyen d'un trust entre vifs*, D. 1996, p. 231.
- S. LEROND, S. NAULEAU, *Fiducie et société civile : des outils complémentaires*, Dr. et patr., mars 2012, n° 212, p. 62.
- S. LEROND, G. DUMONT, *Quand la fiducie prend le relais de l'assurance-vie*, Dr. et patr., octobre 2011, n° 207, p. 20.
- H. LETELLIER, *La fiducie, outil de protection des majeurs vulnérables*, Dr. et patr., mars 2012, n°212, p. 52.
- R. LIBCHABER, *Les aspects civils de la fiducie dans la loi du 19 février 2007*, part. 1, Defrénois 2007, n° 15, p. 1094.
- D. LOUIS-CAPORAL, *La fiducie-libéralité*, RTD civ. 2016, p. 49.
- P. MARINI, *Enfin la fiducie à la française*, D. 2007, p. 1347.
- R. MORTIER, F. LE MENTEC, *Fiscalité de la fiducie : la neutralité à tout prix*, Dr. et patr., juin 2008, n° 171, p. 82.
- M. NICOLLE, *La fiducie sans transfert de propriété au fiduciaire*, D. 2014, p. 2071.
- D. PARENT, *La fiducie, outil patrimonial de gestion et de transmission*, Rev. Lamy dr. civ., 1^{er} mars 2019, n°168, p.51.
- S. PIEDELIEVRE, *Feu la théorie de l'unicité du patrimoine*, Solution notaire hebdo, 10 mars 2022, n°8, p. 1.
- B. ROBIN, R. LANTOURNE, *L'utilisation des fiducies en France*, Dr. et patr., mars 2019, 289, p.29.
- B. ROBIN, R. LANTOURNE, *Osons la fiducie-gestion*, Actes prat. strat. patrimoniale 2018, n° 1.
- H. SOULEAU, *Les libéralités adressées à la Fondation de France*, Defrénois 1970, art. 29521, p. 257.

- F. TRIPET, *La prohibition de la fiducie-libéralité : pourquoi une telle démesure ?*, Gaz. Pal., 21 octobre 2006, n° 294, p. 6.

- C. WITZ, *La fiducie française face aux expériences étrangères et à la convention de La Haye relative au trust*, D. 2007, p. 1639.

VI. Articles étrangers

- A. DYER, H. VAN LOON, *Report on trusts and analogous institutions*, Actes et documents de la Quinzième session de la conférence de La Haye de droit international privé, 1984, t. 2.

- D. T. TRAUTMAN, *Study on business trusts and charitable trusts*, Actes et documents de la Quinzième session de la conférence de La Haye de droit international privé, 1984, t. 2.

TABLE DES MATIÈRES

<i>Introduction</i>	1
<i>Chapitre 1 – De l'intérêt de consacrer la fiducie-libéralité</i>	15
<i>Section 1 – Un outil propice à la réalisation de transmissions patrimoniales</i>	15
Paragraphe 1 – Des diverses utilisations envisageables de la fiducie-libéralité.....	15
A – L'utilisation de la fiducie-libéralité à des fins philanthropiques.....	16
B – L'utilisation de la fiducie-libéralité comme réponse à la prodigalité et à l'incapacité de gérer du bénéficiaire.....	21
C – L'utilisation de la fiducie-libéralité en présence d'un patrimoine complexe.....	24
Paragraphe 2 – Des divers avantages d'une transmission par voie de fiducie-libéralité.....	25
A – Les qualités résultant du recours à la fiducie.....	25
B – Les intérêts d'une double transmission.....	27
<i>Section 2 – Un outil apte à remédier aux insuffisances du droit positif</i>	30
Paragraphe 1 – L'insuffisance des mécanismes non-fiduciaires.....	30
A – Les alternatives issues de la loi du 23 juin 2006.....	30
B – Les alternatives antérieures à la loi du 23 juin 2006.....	32
Paragraphe 2 – L'insuffisance des mécanismes fiduciaires.....	35
A – L'usage de la fiducie-gestion aux fins de pallier la prohibition de la fiducie-libéralité.....	35
B – Des restrictions à l'emploi de la fiducie-gestion tenant au droit commun de la fiducie.....	40
<i>Conclusion de chapitre</i>	44

Chapitre 2 – Des modalités de la consécration de la fiducie-libéralité.....	45
Section 1 – La levée des empêchements conjoncturels.....	45
Paragraphe 1 – Les empêchements tenant au droit commun de la fiducie.....	46
A – Les obstacles à l’utilisation de la fiducie comme outil de transmission individuelle.....	46
B – Les obstacles à l’utilisation de la fiducie comme outil de transmission collective.....	48
Paragraphe 2 – Les empêchements tenant au droit fiscal.....	51
A – L’abandon des sanctions fiscales.....	51
B – L’octroi d’une neutralité fiscale.....	54
Section 2 – Le maintien de limites tenant à la protection de l’ordre public.....	57
Paragraphe 1 – La conservation de limites.....	57
A – Les limites tenant au régime des incapacités.....	58
B – Les limites tenant à la réserve héréditaire.....	60
Paragraphe 2 – La justification des limites.....	64
A – Les craintes liées à l’usage de la fiducie-libéralité dans le cadre de transmissions individuelles.....	64
B – Les craintes liées à l’usage de la fiducie-libéralité dans le cadre de transmissions collectives.....	67
Conclusion générale.....	69