

ACTES PRATIQUES

ET STRATÉGIE PATRIMONIALE

Droit et fiscalité du patrimoine privé et professionnel

TRIMESTRIEL N° 2

AVRIL-MAI-JUIN 2022
ISSN : 1956-3477

RÉDACTEUR EN CHEF :

Anaïs Schoufflikir-Gabriel

COMITÉ SCIENTIFIQUE :

Claude BRENNER, Marceau CLERMON, Jean-François DESBUQUOIS,
François FRULEUX, Laurent GAYET, Stéphane JACQUIN,
Jean PRIEUR, Serge ANOÛCHIAN

Idée nouvelle

Les patrimoines de l'entrepreneur individuel

Christine LEBEL (p. 1)

Le point sur

ATAD 3 : proposition de directive du 22 décembre 2021 contre l'utilisation abusives d'entités écrans à des fins fiscales

Pierre d'AZEMAR de FABREGUES
et Nicolas NEZONDET (p. 42)

DOSSIER

Fiducie et libéralités

Sous la coordination de :

Marceau CLERMON, notaire,
membre de Fidnot

Avec la participation de :

Claude BRENNER, professeur
à l'université Paris 2 Panthéon-Assas

Helène BROTHIER, notaire,
membre du comité scientifique de Fidnot

Bruno ROBIN, avocat fiduciaire,
membre de Fidnot

Marion MAISETTI-FRANCHI,
notaire associée, membre de Fidnot

Thierry REVENEAU, magistrat,
membre du comité scientifique de Fidnot

Sabrina LE NORMAND-CAILLÈRE,
maître de conférences HDR en droit privé
à l'université d'Orléans

Dans ce numéro consacré au thème de la fiducie et des libéralités, universitaires, praticiens et magistrats présentent leur ingénierie croisée. Le lecteur sera certainement surpris de prime abord, car la fiducie-libéralité est par principe et pour l'heure prohibée. Le propos est ici différent en ce que la libéralité précède la fiducie et n'en est en rien le support.

7 La fiducie-sûreté à la garantie de l'exécution des libéralités consenties avec charges



Marion MAISETTI-FRANCHI,
notaire associée,
membre de Fidnot



Bruno ROBIN,
avocat fiduciaire,
membre de Fidnot

1. - LA NÉCESSITÉ DE SÉCURISATION DE L'EXÉCUTION DES LIBÉRALITÉS CONSENTIES AVEC CHARGES

A. - Le risque d'inexécution de la charge incombant au gratifié de la libéralité

1° *Les difficultés liées à l'exécution d'une obligation de conserver, de tracer ou d'adhérer*

2° *Les risques liés à l'inexécution d'une obligation de restitution et de paiement*

B. - L'insuffisance des sanctions de droit commun face à la volonté de transmission du donateur

2. - L'UTILISATION INNOVANTE DE LA FIDUCIE DANS LA SÉCURISATION DE L'EXÉCUTION DES LIBÉRALITÉS CONSENTIES AVEC CHARGE

A. - L'intérêt du recours à la fiducie-sûreté pour garantir l'exécution d'une charge

B. - Quelles applications pratiques de la fiducie-sûreté pour sécuriser l'exécution des charges ?

1° *Fiducie et obligation de faire ou de ne pas faire*

2° *Fiducie et obligation de payer*

Instrument dédié des grandes restructurations sociales, outil plébiscité pour sécuriser l'exécution d'obligations administratives (notamment en matière de compensation environnementale), l'utilisation de la fiducie-sûreté en matière patrimoniale reste, à tort, plus timide. Transmettre son patrimoine, oui, mais pas sans certaines conditions. Et si les praticiens ont l'habitude d'encadrer les donations ou legs de charges souhaitées par leurs clients, encore faut-il que ces dernières puissent être correctement exécutées. En attendant la fiducie-libéralité, la fiducie-sûreté pourrait-elle constituer une solution ?

1 - Parce que la phase d'exécution « constitue la raison d'être de tout contrat »¹, nous nous interrogerons sur l'efficacité de la fiducie-sûreté à l'égard de l'exécution des libéralités consenties avec charges.

La notion de libéralité avec charges ne fait pas l'objet d'une appréhension directe par le Code civil et se voit finalement rattachée au régime des libéralités conditionnelles, et plus particulièrement à celui des conditions suspensives (*C. civ., art. 1304*).

À titre liminaire, il est rappelé que si la donation avec charges est autorisée, lorsqu'elle est consentie à des donataires également présumés héritiers réservataires, elle est alors limitée à la seule quotité disponible de la succession. En effet, la réserve successorale impose au donateur de transmettre à ses héritiers réservataires une quote-part de ses biens, libre de toute charge.

À défaut, le donataire pourrait faire supprimer cette charge, ou agir en cantonnement de son assiette².

Cette contrainte³ peut être contournée si les gratifiés, dans le cadre d'un consensus familial, consentent tous d'eux-mêmes⁴ à recevoir la libéralité en ces termes et à ce que la charge grève leur réserve héréditaire.

Passé cet obstacle, l'exécution de la charge suscite une importante question d'ordre pratique : le donataire ayant consenti à la charge, *quid de son éventuelle inexécution postérieurement à l'acte ?* Le risque de défaillance du débiteur de la charge est réel et tant l'action que les clauses révocatoires présentent des limites. Il s'agit donc de s'interroger quant aux modalités permettant d'assurer au donateur que ces charges seront respectées tout au

1. J. Mestre et B. Fages : *RTD civ.* 2001, p. 357.

2. Dans l'hypothèse de biens donnés indivisibles, la réduction en nature de l'assiette de la charge étant impossible, cette dernière est nulle (*Mémento pratique Successions Libéralités 2022, Francis Lefebvre*).

3. H. Brothier et M. Clermon, *Fiducie-gestion : outil d'accompagnement : Actes prat. strat. patrimoniale 2022, n° 2, dossier 8*.

4. Acceptation dans l'acte de donation, combinée à la régularisation d'une RAAR résultant de l'article 930 du Code civil.

long de leur durée, mais également sur le point de savoir quels sont les moyens dont dispose le donateur en cas de non-respect ou d'inexécution de la charge. Au-delà du respect de la volonté du donateur, il s'agit également de sécuriser les droits du gratifié en second ou du bénéficiaire d'une créance de restitution.

La fiducie est définie à l'article 2011 du Code civil 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 ». Il existerait alors autant de fiducies possibles que de missions confiées au fiduciaire, dans la limite de l'intention libérale. En matière patrimoniale, la fiducie peut s'entendre tant dans une optique de gestion des droits ou biens transférés dans le patrimoine fiduciaire que de sûreté pour les garantir. Aux praticiens de se saisir de la fiducie-sûreté pour en faire une utilisation innovante et prometteuse pour assurer l'exécution des libéralités consenties avec charges.

La nécessité de sécuriser l'exécution des libéralités consenties avec charges justifie un recours innovant à la fiducie, laquelle permet d'assurer l'exécution de la charge attachée au bien ou au droit transmis.

1. La nécessité de sécurisation de l'exécution des libéralités consenties avec charges

2 - Le besoin de garantir l'exécution des libéralités consenties avec charges provient, d'une part, des risques inhérents à la nature même de ces opérations et, d'autre part, de la limite des sanctions de droit commun en la matière, aboutissant à une absence de transmission initialement souhaitée par le donateur.

A. - Le risque d'inexécution de la charge incombant au gratifié de la libéralité

3 - Le risque d'inexécution de la charge de telles libéralités présente une particulière importance, en ce que celles-ci interviennent dans des contextes familiaux où la confiance apparente justifie souvent d'exclure le contrôle. En présence d'un enfant souffrant de handicap, la libéralité résiduelle offre au parent la possibilité d'assurer à ce descendant les moyens dont il aura besoin sa vie durant, tout en anticipant la transmission aux autres enfants à un coût réduit au décès de celui-ci. De même, la libéralité graduelle sera envisagée dans les fratries où l'un des enfants n'a pas de descendant ou dans les familles recomposées pour garantir l'autonomie du conjoint tout en assurant une dévolution à terme en ligne directe.

Mais le risque d'inexécution de la charge incombant au gratifié peut se révéler préoccupant pour le donateur, justifiant d'identifier un mécanisme permettant d'en assurer la protection.

1° Les difficultés liées à l'exécution d'une obligation de conserver, de tracer ou d'adhérer

4 - **Les difficultés de conservation des biens dans le cadre d'une libéralité graduelle.** – Anciennement dénommée « substitution fidéicommissaire », la donation graduelle est une libéralité par laquelle le donateur impose, à un premier gratifié, la double charge de conserver sa vie durant les biens donnés et de les transmettre, à son décès, à un second gratifié désigné (C. civ., art. 1048). Il s'agit donc de deux libéralités successives, la première prenant effet immédiatement, la seconde intervenant au décès du premier donataire.

Si le périmètre des biens à transmettre est large (la donation peut porter sur tous types de biens tels que les immeubles, valeurs mobilières, titres sociaux), la donation graduelle ne peut, par essence, porter sur des biens consommables, dans la mesure où ils doivent se retrouver en nature dans le patrimoine du premier gratifié au jour de son décès. Ce dernier n'est par conséquent pas autorisé à disposer des biens reçus⁵, ni entre vifs ni à cause de mort, le donateur pouvant également y adjoindre une interdiction d'aliéner, à l'exception des valeurs mobilières pour lesquelles le deuxième alinéa de l'article 1049 du Code civil prévoit expressément la subrogation.

La doctrine s'est interrogée sur le caractère d'ordre public de l'obligation de conservation des biens ou sur la possibilité de prévoir conventionnellement la subrogation pour les autres biens. En majorité, la doctrine⁶ admet que le donateur puisse, aux termes de l'acte, autoriser le donataire premier gratifié à vendre les biens sous condition de remploi, le bien nouvellement acquis étant alors à son tour grevé de l'obligation de conservation et de transmission par le jeu de la subrogation conventionnelle, de telle sorte que l'obligation de conservation est ainsi assurée en valeur.

Jusqu'au décès du premier gratifié, le second donataire ne bénéficie que d'un droit éventuel sur les biens ainsi transmis, auxquels il est donc possible de porter atteinte. En pratique, la bonne exécution de la charge dépendra notamment de la nature des biens reçus. S'agissant d'un bien immobilier, l'obligation de conservation pesant sur le donataire de premier rang sera publiée au service de la publicité foncière et l'identité du second gratifié sera inscrite au fichier immobilier. Mais en présence de biens meubles, la garantie de conservation des biens par le premier gratifié est moins certaine. Dans l'hypothèse d'une donation portant sur des actifs bancaires, le notaire ou le donateur notifiera à l'établissement financier détenteur du compte, les conditions de la charge et les modalités de gestion grevant les actifs transmis, en vue d'assurer sa bonne exécution. De même, la mise à jour de statuts à la suite d'une donation de parts sociales sera éventuellement l'occasion de reporter l'obligation de conservation ; une telle transcription sera plus incertaine en présence d'ordres de mouvement et de registre des associés. *Quid* en présence d'une donation portant sur une créance ou sur des droits immatériels ? *Quid* de libéralités portant sur des bijoux ou des tableaux ? L'absence de formalité relative aux meubles est très peu protectrice des droits des tiers démunis d'un juste titre : en cas d'aliénation d'un bien meuble par le premier gratifié, contrairement à son obligation de conservation, la vente serait malgré tout résolue au décès de ce dernier. Mais encore faudrait-il disposer des éléments nécessaires pour y parvenir le moment venu.

5 - **Les difficultés de traçabilité des biens meubles dans le cadre d'une libéralité résiduelle.** – Aux termes de la loi réformant le droit des successions, le législateur a créé les donations résiduelles (C. civ., art. 1057 à 1061) sur la base du régime jurisprudentiel des legs de *residuo*. Comme pour la libéralité graduelle, la donation de *residuo* repose sur une double libéralité : la première est réalisée dès la signature de la donation, l'exécution de la seconde est différée au décès du premier gratifié. La donation de *residuo* permet au donateur de transmettre son patrimoine au profit de deux donataires successifs, mais le périmètre des biens revenant au second gratifié dépendra du premier gratifié : le donataire en second n'a vocation à recevoir que les biens se retrouvant en nature dans le patrimoine du premier gratifié au

5. Sauf les cas particuliers tels que le prédécès ou la renonciation du second gratifié.

6. F. Collard et B. Travelet, *L'obligation de conservation en valeur au secours de la libéralité graduelle* : JCP N 2012, n° 14, 1177.

jour du décès de ce dernier. Le disposant impose au premier gratifié l'obligation de transmettre les biens donnés. Mais à l'inverse de la donation graduelle, il n'est pas tenu de les conserver. Il peut en disposer entre vifs⁷, à titre onéreux (vente, échange) ou à titre gratuit (si le donateur ne le lui a pas interdit (C. civ., art. 1059, al. 2)). En revanche, il ne peut en disposer à cause de mort⁸, sans quoi la donation résiduelle serait privée de tout effet.

Si le législateur est venu préciser que les droits du second gratifié ne se reportent pas sur le produit de la vente (en cas d'aliénation par le premier gratifié) ou sur les biens nouvellement acquis (C. civ., art. 1058, al. 2), la volonté supplétive du donateur est admise par une doctrine majoritaire, laquelle accepte ainsi que le donateur puisse prévoir à l'acte de donation le mécanisme de la subrogation conventionnelle⁹.

En tant que propriétaire des biens transmis, le premier gratifié n'a pas à rendre compte de sa gestion (sauf stipulation contraire à l'acte de donation). Il peut tout à loisir disposer intégralement des biens reçus, sans obligation de emploi. Ce type de libéralité est tout à fait adaptée pour les personnes souffrant de handicap ou les conjoints en secondes noces : assurer à l'enfant le maintien de sa cadre de vie dans le premier cas, protéger le restant de sa vie le conjoint dans le second cas, sans aucune limite et donc sans contraintes. Néanmoins, le pouvoir de disposer n'implique pas toujours la disparition complète des biens donnés ou légués. La traçabilité des flux est alors d'autant plus nécessaire pour assurer le suivi des actifs subrogés.

Là encore, aucune difficulté ne sera soulevée en présence de biens immobiliers, le second bénéficiaire étant inscrit auprès des services de publicité foncière, au même titre que la charge de restituer. Mais *quid* dans l'hypothèse d'une aliénation du bien donné avec subrogation conventionnelle ? Dans cette hypothèse, survient un problème de traçabilité du bien meuble sur lequel se reportent les droits du second gratifié.

6 - Le risque d'inexécution de l'adhésion au pacte d'actionnaires. – Dans le cadre de donations portant sur des titres sociaux, que ce soit au profit d'enfants ou de salariés de la société, il est fréquent que ces biens soient « attachés » à un pacte d'actionnaires supposant l'adhésion du donataire. Il en est notamment ainsi dans le cadre d'une cession de société projetée à moyen terme ; le dirigeant souhaite pouvoir allouer ses enfants ou ses salariés, tout en s'assurant que ces derniers respecteront les engagements attachés aux titres sociaux, tels que les clauses dites de « *drag along* » ou de « *tag along* ». Ou encore dans le cadre d'une transmission des titres sociaux soumis au dispositif de la loi Dutreil : comment garantir au disposant que les donataires exécuteront l'engagement de conservation des titres tant en phase collective qu'individuelle ? Une fois la donation des titres sociaux réalisée, rien ne garantit en effet l'adhésion des donataires à un tel pacte, venant ainsi mettre en péril la pérennité de la donation opérée.

Au-delà des difficultés liées à l'inexécution d'une obligation de conserver, de traçabilité ou d'adhérer, l'efficacité de la libéralité peut également être affaiblie en cas de défaut à son obligation de paiement par le donataire.

7. Compte tenu de la qualification d'universalité de fait attachée au portefeuille de titres, les titres acquis en emploi d'arbitrages réalisés par le premier donataire sont subrogés à ceux vendus, de telle sorte que la seconde libéralité pourra s'exercer sur le portefeuille donné au décès du premier gratifié.
8. Sauf si la donation avec charge a été consentie en avance de part successorale (C. civ., art. 1059, al. 3).
9. M. Nicod, *Libéralités graduelles et résiduelles : quelques difficultés d'application* : JCP N 2008, n° 29, 1249.

2° Les risques liés à l'inexécution d'une obligation de restitution et de paiement

7 - Le bénéficiaire de la libéralité peut également être gratifié d'une obligation de payer, que celle-ci intervienne à terme, dans l'hypothèse de la créance de restitution en présence d'un quasi-usufruit, ou à échéance régulière, en présence d'une rente viagère. La défaillance du débiteur est caractérisée en cas de défaut de paiement et/ou d'insolvabilité du donataire.

8 - **Les difficultés de restitution liées au quasi-usufruit.** – Dans le silence du Code civil, la notion de quasi-usufruit se dégage de l'article 587 relatif aux biens consommables (ceux dont on ne peut faire usage sans les consommer), lequel autorise l'usufruitier à s'en servir, à charge de restituer en fin d'usufruit (quasi-usufruit **légal**). Et bien que le domaine conventionnel du quasi-usufruit **soit encore discuté**¹⁰, la doctrine¹¹ et la jurisprudence admettent la possibilité d'étendre de manière conventionnelle le quasi-usufruit aux choses fongibles.

Outil au cœur de la transmission de patrimoine, le quasi-usufruit présente l'avantage pour l'usufruitier de pouvoir se comporter comme s'il était propriétaire : il lui permet non seulement d'avoir la jouissance des biens, mais également d'en disposer¹². Bien que le quasi-usufruitier dispose des attributs de la propriété, cet usufruit spécial n'en fait pas pour autant un propriétaire des biens, compte tenu de l'obligation de restitution dont il reste redevable vis-à-vis du nu-propriétaire en fin d'usufruit. À la différence de la propriété qui est perpétuelle, le quasi-usufruitier doit, en effet, au terme de l'usufruit, restituer au nu-propriétaire une chose de même quantité et de même qualité ou de même valeur (C. civ., art. 587), faisant naître une créance de restitution au profit du nu-propriétaire.

Le quasi-usufruit bénéficie de mécanismes protecteurs particuliers, tels que la conversion en rente viagère (C. civ., art. 759) ou l'abus de jouissance (C. civ., art. 618). Rien ne permet toutefois de réellement pallier l'insolvabilité du débiteur, si ce n'est la constitution préalable d'une caution. Or, compte tenu du lien de parenté les unissant, les parties conviennent souvent de dispenser l'usufruitier de fournir caution...

Le quasi-usufruit présente donc des problématiques communes avec l'exécution d'une libéralité assortie de charges : que se passe-t-il si le quasi-usufruitier laisse le bien transmis se dégrader, ou devient insolvable lors du terme ? À l'instar de l'exécution des libéralités consenties avec charges, le besoin de sécuriser cette créance à terme devient alors une nécessité, afin de garantir l'intangibilité du droit du nu-propriétaire¹³.

9 - **Le risque d'insolvabilité du débiteur d'une rente viagère.** – La constitution d'une libéralité avec charge peut également être assortie de l'obligation du versement d'une rente au donateur-crédientier ou à un tiers, jusqu'à la mort de celui-ci. Au-delà des questions entourant la réalité de l'*animus donandi* du donateur, la principale difficulté réside dans le défaut de paiement de la rente viagère. Si l'exécution forcée du paiement peut constituer une solution temporaire dans cette hypothèse, la question de

10. F. Terré et Ph. Simler, *Droit civil : les biens* : Dalloz, 10^e éd., 2018, n° 789.

11. M. Grimaldi, *L'emploi des deniers grevés d'usufruit* : DEF 28 févr. 1999, n° AD1999DEF193N1, p. 193.

12. Par exemple, la donation d'actifs sociaux avec réserve de quasi-usufruit offre au dirigeant social le confort de pouvoir transmettre son patrimoine professionnel, tout en guidant ses enfants dans la mesure où il conserve pour partie le contrôle de la société. Forme dérivée de l'usufruit, le quasi-usufruit sur un portefeuille de titres accroît les pouvoirs de disposition du donateur, là où la simple réserve d'usufruit n'autorise que des arbitrages des valeurs mobilières soumis à subrogation réelle, compte tenu de l'universalité que constitue le portefeuille. L'intérêt du quasi-usufruit en matière de clause bénéficiaire démembrée de contrat d'assurance-vie est également acquis.

13. C. Orhac, *La protection du nu-propriétaire dans un régime de quasi-usufruit* : Actes prat. strat. patrimoniale 2015, n° 3, dossier 19.

l'insolvabilité du débirentier interroge. Si des solutions pratiques existent, celles-ci contreviennent nécessairement avec la volonté de tranquillité attendue des crédientiers, souvent des personnes âgées...

En théorie, l'insertion d'une clause résolutoire permet de pallier les difficultés liées à la défaillance du débiteur de la charge. De même et en l'absence d'une telle clause, le créancier demeure libre d'intenter une action en révocation de la donation. En pratique toutefois, ces deux sanctions issues du droit commun s'avèrent lourdes à mettre en œuvre, et ce d'autant qu'elles se révèlent contraires à l'entente familiale paisible souhaitée par le donateur.

B. - L'insuffisance des sanctions de droit commun face à la volonté de transmission du donateur

10 - Une fois la confiance brisée par l'inexécution de la charge par le donataire, deux actions s'offrent au donateur : solliciter l'exécution forcée de la charge, ou la révocation de la donation. L'une comme l'autre révèlent toutefois l'insuffisance du droit commun dans l'hypothèse de l'inexécution d'une libéralité consentie avec charge, témoignant de la nécessité de proposer une solution innovante en la matière.

Dans un premier temps, l'exécution forcée de la charge est absolue, lorsque celle-ci constitue une obligation de faire (C. civ., art. 1221). À l'inverse, l'obligation de payer à laquelle sont soumis les créanciers d'une rente viagère ou les quasi-usufructiers peut faire l'objet d'une exécution forcée. Mais elle n'est pas sans coût financier ni psychologique, et demeure incertaine dans son efficacité.

Il semble, dès lors, préférable de recourir à la révocation de la donation opérée compte tenu de l'inexécution de la charge par le donataire. L'article 953 du Code civil dispose ainsi que « la libéralité entre vifs ne pourra être révoquée que pour cause d'inexécution des conditions sous lesquelles elle aura été faite [...] ». Face à un donataire n'exécutant pas la charge pourtant imposée et acceptée par lui à l'acte de donation, le donateur peut agir en révocation de la libéralité. Cette possibilité s'avère toutefois inefficace en pratique.

11 - **Les incertitudes de l'action judiciaire en révocation.** – Face à un donataire n'exécutant pas ou plus la charge attachée à la libéralité, le donateur peut tout d'abord solliciter le juge, ce qui le contraint à entreprendre des démarches parfois longues et représentant un coût certain. Pour faire droit à une éventuelle demande en révocation de la donation pour inexécution de la charge, encore faut-il parvenir à caractériser cette inexécution et qu'elle soit suffisamment grave.

L'inexécution de la charge relève souvent des circonstances d'espèce. *Quid* en cas d'exécution modifiée¹⁴ de la charge, ou en présence d'un donataire exécutant imparfaitement ou partiellement ou tardivement la charge ? En la matière, les juges du fond disposent d'un très large pouvoir d'appréciation. La charge souhaitée initialement par le donateur est alors sujette à un important aléa, et les précisions apportées par le donateur à l'acte de donation seront d'autant plus précieuses pour éclairer le juge. En indiquant expressément à l'acte de donation que la charge constitue une cause impulsive et déterminante de la libéralité, sans laquelle le donateur n'y aurait pas consenti, cela limite ainsi le pouvoir d'appréciation des juges du fond.

Cependant, le donataire peut suspendre l'action en révocation de la donation, s'il parvient à prouver qu'à la suite des changements de circonstances, l'exécution est devenue particulière-

ment difficile ou sérieusement dommageable¹⁵, tout en justifiant des diligences qu'il a déjà accomplies pour exécuter la charge. Si la révision est accordée, l'action en révocation ne redevient possible que si le donataire n'exécute pas la charge telle qu'elle résulte de la révision. La sanction de l'inexécution de la charge est ainsi dans les mains des juges du fond, qui disposent de toute la latitude possible pour déterminer si les faits d'espèces justifient ou non une inexécution caractérisée, suffisamment grave pour justifier la révocation.

Afin de restreindre cette appréciation, le donateur peut doubler la charge grevant la donation d'une clause révocatoire insérée à l'acte, dont l'application se révèle tout aussi incertaine.

12 - **Les limites des clauses révocatoires.** – L'article 956 du Code civil n'étant pas d'ordre public, le donateur, avec l'accord du gratifié, peut insérer à l'acte de donation une clause de révocation expresse ou clause de résolution de plein droit. En application de cette mention, les parties consentent à ce que la révocation de la libéralité intervienne de plein droit, du seul fait de l'inexécution¹⁶.

Les conditions de validité de cette révocation expresse sont strictement encadrées par les dispositions de l'article 1225 du Code civil. En effet, la clause résolutoire doit préciser les charges dont l'inexécution entraînera la résolution de la donation. De plus, les parties sont libres de prévoir que la résolution résultera du seul fait de l'inexécution de la charge. Mais il est recommandé de subordonner la résolution de la donation à l'envoi préalable au donataire d'une mise en demeure mentionnant expressément la clause résolutoire. En cas de mise en demeure (réalisée dans les formes strictement prescrites par la clause) restée infructueuse, la révocation pourra alors jouer de plein droit, sauf cependant à ce que l'exécution de la charge révèle un caractère subjectif et non binaire, telle une obligation, par exemple, d'assister un proche...

Néanmoins, ces clauses n'excluent pas pour autant le recours au juge. En effet, le donataire peut toujours contester l'inexécution de la charge ou son étendue, discuter la mise en œuvre de la clause de révocation expresse ou ses conséquences. En cas de refus de la part du donataire de restituer les biens donnés, le donateur devra malgré tout saisir le juge. Certes, ce dernier sera contraint par les termes de la clause relativement à la gravité de l'inexécution : le juge est alors privé de son pouvoir d'apprécier si la gravité de l'inexécution justifie ou non la résolution de la donation (à l'inverse de la révocation judiciaire), dans la mesure où le degré de gravité est défini par la clause résolutoire. Mais le juge du fond reste compétent pour vérifier les conditions de la résolution.

Enfin, même dans l'hypothèse des contrats à titre gratuit, d'une révocation unilatérale extrajudiciaire de l'article 1226 du Code civil par voie de simple notification, le donateur n'a d'autre choix que de saisir le juge, si le gratifié refuse de restituer spontanément les biens¹⁷.

13 - **La résolution de la donation : le donateur créancier insaisissable.** – En cas de révocation d'une libéralité pour cause d'inexécution de la charge pourtant initialement acceptée par le gratifié, la donation est rétroactivement anéantie : le donataire doit restituer au donateur les biens reçus (C. civ., art. 954).

Le donateur agit en revendication des biens donnés ; à défaut d'exécution possible en nature, la restitution a alors lieu en valeur. Dans le cadre de clause révocatoire conventionnelle, la révocation en valeur peut également être prévue par les parties.

14. CA Toulouse, 1^{er} ch., 12 janv. 2006, n° 04/05547 : JurisData n° 2006-296249.

15. Action en révision des articles 900-2 et suivants du Code civil.

16. La stipulation d'une telle clause n'interdit pas pour autant au donateur d'agir en exécution forcée de la charge.

17. Y. Flour, *Droit patrimonial de la famille* : Dalloz Action, 7^e éd., 2021/2022, n° 315-50.

Par son effet rétroactif, la révocation pour inexécution de la charge oblige le donataire à rendre au donateur les biens, libres de toutes charges et hypothèques de son chef, ainsi que les fruits éventuels (sous réserve de la bonne foi). Cette révocation peut parfois s'accompagner de dommages et intérêts accordés par le juge pour réparer le préjudice subi par le donateur du fait de l'inexécution de la charge.

Au-delà, si la révocation sanctionne bien le donataire pour son inexécution et permet au donateur de retrouver les biens initialement donnés : c'est donc un moindre mal pour lui. Mais, pour autant, l'objectif initial de transmission de son patrimoine dans un cadre déterminé n'est pas atteint en raison de l'anéantissement de la donation, d'autant que la confiance dans la famille sera inéluctablement brisée...

Les mécanismes de droit commun se révèlent ainsi insuffisants pour pallier les difficultés, pourtant bien réelles, liées à la transmission et au risque d'inexécution des charges y afférentes. Dans l'ensemble des cas étudiés précédemment, il ne serait que trop utile de recommander au disposant d'assortir la libéralité d'une obligation de garantie, pour assurer l'effectivité de l'exécution de la charge, conférant ainsi au donateur la qualité de créancier de l'exécution de la charge par le donataire.

2. L'utilisation innovante de la fiducie dans la sécurisation de l'exécution des libéralités consenties avec charge

14 - Une fois l'intérêt du recours à la fiducie-sûreté pour garantir l'exécution des charges démontré, il reste à voir quelles pratiques peuvent en avoir les praticiens du droit.

A. - L'intérêt du recours à la fiducie-sûreté pour garantir l'exécution d'une charge

15 - Passée la première condition tenant à la charge de transférer les biens ou droits reçus en fiducie, les intérêts de cet instrument sont certains.

16 - **Difficultés d'articulation entre la fiducie-sûreté et les donations assorties de charges.** – Préalable indispensable sur lequel repose la sécurité de la transmission souhaitée, la constitution de la fiducie relève de la seule initiative du donataire. Le refus de celui-ci de constituer la fiducie porterait nécessairement atteinte à l'efficacité de l'ensemble du mécanisme. La libéralité doit ainsi être conditionnée à une double obligation : celle de transférer les biens en fiducie, et celle de maintenir la fiducie jusqu'à son terme, toutes deux sanctionnées par l'action révocatoire¹⁸.

Par ailleurs, si l'article 1052 du Code civil autorise le donateur à prescrire des garanties et des sûretés pour la bonne exécution de la charge, il est possible de s'interroger sur la compatibilité même de la fiducie avec l'obligation de conservation imposée par le législateur dans la donation graduelle. Mais s'agissant d'une affectation de propriété temporaire, excluant toute aliénation définitive, nous ne le pensons pas.

Quelle que soit la nature de la charge, le recours à la fiducie-sûreté afin de sécuriser l'exécution desdites charges présente un intérêt certain.

17 - **Intérêts du recours à la fiducie-sûreté.** – Comme évoqué en introduction, le recours à la fiducie-sûreté en matière de sécurisation de l'exécution des libéralités consenties avec charges a

de quoi surprendre. En effet, l'usage de ce mécanisme en la matière relève du paradoxe, compte tenu de l'interdiction existant en droit positif de recourir à la fiducie-libéralité (C. civ., art. 1013). La fiducie-sûreté se révèle pourtant constituer un outil intéressant et prometteur en la matière, car celle-ci permet de contourner les difficultés identifiées précédemment, tout en constituant une sûreté particulièrement efficace, résistant, qui plus est, au décès du constituant. Rien ne s'oppose textuellement à une telle opération, les textes invitant, au contraire, le donateur d'une libéralité graduelle à « prescrire des garanties et des sûretés pour la bonne exécution de la charge » (C. civ., art. 1052). L'intérêt du contrat de fiducie-sûreté repose en l'espèce sur le transfert par le constituant de la propriété des biens reçus vers le patrimoine fiduciaire, patrimoine d'affectation, et en vue d'en assurer la protection le temps de l'exécution du contrat fiduciaire, au profit du bénéficiaire. Le patrimoine d'affectation est étanche au regard du patrimoine propre du fiduciaire ou de ses autres patrimoines fiduciaires. Ce faisant, le constituant consent à perdre en tout ou partie ses pouvoirs de disposition et/ou d'administration, afin de sécuriser une parfaite exécution des charges évoquées. Il s'agira ainsi de garantir l'exécution de celles-ci et de lutter contre les risques évoqués précédemment.

Il est alors légitime de s'interroger sur l'intérêt de constituer une fiducie, au regard des autres sûretés classiques ? Plusieurs explications justifient ce choix. Tout d'abord sa simplicité de formation ou d'exécution : la fiducie n'est pas soumise au lourd formalisme de réalisation des autres sûretés réelles, notamment celui des saisies, puisque la propriété aura déjà été transmise. Par ailleurs, la fiducie constitue aujourd'hui le seul outil juridique garantissant de manière absolue l'intégrité du patrimoine affecté, à l'abri de toute aliénation par les constituants¹⁹ ou, et c'est l'essentiel, par ou du fait des tiers (créanciers, partenaires...). De plus, le contrat de fiducie admet une souplesse de rédaction, permettant de répondre à chaque situation particulière.

Enfin, le recours à la fiducie présente un intérêt de « paix des familles », dont l'explication relève du pléonasmisme. En effet, le terme fiducie est issu du mot latin « fiducia », signifiant « confiance » : ce dernier permet ainsi au donateur d'imposer la constitution d'une sûreté, sans pour autant paraître douter de la fiabilité du donataire, à l'inverse des sûretés plus classiques comme l'hypothèque. Dans un contexte familial où la confiance règne, la fiducie arbore ainsi un net avantage sur le plan de la réputation.

Une fois l'intérêt du recours à la fiducie-sûreté démontré en matière de sécurisation des libéralités consenties avec charges, il convient d'examiner quelques applications pratiques en matière de transmission de patrimoine.

B. - Quelles applications pratiques de la fiducie-sûreté pour sécuriser l'exécution des charges ?

18 - Les intérêts du mécanisme s'illustrent différemment selon la nature de la charge à exécuter. La fiducie-sûreté permet en effet de garantir l'exécution de différentes charges, qu'elles stipulent une obligation de faire, de ne pas faire ou de payer.

1° Fiducie et obligation de faire ou de ne pas faire

19 - Le recours à la fiducie permet de pallier les difficultés d'exécution liées aux obligations de faire ou de ne pas faire, qu'il s'agisse de conserver, de tracer ou d'adhérer à un pacte d'actionnaires.

20 - **Garantir une obligation de conservation ou de restitution : la fiducie au service des libéralités graduelles et rési-**

18. H. Brothier et M. Clermon, *Fiducie-gestion : outil d'accompagnement* : Actes prat. strat. patrimoniale 2022, n° 2, dossier 8.

19. Sauf en cas de droit de suite ou de fraude.

duelles. – Dans le cadre de libéralités graduelles, l'obligation de constituer une fiducie garantit au donateur un transfert de propriété des biens ou droits vers un patrimoine fiduciaire, ayant une triple finalité :

- garantir la consistance des actifs transmis : comme évoqué précédemment, si la propriété d'actifs immobiliers ne pose pas de difficulté, il en va tout autrement en présence de biens incorporels ou meubles tels que des tableaux. Le fiduciaire aura pour mission de conserver ces actifs, et ce faisant remplira une fonction d'inventaire et de gardien du patrimoine fiduciaire ;

- garantir la valorisation des actifs transmis : la mission du fiduciaire ne se bornera pas à veiller au non-périssement des actifs ou à leur sauvegarde *a minima* (telle que la souscription d'une assurance, outre, pour l'avocat fiduciaire, une garantie de représentation au profit de qui il appartiendra) ; bien au contraire, il pourra veiller à leur mise en valeur au travers d'expositions, par exemple s'agissant de toiles ou de statues. Même en présence d'actifs immobiliers, le fiduciaire pourra avoir pour mission de les administrer au mieux des intérêts du premier gratifié constituant et, *in fine*, des donataires successifs ;

- garantir la délivrance des actifs au profit du gratifié en second : au décès du premier donataire, la mission du fiduciaire prendra fin par l'accomplissement des formalités de transfert de propriété au profit du bénéficiaire de la fiducie, donataire de second rang, lequel pourrait lui-même avoir la charge d'apporter en fiducie, voire de voir le fiduciaire exécuter lui-même cette nouvelle charge en conservant le bien en fiducie par la novation de constituant. Il pourra ainsi régulariser les attestations de propriété pour assurer la mutation des biens immobiliers, procéder aux notifications auprès des établissements financiers, signer tout ordre de mouvement ou faire procéder à la mise à jour des statuts, et effectuer une remise matérielle des meubles.

La fiducie-sûreté constitue ainsi le parfait support pour une transmission d'actifs sensibles, tout en assurant l'exécution de la charge de conservation et de délivrance des biens au donataire de second rang.

De même, dans les libéralités résiduelles, l'obligation de restitution du simple reliquat n'implique pas nécessairement une consommation intégrale des biens reçus, encore moins si conventionnellement, les parties sont convenues d'une subrogation. La fiducie-sûreté apparaît alors comme le support dédié pour assurer la traçabilité des actifs subrogés et la restitution au gratifié de second rang. La gestion des biens donnés permettra de déterminer le périmètre d'exécution de la seconde donation avec suivi des flux et exécution de la seconde donation. Comme pour les libéralités graduelles, lors du décès du premier gratifié, le fiduciaire s'assurera de l'exécution de la donation et du transfert de propriété des biens au profit du donataire *de residuo*.

21 - Garantir une charge d'adhésion : la fiducie au service des pactes d'actionnaires. – Dans le cadre de transmissions patrimoniales portant sur des titres sociaux, tant le donateur que ses associés/actionnaires doivent avoir l'assurance de la stricte observation des engagements souscrits ; le recours à la fiducie permet alors de garantir la parfaite efficacité des pactes d'actionnaires. Prenons l'exemple d'un dirigeant de société engagé dans un processus de cession à plus ou moins court terme et souhaitant transmettre préalablement une partie de sa participation à ses enfants. La libéralité consentie à charge de mise en fiducie par les donataires permettra d'assurer au dirigeant qu'aucun de ses enfants ne viendra perturber le processus de cession envisagé. La mission confiée au fiduciaire consistera à exécuter purement et simplement les dispositions du pacte d'actionnaires, conformément aux accords convenus entre les signataires, sans marge d'appréciation, évitant ainsi toute immixtion de donataires qui, pour quelques raisons, s'opposeraient le moment venu à la mise en œuvre d'une clause de *drag along*.

Les obligations de payer sont susceptibles de bénéficier d'une protection identique grâce à la fiducie.

2° Fiducie et obligation de payer

22 - Dans le cas où l'exécution de la charge constitue une obligation de payer, par exemple le versement d'une rente, le recours à la fiducie permet d'adjoindre les avantages de la fiducie à l'efficacité d'une sûreté classique. L'objectif sera ici d'anticiper un éventuel manque de diligence des donataires et de rassurer le donateur. Si la charge est correctement exécutée, les biens seront, à terme, restitués au constituant. À l'inverse, en cas de défaillance du constituant, débiteur de l'obligation d'exécuter la charge, la sûreté se réalisera et le bénéficiaire de la fiducie conservera la propriété des biens²⁰. *In fine*, la propriété fiduciaire se transformera en propriété ordinaire²¹.

23 - Garantir une obligation de paiement : la fiducie au service du paiement d'une rente. – Face à des parents désireux de transmettre leur patrimoine tout en veillant à ne pas se retrouver complètement démunis, la donation²² à charge de rente et d'apport des biens en fiducie présente certains intérêts. En l'espèce, la libéralité est assortie de l'engagement des enfants de servir une rente sur la tête des deux parents, à compter par exemple de leur soixante-dixième année, sanctionnée par l'action révocatoire de la donation. Le service de la rente sera garanti par le transfert immédiat des actifs en fiducie-sûreté par les enfants constituants, au profit des parents bénéficiaires. En cas de défaut (non-paiement de la rente), la fiducie sera réalisée par remise desdits biens aux parents bénéficiaires. Par ailleurs, les donateurs s'assurent ainsi une inaliénabilité et une insaisissabilité des biens donnés leur vie durant. La fiducie présente en plus l'avantage de permettre une occupation des biens donnés : par les parents au moyen d'une location octroyée par le fiduciaire (et dont les revenus reviendront aux enfants constituants à terme), ou à titre gratuit par les enfants constituants.

La question pourrait se poser de la proportionnalité de la sûreté par rapport à l'enjeu de la rente, encore que la sûreté puisse avoir ici pour principal effet la crainte que suscite l'éventualité d'une révocation par le donateur : il n'aurait pas gratifié si le donataire ne s'était pas engagé sur le principe même de cette rente en quasi alimentaire.

24 - Garantir une obligation de paiement : la fiducie au service de la créance de restitution en présence d'un quasi-usufruit. – Le schéma patrimonial est le suivant : un ascendant réalise une donation de l'usufruit sous la forme d'un quasi-usufruit au profit de son enfant, et de la nue-propriété au profit de son petit-fils. Compte tenu des tranches de vie respectives des parties, le donateur souhaite anticiper le règlement de sa succession, l'enfant usufruitier souhaite pouvoir jouir et disposer de tout ou partie des biens²³ et de leurs revenus en toute autonomie, le petit-enfant n'est pas en âge d'appréhender immédiatement et pleinement des biens de cette nature. Pour autant, il convient dès à présent de protéger le nu-propriétaire et de lui garantir le paiement de cette créance à terme. Mais encore faut-il être en mesure de déterminer l'assiette de l'obligation de restitution en valeur ou en nature pesant sur le quasi-usufruitier.

20. Articles 2372-3 du Code civil pour les fiducies portant sur des meubles et 2488-3 pour les fiducies portant sur des immeubles.

21. J.-B. Seube, *Droit des sûretés* : Dalloz, 10^e éd., 2020, n° 750, p. 521.

22. La donation pouvant porter sur du numéraire, des parts sociales ou des immeubles.

23. Le recours à la fiducie permet de renforcer la sincérité de l'opération sur le plan fiscal, évitant ainsi le risque de requalification en donation fictive par l'administration fiscale.

L'apport en fiducie réalisé immédiatement ou concomitamment à la donation tiendra lieu d'inventaire²⁴ (sans que la méfiance ne soit éveillée), et assurera ainsi une **traçabilité de la créance de restitution** du nu-proprétaire. Plus nécessaire encore, il convient d'assurer au nu-proprétaire la **consistance de sa créance**, que ce soit au moyen d'une clause d'indexation (sous réserve de choisir un indice ayant un rapport étroit avec les biens objets du quasi-usufruit) ou par la mise en œuvre du mécanisme de la dette de valeur (la créance de restitution est alors directement corrélée avec le sous-jacent défini à la déclaration d'affectation). Là encore, la fiducie répond à tous ces objectifs, à la condition de bien définir la mission du fiduciaire. Celui-ci se chargera de réaliser un inventaire périodique des biens objets du quasi-usufruit, de manière à pouvoir informer régulièrement le nu-proprétaire de l'évolution de la consistance des biens. Si, au cours du contrat, les actifs fiduciaires sont d'un niveau inférieur au montant de la créance de restitution, le fiduciaire exigera du constituant une garantie supplémentaire de manière à main-

tenir la garantie de la créance. En cas de subrogation, le fiduciaire veillera à respecter « l'affectation » des biens nouvellement acquis au regard de la clause indice d'indexation, et assurera ainsi l'efficacité de la déclaration d'affectation des parties.

Enfin, la fiducie jouera également son rôle de **sûreté traditionnelle** : les actifs objets du quasi-usufruit seront à l'abri des créanciers de l'usufruitier ; au décès de ce dernier, le fiduciaire aura un rôle clé dans le calcul de la créance de restitution et sera, le cas échéant, à même de délivrer la garantie au nu-proprétaire.

Conclusion

25 - La confiance n'exclut pas le contrôle et la constitution d'une fiducie-sûreté en garantie de l'exécution des libéralités consenties avec charges contribue à assurer le donateur de la pérennité des conditions liées à la transmission. La fiducie constitue ainsi un outil innovant, permettant de remédier aux insuffisances du droit commun quant aux risques d'inexécution de la charge. Instrument de garantie offrant la plus grande souplesse, il n'appartient qu'aux praticiens d'être créatifs. ■

Mots-Clés : Sûretés - Fiducie - Libéralités avec charges - Droit patrimonial

24. Bien que l'article 600 du Code civil impose à l'usufruitier de faire inventaire pour entrer en jouissance, dans un cadre familial, il est parfois difficile pour le donateur de l'imposer.

