

## 4 La gestion du patrimoine de la personne protégée



Édouard GRIMOND,  
notaire à Lille



et Hervé MANCIET,  
directeur du Centre d'études  
et de recherche du Groupe Monassier

### 1. - LE RECOURS À LA SOCIÉTÉ CIVILE, OUTIL TRADITIONNEL DE GESTION DE PATRIMOINE

A. - Les clauses relatives à la gérance

- 1° La détermination et l'organisation de la gérance
- 2° Les pouvoirs du gérant

B. - Les nécessaires aménagements statutaires protecteurs de l'associé vulnérable

- 1° Aménager la responsabilité de l'associé vulnérable

2° Assurer des revenus à l'associé vulnérable

3° Protéger l'associé vulnérable de l'atteinte au pacte social

### 2. - LA FIDUCIE, UNE ALTERNATIVE À DÉVELOPPER

A. - Les avantages de la fiducie

B. - Les applications pratiques de la fiducie

1 - Gérer un patrimoine est une mission complexe et exigeante. Il faut en effet pouvoir l'administrer, assurer sa conservation et, si possible, le faire fructifier.

En vieillissant, un désintérêt pour ces tâches, parfois lourdes, peut apparaître. Pire, une incapacité de gérer peut survenir. Or, si à défaut d'avoir anticipé son état de vulnérabilité, une personne bénéficiera d'une protection institutionnelle, force est de constater que cette « protection subie » peut empêcher une gestion souple et efficace de son patrimoine. En effet, les mesures légales d'assistance ou de représentation peuvent s'avérer lourdes et contraignantes<sup>1</sup>.

Face à ces mesures et au mandat de protection future, outil d'anticipation<sup>2</sup>, quelles alternatives s'offrent à la personne protégée pour la gestion de son patrimoine ?

La société civile, outil traditionnel de gestion de patrimoine, apparaît souvent comme une première alternative (1). Mais, depuis 2009, un nouvel outil efficace peut être proposé pour la gestion du patrimoine des personnes protégées : la fiducie. Si les praticiens ne se sont pas encore totalement emparés de cet instrument, il s'agit incontestablement d'une alternative à développer (2).

### 1. Le recours à la société civile, outil traditionnel de gestion de patrimoine

2 - Les vertus de la société civile en matière de gestion de patrimoine ne sont plus à démontrer.

Outil de transmission de patrimoine performant, particulièrement lorsqu'elle est associée au démembrement de propriété, la société civile peut également constituer un outil efficace pour la gestion du patrimoine d'une personne vulnérable. La liberté contractuelle qui la caractérise et la dissociation du pouvoir et de l'avoir qu'elle permet en font en effet un outil sur mesure, qu'il est possible d'adapter à chaque situation particulière. Encore faut-il que les rédacteurs des statuts s'emparent de cet espace de liberté.

En présence d'une personne protégée, le régime de protection auquel cette dernière est soumise peut empêcher une gestion souple et dynamique de ses biens. L'intérêt de la société civile, et de sa personnalité morale distincte, est alors de concentrer les pouvoirs de gestion dans les mains du gérant afin de cantonner l'associé que l'on souhaite protéger, et son représentant, à un rôle passif, tout en lui assurant cependant des revenus et/ou la mise à disposition de certains biens. Mais attention, il ne s'agit pas de donner un blanc-seing au profit du gérant, ni de contourner abusivement le régime de protection applicable, simplement de fluidifier la gestion du patrimoine de la personne vulnérable. Il convient donc de trouver un juste équilibre pour ne pas sacrifier la nécessaire protection de cette dernière.

Cet équilibre passe tout d'abord par le soin particulier qu'il conviendra d'apporter aux clauses relatives à la gérance (A). Il convient ensuite d'étudier les aménagements statutaires divers qu'il est possible ou nécessaire d'insérer pour apporter la plus grande sécurité à l'associé vulnérable (B).

#### A. - Les clauses relatives à la gérance

3 - Si l'organisation de la gérance et le choix du ou des gérants sont importants (1°), la délimitation des pouvoirs du gérant est essentielle (2°).

1. Assistance du curateur, intervention nécessaire du conseil de famille ou du juge des tutelles, etc.

2. V. dans ce numéro étude de J. Combret, *Anticiper son état de vulnérabilité : Assurer la protection de sa personne et de son patrimoine : Actes prat. et strat. patrimoniale 2017, n° 1, dossier 3.*

### 1° La détermination et l'organisation de la gérance

4 - La loi laisse une grande place à la liberté contractuelle pour la détermination et l'organisation de la gérance, qui sont fixées par les statuts.

5 - **Le choix d'un gérant tiers à la société.** – Ainsi, la société civile peut être gérée par une ou plusieurs personnes, qu'elles soient associées ou non (*C. civ., art. 1846*). Cette possibilité de nommer un tiers gérant de la société offre notamment l'opportunité de laisser les clés de la gestion à un professionnel<sup>3</sup>. La nature ou l'importance du patrimoine à gérer peuvent justifier un tel choix. Mais, il est alors probable que ce professionnel demande une rémunération pour l'exercice de ce mandat social. Par ailleurs, il conviendra que les associés se prémunissent de ses éventuelles fautes de gestions, y compris en lui demandant une ou plusieurs garanties.

6 - **Prévoir les conditions de la révocation du gérant.** – Il est également possible de révoquer le ou les gérants à des conditions de majorité plus ou moins fortes, selon que l'on souhaite un gérant inamovible ou plus facilement révocable (*C. civ., art. 1851*). Il faut rappeler sur ce point que, sauf disposition contraire des statuts, le gérant est révocable par une décision des associés représentant plus de la moitié des parts sociales (*C. civ., art. 1846*).

7 - **Anticiper l'état de dépendance du gérant.** – Mais, la liberté contractuelle relative à l'organisation de la gérance permettra surtout d'anticiper l'état de dépendance du gérant. En effet, la mise en place d'une société civile interviendra fréquemment en amont dans le cadre d'une stratégie de gestion et/ou de transmission de patrimoine, l'état de dépendance de l'associé-gérant apparaissant en cours de vie sociale. Or, dans une telle hypothèse, les pouvoirs du gérant atteint d'une incapacité cessent<sup>4</sup> et quel que soit le régime de protection applicable, le représentant de l'incapable n'est pas investi du pouvoir de représenter ou d'assister la société<sup>5</sup>. Il convient donc d'éviter tout blocage futur de la société en aménageant les statuts à cet effet.

8 - **Insérer une clause de vacance.** – Cette anticipation passe tout d'abord par l'insertion d'une clause permettant, en cas de vacance dans la gérance, à tout associé de convoquer une assemblée générale chargée de la nomination du ou des nouveaux gérants. Le but est d'éviter ainsi la désignation en justice d'un mandataire judiciaire chargé de convoquer une assemblée générale.

9 - **Instaurer une cogérance.** – Par ailleurs, il peut être opportun de mettre en place une cogérance<sup>6</sup>, chaque gérant étant doté de pouvoirs concurrents. En cas d'incapacité de l'un des gérants, la charge de la direction se reportera *de facto* entièrement sur l'autre, sans qu'il n'y ait aucune vacance. Dans une société civile familiale, les statuts pourraient ainsi nommer opportunément les deux parents gérants, avec faculté d'agir ensemble ou séparément.

10 - **Prévoir une gérance successive.** – Il serait également envisageable d'inclure une clause de gérance successive qui se déclencherait en cas d'incapacité du gérant. Cette solution est parfois retenue dans des sociétés civiles familiales. Les statuts prévoient ainsi la nomination de l'un des époux, et précisent qu'en cas d'incapacité, son conjoint sera nommé automatiquement gérant. Cette solution pourrait également être retenue en association avec le mandat de protection future. Ainsi, en cas

d'incapacité du gérant, les statuts pourraient prévoir la nomination automatique du mandataire de protection future en tant que nouveau gérant. Si aucun texte ni aucune jurisprudence à notre connaissance ne viennent interdire ce mode de nomination, communément admis en doctrine, il semblerait toutefois que certains greffes des tribunaux de commerce refusent de tenir compte de cette prédétermination et imposent une nomination par décision collective des associés.

### 2° Les pouvoirs du gérant

11 - Les pouvoirs du gérant vont dépendre des prévisions statutaires.

12 - **Les enjeux de l'objet social.** – En effet, si dans les rapports entre associés, le gérant peut accomplir tous les actes de gestion que demande l'intérêt de la société (*C. civ., art. 1848*), dans les rapports avec les tiers, le gérant engage la société par les actes entrant dans l'objet social (*C. civ., art. 1849, al. 1*), les clauses statutaires limitant ses pouvoirs étant inopposables aux tiers (*C. civ., art. 1849, al. 3*).

Il convient donc de définir l'objet social avec soin puisqu'il déterminera notamment l'étendue des pouvoirs du gérant à l'égard des tiers, ou encore la capacité de la société elle-même<sup>7</sup>.

Dans une perspective de gestion courante, l'objet pourra être limité à la détention et à la gestion d'un ou plusieurs biens, et aux opérations qui concourent à cet objet. Mais, dans certains cas, ne faut-il pas prévoir également la vente du patrimoine social ? En effet, l'objectif recherché par la personne vulnérable peut ne pas être la seule conservation d'un ou plusieurs biens, mais consister en une gestion plus dynamique. Mais attention, puisqu'alors le gérant aura, dans l'ordre externe, le pouvoir de disposer. De plus, une telle option ouvre le risque d'extinction de l'objet social et de dissolution de la société<sup>8</sup>. Il convient donc d'être prudent et d'analyser chaque situation.

Il faut également se poser la question de savoir quels seront les actifs dans lesquels la société pourra investir. Là encore, l'objectif de gestion recherchée déterminera la solution à retenir. Mais, il n'est pas opportun, selon nous, de limiter la nature des biens concernés. En effet, une bonne gestion pourrait, par exemple, nécessiter de céder un actif immobilier afin de réinvestir le prix de cession dans un autre type d'actif pouvant être plus rémunérateur (portefeuille de valeurs mobilières, contrat d'assurance-vie).

Tous ces points doivent être abordés en amont et méritent une extrême attention de la part du praticien lors de la rédaction de l'objet social, notamment sur les termes utilisés, puisque ce dernier se présente en définitive comme un instrument de protection du patrimoine des associés<sup>9</sup>.

13 - **La définition essentielle des prérogatives du gérant.** – Les pouvoirs du gérant, fixés statutairement, sont la pierre angulaire du système. En effet, tout ce qui ne dépendra pas de la compétence du gérant sera de la compétence de l'assemblée générale des associés, à laquelle le représentant d'un associé incapable devra intervenir. Ainsi, plus le gérant disposera de pouvoir étendus et clairement précisés, moins le représentant de l'incapable devra se prononcer lors du vote en assemblée générale<sup>10</sup>. Une

3. Personne physique ou morale.

4. *C. civ., art. 1160* tel qu'issu de l'Ord. n° 2016-131, 10 févr. 2016.

5. *V. Cass. 2<sup>e</sup> civ., 7 avr. 2016, n° 15-12.739* : « le curateur d'une personne protégée à laquelle a été dévolue la fonction de gérant d'une société n'est pas investi du pouvoir d'assister la société ».

6. Ou un collège de gérance.

7. En effet, aux termes de l'article 1145 du Code civil, tel qu'issu de l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016, « la capacité des personnes morales est limitée aux actes utiles à la réalisation de leur objet tel que défini par leurs statuts et aux actes qui leur sont accessoires, dans le respect des règles applicables à chacune d'entre elles ».

8. Tel serait le cas, dans l'hypothèse de la vente du seul immeuble social expressément désigné dans l'objet social.

9. *J. Prieur, De l'intérêt de définir l'objet social : Actes prat. et strat. patrimoniale 2008, n° 3, dossier 14.*

10. *V. n° 12.*

clause trop restrictive pourrait mettre à mal la souplesse recherchée.

En présence d'une personne âgée que l'on souhaite soulager de la gestion de certains biens, sans avoir à recourir à l'intervention de son représentant, les prérogatives du gérant pourront ainsi être assez vastes.

Mais, comme indiqué au préalable, il faut se garder de tout blanc-seing donné au gérant. Pour les actes les plus graves, notamment la vente d'un bien ou un emprunt, il peut être prudent de réserver la compétence de l'assemblée générale des associés. Il peut être encore prévu que le gérant aura tous pouvoirs pour réaliser certains actes mais seulement jusqu'à un certain seuil, une décision collective étant nécessaire au-delà<sup>11</sup>.

Dans ces hypothèses, le régime de protection auquel sera soumis l'associé vulnérable retrouvera à s'appliquer entièrement. Il y aura donc lieu, pour chaque décision, de vérifier si le vote constitue un acte d'administration ou un acte de disposition, au regard du décret n° 2008-1484 du 22 décembre 2008 et de son annexe 2. Au regard de ces textes, sauf circonstances d'espèces particulières<sup>12</sup>, la détermination du vote sur les ordres du jour suivant sont considérés comme des actes de disposition :

- reprise des apports ;
- modification des statuts ;
- prorogation et dissolution du groupement ;
- fusion, scission, apport partiel d'actifs ;
- agrément d'un associé ;
- augmentation et réduction du capital ;
- changement d'objet social ;
- emprunt et constitution de sûreté ;
- vente d'un élément d'actif immobilisé ;
- aggravation des engagements des associés.

La rédaction de la clause relative aux pouvoirs des gérants est essentielle dans la recherche de l'équilibre entre la protection de l'associé vulnérable et la souplesse de gestion que permet la société civile.

## B. - Les nécessaires aménagements statutaires protecteurs de l'associé vulnérable

14 - La protection de l'associé vulnérable ne passe pas uniquement par la détermination des pouvoirs du gérant.

Outre l'aménagement de la responsabilité de l'associé protégé (1°), il peut être intéressant de lui assurer le maintien de ses revenus (2°). Au-delà de cette protection financière, il peut également être opportun de protéger l'associé vulnérable contre les éventuelles atteintes au pacte social (3°).

### 1° Aménager la responsabilité de l'associé vulnérable

15 - La société civile peut s'avérer dangereuse pour l'associé vulnérable.

16 - **Obligation aux dettes sociales.** – En effet, rappelons qu'à l'égard des tiers, les associés répondent indéfiniment des dettes sociales à proportion de leur part dans le capital social (*C. civ.*, art. 1857). Cette obligation aux dettes sociales est une règle impérative qu'il n'est pas possible d'aménager conventionnellement. Cependant, il est envisageable de prévoir, dans les statuts ou dans une décision collective, que le gérant ne pourra valablement conclure un acte qu'après avoir obtenu la renonciation du créancier à poursuivre l'associé protégé.

17 - **Contribution aux pertes.** – Il est également possible de jouer sur la contribution aux pertes de l'associé protégé. Si sa contribution est en principe déterminée à proportion de sa part dans le capital social (*C. civ.*, art. 1844-1), il est possible de déroger à la règle légale dans les statuts, sous réserve du respect de la prohibition des clauses léonines<sup>13</sup>. Il est donc tout à fait possible de limiter la contribution aux pertes de l'associé vulnérable au montant de ses apports ou à un montant déterminé. Mais, ce dernier ne peut en être totalement exonéré.

Dans les faits, l'associé protégé qui aura eu à répondre des dettes sociales indéfiniment sur son patrimoine propre, mais à proportion de sa part dans le capital social, disposera d'un recours contre ses associés pour obtenir le remboursement au titre de sa contribution limitée aux pertes.

### 2° Assurer des revenus à l'associé vulnérable

18 - La société civile va souvent permettre de dégager un revenu à l'associé vulnérable<sup>14</sup>. Afin de lui assurer des ressources, plusieurs voies peuvent être empruntées.

19 - **Répartition inégalitaire des bénéfices.** – À l'instar de la contribution aux pertes, il est tout d'abord possible de prévoir que la répartition des bénéfices sera différente de celle du capital social, et prévoir au profit de l'associé à protéger, une distribution plus importante. Là encore, il conviendra de prendre garde à la prohibition des clauses léonines.

20 - **Assurer la maîtrise des distributions.** – Surtout, il faut assurer à l'associé vulnérable la maîtrise de la distribution des bénéfices de la société, afin de pouvoir lui assurer le maintien de ses ressources.

21 - **Création de parts privilégiées.** – La création de parts peut contribuer à cet objectif en lui conférant des avantages politiques (parts sociales à droits de vote double ou multiple par exemple) ou financiers (parts sociales donnant droit à un dividende prioritaire ou cumulatif par exemple).

### 3° Protéger l'associé vulnérable de l'atteinte au pacte social

22 - La société civile peut se concevoir comme un cocon, tourné vers l'intérêt quasi exclusif de certains associés, généralement les plus âgés, notamment dans un cadre familial restreint.

Mais l'entrée de nouveaux associés peut être source de tensions, lorsque ces derniers ont des intérêts opposés.

23 - **Insérer des clauses d'agrément.** – Afin de protéger les associés vulnérables contre des modifications dans la géographie de la détention du capital social, il convient d'insérer, dès la constitution de la société, des clauses d'agrément, rédigées très soigneusement, pour toute transmission entre vifs ou par décès. En effet, toute modification serait difficilement aisée par la suite.

24 - **Aménager un droit de retrait.** – À l'inverse, il ne faut pas non plus que l'associé vulnérable se trouve piégé dans une société qui ne pourrait plus répondre à l'objectif de protection recherché initialement. Il convient donc d'aménager un droit de retrait, notamment lorsque l'associé à protéger est minoritaire, afin qu'il puisse en sortir plus aisément. À défaut, son retrait ne serait possible qu'à condition d'être autorisé par une décision unanime des associés.

Même si elle recèle quelques limites<sup>15</sup>, la société civile peut s'avérer être un outil performant de gestion du patrimoine d'une

11. Tel pourrait être le cas pour la réalisation de travaux sur un immeuble.

12. Permettant au tuteur de considérer qu'il s'agit d'actes d'administration en raison de leurs faibles conséquences sur le contenu ou la valeur du patrimoine de la personne protégée, sur les prérogatives de celle-ci ou sur son mode de vie.

13. En effet, en application de l'article 1844-1, alinéa 2, la stipulation attribuant à un associé la totalité du profit procuré par la société ou l'exonérant de la totalité des pertes, celle excluant un associé totalement du profit ou mettant à sa charge la totalité des pertes sont réputées non écrites.

14. Ou lui mettre à disposition certains biens, comme son logement.

15. En raison de la personnalité morale distincte de la société civile et de la jurisprudence qui tend à l'assimiler à un professionnel, l'associé personne

personne vulnérable et de protection de cette dernière. Elle est particulièrement intéressante dans la mesure où elle peut être utilisée également dans un objectif de transmission de patrimoine<sup>16</sup>.

À ses côtés, la fiducie apparaît également comme une alternative crédible.

## 2. La fiducie, une alternative à développer

25 - Introduite par la loi n° 2007-211 du 19 février 2007, la fiducie se définit 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 » (C. civ., art. 2011).

Présentant de nombreux avantages (A), la fiducie constitue principalement en pratique un outil d'anticipation de sa vulnérabilité (B).

### A. - Les avantages de la fiducie

26 - **Une gestion assurée par un professionnel.** – Le premier avantage de la fiducie est de permettre une gestion par un professionnel. En effet, la qualité de fiduciaire n'est ouverte qu'à certains professionnels<sup>17</sup> : établissements de crédits, entreprises d'investissement ou d'assurance, avocats.

La fiducie s'avérera donc particulièrement opportune lorsqu'il s'agira de gérer certains actifs spécifiques nécessitant des compétences complexes, ou un patrimoine important nécessitant des moyens qu'un simple particulier n'a pas à sa disposition.

Même si elle est assurée par un professionnel, la loi prévoit plusieurs garde-fous au profit du constituant : obligation pour le fiduciaire de rendre compte de sa gestion, possibilité de demander la nomination d'un fiduciaire provisoire, désignation d'un tiers protecteur chargé de s'assurer de la bonne exécution du contrat<sup>18</sup>, etc.

27 - **La création d'un patrimoine d'affectation.** – De plus, la fiducie permet de créer un patrimoine d'affectation, permettant en principe de mettre les biens ou droits transférés au fiduciaire à l'abri des créanciers personnels de ce dernier mais également des créanciers personnels du constituant<sup>19</sup>. Mais, si le patrimoine fiduciaire constitue, en principe, le gage des seuls titulaires de créances nées au titre de sa conservation ou de gestion, la loi expose le constituant à un recours subsidiaire des créanciers du patrimoine fiduciaire (C. civ., art. 2025, al. 2). Si le législateur n'est pas allé au bout de la logique du patrimoine d'affectation et a dérogé au principe d'imperméabilité des patrimoines, il ne faut pas exagérer la portée pratique du risque de recours subsidiaire. En effet, ce risque n'existe réellement que lorsque les

biens ou droits mis en fiducie sont de nature à générer un passif. Si en présence d'une entreprise le risque est certain, il l'est beaucoup moins en présence d'un immeuble, d'un contrat d'assurance-vie ou d'un portefeuille de valeurs mobilières. Surtout, ce recours n'étant pas d'ordre public, il est possible d'y déroger en prévoyant dans le contrat de fiducie que le fiduciaire prendra personnellement en charge tout ou partie du passif fiduciaire (C. civ., art. 2025, al. 2), ou encore en limitant l'obligation au passif fiduciaire au seul patrimoine fiduciaire, cette dernière clause n'étant cependant opposable qu'aux créanciers l'ayant expressément acceptée (C. civ., art. 205, al. 3).

28 - **Un outil sur mesure.** – La fiducie constitue en outre un outil de gestion sur mesure. En effet, la fiducie doit être constituée dans un but précis, défini par le contrat. L'absence d'assignation prédéterminée par la loi confère à la fiducie une grande polyvalence<sup>20</sup>. La seule limite, de taille, est énoncée à l'article 2013 du Code civil, lequel dispose en effet que « le contrat de fiducie est nul s'il procède d'une intention libérale au profit du bénéficiaire »<sup>21</sup>. Cette prohibition peut poser des difficultés lorsque la fiducie est envisagée sur des biens frugifères dans le but d'assurer des revenus complémentaires au profit d'un proche. Dans une telle hypothèse, on peut effectivement se demander si la fiducie procède d'une intention libérale ou de la simple exécution d'une obligation alimentaire. Il sera alors nécessaire, pour écarter le risque de nullité, d'être vigilant et précis dans la rédaction du contrat de fiducie, ses objectifs et ses motifs<sup>22</sup>.

De plus, les prérogatives du fiduciaire sont, elles aussi, définies par le contrat, celui-ci devant mentionner à peine de nullité l'étendue des pouvoirs d'administration et de disposition dont le fiduciaire dispose pour réaliser la mission qui lui a été assignée.

Le fiduciaire pourra ainsi se voir reconnaître un pouvoir général de disposition dans le cadre d'une gestion active du patrimoine fiduciaire, ce qui constitue un avantage incontestable par rapport au mandat. Pour les actes les plus importants, il est cependant possible de ménager l'accord préalable du constituant.

À l'inverse, dans le cadre d'une gestion conservatoire, le fiduciaire ne pourra bénéficier que de simples pouvoirs d'administration, même si à l'égard des tiers, il est réputé disposer des pouvoirs les plus étendus sur le patrimoine fiduciaire (C. civ., art. 2023).

29 - **Des pouvoirs exclusifs au profit du fiduciaire.** – Il faut souligner également que le constituant perd tous pouvoirs à l'égard des biens transférés dans le patrimoine, y compris lorsqu'il n'a pas souhaité conférer au fiduciaire l'ensemble des prérogatives d'un propriétaire<sup>23</sup>. Il s'agit d'un avantage incontestable par rapport au mandat de protection future. En effet, dans le cadre de ce dernier, le mandant conserve tous ses pouvoirs en dépit de la prise d'effet du mandat. Cette concurrence de

physique peut perdre certaines protections légales : notamment délai SRU, délai Scrivener, droits temporaire et viager du conjoint survivant sur le logement.

16. V. dans ce numéro, l'étude d'A. Darmon et C. Gaucher, *Comment transmettre tout en se protégeant ? ou l'art de concilier l'inconciliable : Actes prat. et strat. patrimoniale 2017, n° 1, dossier 8.*
17. L'article 2015 du Code civil énumère une liste limitative de « professionnels » pouvant avoir la qualité de fiduciaire. Certains professionnels sont donc, en l'état du droit actuel, exclus alors même que leurs compétences pourraient s'avérer précieuses, notamment les notaires et administrateurs de biens pour les patrimoines essentiellement immobiliers.
18. Cette prérogative est d'ordre public lorsque le constituant est une personne physique (C. civ., art. 2017).
19. Sauf cas de fraude ou créanciers du constituant bénéficiant d'une sûreté publiée antérieurement au contrat de fiducie (C. civ., art. 2025, al. 1).

20. R. Libchaber, *Les aspects civils de la fiducie dans la loi du 19 février 2007 : Défrénois 2007, art. 38631, n° 2.*

21. Le recours à la fiducie dans le cadre de la transmission d'un patrimoine n'est cependant pas totalement exclu : Transmission du contrat de fiducie lui-même, libéralité avec charge de constituer une fiducie sur les biens transmis sont autant d'utilisations possibles (H. Manciet, *La fiducie comme instrument de gestion de patrimoine privé : Mémoire de DSN, Université Montesquieu Bordeaux IV*).

22. V. notamment 107<sup>e</sup> Congrès des notaires de France, *Le financement*, Cannes, 5-8 juin 2011. – 108<sup>e</sup> Congrès des notaires de France, *La transmission*, Montpellier, 23-26 sept. 2012.

23. Ainsi que le souligne Monsieur le professeur Michel Grimaldi, « les pouvoirs refusés au fiduciaire sont des pouvoirs perdus, car le constituant n'en peut conserver aucun, la convention de fiducie l'ayant privé du droit qui est source de tous les pouvoirs » (*La propriété fiduciaire, in La fiducie dans tous ses états : Dalloz, 2011, p. 6.*)

pouvoirs entre mandant et mandataire peut ainsi aboutir à la prise d'engagements contradictoires sur le même bien, nuisant de ce fait à une gestion sûre et efficace. Dans la fiducie, ce risque n'existe pas puisque le fiduciaire est investi de pouvoirs exclusifs. La fiducie apparaît sur ce point comme une alternative intéressante au mandat de protection future<sup>24</sup>.

**30 - Neutralité fiscale.** – Le dernier avantage est d'ordre fiscal. En effet, pour éviter que la fiscalité ne constitue un obstacle au développement de ce nouvel instrument, sans pour autant procurer un avantage au constituant, la fiducie utilisée dans le cadre de la gestion d'un patrimoine privé a été dotée d'un régime fiscal guidé par des principes de neutralité et de transparence.

Création d'un patrimoine d'affectation, gestion professionnelle permettant d'assurer un revenu stable, souplesse dans la définition de la mission et des pouvoirs des fiduciaires, désignation d'un tiers protecteur sont donc autant d'avantages que la fiducie peut procurer pour la préservation et la gestion du patrimoine des personnes vulnérables. Mais quelles peuvent être ses utilisations pratiques ?

## B. - Les applications pratiques de la fiducie

**31 - Un accès restreint à la fiducie.** – Il faut tout d'abord faire le constat que la loi restreint l'accès direct de la fiducie aux personnes protégées.

**32 - Majeur sous tutelle.** – En effet, la protection de la fiducie est déniée aux majeurs déjà placés sous tutelle puisque l'article 509 du Code civil dispose que « le tuteur ne peut, même avec une autorisation (...) transférer dans un patrimoine fiduciaire les biens ou droits d'un majeur protégé »<sup>25</sup>.

Néanmoins, la fiducie n'est pas totalement fermée au majeur sous tutelle. En effet, comme pour la curatelle, l'ouverture d'une mesure de tutelle n'est pas une cause de cessation du contrat de fiducie, lequel continuera donc de produire tous ses effets<sup>26</sup>.

**33 - Majeur sous curatelle.** – L'accès de la fiducie au majeur sous curatelle est permis, cependant, l'assistance du curateur est en ce cas requise<sup>27</sup>.

**34 - Interposition d'une société.** – Ces restrictions pourraient néanmoins être contournées par l'interposition d'une société.

Cette société aurait la qualité de constituant, les personnes protégées ayant seulement la qualité d'associés. La personnalité morale de la société, distincte de celle de ses membres, ferait alors écran aux restrictions précitées. Néanmoins, il conviendrait alors d'aménager les statuts de la société pour y prévoir des règles protectrices des associés vulnérables<sup>28</sup>. Une telle stratégie pourrait être mise en place dans un cadre plus large que la simple gestion « décentralisée » des biens de la personne protégée. Il s'agirait alors d'associer société et fiducie afin d'anticiper sa vulnérabilité, d'assurer la protection et la gestion de son patrimoine, mais aussi d'assurer la transmission de ce patrimoine aux générations suivantes avec les avantages que peut procurer la fiducie. La société civile permet en effet de passer outre certains obstacles que peut rencontrer la fiducie dans la réalisation de ce dernier objectif : à savoir l'incertitude sur la pérennité du contrat de fiducie au-delà de la mort du constituant, l'incertitude sur la possibilité d'ériger une clause d'irrévocabilité temporaire et la prohibition de la fiducie-libéralité.

**35 - La fiducie, un outil d'anticipation.** – Si les personnes protégées ne peuvent avoir directement accès à la fiducie, elle peut constituer un outil d'anticipation. En effet, fiducie et mesures de protections juridiques peuvent coexister dans l'hypothèse où la fiducie a été mise en place préalablement puisque la survenance d'une incapacité ne remet pas en cause la fiducie. Il convient seulement de prendre garde aux dispositions légales prévenant les conflits d'intérêts entre fiduciaire et personne en charge de la protection juridique du majeur.

Il est donc parfaitement concevable qu'une personne, disposant de toutes ses facultés, ait recours à la fiducie pour organiser, de manière préventive, la gestion de son patrimoine dans la perspective d'une situation de faiblesse ou de dépendance<sup>29</sup>. Dans ces conditions, la fiducie-gestion pourrait alors constituer une alternative au mandat de protection future en tant qu'acte de prévoyance personnelle.

**36 - Associer fiducie et mandat de protection future.** – Mais au-delà de cette concurrence, il serait plus opportun d'associer ces deux outils : fiducie pour assurer la protection et la gestion des biens nécessitant le recours à un professionnel et mandat de protection future pour assurer la protection de sa personne et de ses autres biens.

Cette association est la seule envisageable. En effet, il s'avère impossible de recourir à la fiducie au sein même d'un mandat de protection future : aux termes de l'article 490, alinéa 1 du Code civil, le mandataire peut uniquement effectuer les actes que le tuteur a le pouvoir d'accomplir seul ou avec autorisation. Or, nous l'avons vu, le tuteur ne peut, même avec une autorisation du juge des tutelles ou du conseil de famille, transférer dans un patrimoine fiduciaire les biens ou droits d'un majeur protégé. ■

**Mots-Clés :** Dépendance - Vulnérabilité - Société civile - Fiducie

24. D'autant plus que la fiducie prend effet immédiatement alors que la prise d'effet du mandat de protection future est soumise à l'initiative du mandataire. Sur ce point, V. dans ce numéro étude de J. Combret, *Anticiper son état de vulnérabilité : Assurer la protection de sa personne et de son patrimoine : Actes prat. et strat. patrimoniale 2017, n° 1, dossier 3*.

25. La conclusion d'un contrat de fiducie, au cours de la tutelle, avait pourtant été envisagée dans le cadre de l'examen du projet de loi portant réforme de la protection juridique des majeurs, dans la mesure où le législateur y voyait « un instrument de gestion particulièrement efficace et un outil juridique complémentaire au mandat de protection future ».

26. Sous réserve d'une action en réduction ou en annulation, si la fiducie a été constituée durant la période suspecte, c'est-à-dire moins de 2 ans avant la publication du jugement d'ouverture de tutelle, ou sous réserve de la révocation de la fiducie.

27. C. civ., art. 468. À noter : Curieusement, et contrairement au cas des époux communs en biens ou des indivisaires (C. civ., art. 2012, al. 2), le législateur n'a pas imposé la forme authentique pour le contrat de fiducie conclue par un majeur sous curatelle assisté de son curateur.

28. V. les développements consacrés à la société civile

29. P. Berger, *La fiducie-gestion, Actes prat. strat. patrimoniale 2011, n° 9, dossier 4*.