PATRIMOINE

1194

Mandat de protection future et fiducie : deux outils complémentaires de prévoyance à disposition du dirigeant

Le comité juridique de la FNDP encourage la conclusion d'un contrat de fiducie prévoyance, à effet différé et conditionnel, en complément d'un mandat de protection future dans les contextes familiaux et patrimoniaux qui le justifient (tensions familiales, éloignement géographique des proches, désintérêt pour la gestion patrimoniale et présence d'un actif sensible : titres sociaux, collections, ensemble immobilier…). Le comité juridique de la FNDP soutient la demande d'une généralisation à tous les régimes de protection des majeurs vulnérables de la possibilité de recourir à la fiducie comme mode alternatif de gestion patrimoniale.

Claire Farge,
docteur en droit et avocate FIDAL AVOCATS
Sophie Schiller,
professeur à Paris-Dauphine PSL, co-présidente de la FNDP
Pascal Julien Saint-Amand,
docteur en droit, notaire associé, Althémis

Ndlr : *cette étude fait partie d'un dossier consacré aux nouveaux avis du comité juridique de la FNDP : JCP N 2024, n° 41, 1193-1195.*

1 - **Fragilité du mandat de protection future. –** Certains contextes à la fois familiaux et patrimoniaux fragilisent le mandat de protection future. Ils placent un membre de l'entourage du mandant à la tête de la gestion d'un actif patrimonial qu'il n'a manifestement pas les compétences de savoir gérer ou dont le pouvoir de gestion risque d'être contesté, que ce soit au sein de la famille ou au sein de la société dans laquelle le mandant est associé.

2 - Ces risques peuvent être pressentis dès la mise en place du mandat de protection future. Les difficultés peuvent également survenir au moment de l'activation du mandat ou en cours de son exécution, à un moment où l'autorité du mandant ayant cessé, les conflits sans doute jusque-là latents se révèlent au grand jour.

3 - **Rôle de la fiducie-gestion. –** La fiducie-gestion peut permettre de consolider le mandat de protection future et d'écarter le risque de sa remise en cause devant les tribunaux en introduisant un tiers professionnel, le fiduciaire, auquel va être confié le soin d'organiser la gestion de tel ou tel actif sensible.

1. Conclusion de la fiducie et du mandat de protection future

4 - Deux schémas sont envisageables mais la validité de l'un d'entre eux est douteuse depuis une jurisprudence récente de la Cour de cassation.

A. - Fiducie conclue avant l'activation du mandat de protection future

5 - Dans un premier schéma, la fiducie est conclue en amont de toute activation du mandat de protection future. Il s'agit d'un contrat de prévoyance qui n'est pas destiné à produire effet tant que le constituant conserve ses facultés intellectuelles. Sa conclusion n'entraîne donc aucune déperdition de ses pouvoirs de gestion pour le consti-

© LEXISNEXIS SA - LA SEMAINE JURIDIQUE - NOTARIALE ET IMMOBILIÈRE - N° 41 - 11 OCTOBRE 2024

tuant car le transfert de tel ou tel de ses actifs en fiducie est différé et conditionnel. Ce n'est que si le mandant vient à perdre ses facultés intellectuelles que le transfert est activé, dans les conditions librement prévues par le contrat de fiducie. En effet, la liberté contractuelle joue à plein quant à la description de l'élément déclencheur du transfert des biens en fiducie.

REMARQUE

➜ **On pourra décrire les circonstances entraînant la mise en œuvre de la fiducie et envisager ainsi toutes les hypothèses, et notamment celle de la remise en cause du mandat de protection future pour cause de contestation de son intérêt ou de sa validité par les proches du mandant non désignés comme mandataires.**

6 - Ce type de contrat de fiducie prévoyance gagne à être conclu le plus en amont possible étant donné, d'une part, la fragilité des actes conclus en zone « grise » *(C. civ., art. 414-1 et 1129)* ou en période « suspecte » *(C. civ., art. 464)* et, d'autre part, les règles de capacité en matière de transfert en fiducie rappelées ici :

• l'article 509 du Code civil interdit le transfert en fiducie des biens du majeur en tutelle ;

• alors que l'article 468 du Code civil admet un tel transfert s'agissant du majeur en curatelle, sans aucune autorisation judiciaire et avec la seule assistance du curateur ;

• un récent avis rendu par la Cour de cassation le 20 octobre 2022[1] conduit à étendre l'interdiction du transfert en fiducie faite en tutelle au majeur sous habilitation familiale avec représentation et sans doute également au mandataire de protection future[2].

C'est en raison de cette jurisprudence récente de la Cour de cassation que la validité d'un deuxième schéma est douteuse.

B. - Fiducie conclue en cours d'exécution du mandat de protection future

7 - Ce deuxième schéma est celui dans lequel le mandataire de protection future aurait eu le pouvoir, prévu par le mandat, de décider de transférer en fiducie, en cours d'exécution du mandat, tel ou tel actif initialement situé dans le périmètre du mandat. L'avis rendu par la Cour de cassation le 20 octobre 2022[3] rend douteuse la validité de ce deuxième schéma. Il existe pourtant de solides arguments en faveur de la reconnaissance d'un tel pouvoir au mandataire de protection future. Ces arguments ont été exposés par le professeur Nathalie Peterka[4].

8 - Étant donné l'ensemble peu cohérent de ces règles légales, et en l'état de la jurisprudence actuelle de la Cour de cassation, il est donc très recommandé de conclure le contrat de fiducie prévoyance le plus en amont possible de toute apparition, chez le mandant, d'une déperdition de ses facultés intellectuelles.

ATTENTION

➜ **Ceci est d'autant plus recommandé qu'une fois conclu, le contrat de fiducie prévoyance est un simple « filet de sécurité » et ne porte nullement atteinte aux pouvoirs de gestion, ou à la capacité du constituant : il reste seul maître à bord. Seul le transfert des actifs dans le patrimoine fiduciaire déclenchera le début de la mission du fiduciaire, lors de la réalisation de l'événement érigé en condition. Tant que ce transfert n'est pas advenu, la mission du fiduciaire ne débute pas et donc aucun honoraire lié au fonctionnement de la fiducie mise en place n'est, en principe, dû.**

2. Sort de la fiducie et du mandat de protection future

9 - Le mandat de protection future et la fiducie une fois activés[5], leurs destins respectifs ne sont pas liés : une éventuelle remise en cause du mandat et l'ouverture d'un régime de protection judiciaire ne mettraient pas fin à la fiducie. Si le mandat de protection future est bien activé, les biens et droits transférés en fiducie auront une gestion qui n'entrera pas dans le périmètre d'action du mandataire ou de l'organe de protection qui lui serait substitué. Et si un régime de protection judiciaire est ouvert à la place du mandat de protection future, le droit commun de la fiducie précise que le contrat de fiducie n'est pas *ipso facto* remis en cause. Bien au contraire, l'article 2022 du Code civil précise que le fiduciaire doit, en cas d'ouverture d'une tutelle à l'endroit du constituant, rendre compte au tuteur.

REMARQUE

➜ **En cas de dysfonctionnement de la fiducie, ce n'est pas le juge des tutelles mais le juge de la fiducie, donc le juge de droit commun du tribunal judiciaire, qui sera saisi du litige, sauf insertion d'une clause de médiation[6].**

10 - Pour autant, la gestion orchestrée par le fiduciaire n'est pas totalement exclue du champ de surveillance de l'organe de protection et du juge des tutelles en raison de la présence dans le patrimoine du mandant/constituant de la fiducie d'une créance de restitution contre le fiduciaire. À ce titre, le mandataire est amené à faire figurer dans son rapport de gestion celui qui lui aura été remis par le fiduciaire.

1 *Cass. 1re civ., 20 oct. 2022, n° 22-70.011 : JCP N 2023, n° 4, 1018, § 14, obs. N. Peterka ; Dr. famille 2023, comm. 11, note I. Maria et L. Mauger-Vielpeau.*

2 *V. N. Peterka, La fiducie-gestion, un outil de protection de la personne vulnérable ? : JCP N 2022, n° 44, 1253, spéc. § 11.*

3 *V. supra n° 6.*

4 *N. Peterka, La fiducie au soutien du mandat de protection future : JCP N 2021, n° 38-39, 1287.*

5 Et on se rappelle ici que le déclenchement du mandat et celui de la fiducie ne sont pas nécessairement concomitants puisqu'il y a une liberté totale dans la description de l'événement érigé en condition du transfert des biens dans le patrimoine fiduciaire.

6 *V. Actes du colloque Fidal, 12 mai 2022 : IP 4-2022, étude 3.4.*

11 - Si l'on redoute la tentative de l'organe de protection mis en place, ou substitué au mandataire à la suite d'un contentieux porté devant le juge des tutelles, de révoquer le contrat de fiducie par l'effet de son pouvoir de représentation du mandant/constituant, il faudra prévenir ce risque. L'un des outils à disposition consiste à renforcer la gouvernance du patrimoine fiduciaire grâce à la désignation d'un *« tiers protecteur »*. Ce personnage de la fiducie, prévu par l'article 2017 du Code civil, peut être une ou plusieurs personnes physiques, voire une personne morale. Aucune contrainte n'est ici posée par la loi qui se contente de prévoir que ledit tiers peut se voir reconnaître tous les pouvoirs du constituant.

12 - La mise en place d'un comité des sages de la fiducie en qualité de tiers protecteur, dans lequel seront, par exemple, réunis les conseils habituels du constituant pour veiller à la bonne exécution de sa mission par le fiduciaire, permet de sécuriser d'autant l'opération de fiducie. Il est également tout à fait possible et même recommandé de prévoir expressément l'irrévocabilité du contrat pendant une durée déterminée et l'absence de possibilité pour le constituant de renoncer à la fiducie[7] à partir du transfert des actifs en fiducie. Avant ce transfert, le contrat de fiducie conclu, simple outil de prévoyance, doit être totalement réversible, sur simple décision du constituant, à l'instar de la révocabilité du mandat de protection future non activé *(C. civ., art. 489 et 492)*.

13 - On l'aura compris, la fiducie prévoyance est un élément clé d'un *« pack prévoyance d'un dirigeant d'entreprise »*[8]. Associé aux outils classiques de prévoyance et notamment à un mandat de protection future, le contrat de fiducie donne l'assurance au dirigeant qu'un accident ou une maladie rendrait inapte à gérer sa participation que la gestion de cette dernière et, le cas échéant, sa cession, sera orchestrée par une équipe de professionnels et tenue à l'abri d'une discorde familiale ou sociale ou de décisions prises par des personnes qui n'ont pas les compétences requises par la vie des affaires.

14 - En effet, la fiducie est le seul outil qui permet d'écarter totalement un entourage indésirable du fonctionnement de la société puisque le transfert en fiducie des titres sociaux aura pour effet de conférer au seul fiduciaire la qualité d'associé. Grâce à ce transfert, le fiduciaire jouit d'une exclusivité totale dans la gestion des actifs, tout en suivant les instructions laissées par le dirigeant et en étant accompagné, dans l'exercice de sa mission, par les conseils historiques du dirigeant, réunis dans un comité exerçant la fonction de tiers protecteur de la fiducie pour orienter son activité.

15 - Sur le terrain fiscal, la possibilité de bénéficier du régime Dutreil pour les titres détenus en fiducie n'est pas prévue (ni exclue expressément) par le CGI. Dès lors, si les titres que l'on souhaite transférer en fiducie ont vocation à être transmis aux héritiers de la personne frappée d'incapacité dans le cadre du régime Dutreil en cas de décès de celui-ci, il est nécessaire d'obtenir la validation du schéma en amont par l'administration fiscale. Toutefois, ce cas sera rare car l'hypothèse principalement visée par le schéma de fiducie prévoyance est celle de l'absence de repreneur familial. L'hypothèse principalement envisagée par la mise en place d'un schéma fiduciaire est celle de l'organisation de la vente rapide de la société en cas d'incapacité du dirigeant actionnaire.

16 - Précisons également que si les titres dont le transfert conditionnel en fiducie est prévu bénéficient du régime mère-fille ou de l'intégration fiscale, ce qui sera le cas lorsque la fiducie prévoyance est conclue au niveau de la holding afin de pouvoir pallier également le risque de décès brutal du dirigeant, la loi est très claire sur la neutralité fiscale de l'opération *(C. civ., art. 145 et 223A)*.

17 - **Conclusion. –** En conclusion, il faut souligner à quel point, centrée sur la gestion d'un unique actif patrimonial, la fiducie ne se substitue pas au mandat de protection future mais le complète.
En soulageant le mandataire, et par voie de ricochet le notaire ayant reçu le mandat, de la responsabilité attachée à la gestion d'un actif particulièrement complexe du patrimoine du mandant, la fiducie sécurise la pérennité du mandat face à des contestations émanant de l'entourage du mandant et devrait même favoriser la promotion du mandat de protection future au sein de la profession notariale.
Aussi, afin de faciliter, dans les contextes familiaux qui le requièrent, la pratique de la fiducie gestion pour pallier le risque de vulnérabilité du dirigeant, la FNDP entend soutenir l'offre de loi publiée dans l'ouvrage des 15 ans de la fiducie[9] en ce qu'elle prévoit de faciliter l'usage de la fiducie en présence de patrimoines détenus par des personnes vulnérables, et notamment en ce qu'elle permet au mandataire de protection future de transférer les actifs du mandant en fiducie sur autorisation judiciaire :

Extrait de l'offre de loi
Modification de l'article 490 du Code civil :

De lege lata	De lege ferenda
« Par dérogation à l'article 1988, le mandat, même conçu en termes généraux, inclut tous les actes patrimoniaux que le tuteur a le pouvoir d'accomplir seul ou avec une autorisation. *Toutefois, le mandataire ne peut accomplir un acte de disposition à titre gratuit qu'avec l'autorisation du juge des tutelles. »*	*« Par dérogation à l'article 1988, le mandat, même conçu en termes généraux, inclut tous les actes patrimoniaux que le tuteur a le pouvoir d'accomplir seul ou avec une autorisation.* *Toutefois, le mandataire ne peut accomplir un acte de disposition à titre gratuit qu'avec l'**autorisation du juge des tutelles. Celle-ci est également requise pour le transfert dans un patrimoine fiduciaire des biens ou droits de la personne protégée, à moins que le mandat ne l'ait prévu expressément.** »*

7 *En ce sens : Cl. Witz, JCl. Civil Code, Art. 2011 à 2030, fasc. 20, n° 12 : « Il importe que les opérateurs soient conscients du risque d'une extinction anticipée du contrat de fiducie par voie de révocation unilatérale du constituant-bénéficiaire ou de renonciation, en insérant des clauses d'irrévocabilité ou de renonciation du constituant-bénéficiaire à son droit de renoncer à la fiducie. »*

8 *Cl. Farge, S. Weisgerber, B. Berger-Perrin et D. Davodet, La fiducie à effet différé, complément du mandat de protection future dans le pack prévoyance du dirigeant : JCP N 2021, n° 38-39, 1288.*

9 *15 ans de la fiducie : bilan et perspectives de réforme, ouvrage collectif, S. Le Normand (ss dir.) : LexisNexis, 2022.*