

LE NOTAIRE FRANÇAIS ET L'ANTICIPATION CONTRACTUELLE DU RISQUE DE VULNÉRABILITÉ : UNE TRANSITION INACHEVÉE ?

Marie Gayet

Maître de Conférences
Université de Rennes, laboratoire IODE, UMR CNRS 6262

TITLE: *French notaries and contractual anticipation of vulnerability risk: An unfinished transition?*

RESUME : Le vieillissement de la population française pose de nouveaux défis aux notaires, qui assistent de plus en plus de clients vulnérables ou potentiellement dépendants. Le droit français a évolué pour promouvoir des mesures de protection diversifiées et moins judiciaires, axées sur l'autonomie et l'anticipation, et les notaires jouent un rôle clé en encourageant les outils contractuels qui évitent les protections judiciaires restrictives. Le mandat de protection future permet aux personnes de désigner à l'avance quelqu'un pour gérer leurs affaires en cas d'incapacité. Cependant, ce mécanisme reste sous-utilisé en raison de réticences sociales et de contraintes pratiques et juridiques. La fiducie est considérée comme un outil alternatif pour anticiper la dépendance ou protéger les membres vulnérables de la famille. Malgré son potentiel, son utilisation reste limitée par des restrictions légales, sa complexité et ses coûts élevés.

ABSTRACT: *The aging of the French population creates new challenges for notaries, who increasingly assist vulnerable or potentially dependent clients. French law has evolved to promote diversified, less judicial protection measures focused on autonomy and anticipation and French notaries play a key role in encouraging contractual tools to prevent restrictive judicial protection. The "mandat de protection future" allows individuals to designate in advance a person to manage their affairs in case of incapacity. However, this mechanism remains underused due to social reluctance and practical and legal limitations. The "fiducie" is considered as an alternative tool to anticipate dependency or protect vulnerable relatives. Despite its potential, its use remains limited because of legal constraints, complexity, and high costs.*

MOTS CLES : Protection juridique ; notaires ; anticipation ; mandat ; fiducie ; vulnérabilité.

KEY WORDS: *Legal protection, notaries, anticipation, mandate, fiducie, vulnerability.*

SOMMAIRE : 1. INTRODUCTION. 2. L'INSUCCES DU MANDAT DE PROTECTION FUTURE. 2.1. *Les promesses du mandat.* 2.2. *Les faiblesses du mandat.* 3. L'ATTENTE DE LA FIDUCIE. 3.1. *Anticiper sa propre dépendance par la fiducie.* 3.2. *Anticiper les conséquences de la vulnérabilité d'un proche par la fiducie.* BIBLIOGRAPHIE.

1. INTRODUCTION

Le vieillissement de la population française constitue un nouveau défi que le notariat se devra de relever : avec l'allongement de l'espérance de vie et l'arrivée de la génération du baby-boom dans le troisième âge, les notaires français se trouvent de plus en plus confrontés à des clients en situation de dépendance, ou qui se savent potentiellement concernés par ce risque, à plus ou moins brève échéance. Les enjeux économiques ne

sont pas négligeables, puisque les générations les plus âgées ne sont pas seulement plus nombreuses que par le passé, elles sont aussi celles qui disposent du patrimoine le plus conséquent.

Pour faire face à ces nouveaux enjeux, le droit français de la protection des majeurs a été contraint d'évoluer, notamment vers une diversification des mesures de protection, et leur déjudiciarisation croissante. L'objectif est de pouvoir proposer un panel de réponses juridiques efficaces, qui peuvent être mises en place rapidement, s'adaptent à la situation de chacun, tout en plaçant la volonté de la personne vulnérable au cœur du dispositif.

C'est d'autant plus essentiel que les familles françaises ont changé. Aujourd'hui, les relations se font et se défont, les liens avec la famille élargie se distendent, et, face au besoin de protection, on peut craindre que la solidarité familiale ne soit pas toujours au rendez-vous. La personne âgée devenue vulnérable pourra-t-elle toujours compter sur ses proches lorsqu'elle aura besoin d'être entourée ? De nombreuses mesures de protection sont désormais confiées à des professionnels, les mandataires judiciaires à la protection des majeurs, preuve qu'on ne peut pas toujours s'appuyer sur le cercle familial pour assurer la protection de ceux qui sont devenus fragiles¹.

Par ailleurs, dans une société qui a évolué, il convient de revoir les équilibres entre le besoin de protection, et le droit à l'auto-détermination. Désormais, le respect de la volonté du majeur vulnérable et de son autonomie sont fondamentaux. Or, les mesures classiques que sont la tutelle ou la curatelle conduisent à une limitation de la capacité de la personne protégée. Mais elles sont heureusement soumises au principe de subsidiarité : si la personne a anticipé le risque de dépendance et a su choisir des outils répondant suffisamment à ses besoins, alors le recours aux mesures restrictives de capacité sera évité. Un acte de prévoyance peut ainsi permettre d'éviter la survenance d'une incapacité juridique ultérieure et assurer un meilleur respect des souhaits émis, en évitant de recourir aux mesures de protection judiciaires².

¹ En 2024 : 53 % sont des curatelles et 46 % des tutelles. 52 % des majeurs sous curatelle et 41 % de ceux sous tutelle sont confiés à une association, tandis que la famille obtient la charge de 32 % des majeurs sous tutelle et 18 % de ceux sous curatelle. Ministère de la Justice, *Références Statistiques Justice*, édition 2025, p.70.

² Sur la question de l'adéquation du droit français avec les principes de la Convention internationale relative aux droits des personnes handicapées (CIDPH), V., notamment, Rapport du défenseur des droits, septembre 2016 « La protection juridique des majeurs vulnérables ».

L'anticipation apparaît donc essentielle, et en la matière, le rôle du notaire français est central. Si le recours à l'acte authentique n'est pas toujours obligatoire, c'est statistiquement le moyen qui sera privilégié par les parties. En effet, c'est généralement sur les recommandations de leur notaire que les personnes concernées songeront à organiser les conséquences d'une éventuelle dépendance par un mécanisme d'anticipation contractuel. Par son conseil, il joue ici un rôle de prescripteur qui lui est parfaitement naturel, lui qui invite déjà les familles à anticiper les risques de mésentente ou de décès. La profession fait depuis longtemps la promotion des différents outils d'anticipation contractuels, que cela soit en droit des successions, des libéralités, ou dans l'organisation patrimoniale des couples. Dans ces différents contextes, le notaire doit faire preuve de pédagogie et de psychologie, afin d'amener ses clients à réfléchir à leurs propres besoins, ainsi qu'à ceux de leurs proches, et trouver avec eux des solutions individualisées pour y répondre.

La question est donc de savoir si, à l'heure actuelle, le notaire français peut proposer des outils efficaces au client qui se présente à lui, soucieux d'anticiper l'ensemble des risques liés à une éventuelle perte de lucidité.

Les instances professionnelles ont déjà beaucoup réfléchi à ces questions, notamment dans le cadre des congrès des notaires de France, ou dans le cadre de différents groupes de travail et de réflexion.

Considérant que la personne elle-même est certainement la meilleure juge de ses intérêts futurs, les solutions proposées se concentrent principalement autour de deux figures contractuelles, le mandat de protection future et la fiducie. Le premier existe déjà, mais reste malheureusement très sous-employé, tandis que la seconde attend toujours une pleine consécration en matière de protection des personnes majeures.

2. L'INSUCCES DU MANDAT DE PROTECTION FUTURE

Le mandat de protection future a dû attendre la loi n°2007-308 du 5 mars 2007, entrée en vigueur le 1er janvier 2009 pour trouver sa place en droit français, à la demande des praticiens. Dix-sept années se sont aujourd'hui écoulées et il apparaît finalement qu'il n'a pas su convaincre, puisque le nombre de mandats signés et mis en œuvre reste assez dérisoire au regard du nombre de mesures de protection judiciaires ouvertes chaque année³.

³ Pour l'année 2024, 1826 mandats de protection future au total, dont 1706 notariés et 120 sous seing privé. Dans la même année, le juge des contentieux de la protection a prononcé 65 200 décisions de

Le mandat de protection future est défini comme l'acte par lequel une personne, le mandant, en charge une autre, le mandataire, de la représenter, pour le cas où elle ne serait plus capable de défendre seule ses intérêts, en raison d'une altération, médicalement constatée, de ses facultés mentales ou corporelles, de nature à empêcher l'expression de sa volonté⁴.

Ce mandat particulier n'est pas le seul contrat qui permette de veiller sur le majeur vulnérable. En effet, on se contentera parfois de dispositifs plus légers, lorsque la personne affaiblie par l'âge ou la maladie peut s'appuyer sur des proches investis, et que la famille entend se limiter strictement à la gestion des affaires courantes. Dans un tel contexte, le droit commun du contrat de mandat peut déjà offrir des solutions intéressantes. Ainsi, lorsque les forces de la personne commencent à décliner, mais qu'elle a par ailleurs signé un mandat à portée générale ou des mandats plus ponctuels, comme une procuration sur les comptes bancaires, il ne sera pas toujours nécessaire d'ouvrir une mesure de protection, du moins pas tant que les intérêts de la personne seront suffisamment protégés par le biais de ces outils rudimentaires⁵.

Mais il est évident que cela ne permettra pas toujours de répondre aux besoins des plus vulnérables, et qu'en définitive, il faudra souvent mettre en place une mesure de protection. Dans la mesure où les Français ont bien conscience de cette réalité, on ne peut que s'étonner du fait que le recours au mandat de protection future ne soit pas davantage généralisé : en effet, pourquoi prendre le risque de s'exposer à la mise en place d'une mesure de protection judiciaire quand une alternative contractuelle personnalisable existe ? Et pourtant, en dépit de ses indéniables mérites, le dispositif a bien du mal à trouver son public, notamment parce que certains obstacles entravent toujours son développement⁶.

2.1. Les promesses du mandat

Le mandat peut en réalité répondre à deux types de besoins : il peut permettre d'anticiper sa propre vulnérabilité, ou bien celle de son descendant : dans ce cas, il

placement sous tutelle et curatelle et 43 300 habilitations familiales : MINISTERE DE LA JUSTICE, Références Statistiques Justice, édition 2025, précité.

⁴ Article 477 du Code civil

⁵ Sur ce point : AZINCOURT, Jean-Didier, « Les modes de gestion anticipés du patrimoine de la personne vulnérable », *RDSS* 2015 p.818

⁶ « Quinze ans d'application permettent d'identifier les freins à son développement : difficulté à anticiper le degré du besoin de protection future, ambiguïté du maintien de la capacité du mandant et limitation parfois excessive des pouvoirs du mandataire, laborieuse mise en place d'une publicité du mandat, lourdeur de gestion et incompréhension de l'entourage familial. », MAZEAUD-LEVEUR, Sabine, *Le mandat de protection future, répertoire du notariat Defrénois*, 4 septembre 2025, DEF226x6

s'agit de désigner un futur protecteur pour l'enfant dont un parent assume déjà la charge⁷. La démarche de prévoyance parentale peut ici être rapprochée d'autres mécanismes d'anticipation, tels que la possibilité de désigner le tuteur de l'enfant mineur au moyen d'un testament ou d'une déclaration devant notaire⁸.

Qu'il s'agisse d'anticiper sa propre protection ou celle de ses proches, le recours au mandat de protection future a l'immense avantage de permettre de désigner par avance le mandataire qui sera chargé de la protection, pour le temps où le besoin adviendra. Ce libre choix du mandataire est l'argument principal en faveur du mandat. Les possibilités ouvertes par les textes sont larges : le mandataire peut être une personne choisie parmi les proches, que ce soit la famille, les amis, ou bien un professionnel de confiance⁹, selon les besoins, et les spécificités du patrimoine. La désignation doit être acceptée, mais elle n'est pas pour autant figée : le mandant demeure totalement libre de révoquer le mandataire tant que le mandat n'est pas mis à exécution¹⁰.

Le mandat peut être sous seing privé ou fait par acte notarié,¹¹ mais, en pratique, les rares mandats conclus le sont très majoritairement par acte notarié. En effet, au-delà des garanties propres à l'authenticité, et au devoir de conseil, le choix de la forme a son importance. Il faut en effet passer par un mandat par acte notarié pour conférer au mandataire les pouvoirs les plus étendus¹². Par ailleurs, s'il s'agit d'anticiper la

⁷ Article 477 alinéa 3 du Code civil : « Les parents ou le dernier vivant des père et mère, ne faisant pas l'objet d'une mesure de curatelle ou de tutelle ou d'une habilitation familiale, qui exercent l'autorité parentale sur leur enfant mineur ou assument la charge matérielle et affective de leur enfant majeur peuvent, pour le cas où cet enfant ne pourrait plus pourvoir seul à ses intérêts pour l'une des causes prévues à l'article 425, désigner un ou plusieurs mandataires chargés de le représenter. Cette désignation prend effet à compter du jour où le mandant décède ou ne peut plus prendre soin de l'intéressé. »

⁸ Article 403 du Code civil

⁹ Article 480 alinéa 1 : « Le mandataire peut être toute personne physique choisie par le mandant ou une personne morale inscrite sur la liste des mandataires judiciaires à la protection des majeurs prévue à l'article L. 471-2 du code de l'action sociale et des familles. »

¹⁰ Articles 489 et 492 du Code civil

¹¹ Article 477 alinéa 4 du Code civil

¹² Pour le mandat notarié, article 490 du Code civil : « 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. »

Pour le mandat sous seing privé, article 493 du Code civil, « Le mandat est limité, quant à la gestion du patrimoine, aux actes qu'un tuteur peut faire sans autorisation.

Si l'accomplissement d'un acte qui est soumis à autorisation ou qui n'est pas prévu par le mandat s'avère nécessaire dans l'intérêt du mandant, le mandataire saisit le juge des tutelles pour le voir ordonner. »

vulnérabilité de son descendant, l'acte notarié s'impose. Lorsque le mandat est sous seing privé, soit il doit être contresigné par un avocat, soit il est établi selon un modèle défini par décret en Conseil d'État¹³.

Ainsi, le mandant peut déterminer les pouvoirs de son représentant, pour la protection de sa personne comme pour la gestion de ses biens. Il pourra ainsi déterminer l'étendue de ses pouvoirs en fonction du degré de confiance qu'il a accordé au mandataire. Ils seront souvent larges, puisque, par hypothèse, on évolue normalement dans un climat de confiance. La rédaction sera aussi l'occasion de prendre en compte les spécificités du patrimoine concerné, pour adapter au mieux les prévisions : il est ainsi possible de donner des instructions précises quant au mode de gestion voulu et de faire le point sur les grandes orientations souhaitées.

Mais ceci implique de prendre des décisions longtemps en avance et donc de réfléchir à ce que pourraient être les futurs besoins. En pratique, il ne faudra pas attendre les premiers signes de faiblesses : il convient de veiller à ce que le mandat ne soit pas l'œuvre d'une personne qui a déjà perdu sa lucidité, même si, en principe, il peut tout de même être conclu par la personne déjà sous curatelle, avec l'assistance de son curateur¹⁴. Mais, même en pleine possession de ses moyens, il peut être difficile de se projeter sur le temps long : la situation de la personne peut évoluer dans un sens imprévu. Parfois, c'est la relation entre mandant ou mandataire qui se dégrade. Ces risques devront aussi être évoqués et anticipés lors de la rédaction.

Le mandat ne prendra effet que quand le besoin se fera sentir. Le moment venu, la mise en exécution est assez simple : il suffira d'obtenir un certificat médical établi par un médecin agréé, attestant de l'altération des facultés, et de le présenter au greffe du tribunal¹⁵. La mise en œuvre peut donc être plus rapide que la mise en place d'une mesure judiciaire, si le mandataire est suffisamment réactif. Mais il faut pour cela qu'il demeure suffisamment proche du mandant pour être rapidement avisé du déclin des facultés de ce dernier, et qu'il prenne l'initiative d'actionner le mandat.

¹³ Article 492 du Code civil

¹⁴ Article 477 alinéa 2 du Code civil « La personne en curatelle ne peut conclure un mandat de protection future qu'avec l'assistance de son curateur. »

¹⁵ Article 481 du Code civil : « Le mandat prend effet lorsqu'il est établi que le mandant ne peut plus pourvoir seul à ses intérêts. Celui-ci en reçoit notification dans les conditions prévues par le code de procédure civile.

À cette fin, le mandataire produit au greffe du tribunal judiciaire le mandat et un certificat médical émanant d'un médecin choisi sur la liste mentionnée à l'article 431 établissant que le mandant se trouve dans l'une des situations prévues à l'article 425. Le greffier vise le mandat et date sa prise d'effet, puis le restitue au mandataire. »

Une fois mis en œuvre, le mandat ne prive pas la personne protégée de sa capacité à agir. Ceci ménage son autonomie, mais, pour les professionnels, ce principe peut poser un double problème de sécurité juridique : les actes faits par la personne risquent d'être remis en cause *a posteriori* sur le fondement de l'insanité d'esprit, et, par ailleurs, il n'est pas impossible que la personne protégée et son protecteur fassent des actes concurrents. Certes, la préservation de la capacité du mandant est un avantage indéniable pour la personne protégée, mais, parce qu'elle présente un danger pour les contractants, elle peut être défavorablement perçue par les praticiens, qui rangent parfois ce maintien de la capacité au rang des inconvénients du mandat¹⁶. Mais le contrat présente bien d'autres faiblesses.

2.2. Les faiblesses du mandat

Le recours au mandat de protection future peine à se généraliser en France. Les explications de ce phénomène sont peut-être pour une part sociologique : après tout, les Français font peu de contrats de mariage, ils testent peu, et trop peu d'entre eux prennent l'initiative de transmettre des instructions concernant leur fin de vie. Il n'est pas interdit de penser que les Français sont assez réfractaires à l'idée d'anticiper les conséquences des événements désagréables, même ceux qui sont aussi inéluctables que la mort... Dès lors, il ne faudrait pas nécessairement s'étonner qu'ils n'anticipent pas les conséquences d'une éventuelle dépendance... Mais l'explication est certainement plus technique : il semblerait que les notaires eux-mêmes ne fassent pas toujours la promotion active du mandat. Universitaires et praticiens ont déjà indiqué un certain nombre de points de blocage, et tracé des pistes d'évolution, sans toujours trouver un écho favorable du côté du législateur.

C'est le cas notamment de la proposition de création d'un mandat d'assistance. Actuellement, le mandat ne permet que la représentation, la création d'un mandat d'assistance pourrait quant à elle répondre aux besoins des personnes qui, sans être hors d'état de manifester leur volonté, présentent tout de même une altération de leurs facultés mentales. Un tel mandat permettrait de graduer la protection, en commençant par une simple assistance, puis en basculant vers une représentation lorsque cela est nécessaire parce que la personne ne peut plus exprimer sa volonté. Des propositions ont été faites en ce sens¹⁷, mais, pour le moment, le mandat ne permet que de la représentation.

¹⁶ V., Le mandat de protection future, MAZEAUD-LEVEUR, Sabine, précité.

¹⁷ CARON-DEGLISE, Anne, «L'évolution de la protection juridique des personnes : reconnaître, soutenir et protéger les personnes les plus vulnérables», *Rapport de mission interministérielle*, sept. 2018, p. 45 ;

Les notaires estiment par ailleurs que le mandat ne répond pas forcément à leur besoin. Lorsque le mandat a été passé par acte notarié, le mandataire a potentiellement le pouvoir de faire des actes de disposition, mais quelques limites demeurent : il ne peut pas faire d'actes à titre gratuit ni vendre le logement de la personne protégée sans l'autorisation du juge. C'est ce dernier point qui semble poser le plus de problèmes aux praticiens, certains notaires estimant que le mandat perd de son intérêt s'il leur faut malgré tout solliciter le juge pour cette opération, en dépit de la confiance qui a été accordée au mandataire par le mandant.

Par ailleurs, lorsqu'un mandat par acte notarié est mis en œuvre, l'activité du mandataire doit être contrôlée selon des modalités prévues par le contrat. Mais, lorsqu'il a reçu l'acte, c'est au notaire qu'incombe la tâche de contrôler les comptes annuels, une activité chronophage et potentiellement source de responsabilité¹⁸, d'autant que cette exigence peut apparaître lourde, notamment quand on compare avec l'habilitation familiale, une mesure de protection aujourd'hui plébiscitée pour sa simplicité, et dans laquelle la personne habilitée n'est pas tenue de dresser un inventaire ni de rendre des comptes annuels de gestion au juge.

Enfin, il est nécessaire de mettre en place un régime de publicité efficace, afin que l'on ait facilement connaissance des mandats signés et activés. Si le juge ignore qu'un mandat a déjà été signé, il y a un risque non négligeable qu'une mesure de protection judiciaire soit ouverte malgré tout, alors que la priorité doit normalement être donnée au contrat. Malheureusement, cette publicité n'est toujours pas effective. La loi n° 2015-1776 du 28 décembre 2015 relative à l'adaptation de la société au vieillissement avait pourtant prévu l'inscription de l'acte sur un registre spécial dont les modalités et l'accès devaient être déterminés par décret¹⁹. Mais il aura fallu attendre plus de huit ans²⁰ et un rappel cinglant du Conseil d'État²¹, avant que le décret relatif au registre des

« Protéger : les vulnérables, les proches, le logement, les droits », *Rapport du 116e Congrès des Notaires de France*, 2020, § 1181 p. 80 ; RAOUL-CORMEIL, Gilles, « Le mandat de protection future par assistance », in *Solution Notaire Hebdo*, n°31 du 1er oct. 2020, p. 16 à 20 ; « Proposition de loi portant mesures pour bâtir la société du bien-vieillir en France », *Ass. Nat.*, n°643, 15 déc. 2022 ;

¹⁸ Article 491 : « Pour l'application du second alinéa de l'article 486, le mandataire rend compte au notaire qui a établi le mandat en lui adressant ses comptes, auxquels sont annexées toutes pièces justificatives utiles. Celui-ci en assure la conservation ainsi que celle de l'inventaire des biens et de ses actualisations.

Le notaire saisit le juge des tutelles de tout mouvement de fonds et de tout actes non justifiés ou n'apparaissant pas conformes aux stipulations du mandat. »

¹⁹ Article 477-1 du Code civil.

²⁰ BAILLON-WIRTZ, Nathalie, COMBRET, Jacques, « Le registre des mandats de protection future : enfin ? », *JCP N* 2024, n° 51-52, pp.1258.

mandats de protection future ne voit enfin le jour, le 16 novembre 2024²². Pour autant, le travail n'est toujours pas achevé, puisque l'arrêté nécessaire à la mise en place de ce registre n'a toujours pas été publié. Par ailleurs, à ce stade, la question de son accès aux notaires et aux avocats se pose encore²³. Plus généralement, en France, le système de publicité des mesures de protection reste à améliorer. Le nouvel article 427-1 du Code civil, issu de la loi n° 2024-317 du 8 avril 2024, prévoit la mise en place d'un registre national dématérialisé. Toutefois, il faudra attendre le décret d'application, qui devra être pris au plus tard le 31 décembre 2026...

Cela dénote assurément d'un certain manque de volonté des pouvoirs publics en la matière. Ce manque de volontarisme dans la promotion du dispositif et les diverses faiblesses identifiées peut expliquer que beaucoup de notaires se détournent de cet outil d'anticipation, et que, faute de réponse adaptée, certains professionnels se contentent finalement d'attendre que survienne le besoin de protection, pour diriger les familles vers une mesure judiciaire aux contraintes allégées : l'habilitation familiale. C'est également ce qui justifie que d'autres pistes soient creusées, comme celle de la fiducie.

3. L'ATTENTE DE LA FIDUCIE

L'article 2011 du Code civil définit la fiducie 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 ».

Dans un premier temps, son champ d'application personnel fut restreint aux seules personnes morales soumises à l'impôt sur les sociétés²⁴. Cette limitation initiale a rapidement disparu avec la loi du 4 août 2008²⁵, laquelle a permis la constitution de fiducie aux personnes physiques. La fiducie, tout comme le trust, peut désormais

²¹ CE, 27 sept. 2023, n° 471646 ; Defrénois 14 déc. 2023, p. 28, obs. COMBRET, Jacques ; Dr. famille 2023, comm. 169, note MARIA, Ingrid ; JCP N 2024, p. 1004, obs. PETERKA, Nathalie ; RJPF 2024-285/14, obs. RAOUL-CORMEIL, Gilles.

²² Décret n° 2024-1032 du 16 novembre 2024 relatif au registre des mandats de protection future (JORF 17 novembre).

²³ « Le ministère de la Justice poursuit sa réflexion sur les modalités techniques qui pourraient permettre aux notaires et aux avocats d'enregistrer des informations au sein du registre, au nom et pour le compte du mandant ou du mandataire. S'agissant des délais de mise en oeuvre, la création d'un nouveau système d'information requiert d'importants travaux informatiques, dans un contexte où le fonctionnement des logiciels indispensables à l'activité quotidienne du service public de la Justice doit également être assuré. » Réponse ministérielle, JO du 2 décembre 2025, page 9923.

²⁴ Loi n° 2007-211, du 19 février 2007, instituant la fiducie.

²⁵ Loi n° 2008-776, 4 août 2008, de modernisation de l'économie

poursuivre plusieurs objectifs : elle peut être une sûreté, particulièrement efficace, ou un outil de gestion : dans ce cas, il s'agit de confier un patrimoine au fiduciaire afin qu'il le gère pour le compte du constituant ou d'un bénéficiaire. Dans ce cadre, on a pu se demander si la fiducie, ou « trust à la française », pouvait également être un instrument de gestion du patrimoine des personnes vulnérables, comme l'est déjà le trust anglo-saxon²⁶ ?

Il s'avère que, si ce n'est pas forcément dans ce but que le législateur français l'a consacrée au premier chef, les praticiens, avocats et notaires, ont malgré tout trouvé des solutions pour pouvoir utiliser cet outil dans cet objectif, notamment en l'associant avec d'autres dispositifs. Bien employée, la fiducie serait le moyen d'anticiper les conséquences de sa propre dépendance, et, dans une moindre mesure, permettrait d'anticiper les conséquences de la vulnérabilité d'un proche.

3.1. *Anticiper sa propre dépendance par la fiducie*

Afin de savoir si la fiducie peut, comme le mandat de protection future, être le moyen d'anticiper sa propre dépendance, il faut déterminer quel sera l'impact de l'ouverture d'une mesure de protection sur une fiducie préexistante. Dans ce cas de figure, l'article 2022 du Code civil prévoit que, lorsque le constituant de la fiducie est placé sous un régime de représentation comme la tutelle, le fiduciaire devra rendre compte de sa mission de gestion au protecteur, le tuteur, au moins une fois par an. Lorsqu'il est placé sous un régime de protection qui implique une assistance, le fiduciaire doit rendre des comptes à la fois au protecteur et à la personne protégée. L'ouverture d'une tutelle ou d'une curatelle ne remet donc pas en cause le transfert de propriété dans le patrimoine fiduciaire.

On pourrait donc tout à fait proposer de conclure un contrat de fiducie « de prévoyance ». Cette fiducie ne prendrait effet que si l'événement prévu se réalise, en l'occurrence, la survenance d'une perte de faculté, et pourrait se révéler particulièrement utile au chef d'entreprise soucieux d'assurer la pérennité de ses affaires en cas de survenance d'une maladie ou d'un accident²⁷.

²⁶ Fiducie et personnes majeures vulnérables, FARGE, Claire, Ingénierie Patrimoniale, 2025, n°3, p. 67.

Argumentaire en faveur de la fiducie au service de la protection des personnes vulnérables (majeures ou mineures), PETERKA, Nathalie, in *Les 15 ans de la fiducie, bilan et perspectives de la réforme*, sous la direction de CHEYNET DE BEAUPRE, Aline, HAONG, Patrice, LE NORMAND-CAILLERE, Sabrina et ROBIN DE MALET, Bruno, Lexis Nexis 2023, p. 171.

²⁷ FARGE, Claire, SCHILLER, Sophie et JULIEN SAINT-AMAND, Pascal, « Mandat de protection future et fiducie : deux outils de prévoyance à disposition du dirigeant » JCPN 2024, n° 41, 1194.

Techniquement, on soumettrait donc le transfert de propriété à une condition suspensive, qui sera l'altération des facultés du constituant. Pour protéger le constituant, l'événement érigé en condition devra être clairement défini, ainsi que les modalités d'exécution du transfert des biens. Mais, quoi qu'il en soit, la fiducie pourrait être mise en œuvre indépendamment de l'éventuelle ouverture d'une mesure de protection : les biens transférés à la fiducie seraient alors gérés conformément au contrat, ce qui pourrait donner plus de liberté au fiduciaire, qui, contrairement au tuteur, n'aura pas besoin de se tourner vers le juge pour réaliser un certain nombre d'actes, mais devra gérer les biens en respectant les directives qui lui auront été données en amont.

Et même si, après cela, il apparaît nécessaire de mettre aussi en place une mesure de protection, c'est bien le fiduciaire qui gèrerait les biens dont la propriété lui a été transmise, en respectant les directives qui lui auront été communiquées par avance, sans avoir à obtenir d'autorisation du juge. Précisons que si une mesure de protection devait être ouverte, le fiduciaire ne pourra pas être désigné comme curateur ou tuteur, ce cumul de fonctions étant prohibé par la loi²⁸. Le fiduciaire désigné devra avoir les compétences pour gérer le patrimoine en question. Il peut s'agir d'un avocat, sous réserve d'avoir souscrit une assurance spécifique, en revanche, à ce jour, les notaires n'ont pas cette possibilité en France²⁹.

Pour accroître encore l'anticipation, on pourra utilement doubler cette fiducie conditionnelle d'un mandat de protection future notarié, afin de désigner celui qui sera amené à gérer les biens qui ne seront pas confiés au fiduciaire, et organiser le contrôle de la gestion opérée par ce dernier. Cette solution est notamment suggérée pour les dirigeants d'entreprise, et, dans ce cas, elle pourra porter sur des parts sociales, pour lesquelles un simple mandat de protection future peut assez vite montrer ses limites, le mandat n'étant pas toujours compatible avec les règles de représentation applicables au sein de la société.

²⁸ Article 445 alinéa 3 « Le fiduciaire désigné par le contrat de fiducie ne peut exercer une charge curatelaire ou tutélaire à l'égard du constituant. »

²⁹ Article 2015 du Code civil : « Seuls peuvent avoir la qualité de fiduciaires les établissements de crédit mentionnés au I de l'article L. 511-1 du code monétaire et financier, les institutions et services énumérés à l'article L. 518-1 du même code, les entreprises d'investissement mentionnées à l'article L. 531-4 du même code, les sociétés de gestion de portefeuille ainsi que les entreprises d'assurance régies par l'article L. 310-1 du code des assurances.

Les membres de la profession d'avocat peuvent également avoir la qualité de fiduciaire. »

Mais la stratégie a tout de même un certain nombre d'inconvénients. Tout d'abord, le recours à cette solution ne saurait être généralisé du fait de sa complexité et de son coût, important, puisqu'il faudra payer les honoraires du rédacteur et, au regard de la nature des biens concernés, il faudra bien souvent passer par un acte notarié, notamment en présence de biens communs³⁰. Par ailleurs, s'il y a effectivement besoin, il faudra en outre payer les honoraires du fiduciaire, dus pour sa gestion. Le dispositif est donc à réserver à certains patrimoines importants et dont la gestion s'avère complexe.

Ensuite, ce montage doit être largement anticipé : comme pour la signature du mandat de protection future, si on tarde trop avant de se préoccuper du risque de vulnérabilité et que l'on attend de ressentir les premiers troubles avant de signer la fiducie, la stratégie risque de s'en trouver fragilisée, notamment parce qu'on pourrait chercher à la remettre en cause sur le fondement de l'insanité d'esprit³¹, ou encore sur celui de la période suspecte³².

Si la fiducie peut, dans cette limite, être un moyen d'anticiper les conséquences de sa propre dépendance, elle peut aussi, également, permettre d'anticiper le besoin de protection d'un proche déjà dépendant.

3.2. Anticiper les conséquences de la vulnérabilité d'un proche par la fiducie

La situation rencontrée sera généralement celle d'un client disposant d'un patrimoine important, et qui se trouve être parent d'un enfant handicapé. Le parent voudra généralement transmettre des biens à son enfant, tout en le protégeant efficacement. Dans un tel cas, on pourrait éventuellement lui suggérer de recourir au mandat à effet

³⁰ Article 2012 alinéa 2 du Code civil : « Si les biens, droits ou sûretés transférées dans le patrimoine fiduciaire dépendent de la communauté existant entre les époux ou d'une indivision, le contrat de fiducie est établi par acte notarié à peine de nullité. »

³¹ Article 414-1 du Code civil : « Pour faire un acte valable, il faut être sain d'esprit. C'est à ceux qui agissent en nullité pour cette cause de prouver l'existence d'un trouble mental au moment de l'acte. »

³² Article 464 du Code civil : « Les obligations résultant des actes accomplis par la personne protégée moins de deux ans avant la publicité du jugement d'ouverture de la mesure de protection peuvent être réduites sur la seule preuve que son inaptitude à défendre ses intérêts, par suite de l'altération de ses facultés personnelles, était notoire ou connue du cocontractant à l'époque où les actes ont été passés. Ces actes peuvent, dans les mêmes conditions, être annulés s'il est justifié d'un préjudice subi par la personne protégée.

Par dérogation à l'article 2252, l'action doit être introduite dans les cinq ans de la date du jugement d'ouverture de la mesure. »

posthume³³. Cet acte permet de confier à une personne la gestion de tout ou partie des biens qui composeront sa succession dans l'intérêt et pour le compte de ses héritiers ou de certains d'entre eux³⁴. Mais il s'avère que cet outil montre vite ses limites. En effet, il n'offre qu'une protection très précaire, à laquelle il est facile de mettre fin, notamment en vendant les biens concernés par le mandat³⁵. C'est la raison pour laquelle, en dépit de l'existence de ce dispositif, on reste tenté de se tourner vers la fiducie. Mais le schéma qu'il convient de mettre en place s'avère alors plus complexe, pour deux raisons.

La première contrainte, c'est que le droit français interdit d'utiliser la fiducie comme outil de transmission : la « fiducie-libéralité » est proscrite et est sévèrement sanctionnée, aussi bien sur le plan civil, par la nullité³⁶, que sur le plan fiscal, par l'application des droits de mutation à titre gratuit prohibitifs³⁷.

La seconde contrainte, c'est qu'il est interdit de mettre en fiducie les biens d'une personne déjà placée sous un régime de protection lorsque le régime de protection en question repose sur un mécanisme de représentation. En effet, s'agissant de la tutelle, l'article 509, 4° du Code civil prévoit que le tuteur ne peut, même avec une autorisation, « transférer dans un patrimoine fiduciaire les biens ou droits d'un majeur ». Cette prohibition concerne le majeur sous « tutelle », mais également la personne sous habilitation familiale avec représentation³⁸. Dans la même logique, les articles 408-1 et 387-2, 4° du Code civil interdisent le transfert des biens ou droits d'un mineur dans un patrimoine fiduciaire.

³³ Sur ce dispositif : LAFAURIE, Karl, « Le mandat à effet posthume, une anticipation fiduciaire au bénéfice de l'héritier majeur protégé », *Ingénierie Patrimoniale*, 2025 n°3, p. 56.

³⁴ Article 812 et suivant du Code civil.

³⁵ Cass. 1 civ., 12 mai 2010, n° 09-10.556, Bull. civ. I, n° 117 ; RTD civ. 2010, p. 602, obs. M. Grimaldi.

³⁶ Article 2013 du Code civil : « Le contrat de fiducie est nul s'il procède d'une intention libérale au profit du bénéficiaire. Cette nullité est d'ordre public. »

³⁷ Article 792 bis du Code général des impôts : « Lorsqu'il est constaté une transmission dans une intention libérale de biens ou droits faisant l'objet d'un contrat de fiducie ou des fruits tirés de l'exploitation de ces biens ou droits, les droits de mutation à titre gratuit s'appliquent sur la valeur des biens, droits ou fruits ainsi transférés, appréciée à la date de ce transfert. Ils sont liquidés selon le tarif applicable entre personnes non parentes mentionné au tableau III de l'article 777.

Pour l'application des dispositions mentionnées au premier alinéa, l'intention libérale est notamment caractérisée lorsque la transmission est dénuée de contrepartie réelle ou lorsqu'un avantage en nature ou résultant d'une minoration du prix de cession est accordé à un tiers par le fiduciaire dans le cadre de la gestion du patrimoine fiduciaire. Dans ce dernier cas, les droits de mutation à titre gratuit s'appliquent sur la valeur de cet avantage ».

³⁸ En ce sens : Cass. civ. 1re, avis, 20 octobre 2022, n° 22-70.011, D. 2022, p. 2081, note LEMOULAND, Jean-Jacques et RAOUL-CORMEIL Gilles ; *Dr. famille* 2023, comm. 11, note MARIA, Ingrid et MAUGER-VIELPEAU, Laurence.

Dès lors, il est a priori impossible de conclure une fiducie lorsque l'enfant à qui on souhaite transmettre des biens est encore mineur ou bien que, devenu majeur, il est déjà placé sous l'un des régimes de protection les plus lourds³⁹. En revanche, pour les régimes de protection fondés sur l'assistance, comme la curatelle, la signature d'un contrat de fiducie demeure possible, mais l'acte est tout de même considéré comme un acte de disposition, en ce qu'il modifie substantiellement le patrimoine du majeur protégé⁴⁰. C'est pourquoi l'article 468, alinéa 2 du Code civil impose l'assistance du curateur pour la conclusion du contrat⁴¹.

En présence d'un enfant placé sous curatelle, il existe donc davantage de solutions. Une des voies proposées consiste à lui consentir une donation, en assortissant cette libéralité d'une charge. L'enfant donataire devra s'engager à constituer lui-même une fiducie-gestion, dans laquelle il transférera les biens donnés. Le montage proposé n'est pas contraire à la prohibition de la fiducie-libéralité, puisque, dans ce cas, la libéralité n'est pas faite par l'intermédiaire de la fiducie, elle lui est antérieure, et elle est l'œuvre du donataire lui-même, fût-ce sur l'injonction du donateur. Mais une telle obligation sera généralement limitée, puisque le droit français connaît le mécanisme de la réserve héréditaire, et que la réserve héréditaire doit être servie aux héritiers réservataires libre de toute charge⁴².

De nombreux auteurs souhaiteraient que certaines de ces contraintes soient levées, et notamment qu'il soit possible de faire des fiducies-transmission par acte notarié⁴³, et que la fiducie soit accessible, quel que soit le régime de protection⁴⁴. Il faudrait néanmoins prévoir un certain nombre de garanties, notamment pour s'assurer qu'une personne jugée un temps vulnérable ne demeure pas « prisonnière » d'une fiducie-gestion et puisse y faire mettre fin lorsque ce mode de gestion n'est plus conforme à ses intérêts.

³⁹ V., néanmoins, les solutions proposées par Claire FARGE « Transmission, fiducie et « incapables » », in *Les 15 ans de la fiducie, bilan et perspectives de la réforme*, sous la direction de CHEYNET DE BEAUPRE, Aline, HAONG, Patrice, LE NORMAND-CAILLERE, Sabrina et ROBIN DE MALET, Bruno, Lexis Nexis 2023, p. 165.

⁴⁰ Décret n° 2008-1484, 22 décembre 2008, annexe 1, colonne 2, II, 1°.

⁴¹ L'article 468, alinéa 2.

⁴² Article 912 alinéa 1 du Code civil « La réserve héréditaire est la part des biens et droits successoraux dont la loi assure la dévolution libre de charges à certains héritiers dits réservataires, s'ils sont appelés à la succession et s'ils l'acceptent. »

Claire FARGE relève néanmoins que le recours à un contrat d'assurance-vie ou à une société civile permettrait de contourner ce problème, « Transmission, fiducie et « incapables » », précité.

⁴³ 118^e Congrès des notaires de France, L'ingénierie notariale, 2022. GRIMALDI, Michel, Vers la consécration de la fiducie-transmission, DEF 4 sept. 2025, n° DEF227d2

⁴⁴ CARON DEGLISE, Anne, « Reconnaître, soutenir et protéger les personnes les plus vulnérables » *Rapport de mission interministérielle, l'évolution de la protection juridique des personnes*, Doc. Fr. ; sept. 2018.

Si le dernier projet de réforme de la fiducie devait convaincre le législateur de sauter le pas⁴⁵, cela modifierait substantiellement le droit français des personnes vulnérables, et répondrait à de nombreux problèmes pratiques. Les notaires disposeraient alors d'un nouvel outil pour satisfaire les besoins exprimés par leurs clients. Il leur faut désormais résoudre des équations complexes : proposer des solutions efficaces et personnalisées pour la protection des plus fragiles, y compris en présence de patrimoines complexes, mais qui soient également respectueuses de la personne protégée, c'est-à-dire qui préservent sa capacité et son autonomie.

BIBLIOGRAPHIE

Rapports

CARON-DEGLISE, Anne, « Reconnaître, soutenir et protéger les personnes les plus vulnérables », *Rapport de mission interministérielle, L'évolution de la protection juridique des personnes* : sept. 2018, p. 45.

116^e CONGRES DES NOTAIRES DE FRANCE, *Protéger : les vulnérables, les proches, le logement, les droits*, 2020.

DEFENSEUR DES DROITS, septembre 2016, La protection juridique des majeurs vulnérables. Ministère de la Justice, Références Statistiques Justice, édition 2025.

Articles

AZINCOURT, Jean-Didier, « Les modes de gestion anticipés du patrimoine de la personne vulnérable », *RDSS* 2015 p. 818.

BAILLON-WIRTZ, Nathalie, COMBRET, Jacques, « Le registre des mandats de protection future : enfin ? », *JCP N* 2024, n° 51-52, p. 1258.

FARGE, Claire,

— « Fiducie et personnes majeures vulnérables », *Ingénierie Patrimoniale*, 2025, n°3, p. 67.

— « Transmission, fiducie et capables », in *Les 15 ans de la fiducie, bilan et perspectives de la réforme*, sous la direction de CHEYNET DE BEAUPRE, Aline, HAONG, Patrice, LE NORMAND-CAILLERE, Sabrina et ROBIN DE MALET, Bruno, Lexis Nexis 2023, p. 165.

FARGE, Claire, SCHILLER, Sophie et JULIEN SAINT-AMAND, Pascal, « Mandat de protection future et fiducie : deux outils de prévoyance à disposition du dirigeant » : *JCPN* 2024, n° 41, 1194.

⁴⁵ Projet de réforme de la fiducie, aspects civils et fiscaux, sous la direction de Michel GRIMALDI et de Claire FARGE.

GRIMALDI, Michel, « Vers la consécration de la fiducie-transmission », *DEF* 4 sept. 2025, n° DEF227d2.

LAFAURIE, Karl, « Le mandat à effet posthume, une anticipation fiduciaire au bénéfice de l'héritier majeur protégé », *Ingénierie Patrimoniale*, 2025 n°3, p. 56.

MAZEAUD-LEVENEUR, Sabine, « Le mandat de protection future », *Répertoire du notariat Defrénois*, 4 septembre 2025, DEF226x6.

PETERKA, Nathalie, « Argumentaire en faveur de la fiducie au service de la protection des personnes vulnérables (majeures ou mineures) », in *Les 15 ans de la fiducie, bilan et perspectives de la réforme*, sous la direction de CHEYNET DE BEAUPRE, Aline, HAONG, Patrice, LE NORMAND-CAILLERE, Sabrina et ROBIN DE MALET, Bruno, Lexis Nexis 2023, p. 171.

RAOUL-CORMEIL, Gilles, « Le mandat de protection future par assistance », in *Solution Notaire Hebdo*, n°31 du 1er oct. 2020, p. 16 à 20.

Fecha de recepción: 11.02.2026

Fecha de aceptación: 15.04.2026