

JUSTICE & CASSATION

Revue annuelle des avocats au Conseil d'État et à la Cour de cassation

Dossier

L'enfant

Conférences & Travaux de l'Ordre

2011

DALLOZ

Le mandat à effet posthume ou comment gérer, après sa mort, la fortune de ses enfants

par **Madeleine MUNIER-APAIRE**

Avocat au Conseil d'État et à la Cour de cassation

« Il y a plus de peine à garder l'argent qu'à l'acquérir »

Montaigne, Les Essais

Préésenté comme l'une des innovations les plus marquantes de la loi n° 2006-728 du 23 juin 2006 portant réforme des successions et des libéralités¹, le mandat à effet posthume n'en reste pas moins à ce jour méconnu du grand public.

Il s'agit d'un acte préparé à l'heure du bilan de sa vie, souvent dans le secret et parfois la douleur, par un homme qui prévoit avec lucidité et courage le temps d'après, afin de protéger ses enfants. Les enfants sont ainsi dessaisis d'une partie de leurs prérogatives sur les biens qui leur reviennent – y compris sur ceux qui leur sont légalement réservés² – par l'un de leur parent qui leur impose sa logique individualiste et économique, avec la bénédiction d'un législateur qui a voulu les protéger... contre eux-mêmes.

On a dit que la loi nouvelle marque un bouleversement de notre tradition successorale et un glissement « de la succession à la personne vers une succession aux biens »³, notamment par l'institution du mandat à effet posthume qui écarte la tutelle familiale, au moment où elle se mobilise autour du défunt, et confie la gestion de tout ou partie de l'héritage à un tiers.

Ce nouveau mandat participe à cette tendance du législateur à « contractualiser » le droit des personnes (du divorce à l'autorité parentale) et à user, au seuil de la mort ou face aux difficultés à venir, d'un outil préventif récurrent : celui du mandat.

À l'instar du mandat de fin de vie, du mandat de protection future ou encore du mandat donné à l'exécuteur testamentaire, il participe de ce mouvement législatif d'adaptation des règles traditionnelles du mandat, qui revigore l'institution, ce « jeune vieillard qui a l'avenir devant lui et qui n'a pas fini de mesurer sa vitalité »⁴, dépoussière son image traditionnelle « d'un service entre amis » et permet même sa professionnalisation pour offrir à chacun la liberté de choisir la « personne de confiance » qui agira en ses lieu et place.

(1) J. Messip, Rep. 2010, n° 14, p. 1583, n° 39142; Conflit entre le mandataire posthume et l'administrateur légal des biens d'un mineur.

(2) Alors même que l'art. 912 C. civ. proclame que la réserve leur est dévolue libre de charge.

(3) J. Leprovaux, La place de la famille dans la mise en œuvre du mandat de protection future et du mandat à effet posthume, RJP 2006. 9.

(4) P. Petel, Le contrat de mandat, D. 1994. 123 s.

Pour cerner l'importance de cette réforme on brossera ses contours avant de comparer le mandat à effet posthume à ses différents cousins – le mandat de droit commun, le mandat *post mortem* – ou à ses inspirateurs – la fiducie ou le trust anglo-saxon puis d'étudier les pouvoirs qu'il donne au mandataire... dans l'intérêt des héritiers, qui sont en général les enfants du défunt mandant et, enfin, d'envisager les aménagements dont il peut bénéficier.

Le recours à ce mandat hors du commun exige une liberté encadrée

Un mandat hors du commun

1. Le mandat à effet posthume, régi par les articles 812 et suivants du code civil, peut être défini comme l'acte passé entre deux personnes pour le compte et dans l'intérêt d'un tiers qui, souvent, l'ignorera⁵, n'en est pas signataire et ne peut, en principe, s'opposer à son exécution.

Ses particularités sont de prendre effet au jour du décès du mandant, en dotant le mandataire de pouvoirs de conservation, administration ou gestion des biens de la succession et de lui permettre d'agir librement sans risquer une révocation discrétionnaire des héritiers. C'est un contrat à terme, dont seule l'exécution est différée au jour où, normalement, le mandat de droit commun s'éteint (art. 2003 C. civ.).

Dérogatoire à l'ordre public du droit des successions, le mandat à effet posthume l'est à un double titre :

D'abord, il concerne « tout ou partie de la succession » (art. 812 C. civ.) c'est-à-dire aussi la réserve héréditaire dont il devient une charge. Il déroge ainsi à l'article 912 qui, en principe, assure sa dévolution « libre de charges » aux héritiers réservataires.

Ensuite, il porte atteinte au principe de la saisine héréditaire (art. 724 C. civ.) puisque, sur les biens qui en sont l'objet, les héritiers ne pourront jouir de la totalité des prérogatives qui leur sont habituellement reconnues en tant que propriétaires.

Son originalité tient au fait que ce mandat va produire des effets « pour le compte et dans l'intérêt » d'un tiers, héritier du défunt, à qui son existence n'a même pas été notifiée, qui n'est pas signataire du contrat et qui ne pourra le révoquer *ad nutum*.

2. Il se distingue de ses voisins et tout d'abord du mandat ordinaire, qui ne produit d'effets qu'entre les signataires, trouve son terme dans la mort et dont le mandataire agit « pour le mandant et en son nom » (art. 1984 C. civ.), sans dessaisir ce mandant ni de ses pouvoirs de propriétaire ni de son droit de révocation *ad nutum* (art. 2004 C. civ.).

Certes, comme l'exécuteur testamentaire il est un mandataire choisi par le défunt, imposé aux héritiers et sa mission ne prend effet qu'à l'ouverture de la succession. Mais à la différence de l'exécuteur testamentaire qui tient ses pouvoirs d'un acte unilatéral (le testament) et est chargé selon les volontés du défunt de veiller ou de procéder à la liquidation du patri-

⁽⁵⁾ S. Huyghe, La réforme des successions, Rapport AN n° 2850, févr. 2006, p. 172.

moine successoral (art. 1025 C. civ.), le mandataire posthume doit seulement gérer ou administrer tout ou partie de la succession dans l'intérêt des héritiers et sous réserve des pouvoirs confiés, précisément, à l'exécuteur testamentaire (art. 812 C. civ.). Celui-ci domine celui-là.

Malgré leur similitude d'appellation le mandat à effet posthume, couramment appelé « mandat posthume », ne doit pas non plus être confondu avec le mandat *post mortem*. De création prétorienne, ce dernier est un mandat de droit commun qui se poursuit malgré la mort du mandant, si telle est sa volonté ⁶, et à la condition qu'il ne transgresse aucune règle d'ordre public édictée en matière successorale ⁷. Le plus souvent il permet au mandataire, représentant des héritiers, d'opérer des retraits d'argent sur un compte bancaire après le décès de son titulaire. À l'inverse, le mandat à effet posthume n'emporte pas représentation des héritiers et ceux-ci ne peuvent y mettre fin librement.

Selon l'exposé des motifs de la loi du 23 juin 2006, le mandat à effet posthume serait le nouvel instrument juridique destiné à répondre aux besoins que satisfait, dans d'autres pays, la fiducie successorale ⁸. Mais une différence de taille les sépare : le mandataire n'a ni la propriété des biens qu'il gère ni le pouvoir d'en disposer ⁹ car les héritiers sont propriétaires des biens par le seul effet du décès ¹⁰ et le mandataire n'a qu'une maîtrise restreinte de l'hérédité. En outre, ni la loi du 23 juin 2006 ni celles qui ont suivi ¹¹ ni l'ordonnance du 30 janvier 2009 ¹², qui ont instauré et facilité la fiducie en droit français, n'ont autorisé la fiducie successorale. L'article 2013 du code civil prévoit en effet toujours que le « contrat de fiducie est nul s'il procède d'une intention libérale au profit du bénéficiaire et cette nullité est d'ordre public » de sorte que ce qu'on a appelé « la fiducie à la française » ne peut pas, en l'état actuel du droit, être utilisée dans l'organisation successorale.

3. Les travaux parlementaires montrent enfin que l'objectif économique a été le moteur de la réforme. Il fallait optimiser la transmission d'entreprises, en particulier celle des PME familiales fragilisées par le décès de leur dirigeant ¹³ et peu importent les intérêts particuliers des héritiers et l'ordre public des successions, si la survie de l'entreprise est à ce prix.

Pour autant ce mandat particulier a aussi été conçu pour les successions ouvertes en présence d'un enfant handicapé, d'enfants mineurs, de majeurs protégés, ou encore pour les successions complexes ou difficiles à gérer en présence de familles recomposées, de biens situés dans différents pays, de procédures en cours... car la gestion par un tiers habilité peut y être salutaire. Elles seules seront examinées ci-après.

En contrepartie de ces entorses qu'il a portées à l'ordre public des successions et soucieux de : « mettre l'héritier à l'abri d'une incapacité d'exercice fulminée, du fond de son tombeau, par un père despotique se voulant immortel » ¹⁴ le législateur a imposé certains garde-fous à la liberté du mandant et a, dans l'intérêt des héritiers, encadré tant le recours à un mandataire que les pouvoirs de celui-ci.

Un système dérogatoire très encadré

Notons déjà que, tant qu'ils n'ont pas accepté la succession, les héritiers peuvent faire échec à un éventuel diktat de leur

(6) L'art. 2003 C. civ. n'est pas impératif mais seulement supplétif de la volonté des parties.

(7) Civ. 1^{re}, 28 juin 1988, Bull. civ. I n° 209; Crim. 12 oct. 1995, Bull. crim. n° 304; Soc. 15 nov. 2006, n° 06-41.211.

(8) Projet loi AN n° 2427, rectifié, 2005-2006, exposé des motifs, p. 12.

(9) V. à l'inverse, pour la fiducie introduite par la loi du 19 fév. 2007, l'art. 2018-6°.

(10) Art. 711 C. civ.

(11) Lois du 19 fév. 2007, n° 2007-211 et LME du 4 août 2008.

(12) L'ordonnance n° 2009-112.

(13) J.-F. Sagaut, Le mandat à effet posthume : regard notarial à destination des chefs d'entreprise, *Droit et Patrimoine*, 2007, p. 162; G. Calvet, *Defrénois* 2010. 685, art. 39089.

(14) Grimaldi, *Le mandat posthume*, *Defrénois* 2007. 3.

auteur car en ce cas, le mandataire ne dispose que de pouvoirs conservatoires et il ne peut forcer les enfants à prendre position car l'action interrogatoire de l'article 771 alinéa 2 du code civil lui est fermée. Mais en refusant d'opter rapidement les enfants ne risquent-ils pas de nuire à leur propre intérêt? En effet, aussi surprenante soit-elle, ils ne doivent pas oublier que cette institution a été conçue dans leur intérêt exclusif.

1. Ce mandat détourne à ce point les principes civilistes du mandat et du droit des successions qu'il doit rester un acte exceptionnel, réservé aux situations nécessitant une représentation inhabituelle que le droit commun ne peut appréhender efficacement. C'est pourquoi le législateur ne l'a autorisé qu'à certaines conditions strictes : être à la fois limité dans le temps et reçu par un notaire, à qui sera sans doute aussi confiée sa rédaction attentive et scrupuleuse.

Conscient qu'il fallait éviter les conventions hasardeuses, équivoques ou injustifiées, le législateur a encadré le nouveau dispositif et exigé, à peine de nullité, que le mandat à effet posthume soit passé sous la forme authentique¹⁵ et soit spécifiquement motivé.

Le rôle du notaire sera ici essentiel, pour suggérer, proposer, conseiller, aménager et mettre en place ce dispositif et satisfaire à la fois son client, le mandant, et l'intérêt futur des héritiers à qui il dévoilera l'acte. Ses conseils et ses facultés d'anticipation juridique d'un futur nécessairement complexe seront déterminants de la réussite de ce mandat aux effets différés. Les héritiers seront en effet en droit d'exiger de ce professionnel qu'il ait vérifié la réunion des conditions nécessaires à sa mise en œuvre et ait procédé à une rédaction qui lui donnera une validité certaine au moment de son exécution. À défaut, il engagerait sa responsabilité professionnelle pour la rédaction d'un contrat personnalisé qui se révélerait inefficace ou contraire aux intérêts des héritiers, le plus souvent les enfants du défunt¹⁶.

2. Seul un intérêt sérieux et légitime peut justifier qu'exceptionnellement, pour un temps limité, le *de capis* impose une tutelle à ses héritiers.

Puisque le mandat à effet posthume est simplement destiné à pallier le risque de mauvaise gestion d'une succession complexe, il ne peut dépasser par principe deux ans ou, par exception, cinq ans « en raison de l'incapacité, de l'âge du ou des héritiers ou de la nécessité de gérer des biens professionnels » (art. 812-1-1 § 2 C. civ.). En pratique il existe de nombreux cas dans lesquels « l'intérêt sérieux et légitime au regard de la personne de l'héritier ou du patrimoine successoral » justifiera le recours au mandat à effet posthume de sorte que la durée exceptionnelle risque de devenir la règle¹⁷ à la condition toutefois d'être dûment motivée dans l'acte. Le mandant reste d'ailleurs libre de prévoir une durée plus brève ou d'envisager sa fin par la réalisation d'une condition extinctive (la mise en place d'une mesure de protection par exemple).

3. C'est sur cette clé de voûte que repose tout l'équilibre du système instauré par les articles 812 et suivants du code civil : la validité du mandat dépend « d'un intérêt sérieux et légitime au regard de la personne de l'héritier ou du patrimoine successoral » à motiver précisément dans

(15) Art. 812-1-1 § 3 C. civ. forme qui se comprend aussi, s'agissant d'un acte qui s'apparente à une disposition de dernières volontés, et dont il sera fait mention au fichier central des dispositions de dernières volontés.

(16) À lui, par prudence, de proposer au mandant d'identifier dans l'acte le ou les héritiers soumis au mandat, de vérifier que le mandataire choisi est objectivement « l'homme de la situation », qu'il n'est atteint d'aucune incapacité d'exercice et d'aucune interdiction légale pour remplir son futur office (on songe aux activités réglementées de pharmacien, coiffeur, notaire, avocat... qui nécessitent la détention d'un diplôme, voire d'un agrément). À lui aussi de suggérer la désignation d'un ou plusieurs suppléants nommément désignés et, si la spécificité et la complexité des tâches le justifient, la nomination concomitante de plusieurs mandataires aux fonctions limitées mais spécialisées.

(17) Grimaldi, Defrénois 2007, art. 38509, n° 7.

l'acte (art. 812-1-1). Cette condition est à l'image de celle requise pour la validité des clauses d'inaliénabilité des libéralités (art. 900-1 C. civ.) et il ne s'agit pas là d'une simple coïncidence. Les travaux préparatoires de la loi du 23 juin 2006¹⁸ montrent que la clause d'inaliénabilité a été source d'inspiration pour le mandat à effet posthume car tous deux restreignent les droits de ceux à qui ils s'imposent.

Cette motivation d'un intérêt sérieux et légitime, sera le gage pour les enfants – et plus généralement les héritiers – que la limite apportée à leur liberté est justifiée et vérifiable par le juge appelé à contrôler étroitement cette mesure exorbitante. Ce contrôle est d'autant plus nécessaire que cette notion n'est pas définie et que, paradoxalement, son imprécision accroît les hypothèses dans lesquelles le mandat à effet posthume sera valable. C'est pourquoi elle a été dénoncée comme risquant, dans nombre de cas, de n'être qu'un « nid à procès »¹⁹.

La justification d'un intérêt sérieux et légitime, apprécié et contrôlé *a posteriori*

Qu'est ce que « l'intérêt sérieux et légitime » au sens de la loi du 23 juin 2006 ?

1. Selon le législateur, il existe des causes objectives qui donnent au mandat à effet posthume une apparence (ou une présomption) de légitimité lorsqu'il est causé soit *ratione personae* par l'âge, l'imaturité, l'incompétence, l'incapacité... de l'héritier ou par la mésentente existante entre différents successibles soit *ratione materiae* du fait de la consistance du patrimoine de la succession (composé par exemple d'un portefeuille boursier, d'immeubles de rapport...).

Tel sera le cas si le mandat :

- permet la gestion d'une entreprise, le temps de faire le deuil de son dirigeant et d'organiser la poursuite de l'activité, et en assurer ainsi la pérennité ;
- concerne un ou des enfants inaptes à gérer tel bien ou plus généralement la succession du fait de sa minorité et de son incapacité, (majeur protégé – exigence d'un diplôme) ;
- remédie à des situations marginales (héritier frappé d'une interdiction personnelle de gérer, d'une interdiction de résidence, etc.) ;
- se justifie par la complexité de la succession.

2. L'adoption d'une motivation subjective dans l'acte risque en revanche d'être mal acceptée ou de réveiller de vieilles querelles familiales si la pratique utilise ce mandat comme remède à une mésentente entre héritiers. Or, s'il paraît légitime que le défunt ait cherché à maintenir une paix familiale qu'il avait réussie à imposer de son vivant et si le mandataire peut jouer un rôle de transition nécessaire, le temps que les passions s'émoussent et que chacun discerne son intérêt dans le règlement

(18) S. Huyghe, Rapport AN n° 2850, 2006, p. 172 ; H. de Richemont, Rapport, Sénat, n° 343, 2005-2006, p. 130.

(19) P. Malaurie, Examen critique du projet de loi portant réforme des successions et des libéralités, Defrénois 2005. 1963, art. 38298.

de la succession, il n'en reste pas moins que son usage, découvert *a posteriori*, favorise le contentieux.

En outre, la mésestimation peut concerner le défunt et l'un de ses héritiers ou ce dernier et son conjoint survivant. Le mandat n'est-il pas alors une forme de sanction à l'encontre d'un héritier ? Cette cause inavouable et inavouée le fragilisera nécessairement si l'héritier « bénéficiaire » en demande la révocation au juge car celui-ci vérifiera, au jour où il statuera, d'une part, si cette condition de fond persiste ou bien s'il y a eu perte ou absence *ab initio* de l'intérêt légitime et sérieux mentionné dans l'acte, d'autre part, si ce mandat est bien le remède approprié pour résoudre, dans l'intérêt des héritiers, une difficulté clairement identifiée et enfin, si la mission dévolue au mandataire reste bien nécessaire. Cette cause de révocation judiciaire constitue indéniablement pour les héritiers le moyen de contester la mesure s'ils la jugent injustement infantiliste (art. 812-4 3°).

À l'inverse, si cet intérêt existe, il permettra aux héritiers ou à leur représentant de solliciter du juge une prorogation de la durée du mandat « une ou plusieurs fois ». Ainsi, le mécanisme pourra perdurer aussi longtemps que sera justifié l'intérêt sérieux et légitime d'y recourir ²⁰.

En définitive, les héritiers ne peuvent jamais agir directement sur ce mandat à effet posthume qui les contraint. Ils restent aussi impuissants à le révoquer eux-mêmes s'ils l'estiment injustifié ²¹ ou s'ils constatent un manquement à l'obligation de reddition de compte annuelle (art. 812-7 C. civ.) ²² qu'à en proroger seuls la durée puisque la loi leur impose de recourir au juge, seul habilité à dire si la cause du mandat subsiste (art. 812-1-1).

Bien que contraignante, la saisine du juge n'en reste pas moins la garantie d'une nécessaire limitation des pouvoirs du mandataire, dans l'intérêt des enfants.

Les pouvoirs du mandataire sous surveillance

Le mandat à effet posthume a vocation à s'appliquer aux successions ouvertes en présence d'un enfant atteint d'une incapacité, parce qu'encore mineur ou majeur protégé souffrant d'une déficience physique ou mentale, et il y a alors nécessité de le combiner avec les règles du droit des incapacités. L'article 812-1 du code civil le prévoit en précisant que : « le mandataire exerce ses pouvoirs alors même qu'il existe un mineur ou un majeur protégé parmi les héritiers ». Ce mandat n'est donc pas entravé par l'existence d'une protection, et le mandataire ne subit aucune restriction de pouvoir en présence d'un tuteur, curateur ou administrateur légal ou spécial. Tout au contraire, le mandat posthume permet en principe de les écarter de l'administration de la succession. C'est dire que la mise en œuvre d'une telle dualité de représentation risque d'être aussi source de conflit entre les différents protecteurs de l'héritier.

I. Il n'est pas anodin que le premier contentieux soumis à la Cour de cassation concerne précisément ce cas de figure.

À la suite du décès d'une jeune mère, qui laissait ses deux enfants mineurs, leur père devint administrateur légal de leur patrimoine, augmenté de la succession de

(20) S'il est fait droit à la requête, « tout intéressé » peut en référer au juge qui a rendu l'ordonnance (art. 496 C. proc. civ.)

(21) En raison du dessaisissement qu'opère le mécanisme à leur égard et de la logique de ce mandat.

(22) En imposant périodiquement cette obligation spécifique dans l'intérêt des héritiers, le législateur ne s'est pas contenté du renvoi de l'art. 812-1-4 C. civ. au droit commun (et à l'obligation de rendre compte de l'article 1993 et il leur a donné un outil radical pour sanctionner tout manquement à cette obligation impérative et obtenir ainsi la fin du mandat.

leur mère. Quelques semaines avant sa disparition, la mère avait institué son propre père mandataire posthume, avec pouvoir d'accomplir tous actes d'administration et de gestion sur l'ensemble de sa succession. Le mandat, justifié par la minorité des héritiers, avait vraisemblablement pour objectif de tenir leur représentant légal à distance de l'hérédité. Le père des enfants, après avoir été autorisé à accepter la succession pour leur compte, a requis et obtenu du juge des tutelles l'autorisation de vendre l'appartement qui en faisait partie, dans le but de leur acheter deux studios.

Le mandataire à effet posthume (le grand père maternel) s'y opposa et forma un recours contre l'ordonnance. Le tribunal de grande instance a alors estimé que le pouvoir de gestion reconnu au mandataire posthume impliquait la possibilité de vendre, dès lors que la vente constitue un acte utile dans l'intérêt de la succession et des héritiers. Réciproquement, il a accordé au mandataire le pouvoir de s'opposer à la vente projetée par l'administrateur légal en retenant qu'elle lui paraissait non conforme à l'intérêt des héritiers et ce, par « combinaison des articles 812-1 et 389-3, alinéa 3, du code civil ».

La Cour de cassation a censuré le raisonnement du tribunal.

Elle a jugé « que les pouvoirs d'administration ou de gestion qui peuvent être conférés au mandataire posthume en vertu des articles 812, alinéa 1^{er} et 812-1 du code civil ne lui permettent pas de s'opposer à l'aliénation par les héritiers des biens mentionnés dans le mandat, laquelle constitue l'une des causes d'extinction de celui-ci prévues par l'article 812-4 du même code » (Civ. 1^{re}, 12 mai 2010, Bull. civ. I n° 464).

Il ressort de cet arrêt, d'une part, qu'un mandataire posthume ne peut exercer un droit de veto contre la vente, par les héritiers, d'un bien successoral sous mandat et, d'autre part, que seuls les pouvoirs d'administration ou de gestion – au sens strict – peuvent lui être conférés par le mandant.

Cette solution a été approuvée par l'ensemble de la doctrine tant elle paraît découler des dispositions du dernier article précité et justifiée par cette considération pratique qu'il serait peu raisonnable de confier à deux personnes différentes et rivales le pouvoir de disposer ²³.

2. L'article 812-4 du code civil, méconnu par le jugement attaqué, prévoit en effet que le mandat à effet posthume prend fin, notamment, en cas d'« aliénation par les héritiers des biens mentionnés dans le mandat ». Il s'agit d'un des sept cas d'extinction du mandat à effet posthume prévu par ce texte et envisagé par les débats parlementaires.

Ainsi l'arrêt confirme la précarité des pouvoirs du mandataire car s'il peut administrer et gérer le bien, objet du mandat, son aliénation effectuée par l'administrateur légal avec l'autorisation du juge des tutelles neutralise le mandataire posthume en mettant fin au mandat et celui-ci ne peut s'y opposer.

Il résulte aussi implicitement de cette décision que si les pouvoirs du mandataire posthume sont opposables au représentant légal des héritiers mineurs comme en l'espèce (art. 812-1 C. civ.), le mandataire ne peut opposer à l'administrateur légal ou au tuteur un

⁽²³⁾ V. Egea, Mandat à effet posthume : les pouvoirs du mandataire précisés, D. Act., 3 juin 2010; J. Massip, Defrénois 2010. 1583, art. n° 39142. Conflit entre le mandataire posthume et l'administrateur légal des biens d'un mineur; C. Vernières, Les pouvoirs du mandataire à effet posthume, AJ fam. 2010. 287; B. Belgnier, Divergences de gestion entre administrateur légal et mandataire posthume, Dr. famille, n° 6, juin 2010, comm. 104; F. Sauzage, Defrénois, art. 39149; « Les pouvoirs du mandataire posthume à l'épreuve des droits des héritiers (au regard de Civ. 1^{re}, 12 mai 2010) ».

pouvoir qui ne lui appartient pas, sauf à priver cette disposition de son utilité et à la vider de son sens ²⁴.

Il s'ensuit que le mandat à effet posthume est une institution fragile et que, pour améliorer son efficacité, on suggérera sans doute au mandant des aménagements juridiques complémentaires. Mais tous ne sont pas envisageables.

Quels aménagements apporter au mandat à effet posthume ?

Le droit de disposer est-il négociable ?

1. Si les héritiers peuvent vendre les biens, objet du mandat, et ainsi l'éteindre en le rendant sans objet, le *de cuius* peut-il se prémunir contre ce risque en dotant expressément son mandataire du droit d'en disposer lui-même ²⁵, par application combinée des articles 812-1-4 et 1988, alinéa 2 du code civil ?

Une réponse positive peut s'appuyer sur la définition très large du mandat à effet posthume, sur le renvoi de l'article 812-1-4 aux articles 1984 à 2010 ²⁶, et enfin, sur le pouvoir de « gérer » du mandataire qui, largement entendu, inclut les actes de disposition. Mais cette interprétation semble implicitement rejetée par l'arrêt du 12 mai 2010 de la Cour de cassation en ce qu'il vise cette cause d'extinction de l'article 812-4. En effet, si ce texte est impératif, alors toute clause augmentant les prérogatives du mandataire posthume doit rester inefficace comme portant une atteinte excessive à la saisine héréditaire et au droit de propriété des héritiers ²⁷. Il faut donc en déduire que l'article 1988 alinéa 2 est incompatible avec les règles spécifiques du mandat à effet posthume.

2. Si le *de cuius* ne peut directement augmenter les pouvoirs du mandataire, pourra-t-il alors indirectement arriver à cette fin en limitant les pouvoirs des héritiers ou de leur représentant ?

Pour conforter le régime inachevé du mandat à effet posthume, il ne paraît pas interdit au mandant de stipuler une clause d'inaliénabilité des biens, objet du mandat, à la condition qu'il le fasse dans un acte juridique distinct. En effet, si celle-ci est extérieure au contrat de mandat, elle échappera à l'article 812-4 du code civil, sera conforme à l'article 900-1 du même code et licite comme « vraisemblablement justifiée par un intérêt sérieux et légitime, semblable à celui qui constitue la cause du mandat (art. 812-1-1, al. 1^{er}, C. civ.), et non perpétuelle, pour peu qu'elle ne se prolonge pas après son extinction (art. 812-1-1, al. 2, C. civ.) » ²⁸. Ainsi, si le mandataire n'a pas le pouvoir de disposer des biens, il sera néanmoins assuré que les héritiers ne mettront pas fin prématurément à son mandat en aliénant ceux-ci.

Autre possibilité pour le *de cuius* : le recours à l'article 389-3 alinéa 3 du code civil qui lui permet de léguer (ou donner de son vivant) des biens à ses enfants (ou petits

[24] Les débats parlementaires ont refusé de prévoir que le mandataire puisse « demander au juge de l'autoriser à procéder à des actes de disposition requis dans l'intérêt des héritiers », et spécialement de vendre des actifs en raison de son « atteinte excessive au principe de la saisine et au droit de propriété des héritiers concernés par le mandat » (S. Huyghe, préc., p. 175).

[25] Cela lui permettrait réciproquement, de s'opposer à une aliénation voulue par les héritiers — telle était la tentative du grand père dans l'affaire jugée par la Cour de cassation.

[26] Le droit commun du mandat, qui vise le pouvoir de disposer s'il est exprès dans l'acte.

[27] V. S. Huyghe, Rapport préc., AN 2850, 2006, 175.

[28] F. Sauvage, Defrénois, 2010, n° 39149 et déjà, Goré, Dalloz action 2008-2009, droit patrimonial de la famille, n° 247-24.

enfants) sous la condition de leur gestion par un tiers et ainsi d'écarter leur représentant légal ou leur tuteur. La pratique notariale y fait usage fréquemment soit lorsque certains ascendants – le plus souvent en désaccord avec leur enfant ou son conjoint – souhaitent transmettre des biens à leurs petits-enfants, en excluant toutefois que leur administration revienne à leurs parents, ou soit lorsque certains parents, divorcés ou séparés, souhaitent donner ou léguer à leurs enfants un patrimoine propre, mais refusent son administration par l'autre parent investi de l'autorité parentale. Tël était précisément le cas de figure dans l'espèce soumise à la Cour de cassation et on peut penser que l'usage de ce texte, aurait permis à la *de cuius* d'arriver à ses fins tout en évitant le conflit.

C'est pourquoi certains préconisent l'usage de « cette vieille disposition, qui trouve son origine dans le code civil de 1804 » et qui paraît préférable, comme techniquement très supérieure aux « dispositions récentes, incontestablement mal conçues » du mandat à effet posthume²⁹. Elle nous semble aussi plus claire et plus sûre car elle n'est soumise ni à la motivation dans l'acte d'un intérêt sérieux et légitime, ni à son appréciation aléatoire par le juge, en cas de conflit ultérieur.

Le droit des sociétés au secours du mandat à effet posthume

1. Enfin, le *de cuius*, s'il est prévoyant, peut également apporter ses biens en société car il est admis que si un acte d'aliénation est en lui-même un acte de disposition, il peut constituer un acte d'administration lorsqu'il est envisagé comme un élément de la gestion d'un ensemble de biens ou d'une exploitation. Ainsi des actes de disposition utiles à la conservation, l'exploitation, la valorisation du patrimoine successoral ou à la conservation des biens, seront disqualifiés en acte d'administration ou de gestion d'un ensemble de biens³⁰ et seront autorisés au mandataire posthume³¹. C'est-à-dire que la vente de marchandises, de stocks, de valeurs dans un portefeuille boursier serait possible dans le cadre de ce mandat, mais pas la cession du nantissement du fonds de commerce, de l'entreprise elle-même, ni celle d'immobilisations.

2. Quant à la société endeuillée par la mort de son dirigeant, l'utilisation du seul mandat posthume paraît insuffisante pour assurer sa survie car sa réussite exigera le plus souvent une adaptation « en amont » des statuts, voire une adoption de la forme de SAS pour la liberté qu'elle autorise et les facilités qu'elle permet en vue de la désignation du successeur du président³².

En conclusion, si le mandat à effet posthume n'est pas parfait, il a le mérite d'exister et, dans des contextes particuliers, il devrait être d'un grand secours aux enfants, le temps qu'ils soient prêts à prendre le relais de leur auteur trop tôt disparu.

Mais pour sa pleine efficacité le mandant gagnerait sans doute à le révéler et à l'expliquer à son enfant ou à son représentant (voire à recueillir aussi leur accord dans l'acte) ce qui éviterait ainsi la violence ou l'incompréhension de sa découverte différée.

En effet, rappelons une évidence : ce mandat a été conçu pour l'enfant et dans son seul intérêt !

(29) J. Massip, *Defrénois* 2010, n° 39142.

(30) V. G. Comu, *Vocabulaire juridique*, V° Administration, II-2.

(31) Circulaire du 29 mai 2007, n° 73-07/C15-2/GS, p. 26.

(32) V. sur ces questions, J.-F. Sagaut, *Droit et Patrimoine*, 2007, p. 162; G. Calvet, *Defrénois* 2010, 685; Prieur et J. Saint Amand, *Droit et Patrimoine*, 2007, p. 89.