

Texte n°17 : Le mandat à titre posthume

Le mandat à titre posthume est un **mandat d'anticipation**, comme le sont les mandats de protection future, pour soi-même ou pour autrui. Le mandataire se voit chargé par le mandant d'administrer et de gérer, à la mort de ce dernier, son patrimoine. L'article 812-1 du Code Civil dispose :

« Toute personne peut donner à une ou plusieurs autres personnes, physiques ou morales, mandat d'administrer ou de gérer, sous réserve des pouvoirs confiés à l'exécuteur testamentaire, tout ou partie de sa succession pour le compte et dans l'intérêt d'un ou plusieurs héritiers identifiés. »

Le mandat à effet posthume est régi par les articles 812 à 812-7 du Code civil, issus de la **loi du 23 juin 2006 portant réforme des successions et des libéralités**. Il est fondé sur un intérêt sérieux et légitime, déterminé en considération de la personne de l'héritier (ou des héritiers) – *ratione personae* – et/ou en considération de la consistance du patrimoine successoral mentionné – *ratione materiae*. Il est fortement recommandé de préciser et de justifier dans le mandat cet intérêt sérieux et légitime qui en est la cause.

Une fois le mandat conclu, il doit être accepté du vivant du mandant (art. 812-1-1, alinéa 4), et non révoqué par l'un ou l'autre avant la mort de ce dernier. La révocation par le mandataire prend effet trois mois après notification aux héritiers.

Le mandat prend effet au décès du mandant. Nous nous situons au stade de la transmission, non plus de la vocation successorale. Au décès du de *cujus*, le mandat à effet posthume retarde (prive provisoirement les héritiers de) l'exercice des droits héréditaires. L'exercice du mandat posthume entraîne ainsi la suspension de la saisine héréditaire, définie comme suit par l'article 724 du Code Civil : « *Les héritiers désignés par la loi sont saisis de plein droits des biens, droits et actions du défunt.* » L'article 812-1-1 prévoit une durée initiale de 2 ans, prorogeable une ou plusieurs fois par le juge. Il peut être donné « *pour une durée de cinq ans, prorogeable dans les mêmes conditions, en raison de l'inaptitude, de l'âge du ou des héritiers, ou de la nécessité de gérer des biens professionnels* ». **Le mandat est prévu pour durer le temps que le(s) héritier(s) en cause grandisse(nt), mûrisse(ent), voire se form(ent) pour gérer l'exploitation alors dirigée par le de *cujus*, trop tôt parti...**

Le mandat à effet posthume est fondé sur la confiance qu'accorde le mandant à une personne afin qu'elle gère les biens, sans transfert de propriété, comme tous ces mécanismes juridiques auxquels il a été comparé, tels la fiducie, le trust... Autant de termes, d'origine latine ou anglo-saxonne, exprimant cette même confiance. Le mandataire peut être un proche (héritier, parent ou ami), un collaborateur professionnel (directeur financier dans une PME), un gestionnaire professionnel de patrimoine (banque, avocat, family office, notaire non en charge de la succession...), une société ou une association... Car il peut y avoir un ou plusieurs mandataire(s) posthume(s), personne physique ou morale (article 812 du Code civil).

Ce mandat était très attendu. Il s'inscrit dans le contexte de **contractualisation du droit successoral**. La loi s'efface en faveur de l'autonomie des volontés. C'est ce qui institue le notaire comme l'homme du mandat à effet posthume. D'abord, parce qu'un tel contrat ne peut être passé et accepté qu'en la forme authentique (art. 812-1-1). Ensuite, parce que le notaire est le filtre de l' « *intérêt sérieux et légitime* », juge des pouvoirs d' « *administration et de gestion* » du mandataire.

Il est difficile de se rendre compte de l'importance réelle du mandat. Puisqu'il a suscité peu de jurisprudence, on pourrait en déduire sa simplicité d'usage, et trouver sa conception irréprochable. Las ! Le seul arrêt rendu par la Cour de cassation en la matière (Civ. 3ème, 12 mai 2010) est un sérieux coup porté à sa viabilité, et, partant, à sa crédibilité. Tour d'horizon

des promesses (I) et des déceptions (II) engendrées par ce dispositif qui se voulait révolutionnaire.

I. Les promesses du mandat à effet posthume

Le mandat à effet posthume présente d'indéniables atouts permettant au mandant de prévoir l'éventualité de son décès et les conséquences patrimoniales de ce dernier (A), et, partant, de prévoir la gestion provisoire du patrimoine successoral (B). Le mandat à effet posthume peut enfin être combiné avec d'autres institutions du droit civil et du droit des affaires (C).

A. La prévision

C'est l'objet même du mandat : prévoir un événement futur, c'est-à-dire certain quant à sa réalisation, et inconnu quant au moment de sa survenance - la mort. Le père, la mère, peut laisser des enfants encore mineurs, ou incapables, ou encore pas ou peu aptes à gérer le patrimoine qui leur sera légué. Dans le choix du ou des mandataires, le mandat à effet posthume offre une grande souplesse au mandant et au rédacteur de l'acte. Un ou plusieurs mandataires peuvent être nommés, qu'ils soient des héritiers, des proches ou des tiers. Et dans le cas d'une pluralité de mandataires, ceux-ci peuvent exercer leur mission simultanément (séparément ou collégalement), ou successivement, en fonction du but recherché : contrôle mutuel ou complémentarité des mandataires dans l'exécution de leur mission...

L'intérêt d'une telle pluralité, relève Me Fabrice Luzu, Notaire à Paris, est de « *prévoir le prédécès de l'un des mandataires désignés* », voire son refus. C'est aussi de permettre à chaque mandataire de se spécialiser dans sa mission : « *gestion du patrimoine privé* » pour l'un, gestion et développement de l'entreprise familiale pour l'autre... Il peut même être institué un sous-mandataire, pour le cas où le mandataire viendrait à décéder avant que ne commence sa mission (au décès du mandant), voire après.

La loi permet une grande souplesse dans la rédaction du mandat, ce qui donne au mandant le loisir entier d'en prévoir les modalités d'exercice, et d'organiser pour de bon la transmission – médiate - de son patrimoine successoral. Sa gestion, en d'autres termes.

B. La gestion

Le mandat à effet posthume rend médiate la transmission du patrimoine successoral aux héritiers, qui, en vertu du principe précité de la saisine, devrait être immédiate. Dès l'origine, le mandat était destiné à la gestion d'un patrimoine successoral dont la complexité (1) ou le caractère professionnel (2), justifiait qu'il ne tombât immédiatement entre les mains des héritiers.

1. Gestion d'un patrimoine complexe

Le patrimoine mentionné dans le mandat peut consister en un ensemble immobilier, ou encore des valeurs mobilières dont la gestion nécessite une expertise : les banquiers privés, les family offices... sont prêt à endosser la fonction de mandataire pour gérer l'actif successoral, c'est-à-dire le faire fructifier.

Question : le mandataire a-t-il dans ce cas une obligation de moyens ou de résultats, dans la gestion d'un portefeuille de valeurs mobilières par exemple ? Sa mission est-elle accomplie si, au terme du mandat, le portefeuille a une valeur vénale égale à celle existant au début de la mission ?

2. Gestion d'une entreprise

Le dirigeant d'entreprise souhaite la bonne continuation et la pérennité de l'exploitation, et/ou de la société dont il est dirigeant, après son départ. Il veut la laisser en de bonnes mains, sérieuses et compétentes.

Il est en effet fréquent que le notaire se retrouve face au problème d'un entrepreneur père d'enfants mineurs qu'il souhaite protéger. Ainsi de la situation dans laquelle, divorcé, celui-ci ne veut pas que son ex-conjoint reprenne l'affaire s'il venait à décéder, et souhaite que le mandataire garde la haute main sur l'exploitation avant de la transmettre à l'enfant, dûment formé. Il est donc concevable « d'exclure le conjoint survivant de la gestion de l'ensemble des biens ou de certains biens en particulier pour inaptitude à la conduite des affaires du défunt », note Me Félix Altmann, Notaire à Paris. La gestion d'une entreprise requiert des compétences particulières, et le dirigeant doit tout faire pour éviter aussi bien le vide juridique créé par son décès que la transmission de la direction générale à un tiers désigné dans l'urgence.

La souplesse du mandat posthume – un grand atout pratique - se manifeste non seulement dans ses dispositions internes, mais dans ses aménagements externes. Nombre de praticiens estiment que c'est combiné avec d'autres institutions du droit civil et du droit des sociétés que le mandat à effet posthume trouve toute sa mesure.

C. Les combinaisons

1. Avec un mandat de protection future : transmission patrimoniale et protection d'un enfant handicapé

La question peut se poser du cumul du mandat de protection future en faveur d'un enfant mineur ou majeur handicapé avec le mandat à effet posthume.

2. Avec une société

En fonction de la consistance du patrimoine mentionné dans le mandat, l'on envisagera soit la refonte des statuts d'une société préexistante, soit la création ad hoc d'une société.

a) La refonte des statuts d'une société préexistante

La refonte en question consistera surtout à faire échec aux éventuelles clauses d'agrément, si l'héritier se voit transmettre des titres sociaux. Il s'agira également d' « *analyser précisément la répartition des droits de vote dans la société en assemblées générales ordinaires et extraordinaires* », note Me Luzu, Notaire à Paris.

b) La création ad hoc d'une société

On peut imaginer que le mandataire ait pour mission de gérer temporairement l'exploitation transmise par le défunt. En créant une société pour les besoins de la mission du mandataire posthume, le mandant peut réserver à celui-ci une place de dirigeant.

Il peut s'agir d'une société civile, si la mission du mandataire consiste à gérer un patrimoine immobilier complexe. S'il s'agit d'une entreprise commerciale, la SAS est très reconnue parmi les notaires pour la souplesse qu'elle offre dans la rédaction des statuts. Le mandataire posthume se verra confier la mission de nomination du président, par exemple.

Institué gérant provisoire d'une exploitation commerciale par le truchement du droit des sociétés, le mandataire posthume pourra effectuer tous les actes de gestion nécessaires à la

bonne continuation de l'entreprise, y compris vendre les stocks, acquérir du matériel... Il ne peut simplement pas aliéner les titres sociaux. * Outil d'anticipation, instrument de gestion, possibilités de combinaison : telles sont les indéniables aptitudes du mandat à effet posthume. Mais celles-ci peinent à racheter les regrettables turpitudes.

II. Les faiblesses juridiques et pratiques du mandat à effet posthume

Dès sa naissance, le mandat à effet posthume faisait l'objet de critiques d'ordre juridique (A). Mais les reproches se sont multipliés depuis les balbutiements de ce mandat hors norme, portant sur les carences d'ordre pratique dont il est grevé (B). Cependant il paraît sauvé par sa spécificité lorsqu'il est comparé aux autres dispositifs de gestion *post-mortem* du patrimoine pour le compte de l'héritier (C)

A. Grievs a priori : la dérogation aux principes du droit des successions

D'abord, le mandat posthume peut porter atteinte aux biens compris dans la réserve héréditaire, c'est-à-dire cette portion de succession réservée par la loi à certains héritiers, qui ne peut être entamée par des libéralités que le défunt aurait consenties.

Mais le grief le plus fortement nourri par la doctrine à l'égard du mandat à effet posthume concerne l'atteinte portée à la saisine héréditaire. Rappelons que la saisine est un pilier du droit des successions : « *les héritiers désignés par la loi sont saisis de plein droits des biens, droits et actions du défunt* » (art. 724 du Code Civil précité) La saisine est cette institution de « *police juridique* » (l'expression est de Vialleton), la police de l'hérédité pour être précis, qui intervient « *dans la situation troublée de l'après-décès, où des biens et droits ont perdu leurs titulaires, des choses leur gardien, des créanciers leur débiteur...* » (Michel Grimaldi) . La transmission des biens, en principe, est immédiate (sans intermédiaire). Dans le cas d'une transmission médiate, c'est traditionnellement à un héritier que le droit français confie la double mission de « l'administration courante » de la succession et de la « *vérification des titres des prétendants* » à la succession.

Or, le mandat posthume permet au *de cuius* de confier l'administration et la gestion – provisoire – de biens inclus dans la succession, à un héritier aussi bien qu'à un tiers.

La dérogation à la saisine est donc double : d'une part les héritiers se voient privés d'exercer leurs droits sur la part successorale qui leur revient ; d'autre part un tiers à la succession peut avoir la haute main sur la gestion de cette part.

Dès sa naissance, le mandat à effet posthume était accusé d'hérésie juridique, que l'on espérait rachetée par l'aspect pratique de son utilisation. Mais la Cour de cassation a rappelé avec force la règle de droit sur les pouvoirs – ou plutôt l'absence de certains pouvoirs – du mandataire.

B. Grief a posteriori : l'obstacle du pouvoir détenu par les héritiers d'aliéner les biens visés au mandat

1. Pouvoirs du mandataire : le rappel de la règle de droit par la Cour de cassation

Dans l'affaire ayant donné lieu à l'arrêt en cause (Civ. 1ère 12 mai 2010), une mère de famille était décédée le 2 juillet 2007 laissant deux enfants mineurs sous l'administration légale judiciairement contrôlée de leur père. Quelques semaines avant sa disparition, elle avait institué son propre père mandataire posthume, avec pouvoir « *d'accomplir des actes d'administration et de gestion sur l'ensemble de la succession* » (un mandat aux termes très larges, donc). Le mandat, « *justifié par l'immaturation des héritiers* », selon le Professeur

François Sauvage, « *avait donc vraisemblablement pour objectif de tenir leur représentant légal à distance de l'hérédité* ». Le père avait alors requis du juge des tutelles l'autorisation de vendre l'appartement visé, dans le but d'acquérir deux studios pour les enfants. L'ordonnance du juge, favorable au père, est réformée en première instance à la demande du mandataire. Le jugement retient que « *si le simple pouvoir d'administrer interdit la vente, le pouvoir de gestion donné au mandataire posthume par le législateur implique la possibilité de vendre, dès lors que la vente peut être considérée comme un acte utile.* »

Ce à quoi la Cour répond, dans un arrêt de principe rendu au visa des articles 812, 812-1, 812-4 et 389-3 du Code civil : « Les pouvoirs d'administration ou de gestion qui peuvent être conférés au mandataire posthume... ne lui permettent pas de s'opposer à l'aliénation par les héritiers des biens mentionnés dans le mandat, laquelle », rappelle-t-elle, « constitue une cause d'extinction de celui-ci. »

De cet arrêt ressort au moins une certitude : quelle que soient les termes dans lesquels le mandat a été rédigé, le mandataire ne peut s'opposer à la vente par les héritiers – ou par celui qui le(s) représente – d'un bien visé par le mandat. Pas même en vertu d'une clause contenue dans le mandat. En toute hypothèse, les héritiers ne peuvent être privés du pouvoir d'aliéner le bien

On reconnaît là la réémergence du principe de la saisine héréditaire : les héritiers saisis peuvent, in fine, exercer leurs droits sur les biens transmis dès lors qu'il s'agit d'en disposer. La Cour de cassation censure ainsi le raisonnement par symétrie dessiné par les juges du fond. Dans un premier temps, ils avaient déduit du pouvoir de gérer du mandataire celui de vendre un bien de la succession dont il a la charge, dès lors qu'il s'agissait d'un acte utile. Ce dont ils avaient ensuite déduit qu'il pouvait s'opposer à l'aliénation décidée par l'administrateur légal des héritiers.

Contrepartie de la privation des héritiers de leurs droits – et de l'atteinte éventuelle à leur réserve héréditaire – ceux-ci disposent de l'arme de l'aliénation qui implique la fin de la mission du mandataire.

Il n'existe pas de subrogation réelle en cas d'aliénation du bien mentionné au mandat. Faudrait-il la prévoir, pour que le mandataire puisse y exercer ses pouvoirs ? Non, selon le Professeur Aude Denizot, dans la mesure où le mandataire ne dispose d'aucun droit sur les biens, simplement d'un pouvoir de gestion. La subrogation est en effet un mécanisme « *qui assure la conservation d'un droit dont l'existence est menacée par la disparition du bien sur lequel il porte ; l'effet de la subrogation réelle est le report d'un droit sur les deniers ou le bien remplaçant.* » Ainsi le mécanisme ne se concevrait, quant au mandat posthume, qu'au profit des héritiers, lorsque le mandataire aliénerait un bien.

Ce principe est-il exclusif de tout droit qu'aurait le mandataire d'aliéner les biens de la succession ?

2. Les incertitudes

a) Le mandataire peut-il être expressément autorisé à vendre des biens mentionnés au mandat ?

Les dispositions du Code civil sur le mandat à effet posthume n'attribuent le pouvoir d'aliéner les biens mentionnés dans l'acte aux héritiers. Par un raisonnement a contrario, on pourrait penser que ce pouvoir est exclusif, et que le mandataire ne saurait aliéner.

A l'inverse, on observera que ces dispositions dérogent à des principes d'ordre public, telle la saisine : le mandat à effet posthume est une institution exceptionnelle, en ce qu'il prive un propriétaire des pouvoirs de gestion qui lui reviennent. Or, toute règle, fut-elle d'exception, demeure une règle de droit à laquelle il convient de conférer toute sa mesure. Sur ce

fondement on pourrait autoriser le mandataire à vendre, dès lors que cette aliénation est effectuée en considération de la cause du contrat : l'intérêt sérieux et légitime. Mieux vaut justifier dûment une telle clause.

b) Est-il possible d'interdire l'aliénation par qui que ce soit d'un bien mentionné au mandat ?

Selon le Professeur Mahinga , il est délicat de priver les héritiers de vendre car ils tiennent leur droit de la loi. En outre, et contrairement au mandat à effet posthume stricto sensu, la clause d'inaliénabilité ne peut porter sur un bien de la réserve : les héritiers disposent du droit inaliénable de réaliser leurs biens. Et les biens constituant la réserve doivent passer aux héritiers exempts de toute charge limitant la liberté d'en disposer ou privant les héritiers du droit de jouir ou de disposer des biens. (selon une jurisprudence constante, confirmée par un arrêt Civ. 1ère 19 mars 1991). Voilà qui réduit l'utilité pratique de la clause d'inaliénabilité, et amoindrit, par conséquent, la parade à l'interdiction faite au mandataire de s'opposer à l'aliénation d'un bien de la succession par les héritiers.

Ensuite, dans quel acte la clause serait-elle insérée ? Le mandat à effet posthume lui-même ? Voilà qui paraît risqué, car, rappelons-le : l'atteinte portée à la saisine par le mandat demeure limitée par le droit des héritiers de disposer des biens qui leur échoient – et ce droit est aussi exclusif que d'entière portée. Mieux vaudrait insérer une telle clause dans un acte de donation ou un testament – et pourquoi pas dans un acte onéreux, ce que permet la jurisprudence depuis 2007.

Si la clause est insérée dans un acte extérieur au mandat, doit elle demeurer justifiée par un motif sérieux et légitime, comme le mandat ?

En tout état de cause, les incertitudes portant sur les aménagements conventionnels envisagés rendent compréhensible la réticence manifeste de nombre de notaires à passer des mandats à effet posthume. Ces trous noirs sont synonymes d'insécurité juridique, ce qui rend particulièrement délicate la rédaction d'un acte authentique.

C. Le mandat à effet posthume face aux autres dispositifs de gestion post-mortem du patrimoine pour le compte de l'héritier

1. Mandat à effet posthume ou institution d'un tuteur aux biens ?

Au décès du dernier des parents d'un enfant mineur, la tutelle peut être dévolue à deux personnes distinctes, l'une chargée de l'éducation et des soins de l'enfant (tuteur à la personne), l'autre du patrimoine de l'enfant (tuteur aux biens).

Pauline Salgatte, responsable juridique associative, experte en droit de la famille souligne : « Dans le même souci d'adapter la mesure de protection à la situation de la personne protégée, le juge peut dissocier la protection des biens et la protection de la personne. » La mesure de protection sera ainsi divisée en deux et donnera lieu à la désignation de deux personnes, indépendantes entre elles.

La limite d'une telle dissociation, cependant, réside dans la lourdeur du processus, avec, notamment, la reddition annuelle des comptes au juge. Ensuite, la tutelle aux biens ne permet pas la reprise par le tuteur en main de l'entreprise laissée à l'abandon.

2. Mandat à effet posthume ou mandat de protection future ?

Le mandat de protection future permet aux parents de désigner à l'avance la personne qui veillera sur les intérêts et la gestion du patrimoine de leur enfant handicapé si eux-mêmes n'étaient plus en mesure de le faire en raison d'une altération physique ou mentale future.

Si ce mandat peut être passé au choix sous seing privé ou en la forme authentique, seule cette dernière forme permet au mandataire de passer des actes de disposition à titre onéreux - ce sont les « *actes du tuteur autorisé* » - tandis que le mandataire sous seing privé doit se cantonner aux actes de gestion courante (« actes du tuteur non autorisé »). Sur le plan juridique, l'honneur est sauf puisque le mandat de protection future ne porte pas atteinte à la saisine !

Le Professeur Michel Grimaldi voit un avantage plus pratique dans le choix du mandat de protection future : « Le tuteur de l'enfant ne saurait mettre fin à ce mandat en aliénant les biens, d'abord parce que la loi ne prévoit rien de tel, ensuite parce que, ce mandat englobant tous les biens du mineur, le bien subrogé au bien aliéné entrerait naturellement dans son assiette. » L'intérêt du mandat de protection future réside donc en la possibilité pour le mandataire d'aliéner un bien du patrimoine géré, et de le subroger – contrairement au mandat à effet posthume.

À parcourir la littérature doctrinale qu'a suscité un mandat présenté comme « *innovant et révolutionnaire* », on pourrait croire que le mandat à effet posthume a répondu de facto à un besoin chronique de facilitation de la transmission successorale. Ce mandat semblait paré d'indéniables atouts ayant trait notamment à sa souplesse, et permettant ainsi au *de cujus* d'organiser dans le temps la transmission de la succession. On aura notamment remarqué les observations enthousiastes de certains notaires et autres professionnels de la gestion du patrimoine.

Pourtant il semble ne connaître pour l'instant qu'un timide succès. Et certains auteurs remarquent que l'arrêt récent du 12 mai 2010 limite fortement l'intérêt du dispositif, notamment pour les patrimoines importants, ceux-là même dont le mandat à effet posthume devait faciliter la transmission. Comme le résume le Professeur Aude Denizot : « *Les héritiers peuvent facilement esquiver le mandat à effet posthume, sans que le mandataire, pris dans l'impasse, n'ait les moyens d'assurer la pérennité de ce mandat.* »

Un flou –un néant ? – juridique, propre à une institution naissante (quatre ans tout de même) que les notaires, gardiens de la sécurité juridique de la situation de leurs clients, peinent à vendre à leurs clients. La profession saurait-elle lancer une réflexion globale sur le sujet afin de formuler doléances et suggestions sur ce mandat hors normes ?

<http://www.village-notaires.com/La-fragilite-du-mandat-a-effet>