

LE DROIT FRANÇAIS DU MANDAT À EFFET POSTHUME, UNE INNOVATION ATTENDUE DE LA LOI DU 23 JUIN 2006

Sylvie FERRÉ-ANDRÉ

Volume 111, numéro 2, septembre 2009

URI : <https://id.erudit.org/iderudit/1044881ar>

DOI : <https://doi.org/10.7202/1044881ar>

[Aller au sommaire du numéro](#)

Éditeur(s)

Éditions Yvon Blais

ISSN

0035-2632 (imprimé)

2369-6184 (numérique)

[Découvrir la revue](#)

Citer cet article

FERRÉ-ANDRÉ, S. (2009). LE DROIT FRANÇAIS DU MANDAT À EFFET POSTHUME, UNE INNOVATION ATTENDUE DE LA LOI DU 23 JUIN 2006. *Revue du notariat*, 111(2), 381–391. <https://doi.org/10.7202/1044881ar>

Tous droits réservés © Sylvie FERRÉ-ANDRÉ, 2009

Ce document est protégé par la loi sur le droit d'auteur. L'utilisation des services d'Érudit (y compris la reproduction) est assujettie à sa politique d'utilisation que vous pouvez consulter en ligne.

<https://apropos.erudit.org/fr/usagers/politique-dutilisation/>

érudit

Cet article est diffusé et préservé par Érudit.

Érudit est un consortium interuniversitaire sans but lucratif composé de l'Université de Montréal, l'Université Laval et l'Université du Québec à Montréal. Il a pour mission la promotion et la valorisation de la recherche.

<https://www.erudit.org/fr/>

**LE DROIT FRANÇAIS
DU MANDAT À EFFET POSTHUME,
UNE INNOVATION ATTENDUE DE
LA LOI DU 23 JUIN 2006***

Sylvie FERRÉ-ANDRÉ**

- I- Les conditions de validité du mandat à effet posthume
inscrites dans la loi du 23 juin 2006 386

- II- Le régime juridique du mandat à effet posthume issu
de la loi du 23 juin 2006 387

* La forme orale de la conférence a été conservée lors de la publication.
** Professeur, Directeur du Master de droit notarial, Faculté de droit, Université
Jean Moulin Lyon III.

Le décès du chef d'entreprise est souvent présenté en France comme l'une des causes majeures de la disparition des entreprises.

Il est incontestable que le décès du chef d'entreprise ouvre une période délicate à passer. Le décès de l'entrepreneur emporte souvent désorganisation de la gestion, en raison de l'ouverture d'une indivision entre les cohéritiers et un coût fiscal parfois difficile à supporter, même si la fiscalité des entreprises a été très allégée en France depuis quelques années.

Surtout, la mésentente des héritiers constitue un risque important pour la survie de l'entreprise. Pour éviter sa disparition en même temps que celle de l'entrepreneur, il est toujours nécessaire d'anticiper les difficultés afin d'assurer la pérennité de l'entreprise. Dans ce but, le droit français offre au dirigeant un nombre important de moyens, un « package » successoral, disent certains auteurs¹ (même si cet anglicisme est peu de rigueur au Québec), qui offrent des solutions juridiques appropriées en cas de décès.

À titre d'exemple, et ce sera l'objet de notre propos, le législateur français a mis en place avec la Réforme du droit des successions, le 23 juin 2006² (loi entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2007), un mécanisme qui a même de faciliter la gestion des biens successoraux dans lesquels se trouve une entreprise. Ce mécanisme est fondé sur le droit du mandat, il s'agit du mandat à effet posthume.

Le mandat à effet posthume est présenté comme une innovation majeure de la loi du 23 juin 2006 dans la mesure où il permet au chef d'entreprise de désigner de son vivant, un mandataire chargé de gérer et d'administrer son patrimoine professionnel après son décès, pendant une période donnée.

Le mandat à effet posthume est défini par l'article 812 du Code civil. Il peut être donné par le *de cuius* à une ou plusieurs personnes physiques ou morales afin d'administrer ou de gérer tout ou partie

1. M. CLERMON et P. CENAC, *Le package du chef d'entreprise*, JCP, éd. Notariale et immobilière n° 49, 7 décembre 2007.

2. Les textes de loi et le Code civil français (ci-après « C. civ. ») sont accessibles sur <www.legifrance.gouv.fr>.

de sa succession pour le compte et dans l'intérêt d'un ou de plusieurs héritiers identifiés. C'est une nouveauté dans la mesure où il confère au *de cuius* la faculté de continuer à administrer son patrimoine outre-tombe, au détriment des pouvoirs de ses héritiers en quelque sorte « dépossédés d'une prérogative naturelle »³.

Dans son contenu, le mandat à effet posthume peut être général quant aux biens. Il permet de confier l'administration et la gestion de toute la succession à un tiers. Il peut également être général quant aux personnes, puisqu'il peut être donné dans l'intérêt de tous les héritiers. Il suffit qu'ils soient identifiés. Néanmoins, le mandat à effet posthume est limité. Il ne vise qu'à confier l'administration et la gestion de tout ou partie de la succession, en aucun cas le mandataire ne peut être autorisé à accomplir des actes de disposition. Le mandat à effet posthume ne confère au mandataire aucun droit de propriété sur les biens successoraux. Ce n'est pas une fiducie ou un trust, tels que vous les connaissez en Amérique du nord, même si par certains aspects il peut leur ressembler et pallier les insuffisances du système fiduciaire français qui n'avance qu'à petits pas et se cristallise encore autour du droit des sûretés⁴.

En pratique, le mandat à effet posthume trouve tout son intérêt dans le cadre d'un patrimoine successoral complexe, au sein duquel se trouve une entreprise dévolue à des héritiers inexpérimentés. Sa finalité est alors d'assurer la gestion des biens successoraux et surtout de l'entreprise parce que les héritiers ne sont pas en mesure de le faire.

À l'initiative du *de cuius*, le mandat de protection future permet de se donner du temps. Il évite des décisions précipitées ou l'inertie des héritiers, toutes attitudes qui pourraient conduire l'entreprise à sa perte.

Jusqu'alors en droit français, seul le droit des sociétés permettait d'envisager la désignation d'un successeur du président. Cette possibilité engendrait souvent la transformation de l'entreprise familiale en Société par Actions Simplifiée (SAS) en raison de la grande liberté statutaire qu'elle permettait.

Avec le mandat à effet posthume, on assiste à un renforcement de l'autonomie de la volonté du chef d'entreprise dans le choix de

3. En ce sens, « Examen critique du projet de loi portant réforme des successions et des libéralités » Philippe Malaurie, *Déf.* 2005, art. 38298, p. 1963, spéc. n° 3.

4. Art. 2011 et s. C. civ.

son successeur. Le *de cuius* a la possibilité de choisir lui-même les personnes qui assureront la gestion de ses biens après son décès, sans avoir à se dépouiller de son vivant d'une quelconque de ses prérogatives. La technique diffère dans sa philosophie et ses effets d'une libéralité en nue-propriété au profit de tel ou tel héritier pour éviter que le bien entre en indivision au décès du disposant.

Dans sa nouveauté, le mandat à effet posthume déroge à deux principes du droit français. D'une part, il contrevient, au principe de la prohibition des pactes sur succession future dans la mesure où le mandant impose ses volontés sur la gestion de son patrimoine après son décès. D'autre part, il contrevient également au principe de saisine directe des héritiers tel qu'il est édicté par l'article 724 du Code civil dans la mesure où le mandant confie à un mandataire autre que les héritiers, la gestion de la succession qui pourtant leur revient de droit.

Par ailleurs, au regard de la théorie classique de la réserve héréditaire selon laquelle chaque héritier a droit en principe à une part de l'hérédité, le mandat à effet posthume peut contrevenir également à la réserve héréditaire dans la mesure où il permet de soumettre tout ou partie de la succession à la gestion d'un mandataire. La présence d'un mandataire fait perdre à l'héritier ses prérogatives de gestionnaire.

De manière générale, on constate dans la loi française du 23 juin 2006 portant Réforme des successions, que la famille est plus souvent qu'auparavant mise en retrait au profit d'une logique d'efficacité économique. Avec le mandat à effet posthume, on tente avant tout de sauvegarder une entreprise après le décès de son dirigeant et de lui éviter une procédure collective. Il y va de la sauvegarde d'un potentiel économique et d'éventuels emplois.

Le législateur français a dès lors tenté le difficile exercice d'encadrer le mandat à effet posthume pour assurer la protection des héritiers contre les abus du mandant ou du mandataire, tout en permettant la survie de l'entreprise.

Le mandat à effet posthume est très différent d'un mandat classique même s'il est régi par le droit commun du mandat lorsque ses dispositions ne sont pas incompatibles avec celles qui lui sont spécifiques. Sa particularité tient au fait que le mandat à effet posthume

ne prend effet qu'au décès du mandant⁵, ce qui déroge au principe même du mandat qui, en droit français, prend fin au contraire au décès du mandant. Par ailleurs, dans le mandat à effet posthume, le mandataire désigné par le *de cuius* agit pour le compte et dans l'intérêt des héritiers, c'est-à-dire pour autrui. Il agit pour des personnes qui ne sont pas partie à la convention. En cela il est très spécifique.

Mais pour éviter une mauvaise utilisation du mandat et un détournement de règles successorales impératives, le législateur français a encadré le mandat à effet posthume par des conditions et un régime très stricts.

I- Les conditions de validité du mandat à effet posthume inscrites dans la loi du 23 juin 2006

La loi du 23 juin 2006 pose des conditions de validité très strictes en matière de mandat à effet posthume, que ce soit sur le fond ou la forme.

Sur le fond, la condition première et primordiale de validité du mandat à effet posthume est sa justification par « un intérêt sérieux et légitime ». L'intérêt sérieux et légitime est déterminé au regard de la personne de l'héritier ou du patrimoine successoral, précisément motivé⁶.

Selon Monsieur Malaurie, la notion d'intérêt « sérieux et légitime » est suffisamment floue pour très vite devenir un « nid à procès »⁷. On peut se demander par exemple si la simple présence d'une entreprise dans le patrimoine du défunt suffit, en soi, à caractériser l'intérêt sérieux et légitime requis. Pour répondre positivement à cette question, on peut dire que toute la loi du 23 juin 2006, dans son orientation, prend en compte le besoin et la nécessité d'assurer la survie de l'entreprise lors du décès de l'entrepreneur. Dans cette logique, l'anticipation du décès par le recours au mandat à effet posthume semble très appropriée lorsque le chef d'entreprise laisse à sa survivance des enfants mineurs. « L'intérêt sérieux et légitime » est alors justifié par le jeune âge des héritiers, par leur inexpérience de la vie des affaires. Il en va de même en présence d'un enfant handi-

5. Art. 2003 C. civ.

6. Art. 812-1-1 C. civ.

7. *Examen critique du projet de loi portant réforme des successions et des libéralités*, Répertoire Defrénois 2005, n° 3, p. 1971.

capé ou encore de successeurs étudiants ou simplement inaptes à la gestion.

La justification du mandat à effet posthume par un intérêt « sérieux et légitime » évite le risque que le *de cuius* continue systématiquement à gérer son patrimoine depuis l'au-delà. Il n'est pas question que les héritiers concernés par un mandat à effet posthume soient toujours et en tous cas dépouillés de leurs pouvoirs de gestion. Ce n'est pas l'objectif poursuivi par le mandat à effet posthume. Aussi la loi donne-t-elle aux héritiers concernés la possibilité, de demander judiciairement, à tout moment, la remise en cause du mandat sur le fondement de l'absence d'intérêt sérieux et légitime⁸.

Enfin, la validité du mandat à effet posthume requiert que le mandataire soit capable. Il ne doit pas être frappé d'une interdiction de gérer⁹.

À ces conditions de fond s'ajoutent des conditions de forme. Le mandat à effet posthume est donné et accepté en la forme authentique¹⁰. Ce formalisme est requis *ad validitatem*. Grâce à l'intervention d'un professionnel du droit, mandant et mandataire sont informés et conseillés efficacement. On leur assure une rédaction claire et précise du mandat, ce qui limite d'autant les risques de remise en cause de la volonté du mandant après son décès.

II- Le régime juridique du mandat à effet posthume issu de la loi du 23 juin 2006

Lors de la conclusion du mandat à effet posthume, deux parties interviennent à l'acte : le mandant et le mandataire. Les successibles en sont exclus.

Le choix du mandataire est libre. Il peut être toute personne capable. L'article 812 du Code civil précise cependant que le notaire chargé du règlement de la succession ne peut pas être mandataire. La loi a voulu éviter tous conflits d'intérêts.

En théorie, le *de cuius* a un large choix et une grande liberté dans la désignation de son mandataire. Mais en pratique, le choix

8. Art. 812-4 3^o) C. civ.

9. Art. 812, al. 3 C. civ.

10. Art. 812-1-1 C. civ.

pourrait être beaucoup plus restreint. Avant tout autre choix, le mandataire doit être une personne de confiance dans la mesure où l'exercice de sa mission débute avec le décès du chef d'entreprise. La prise de fonction *post mortem* du mandataire implique l'absence de contrôle par le mandant en cas de mauvaise exécution de la mission ou d'abus. Or, par définition, les héritiers sont inaptes à gérer. Ils ne sont pas forcément les plus à même de surveiller la gestion. Par conséquent, l'hypothèse d'un détournement d'entreprise n'est pas à négliger. Aux commandes de l'entreprise, alors même qu'il n'a pas le pouvoir de disposer, le mandataire a la possibilité de spolier les héritiers.

Eviter ce risque et assurer une saine gestion, passera souvent par la désignation de plusieurs mandataires. La désignation de « contrôleurs de gestion », comme on les préconise également dans les mandats de protection future (mandats donnés en prévision de l'incapacité au Québec), pourrait s'avérer également efficace.

La pluralité de mandataires désignés par le mandant permettra aussi de pallier les difficultés du décès prématuré d'un mandataire en cours de mandat.

Dans l'exercice de sa mission, le mandataire est soumis au droit commun du mandat. Il est tenu d'accomplir sa mission, telle que déterminée dans le mandat et il répond des dommages qui pourraient résulter de son inexécution ou de sa mauvaise exécution. Le contrat de mandat est un contrat de service. Comme tel, il emporte une obligation de faire. La nature de cette obligation reste à déterminer. On hésite encore entre une obligation de moyen ou une obligation de résultat. Dans la mesure où la mission du mandataire à effet posthume est d'assurer la survie d'une entreprise, il semble bien difficile d'admettre à son encontre une obligation de résultat même s'il n'est pas conventionnellement interdit au chef d'entreprise de prévoir aux termes du mandat, des obligations de résultats.

Quant aux héritiers concernés, ils ne sont pas partie au contrat de mandat à effet posthume. La loi n'impose pas qu'ils soient même informés de son existence avant le décès. La seule exigence légale lors de la rédaction du mandat est que les héritiers soient identifiés.

Contrairement au mandat de droit commun, le mandat à effet posthume est nécessairement à durée déterminée. Sa durée est en principe de deux ans renouvelable de deux ans en deux ans mais le

délai est porté à 5 ans en présence d'une entreprise, renouvelable dans les mêmes conditions. Cette durée de cinq ans renouvelable permet d'assurer la continuité dans la gestion et d'atteindre les objectifs voulus même si la disparition prématurée de l'intérêt sérieux et légitime pourrait mettre fin au mandat conventionnellement ou judiciairement.

Par principe la mission du mandataire à effet posthume est gratuite, sauf convention contraire des parties au contrat¹¹. La question est alors posée de savoir quelle est la nature de cette rémunération au regard du droit successoral¹². S'agit-il d'une charge de la succession ou plutôt d'une dette de la succession à moins qu'il ne s'agisse d'une libéralité.

Selon l'article 812-3 C. civ. :

La rémunération est une *charge* de la succession qui ouvre droit à *réduction* lorsqu'elle a pour effet de priver les héritiers de tout ou partie de *leur réserve*.

L'analyse du texte est peu aisée. Des premiers termes du texte, il résulte que cette rémunération serait une charge de la succession. Dès lors, qualifiée charge, elle ne devrait pas être déductible fiscalement de l'actif successoral puisque l'article 768 du Code Général des Impôts dispose que seules sont déductibles les dettes. Pourtant, contrairement à la règle fiscale applicable habituellement en présence de charges, l'article 775 quinquies du même Code prévoit que cette rémunération est déductible¹³. On raisonne à son propos comme en matière de dette.

Enfin, autre incohérence juridique de ce texte, au regard de la nature de charge de la succession, on admet que la rémunération du mandataire est susceptible de réduction comme s'il s'agissait d'une libéralité.

Le texte de l'article 812-3 C. civ. est incontestablement peu clair et surtout incohérent. Charge, dette ou libéralité on ne sait plus comment qualifier légalement la rémunération due au mandataire. Une solution plus claire pourra résulter du mandat lui-même.

11. Art. 812-2 C. civ.

12. Art. 812-3 C. civ.

13. La rémunération du mandataire à titre posthume, déterminée de manière définitive dans les six mois suivant le décès, est déductible de l'actif de la succession dans la limite de 0,5 % de l'actif successoral géré. Cette déduction ne peut excéder 10 000 euros.

Pour ne pas démotiver le mandataire dont la rémunération serait réduite et encourir la perte de l'entreprise, la solution au problème passe peut-être par la mise en œuvre du droit des assurances. Elle consisterait dans la souscription d'une assurance « homme-clé » afin d'assurer le paiement de la rémunération, sans risquer sa réduction.

Quoi qu'il en soit, rémunéré ou non, le mandataire à effet posthume, comme en droit commun du mandat, est tenu de rendre compte de sa gestion¹⁴. À défaut, il encourrait la destitution.

Le Code civil envisage d'ailleurs sept causes d'extinction du mandat à effet posthume¹⁵ après le décès du mandant sur des fondements très différents les uns des autres.

1. Tout d'abord, il peut s'agir de l'arrivée du terme qui était prévu au contrat de mandat, terme fixé par le chef d'entreprise lui-même ou à défaut par la loi, ou encore par le juge en cas de prorogation.
2. Ensuite, ce peut être la renonciation du mandataire qui met fin au mandat. Une notification est alors adressée aux héritiers¹⁶ par lettre recommandée avec accusé de réception. Elle ouvre un délai de préavis de trois mois.
3. Le mandat peut également prendre fin par la révocation judiciaire lorsque le mandataire n'a pas exécuté correctement sa mission ou lorsque disparaît l'intérêt sérieux et légitime.
4. Conventionnellement, à leur tour, les héritiers peuvent prévoir la conclusion d'un nouveau mandat avec le mandataire¹⁷. Le mandat conventionnel met alors fin au mandat à effet posthume.
5. Le décès ou la mise en place d'une mesure de protection à l'égard du mandataire entraîne également la fin du mandat.
6. Les héritiers peuvent aussi décider de mettre fin au mandat en procédant à la vente du bien de l'entreprise. Bien que privés de

14. Art. 812-7 C. civ.

15. Art. 812-4 C. civ.

16. Art. 812-6 C. civ.

17. Art. 812-4-4 C. civ.

leur pouvoir de gestion des biens gérés par le mandataire, les héritiers conservent *a priori* le pouvoir de disposer de leur propriété, à moins que le mandat puisse les en priver. Sur ce point, en France, la question fait encore débat.

7. Enfin, le décès du ou des héritiers concernés par le mandat entraîne automatiquement la fin du mandat dans la mesure où disparaît la cause et l'objet du contrat.

À l'issue de cette présentation rapide, compte tenu du peu de temps qui nous était donné, on ne peut s'empêcher de penser que le mandat à effet posthume est un mécanisme qui se rapproche de la fiducie et du trust en ce qu'il confère la maîtrise de l'hérédité à un tiers à la succession. Les héritiers peuvent être durablement déposés de leur pouvoir de gestion sur les biens gérés. Mais une différence majeure existe entre ces deux mécanismes pourtant proches. La fiducie, comme le trust, emporte création d'un patrimoine d'affectation dont le fiduciaire devient temporairement propriétaire. En qualité de propriétaire, il a le pouvoir de faire des actes de disposition, alors que dans le mandat à effet posthume, la propriété des biens à gérer n'est pas transmise au mandataire. Les héritiers ne sont pas dépouillés de la propriété des biens. Ils conservent même, en principe, le pouvoir d'en disposer, à moins que cette prérogative puisse leur être conventionnellement retirée.