

## L'EFFICACITÉ DU MANDAT À EFFET POSTHUME PORTANT SUR L'ENTREPRISE

La loi du 23 juin 2006 portant réforme des successions et des libéralités a introduit en droit français le mandat à effet posthume. Ce mandat spécial entré en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2007 permet de confier l'administration d'un ou plusieurs biens après son décès à un tiers de confiance. Particulièrement pensé au regard des enjeux de pérennité de l'entreprise, ce mandat recèle toutefois des pièges rédactionnels qu'il faut déjouer pour conserver l'intérêt du dispositif.

1 « La mortalité a beaucoup baissé dans nos sociétés, mais l'immortalité n'a fait aucun progrès. »

Par ce mot d'humour, Jean Kerleroux nous rappelle à notre temporalité. Elle nous frappe tous et n'épargne pas les hommes et les femmes qui entreprennent. Certes, le chef d'entreprise vit plus longtemps qu'autrefois, mais il finit toujours par disparaître, laissant son œuvre économique sans maître s'il n'a pas pris soin d'organiser sa transmission.

2 L'étape de la transmission est périlleuse pour l'entreprise. Dans cette période économique difficile, il est particulièrement indiqué de prévenir les risques de fragilisation de l'exploitation. Lorsqu'elle est cédée du vivant de son exploitant, tout peut être mis en place pour assurer une reprise couronnée de succès.

En revanche, lorsque l'entrepreneur décède brutalement, la transmission s'opère selon les règles du droit des successions. L'entreprise fait partie de l'actif successoral : elle subit les affres de l'indivision successorale, les aléas du partage, voire une vente précipitée au premier venu. Elle est, en particulier, confrontée à la dilution du pouvoir, ce qui est redoutable en matière entrepreneuriale.

Dans le domaine de l'assurance, des outils de prévoyance économique permettent d'indemniser en cas de pertes importantes (1), mais il est encore plus ambitieux de vouloir conserver vivante la structure et ses emplois. Il convient donc de tenter de prévenir cette déroute.

3 Pour éviter ces difficultés, le chef d'entreprise est souvent désireux de préparer la transmission de son affaire. Cette préparation intègre alors des paramètres variables selon les familles et selon les entreprises. Certains auront en tête de transmettre à une personne extérieure à la famille ou à un allié, d'autres de transmettre à des enfants ou petits-enfants. Cela s'inscrit à chaque fois dans un projet d'anticipation successorale qui tente de maîtriser les impacts civils et

fiscaux de la succession (2). S'ils règlent les problèmes familiaux, ils ne prennent toutefois pas assez en compte les exigences du monde des affaires, et, notamment, la nécessité de préparer aussi le changement de *leadership*. Ils ne permettent pas non plus de parer à l'hypothèse du décès brutal. C'est qu'en matière entrepreneuriale, la transmission du pouvoir a plus d'importance que la transmission de la propriété : elle se prépare aussi.

4 Dans cette perspective, il est légitime de se demander si les mandats successoraux mis en place par la loi du 23 juin 2006 portant réforme des successions et des libéralités peuvent constituer des outils de gestion du pouvoir. Plus particulièrement, le mandat à effet posthume introduit aux articles 812 à 812-7 du Code civil (3) peut-il constituer un outil de prévoyance juridique à l'égard de l'entreprise ? Un tel outil était en tout cas réclamé par le monde de l'entreprise (4).

La loi a introduit ce mandat, espérant que ces nouvelles dispositions, conjuguées avec celles réformant le droit de l'indivision, permettraient une meilleure administration des biens composant l'indivision successorale et préserveraient ainsi les héritiers de tout risque de dépréciation de l'actif (5).

5 Le mandat à effet posthume est le mandat par lequel une personne peut confier, pour après son décès, l'administration ou la gestion de tout ou partie de sa succession à une personne physique ou morale (6). Du fait de ce mandat, les héritiers se trouvent dessaisis de tout pouvoir sur les biens, qui est confié au mandataire. Ils n'ont aucun pouvoir de révocation de ce mandataire, si ce n'est par la voie judiciaire (7). Ce mandat répond aux préoccupations de gestion des patrimoines successoraux complexes ou de transmission au profit d'une personne fragilisée. La nature juridique de ce mandat d'inspiration fiduciaire (8) est évidemment discutée (9), mais il

est essentiel surtout de le distinguer des autres mandats spéciaux que sont l'exécution testamentaire et le mandat *post-mortem* (10).

6 Le mandat à effet posthume paraît donc être une convention particulièrement pertinente dans la perspective d'une transmission d'entreprise. Il se prête tant à organiser la gestion d'une entreprise individuelle qu'à aménager la gestion des titres sociaux qui confèrent le pouvoir dans une entreprise exploitée sous la forme sociétaire, même si cette dernière forme ajoute aux difficultés de rédaction. Par ailleurs, peu importe la nature de l'activité de l'entreprise : qu'elle soit agricole, commerciale, artisanale, ou libérale, elle constitue un bien successoral particulier, susceptible de justifier le recours au mandat à effet posthume. Les atouts du mandat à effet posthume résident en ce qu'il permet de confier l'administration de l'entreprise à la personne la plus apte à en conserver, voire améliorer la valeur pour un délai et des missions à calibrer au cas par cas. Cette personne peut être un des héritiers ou un tiers. Adaptable, il doit toutefois être parfaitement adapté, car ce qu'on attend de lui, c'est évidemment qu'il soit parfaitement efficace.

7 La souplesse du mandat à effet posthume semble en faire l'outil idéal pour anticiper les difficultés qui pourraient survenir en cas de décès brutal du chef d'entreprise encore en activité. Pourtant, l'adaptabilité de l'outil a un prix. L'acte recèle des pièges de rédaction exposant l'entreprise et la succession à des déboires en cas de manquements. Son élaboration exige en effet une grande capacité d'anticipation des problèmes pouvant survenir et des clauses sur-mesure pour y remédier. Sa finalité étant la bonne gestion de l'entreprise et donc l'efficacité du dispositif, cela implique de prendre des précautions. Un mauvais mandat ne sera pas qu'inefficace, il sera un handicap majeur pour l'entreprise elle-même. Deux réflexions doivent alors être menées pour que le mandat réponde aux préoccupations du chef d'entreprise.

D'abord, le mandat à effet posthume ne doit pas être remis en question judiciairement. Il est donc important de prêter attention à l'efficacité juridique de l'acte de mandat.

Ensuite, le mandat à effet posthume doit réserver au mandataire un statut favorable pour qu'il puisse gérer sereinement et efficacement l'entreprise pendant la durée du mandat.

Se posent donc en premier lieu la question de l'efficacité de l'acte de mandat puis, en second lieu, la question de l'efficacité du mandataire.

### I. L'efficacité de l'acte de mandat à effet posthume portant sur l'entreprise

8 Pour l'entrepreneur, la fiabilité du support juridique qui permettra à sa volonté d'être respectée après sa mort est fondamentale.

[10] Ibid., nos 14 et s.

[11] Le mandat à effet posthume peut être vu comme un acte attentatoire à la liberté des héritiers lorsqu'ils sont bénéficiaires d'une réserve héréditaire. Leur réserve héréditaire est singulièrement atteinte, car elle n'est alors plus libre de charges. Le mandat à effet posthume leur enlève un pouvoir de gestion sur le bien et corrélativement une responsabilité. C'est dire si le législateur a définitivement abandonné l'idée que la réserve ne peut plus s'apprécier qualitativement, mais seulement quantitativement. Appliqué à l'entreprise, bien représentant parfois l'actif principal de la succession, le mandat vide la réserve de toute substance pour le temps où il sera efficace. S'ajoute alors que les héritiers sont privés d'entreprendre. Pourtant, ils bénéficient comme quiconque de cette liberté d'entreprendre consacrée par le Conseil constitutionnel et fondée sur l'article 4 de la déclaration des droits de l'Homme et du citoyen de 1789. Les héritiers seraient donc des cessionnaires moins bien traités car ils acquièrent la propriété de l'entreprise par voie successorale. La perte de la liberté d'entreprendre serait-elle le prix de la gratuité ?

Pour être efficace, pour résister à toute contestation, en particulier judiciaire, le mandat doit répondre rigoureusement aux conditions de validité posées par le législateur. Il y a donc lors de la rédaction des pièges rédactionnels indéniables. Plus encore que d'autres biens, l'entreprise ne saurait en faire les frais. On comprend dès lors pourquoi le législateur a pris soin de soumettre d'abord l'acte à une condition de forme rigoureuse : l'authenticité. À ce jour, c'est donc le notaire qui est chargé de sa rédaction.

En effet, le mandat à effet posthume est un mandat particulier : c'est un mandat forcé sans représentation. Le mandataire agit en son nom, mais pour le compte et dans l'intérêt des héritiers. Les héritiers sont donc privés non seulement de leur saisine, mais encore de certaines prérogatives du droit commun du mandat. Ce mandat spécial peut alors porter atteinte à leur réserve héréditaire et plus généralement à leur liberté d'entreprendre (11).

Le fait est suffisamment grave pour justifier l'authenticité. Le mandant doit prendre conscience de la gravité de son acte. La diversité des situations, des entreprises et des familles implique un conseil et une rédaction sur-mesure. La responsabilité notariale sera engagée lourdement en cas de difficultés d'interprétation ou de manquements tenant au *negocium* comme à l'*instrumentum*. Cette responsabilité devrait inciter les notaires à la plus grande prudence et, par voie de conséquence, limiter le contentieux.

L'officier public a trois missions. Il contrôle rigoureusement les conditions de validité du mandat, il attire l'attention du chef d'entreprise sur les conséquences de son acte et l'assiste dans la rédaction de manière à ce que l'acte produise les effets escomptés.

9 Hormis cette condition de forme, l'efficacité de l'acte est subordonnée à des conditions de fond. En effet, l'originalité du mandat à effet posthume tient en ce qu'il s'agit d'un acte passé entre deux personnes pour le compte de tiers non signataires, qui ne pourront pas s'opposer à son exécution. Il faut donc justifier de sévères conditions pour valider un tel mandat privatif de prérogatives pour les héritiers. Lorsque le mandat porte sur l'entreprise, les difficultés tiennent aux conditions relatives d'abord aux parties au mandat, puis à la succession elle-même.

#### A. Les conditions relatives aux parties au mandat

10 Le mandant doit être capable et son consentement non vicié. Alors même qu'il s'agit d'un chef d'entreprise en plein pouvoir d'exercice, les précautions d'usage doivent néanmoins être prises pour s'assurer de la capacité et de l'intégrité de son consentement. La question se pose de savoir si l'on doit appliquer les règles de capacité de droit commun ou celles existant spécialement en matière

de testament. La logique impose de recourir aux règles de droit commun au regard de l'importance des privations pour les héritiers (12). La question du mandataire est plus délicate. Le mandataire peut être toute personne physique ou morale. Il peut même être l'un des héritiers, mais il ne peut être le notaire en charge de la succession (13). Ainsi, plusieurs mandataires peuvent être prévus, soit conjointement, soit selon un ordre successif (14).

Pour ne pas laisser l'entreprise sans direction, il est utile de prévoir au mandat la nomination de plusieurs mandataires selon un ordre successif. Par ce moyen il est organisé des suppléances afin d'éviter une situation de vacance dans les fonctions de gestion.

**11** Dans le monde des affaires, on peut souligner que ces souplesses sont particulièrement appréciables. De nombreux paramètres en dehors de la compétence ou de la qualification peuvent ainsi entrer en ligne de compte pour désigner le mandataire, tels que sa situation de collaborateur dans l'entreprise qui lui garantit une excellente connaissance des enjeux économiques ou encore sa proximité géographique.

**12** Le mandataire doit jouir de sa pleine capacité. En effet, cette règle dérogatoire au droit commun du mandat se justifie par le fait qu'il est pleinement responsable de sa gestion à l'égard des tiers. Il est également censé être celui qui présente le plus de compétence en vue de la gestion de l'entreprise. Ainsi, il est possible de choisir une personne morale comme mandataire. Choisir un cabinet spécialisé de gestion, voire une association, permet de dédramatiser le retrait du pouvoir de gestion aux héritiers et favorise la paix familiale (15). Ce choix souligne en tout cas l'intérêt légitime et sérieux du recours au mandat (16). Mais cela suppose encore de respecter le principe de spécialité de la personne morale. Cette mission de mandataire doit être compatible avec l'objet de la personne morale désignée. Les règles de représentation de la personne morale s'appliqueront en leur entier (17).

**13** Lorsqu'il s'agit de gérer un patrimoine professionnel, le législateur ajoute enfin que le mandataire ne doit pas être frappé d'une interdiction de gérer les biens professionnels (18) : cela vise toutes les mesures de moralisation de la vie des affaires, qu'elles relèvent du droit commun ou du droit spécial. Il s'agit par exemple des interdictions et incompatibilités légales, interdictions du droit des entreprises en difficultés.

Pour gérer une entreprise, le recours à une personne morale peut être opportun. Dans cette hypothèse particulière, en même temps qu'on veillera à ce que le principe de spécialité de la personne morale désignée comme mandataire soit respecté, il conviendra de s'assurer qu'il n'existe aucune incompatibilité ou interdiction de gérer.

Pour assurer l'efficacité juridique de l'acte de mandat, il faut encore s'assurer qu'il est justifié eu égard à la situation successorale.

## B. Les conditions relatives à la succession

**14** Le mandat ne peut pas porter sur une personne : il ne concerne que la gestion d'un patrimoine. Cela en fait un outil de premier plan pour la gestion de l'entreprise, puisque le mandat peut ainsi être spécialisé. En revanche, le mandat peut être donné pour le compte et dans l'intérêt d'un ou plusieurs héritiers identifiés. En matière d'entreprise, sauf si le mandataire est choisi parmi les héritiers, ces derniers seront la plupart du temps identifiés pour être écartés.

**15** Le mandat doit surtout être motivé. Il doit être justifié par un intérêt sérieux et légitime (19). Cet intérêt doit être motivé au regard soit de la personne de l'héritier soit du patrimoine successoral. À cet égard, l'identification des héritiers, qu'ils soient légaux ou testamentaires, est une étape essentielle, car elle permet le contrôle de l'intérêt légitime et sérieux. La motivation est tellement importante qu'elle est même érigée en une condition de forme : ainsi, la cause du contrat doit être exprimée dans l'acte (20). Le notaire doit donc veiller à ce que la motivation soit suffisante et apporter particulièrement de soin à l'exposé des motifs. Il n'est pas discutable que l'entreprise est un bien d'une nature particulière qui nécessite des compétences de gestion qui ne sont pas données à tout héritier. On pourrait donc penser que la mention que le mandat porte sur une entreprise se suffit à elle-même. Pourtant, c'est principalement pour sécuriser le mandat à effet posthume concernant une entreprise qu'il faudra déployer des efforts rédactionnels.

**16** En effet, il apparaît que si le mandat à effet posthume répond à une préoccupation essentielle de maintenir la valeur de l'entreprise, c'est davantage dans l'intérêt des héritiers que dans celui de l'entreprise elle-même et de ses acteurs que cela a été envisagé. Ainsi l'intérêt de l'entreprise ne saurait l'emporter sur l'intérêt des

héritiers (21). L'ordre public économique est donc placé au second plan derrière l'ordre public successoral. Cela suppose alors d'établir en quoi l'héritier est inapte à gérer l'entreprise. À l'inverse cela signifie que la désignation de l'héritier exploitant déjà l'entreprise comme mandataire ne suffira pas à motiver le mandat. Il faut garder à l'esprit au moment de la rédaction que les faits et arguments qui seraient discutés en cas de contentieux sont circonscrits à ceux présentés dans l'acte (22). En cas de litige, le contrôle de la cause est en jeu. La solution de gestion retenue doit être proportionnée à la difficulté.

Le fait que le mandat porte sur l'entreprise ne suffit pas à le justifier. Le notaire prendra soin de motiver le mandat par rapport aux héritiers, c'est-à-dire de préciser les circonstances qui justifient le recours au mandat et de poser les éléments constitutifs de l'intérêt légitime et sérieux. En cas de litige, les juges apprécieront la proportionnalité entre la mesure retenue et le danger pressenti. La rédaction doit faire apparaître avec autant de précision que possible les éléments justificatifs pour circonscrire le débat à ces derniers.

**17** La motivation est évidemment renforcée si l'on constate que le ou les héritiers sont de surcroît en incapacité de pouvoir gérer l'entreprise du fait de leur minorité, d'une fragilité (23), de leurs autres spécialités professionnelles ou même de l'absence de communauté d'intérêt entre les héritiers issus de recompositions familiales. Ainsi, si l'entreprise est laissée à des héritiers orphelins mineurs ou incapables majeurs, le mandat à effet posthume permettra d'assurer une continuité de gestion. De même, si une mésentente est prévisible entre les héritiers au moment de l'ouverture de la succession en raison de recompositions familiales et des dispositions prises par le défunt, le mandat pourra imposer un cadre pacifié pour la gestion de l'entreprise. D'une manière générale, le mandat doit apparaître comme la solution à une difficulté avérée. La Cour de cassation peut avoir à connaître alors de la question de la qualification des faits exposés : le notaire doit donc se demander si ces faits suffiront à constituer un intérêt sérieux et légitime. À défaut, l'acte pourrait être annulé pour illicéité de la cause.

**18** Pour assurer sa pleine efficacité au mandat, le législateur lui a ménagé un cadre temporel pragmatique. En principe d'une durée de deux ans à compter du décès, le mandat peut être prorogé à la demande d'un héritier ou du mandataire lui-même par le juge une ou plusieurs fois. Dans certains cas, en raison des particularités de la succession, il peut même être conclu pour une durée de cinq ans

ainsi qu'il est prévu à l'article 812-1-1, alinéa 2 du Code civil. Le cas de l'entreprise est précisément une des raisons énumérées par l'article sous l'expression ambiguë de « biens professionnels » (24). Ainsi le temps, qui était compté au mandant, est donné au mandataire pour pouvoir assurer son œuvre de gestion. Encore faut-il que la personne choisie pour œuvrer soit efficace. C'est la question de l'efficacité du mandataire.

## II. L'efficacité du mandataire à effet posthume de l'entreprise

**19** Lors des discussions de la loi, le mandat à effet posthume a emporté la conviction des sénateurs notamment parce qu'il paraît préférable de laisser le mandant choisir un mandataire ayant compétence et connaissance de l'entreprise, plutôt que de contraindre le juge à intervenir pour désigner un administrateur qui ne la connaît pas. L'objectif d'efficacité du mandataire s'est donc affirmé dans les textes. Tout est conçu pour l'inciter à la plus grande efficacité relativement au bien géré. Les contours de sa mission d'abord, qui lui laissent une marge de manœuvre considérable, ses droits et obligations ensuite qui lui confèrent un statut et tendent à le motiver à maintenir ses efforts constants. Il reste qu'une rédaction avisée peut garantir voire renforcer son action.

**20** Le mandataire exploite l'entreprise en toute indépendance : il agit en son nom et pour son propre compte. Il n'y a pas de représentation. Sa motivation à bien agir puise donc sa source dans son propre intérêt, puisqu'il perçoit seul les fruits de sa gestion. Néanmoins le mandat peut préciser les contours de sa mission. Au premier rang de ses tâches figure celle d'administrer ou gérer pour son compte et dans l'intérêt des héritiers, sans pour autant que ces deux verbes soient définis. Pourtant, ils permettent de circonscrire la mission du mandataire (25). Il est généralement admis que cela peut consister en l'administration normale des biens, telle qu'elle se déroulait avant l'ouverture de la succession, à l'exclusion des actes de disposition (26). Il est également admis que le mandant peut en délimiter les contours. Le renvoi à la notion de gestion introduit une dimension économique et dynamique au propos et suggère que le mandataire peut aller plus loin que faire fructifier. Il peut envisager la disposition de certains biens dès lors qu'il ne diminue pas la valeur de l'exploitation. En tous les cas, cette administration et cette gestion se font sous sa responsabilité (27).

[12] On notera à ce propos qu'incapacité ne se confond pas avec inaptitude et qu'il est tout à fait concevable qu'un héritier lui-même privé de ses pouvoirs de gestion par l'effet d'un mandat à effet posthume consente à son tour un tel mandat sur l'entreprise qui est dans l'actif successoral.

[13] Un autre notaire pourrait très bien être désigné pour assurer les fonctions de mandataire.

[14] Il paraît également possible de désigner un sous-mandataire auquel on ne délègue qu'une partie des fonctions. Cela permet de répartir les responsabilités, et de ne pas laisser peser sur le mandataire, qui userait de sa faculté de déléguer, l'entière responsabilité.

[15] La désincarnation physique et filiale présente alors des avantages pour éviter la stimulation de rancœurs et donc le contentieux.

[16] V. infra, n° 14.

[17] On pourra tout à fait envisager la subdélégation par le représentant au profit d'un collaborateur spécialisé par exemple.

[18] V. A. Reygrobellet, « Application pratique des nouveaux mandats en droit des sociétés : le cas du mandat à effet posthume » : JCP N 2009, 1360.

[19] Cette notion est déjà définie en jurisprudence. On la retrouve en matière de clause d'inaliénabilité dans les libéralités par exemple.

[20] Comp., C. civ., art. 1132.

[21] G. Wicker, loc. cit., n° 39.

[22] En ce sens v. A. Aynès, « L'administration de la succession par autrui » : JCP N 2008, 1246.

[23] Il peut s'agir d'un handicap ou d'une maladie, par exemple.

[24] Il faut sans doute limiter ici les biens professionnels à l'entreprise exploitée, et non y inclure des biens qui pourraient constituer le support immobilier ou mobilier d'une autre entreprise (immobilier d'activité, bureaux, brevet, etc.).

[25] V. notamment R. Le Guidec, « La loi du 23 juin 2006 portant réforme des successions et libéralités : vue panoramique » : JCP G 2006, I, 160, n° 28.

[26] Sur la question de savoir si le mandataire peut réaliser des actes d'aliénation et un résumé des positions, v. G. Wicker, loc. cit., n° 64.

[27] Il agit d'ailleurs en son nom et pour son propre compte et se trouve alors directement intéressé à la réussite de sa gestion d'un point de vue économique, car il en assume toute la responsabilité. Cette situation doit l'inciter à administrer et gérer sans prendre de risque excessif et en recherchant tant la réalisation de bénéfices immédiats que la valorisation à terme de l'entreprise. Sa mission est donc idéalement cadrée dans le sens d'une optimisation de ses actes.

Néanmoins, sa liberté d'agir risque de se heurter à de la concurrence. Il faut cerner ces risques pour prévenir tout conflit de pouvoirs avant de discuter des actes qu'il peut accomplir.

### A. La conciliation de ses pouvoirs

**21** Les pouvoirs du mandataire peuvent se heurter à ceux des autres intervenants à la succession : héritiers, tuteur, exécuteur testamentaire, mandataire désigné en justice notamment (28). Ils peuvent aussi entrer en concurrence à ceux des autres acteurs de l'entreprise notamment lorsque celle-ci est organisée en la forme sociétaire. S'agissant d'assurer la continuité de la gestion, il faut veiller à prévenir les risques de revendication de pouvoir sur l'entreprise.

**22** S'agissant des intervenants à la succession d'abord, le mandat est sans effet sur l'option des héritiers. Grâce à ce principe, les actes accomplis par le mandataire n'affectent aucunement l'option des héritiers qui reste personnelle. Ainsi, les héritiers peuvent renoncer à la succession. Or si tous renoncent, le mandat s'éteint, mettant fin à la mission du mandataire, qui ne sera pas rémunéré. S'agissant de maintenir l'entreprise dans un certain niveau d'activité, c'est un risque important qu'il faut anticiper en prévoyant le sort de l'entreprise (29).

Sans renoncer, les héritiers peuvent être taiseux. L'article 812-1-3 du Code civil renvoie à l'article 784 du Code civil pour ce qui concerne les pouvoirs du mandataire en l'absence de toute acceptation. Ses pouvoirs se limitent alors aux actes purement conservatoires, aux actes de surveillance et d'administration provisoire (30). Le mandataire à effet posthume peut tenter de sortir de cette phase d'incertitude en exerçant l'action interrogatoire. Mais il faut alors au préalable établir sa qualité de créancier de la succession pour répondre aux conditions posées par l'article 771 du Code civil. Là encore dans l'intérêt de l'entreprise, on peut anticiper la discussion de sa capacité à exercer l'action en lui ménageant la qualité de créancier de la succession (31).

Rappelons enfin que l'aliénation de l'entreprise met en revanche fin au mandat conformément au 5° de l'article 812-4, ce qui constitue toujours une échappatoire pour les héritiers qui veulent se défaire du mandataire. Le mandataire à effet posthume ne peut d'ailleurs

pas s'y opposer ainsi qu'il a été déjà jugé par la Cour de cassation (32).

Pour que le mandataire puisse exercer pleinement sa mission sur l'entreprise viable et non affectée dans sa bonne marche par les dettes de la succession, le notaire peut suggérer d'anticiper la situation d'une renonciation de tous les héritiers. Il prendra soin également de ménager au mandataire la qualité de créancier de la succession de manière à ce qu'il puisse exercer l'action interrogatoire et élargir le champ de ses pouvoirs. Il envisagera enfin les modalités du passage de relais entre le mandataire et le cessionnaire, car s'il ne peut empêcher la cession par les héritiers, il peut l'encadrer pour en favoriser les conditions.

**23** La mission du mandataire à effet posthume peut être en concurrence avec les mesures de protection des mineurs ou majeurs protégés, avec les tâches de l'exécuteur testamentaire ou encore d'un mandataire désigné en justice. Dans les deux premiers cas, la répartition des pouvoirs doit s'envisager. Ainsi, face au tuteur ou à l'administrateur légal, un cumul avec une répartition des pouvoirs des uns et des autres ou encore un relais entre les missions peut être organisé. Par exemple, le mandat à effet posthume peut assurer la continuité de gestion de l'entreprise jusqu'à ce que la mesure de protection soit opérante.

S'agissant de l'exécuteur testamentaire, une hiérarchie est posée par l'article 812 du Code civil (33). La mission du mandataire à effet posthume pourrait s'en trouver limitée. L'obstacle est théorique dans la mesure où le notaire qui aurait à connaître de la rédaction d'un mandat à effet posthume saurait soit limiter la mission de l'exécuteur testamentaire, soit déconseiller sa nomination.

Enfin, en cas de concours avec un mandataire désigné en justice, le juge ne peut donner au mandataire successoral des prérogatives qui ont déjà été attribuées au mandataire à effet posthume. La solution s'impose d'autant plus en matière de mandat portant sur l'entreprise, car la spécialisation de la mission ne pourrait être niée par le juge sans remettre en cause la volonté du défunt. Si l'opportunité du mandat à effet posthume est discutée, c'est alors l'intérêt sérieux et

légitime du recours au mandat à effet posthume qui sera discuté (34).

Le notaire aura soin de déconseiller l'institution d'un exécuteur testamentaire. Il veillera à anticiper toutes les hypothèses de conflit de pouvoirs et à organiser la répartition des pouvoirs concurrents, permettant ainsi une gestion efficace et continue de l'entreprise.

**24** Lorsque l'entreprise est exploitée sous la forme sociétaire ensuite, le mandataire gère les titres sociaux compris dans la succession. Il n'a pas la gestion directe de l'entreprise. Il dispose du pouvoir qui peut résulter des parts sociales ou des actions. Il faut comprendre alors qu'il est celui qui exercera les prérogatives des associés, dont la qualité reste aux héritiers (35). Une concurrence émerge donc entre ce qui relève du pouvoir de décision des héritiers qui ont la qualité d'associés et ce qui relève du pouvoir de décision du mandataire. Cette situation particulière, qui place entre l'associé et la société un intermédiaire, est délicate à gérer pour la conduite des opérations de la société. Par exemple, on peut se demander qui sera apte à donner son agrément à l'occasion de cessions de titres sociaux : s'agira-t-il du mandataire ou des héritiers qui conservent la qualité d'associés ? Le mandataire ne doit en aucun cas avoir le pouvoir de porter atteinte à l'intégrité du titre social et notamment à sa dévalorisation. L'agrément présentant de tels enjeux, il devrait être donné par les héritiers. Ainsi, des décisions de restructuration, de transformation, d'endettement, de dissolution de la société devraient rester au seul pouvoir des héritiers. Le mandataire exercera donc uniquement les droits politiques qui relèvent de la gestion courante et donc de l'assemblée générale ordinaire. Le mandat peut d'ailleurs préciser pour quel dirigeant le mandataire devra voter, se rapprochant ainsi d'un pacte d'actionnaire.

**25** Il faut envisager que le mandataire, participant à la nomination et révocation des dirigeants, peut alors, s'il détient la majorité, accéder lui-même, par son propre vote, aux fonctions de direction. Par le jeu de l'organisation des pouvoirs au sein la société, il augmente considérablement le cadre de sa mission telle qu'elle était conçue dans le mandat à effet posthume. Cet effet de l'accès aux fonctions de direction doit être porté à la connaissance du mandant au moment de la préparation du mandat de manière à anticiper tout conflit. La question de l'opportunité de l'accès aux fonctions de direction du mandataire doit être posée pour s'assurer de la volonté du mandant à ce sujet. Elle peut tantôt être connue et souhaitée : il faudra alors attirer l'attention du mandant sur la réalité et l'importance du pouvoir qu'il confère alors au mandataire. Elle peut tantôt au contraire être refusée : il faudra limiter le pouvoir du mandataire en lui interdisant l'accès à toutes fonctions de direction dans le mandat.

**26** Quant aux droits financiers, le mandataire ne peut utilement voter qu'en ce qui concerne l'affectation des résultats et la mise en

distribution des dividendes. Il n'aura aucun droit sur la créance de dividende qui appartient à l'associé. Des difficultés plus sérieuses peuvent encore s'élever avec les titres sociaux tels que démembrement ou indivision préexistante à la succession. Chaque situation ouvre alors une difficulté qu'il faut anticiper à l'occasion de la rédaction du mandat.

Lorsque l'entreprise est organisée sous la forme sociétaire, la rédaction du mandat devra aider le mandataire à trouver sa place qui n'est pas celle des héritiers, seuls associés. Il sera particulièrement utile d'envisager la question de l'accès du mandataire aux fonctions de direction, qu'il soit souhaité ou redouté. Les risques de concurrence liés à un démembrement ou une indivision préexistants devront également être anticipés.

En dehors de tout conflit de pouvoir, les actes que le mandataire peut passer soulèvent également de nombreuses questions en matière entrepreneuriale.

### B. Les actes admis en faveur de l'entreprise

**27** La nature des pouvoirs laissés au mandataire prête à discussion en raison du renvoi au droit commun du mandat (36). Si les textes réservent expressément le pouvoir de disposition des biens aux héritiers, doit-on comprendre que toute disposition est interdite au mandataire ? Ce serait méconnaître la réalité de toute bonne gestion d'une universalité, et en particulier de l'entreprise. Plus que pour tout autre bien, la liberté d'arbitrer des choix et, notamment, de vendre en vue d'un emploi pour un meilleur investissement est utile. Le débat s'ouvre d'autant plus que la notion de disposition est elle-même mal circonscrite. La qualification qu'on entend lui donner pourrait alors être très utilement précisée dans le mandat. À défaut, les termes de la discussion diffèrent selon qu'est envisagée la cession de l'entreprise elle-même ou la cession des biens qui servent de support à son activité.

**28** S'agissant de l'entreprise dans un premier temps, il apparaît évident qu'il n'est pas du pouvoir du mandataire d'en disposer : l'entreprise doit au contraire être préservée dans son intégrité soit pour revenir en nature aux héritiers supposés en poursuivre l'exploitation, soit pour être cédée au meilleur prix. Cette absence de droit de disposer de l'entreprise se conçoit quand on envisage une cession à titre onéreux, mais elle constitue un obstacle quand il s'agit d'apporter l'entreprise individuelle à une société. En effet, la mise en société de l'entreprise individuelle ne serait alors pas possible, puisque c'est un acte de disposition au profit d'une nouvelle personne morale.

Or il est évident que la bonne gestion de l'entreprise peut commander de réaliser cette opération qui présente notamment des intérêts en terme d'optimisation de l'organisation, du pouvoir, des

[28] C'est d'ailleurs une problématique commune à tous les mandats de gestion. V. sur ce point, N. Peterka, « Enjeux et principales difficultés de la gestion du patrimoine d'autrui » : JCP N 2013, 1190.

[29] La difficulté est que la renonciation sera la plupart du temps motivée par un passif successoral important. Pourtant, en dépit de ce passif qui peut d'ailleurs être d'origine privée, l'entreprise peut être tout à fait viable. Il est même opportun d'en assurer alors la survie, de manière à en maintenir la valeur pour la céder aux meilleures conditions de manière à désintéresser les créanciers. Le legs particulier pourrait être alors une solution.

[30] Ces actes sont précisés : il s'agit, par exemple, des ventes de biens périssables, des renouvellements de baux. Ces actes sont donc limités. Néanmoins, le mandataire peut demander au juge de réaliser un acte d'une autre nature lorsque l'intérêt de la succession le commande.

[31] Pour être exhaustif sur les différents termes de l'option, il doit être rappelé que l'acceptation à concurrence de l'actif net, lorsqu'elle aura été choisie par un héritier, s'imposera au mandataire et affectera sa mission, particulièrement quant aux règles de paiement des créanciers successoraux. Cette option peut donc limiter l'efficacité du mandataire.

[32] Cass. 1<sup>re</sup> civ., 12 mai 2010, n° 09-10556. Bull. civ. I, n° 117 ; Defrénois 2010, art. 39142, note J. Massip ; Dr. Famille, juin 2010, comm. 104, note B. Beignier ; AJ famille 2010, p. 287, obs. C. Vernières ; RDC 2011, n° 1, p. 203, note F. Bicheron ; LPA 27 juill. 2011, p. 5 et s., note N. Pétroni-Maudière. Sur la supériorité de la clause d'exclusion d'administration légale, v. encore Cass. 1<sup>re</sup> civ., 6 mars 2013, n° 11-26728.

[33] L'exécuteur testamentaire n'aura pour charge que de régler le passé. En cas de doute et concours, l'article 812 hiérarchise de surcroît les interventions et l'on peut comprendre que la mission de l'exécuteur testamentaire devra primer.

[34] V. supra, n° 14. Cela souligne l'importance de soigner la motivation de l'acte.

[35] L'éviction des héritiers n'est pas aisée. V. par exemple, A. Rabreau, « L'éviction des héritiers d'actions de SAS : quels aménagements statutaires ? » : BJS 1<sup>er</sup> sept. 2011, p. 740.

[36] F. Jourdain-Thomas et S. Schiller, « Quels pouvoirs peuvent être accordés à un mandataire à effet posthume ? » : JCP N 2013, 1212.

capacités de financement, de valorisation de l'entreprise. Elle peut même être utile et préparatoire à la bonne transmission de l'entreprise aux héritiers. Elle peut enfin permettre de garder l'entreprise dans le giron familial, laissant le libre choix pour certains héritiers de céder leurs titres et pour d'autres de les conserver.

Certains auteurs ont considéré dès lors que la mise en société devait être vue comme un acte de conservation (37), acte légitimé par l'article 784 du Code civil. Il serait toutefois prudent en l'absence de jurisprudence de prévoir expressément cette possibilité dans le mandat à effet posthume. Ainsi, le mandant peut donner instruction de procéder à la mise en société si nécessaire, en posant ses conditions et en protégeant les héritiers contre le choix d'une société à risque illimité qui conduirait à ce qu'ils soient engagés personnellement des dettes, voire solidairement si la société est commerciale.

S'agissant de l'entreprise individuelle, à la demande du mandant, le notaire prendra soin de réserver au mandataire la possibilité de la mettre en société. L'accent sera utilement mis sur les conditions de la mise en société qui devront apparaître avant tout conformes à l'intérêt des héritiers.

29 Dans un second temps, il relève de l'évidence que la bonne administration et gestion d'une entreprise suppose de pouvoir réaliser certains actes de disposition, dès lors qu'ils sont suivis d'un emploi (38). Cette discussion paraît contournée dans la mesure où sont également admis par les textes les actes d'administration qui sont réalisés pour les « besoins de l'exploitation ». Le recours à cette notion plus large permet d'inclure dans les pouvoirs du mandataire non seulement les actes qui participent de l'exploitation normale de l'entreprise, mais aussi ceux qui visent à son développement. C'est en tout état de cause au mandant de faciliter la tâche du mandataire à l'égard des héritiers en donnant les objectifs et en confirmant la nature des actes que ce dernier pourra réaliser dans le mandat.

30 Outre le pouvoir de disposer de certains biens de l'entreprise, le pouvoir d'engagement pose également question. Ce pouvoir prend une dimension particulière en matière entrepreneuriale où l'on sait l'importance des besoins de financement. Il ne fait aucun doute que l'engagement perçu comme la volonté de contracter ou de s'obliger fait partie des missions du mandataire. La question est plus délicate en matière d'endettement et de garanties. Il faut rappeler que les actes réalisés par le mandataire, qui agit en son nom et pour son propre compte, n'engageront que lui seul. C'est son propre patrimoine qu'il engage en exploitant l'entreprise individuelle. Cette solution fait reposer sur lui toute responsabilité et protège dans une certaine mesure les héritiers, mais elle limite aussi son crédit, notamment au service de l'entreprise. Le mandataire ne saurait grever la succession ou certains éléments de la succession de droits réels. Le seul gage du mandataire suffira-t-il à convaincre ses interlocu-

teurs de contracter ? Le mandat à effet posthume peut-il alors anticiper ce problème et prévoir *contra legem* que les actes réalisés par le mandataire engageront également les biens de la succession ?

31 La validité d'une telle clause reste éminemment discutable. D'abord, elle porte définitivement atteinte à la réserve héréditaire, la grevant, voire la réduisant à néant, en cas de mise en œuvre de la garantie. Ensuite, elle dénie aux héritiers leur pleine liberté de disposer des biens (principe pourtant réaffirmé dans les règles du mandat et par la haute cour), car un bien grevé voit en effet sa cessibilité subordonnée au désintéressement des créanciers si l'on veut assurer la sécurité juridique de l'acquéreur. Si la clause était néanmoins prévue, en l'absence de jurisprudence, le notaire prendrait la précaution de recueillir confirmation de ce pouvoir après l'ouverture de la succession auprès des héritiers, les invitant au moment de la constitution de la sûreté à participer à l'acte. À défaut d'accord, il avertirait le bénéficiaire de la sûreté, téméraire financeur, d'une incertitude sur la validité des pouvoirs du mandataire pour consentir une telle sûreté. Ces obstacles et précautions entravent à l'évidence la mise en œuvre pratique d'un tel montage. Le crédit et donc l'efficacité du mandataire à effet posthume s'en trouve affecté.

Les actes requis pour les besoins de l'exploitation peuvent être utilement précisés dans le mandat, notamment lorsqu'ils ont trait à la disposition d'un élément de l'entreprise suivie d'un emploi. La validité de la clause permettant au mandataire d'offrir en garantie des biens de la succession pour financer les besoins d'exploitation étant discutable, le notaire devra délivrer conseils et avertissements à chaque étape aux différents protagonistes : mandant puis héritiers et bénéficiaires de garantie.

32 Au soutien de sa mission, le mandataire dispose de droits et d'obligations qui constituent un statut devant l'inciter à exécuter le plus loyalement et efficacement sa tâche. Pour l'information des tiers, l'immatriculation du mandataire au registre du commerce et des sociétés a été prévue. Il semble aussi être de bonne pratique notariale de procéder à l'inscription du mandat au fichier central des dernières volontés de manière à s'assurer que les dispositions seront connues. Le mandataire est responsable de ses fautes de gestion et il peut être révoqué par la voie judiciaire de ses fonctions. Il ne peut abandonner sa mission sans respecter un préavis de trois mois (39). Il est encouragé par une rémunération éventuelle dont le cadre est posé par le législateur (40). En effet, elle ne saurait être excessive sous peine que les héritiers réservataires exercent leur

action en réduction (41). Mais il reste de nombreuses modalités à imaginer préservant la réserve héréditaire, comme le recours à l'assurance-vie.

33 Ainsi, si les pièges rédactionnels sont déjoués et l'anticipation des difficultés réalisée, le mandat à effet posthume est efficace et l'entreprise peut donc survivre au mandant.

L'article 812-4 du Code civil énonce les causes nombreuses de cessation des fonctions du mandataire. Un pouvoir de taille subsiste aux héritiers : la possibilité de disposer du bien. Ils mettent fin au mandat en aliénant l'entreprise. Cette disposition n'est pas contradictoire avec les objectifs assignés à la technique juridique. En effet, il reste que, grâce au mandat, jusqu'à cette cession à un tiers, l'entreprise aura conservé son activité et donc sa valeur. La dépréciation a été évitée.

Néanmoins, la persistance de la possibilité d'inclure une clause d'inaliénabilité dans le mandat conformément à l'article 900-1 du Code civil interroge. Dans cette hypothèse, l'interdiction marque l'autorité du défunt. Le mandat à effet posthume sonne alors comme une administration de l'entreprise d'outre-tombe. Il donne une certaine immortalité au chef d'entreprise qui continue à exercer son pouvoir après sa mort.

Le mandat prend alors l'allure d'un mécanisme qui devrait satisfaire au fantasme d'immortalité de certains chefs d'entreprise, si ce n'est de l'âme ou du corps, au moins de la volonté, tout en conservant des entreprises vivantes dans notre tissu économique.

Fabienne LABELLE-PICHEVIN

Enseignant-chercheur contractuel à l'université de Bretagne-Sud  
Membre des laboratoires CDA-PR UPRES EA 3195 et IREA EA 4251

[41] C'est à cet instant que l'ordre public successoral ressurgit pour protéger les descendants ou le conjoint contre un mandataire trop gourmand ou un mandant trop inconscient des conséquences de son acte. Par ailleurs, la révision judiciaire de la rémunération excessive reste également possible conformément au droit commun du mandat. Il n'est pas douteux enfin que soit possible une rémunération hors la succession, notamment par le jeu d'une assurance en cas de décès souscrite par le mandant. Cette rémunération échapperait alors au risque de réduction.

Restez en ligne avec **LES PETITES AFFICHES**  
Tous les numéros en ligne depuis 1993



185 € HT  
pour les abonnés  
à la revue

4 941 numéros  
19 602 articles  
775 000

décisions de jurisprudence  
dans tous les domaines  
du droit

Sur [lextenso.fr](http://lextenso.fr), retrouvez tous les numéros des Petites affiches depuis 1993. Grâce à un moteur de recherche juridiquement pertinent et une multitude de liens vers les décisions de jurisprudence, vos recherches deviennent immédiatement beaucoup plus rapides et efficaces. Alors pour faire appel... les Petites affiches en permanence, abonnez-vous en ligne sur [www.lextenso.fr](http://www.lextenso.fr) ou au 01 40 93 40 40. Tarif annuel pour les abonnés à la revue : 104,52 € HT pour les non-abonnés : 185 € HT

RENDEZ-VOUS SUR  
**lextenso.fr**

[37] G. Wicker, loc. cit., n° 79.

[38] L'entreprise peut d'ailleurs être regardée de ce point de vue comme une universalité de fait.

[39] Il semble d'ailleurs que rien n'empêche d'allonger conventionnellement ce délai.

[40] S'agissant du mandat à effet posthume, le cadre est posé par le législateur : la rémunération est constituée soit par les fruits et revenus perçus par la succession et résultant de la gestion du mandataire, soit par un capital en cas d'insuffisance ou d'absence de fruits.