

PERSONNES PROTÉGÉES

Le comité juridique de la Fédération Nationale Droit du Patrimoine publie ses avis destinés à clarifier et faire évoluer le droit du patrimoine. Plusieurs dizaines d'entre eux ont déjà été publiés dans les colonnes de *La Semaine Juridique, notariale et immobilière*, et sont ainsi reproduits ci-après trois avis relatifs aux questions soulevées par la désignation d'un tiers administrateur aux biens revenant au mineur par donation ou testament.

1167

La désignation d'un tiers administrateur aux biens donnés ou légués à un mineur

État des lieux et perspectives d'évolution



Étude rédigée par Claire Farge et Sylvain Guillaud-Bataille



Claire Farge, docteur en droit, avocate, cabinet d'avocats Fidal - Sylvain Guillaud-Bataille, notaire associé à Paris, chargé d'enseignements à l'université Paris Dauphine

1 - Aux termes de l'article 384 du Code civil : « *Ne sont pas soumis à l'administration légale les biens donnés ou légués au mineur sous la condition qu'ils soient administrés par un tiers.*

Le tiers administrateur a les pouvoirs qui lui sont conférés par la donation, le testament ou, à défaut, ceux d'un administrateur légal.

Lorsque le tiers administrateur refuse cette fonction ou se trouve dans une des situations prévues aux articles 395 et 396, le juge des tutelles désigne un administrateur ad hoc pour le remplacer »¹.

¹ Cette clause doit être distinguée de la clause d'exclusion de la jouissance légale prévue par l'article 386-4 du Code civil. Pour

Cet article reprend presque à l'identique les termes de l'ancien article 389-3, alinéa 3 du Code civil.

2 - Le choix par l'auteur de la libéralité de désigner un tiers administrateur pour les biens donnés ou légués à un mineur procède d'une motivation variable :

- soit d'une certaine défiance à l'égard de l'administrateur légal (scepticisme de grands-parents à l'égard de leur enfant ou de leur ex-gendre ou ex-belle-fille, s'agissant de biens donnés aux petits-enfants ou méfiance d'un parent vis-à-vis de son ex-conjoint) comme à l'égard du juge des tutelles dont l'immixtion dans la gestion des affaires ne serait pas jugée souhaitable ;
- soit d'une volonté bienveillante de soulager un administrateur légal des soucis attachés à la gestion d'un patrimoine plus ou moins complexe.

3 - La puissance de cette clause mérite indiscutablement que les praticiens du droit en assurent une meilleure diffusion ne serait-ce qu'en considération des faibles contraintes qu'elle connaît dans son principe comme dans sa mise en œuvre.

En effet, certaines difficultés que cette clause pouvait poser ont été dissipées par une jurisprudence récente de la Cour de cassation. D'autres restent en attente d'une prise de position claire par la Haute juridiction. En l'état même de ces zones de flou, qui restent limitées, la clause de désignation d'un tiers administrateur est un outil particulièrement efficace et sécurisant à chaque fois, notamment, que des titres sociaux et particulièrement des actions sont donné(e)s à un mineur dans la perspective d'être vendu(e)s à plus ou moins brève échéance (opérations de donation avant cession)².

En effet, en présence d'actions, la question de la nécessité d'une autorisation du juge des tutelles préalable à leur cession par l'administrateur légal au nom du mineur, fondée sur l'article 387-1, 8° du Code civil, est l'objet de controverses.

La désignation d'un tiers administrateur permet notamment de dépasser ces dernières. Plus généralement, appliquée à une donation de titres sociaux consentie au profit d'un donataire mineur, la désignation d'un tiers administrateur permet d'organiser la conservation d'un contrôle patrimonial sur les titres donnés.

autant, la Cour de cassation considère que, sauf mention contraire, l'exclusion de l'administration légale emporte exclusion de la jouissance légale : V. Cass. 1^{re} civ., 11 févr. 2015, n° 13-27.586 : *JurisData* n° 2015-002219 ; JCP N 2015, n° 10, act. 330. -113^e Congrès des notaires de France. Lille, 17-20 sept. 2017. #Familles #Solidarités #Numérique : rapp., n° 1848.

2 Nous prenons comme hypothèse dans le cadre de cette étude que nous sommes en présence de donations sincères, non suivies de manoeuvres de réappropriation par les parents donateurs et donc que l'effet de la donation quant à « l'effacement » de la plus-value attachée aux titres ne peut être remis en cause par l'administration fiscale. Notons que la désignation d'un tiers administrateur des titres donnés à un mineur pourrait faciliter la preuve de la sincérité de la donation (V. en ce sens conclusions du rapporteur public Vincent Dumas sous CE, 5/02/2018, n° 409718).

4 - Afin de conforter les praticiens dans les bienfaits de l'insertion d'une telle clause dans les libéralités consenties à un mineur, il nous paraît opportun de dresser la liste des questions qui peuvent se poser dans son utilisation et de bien distinguer ceux qui sont résolus par le droit positif et ceux qui mériteraient, sans doute, une prise de position par le législateur, la doctrine, ou, si l'occasion lui était donnée, la jurisprudence. Ces sujets gravitent autour de la question de la désignation du tiers administrateur et autour de la question des pouvoirs du tiers.

5 - Une fois exposés ces sujets délicats dans deux avis successifs, un troisième avis, prenant acte du champ du possible dans l'utilisation de la clause de désignation d'un tiers administrateur, éprouvera l'efficacité de cette clause en la confrontant à d'autres outils susceptibles d'être utilisés pour écarter les règles de l'administration légale dans la gestion du patrimoine transmis à un mineur à titre gratuit.

1. Avis 1 - La désignation du tiers administrateur : le champ du possible

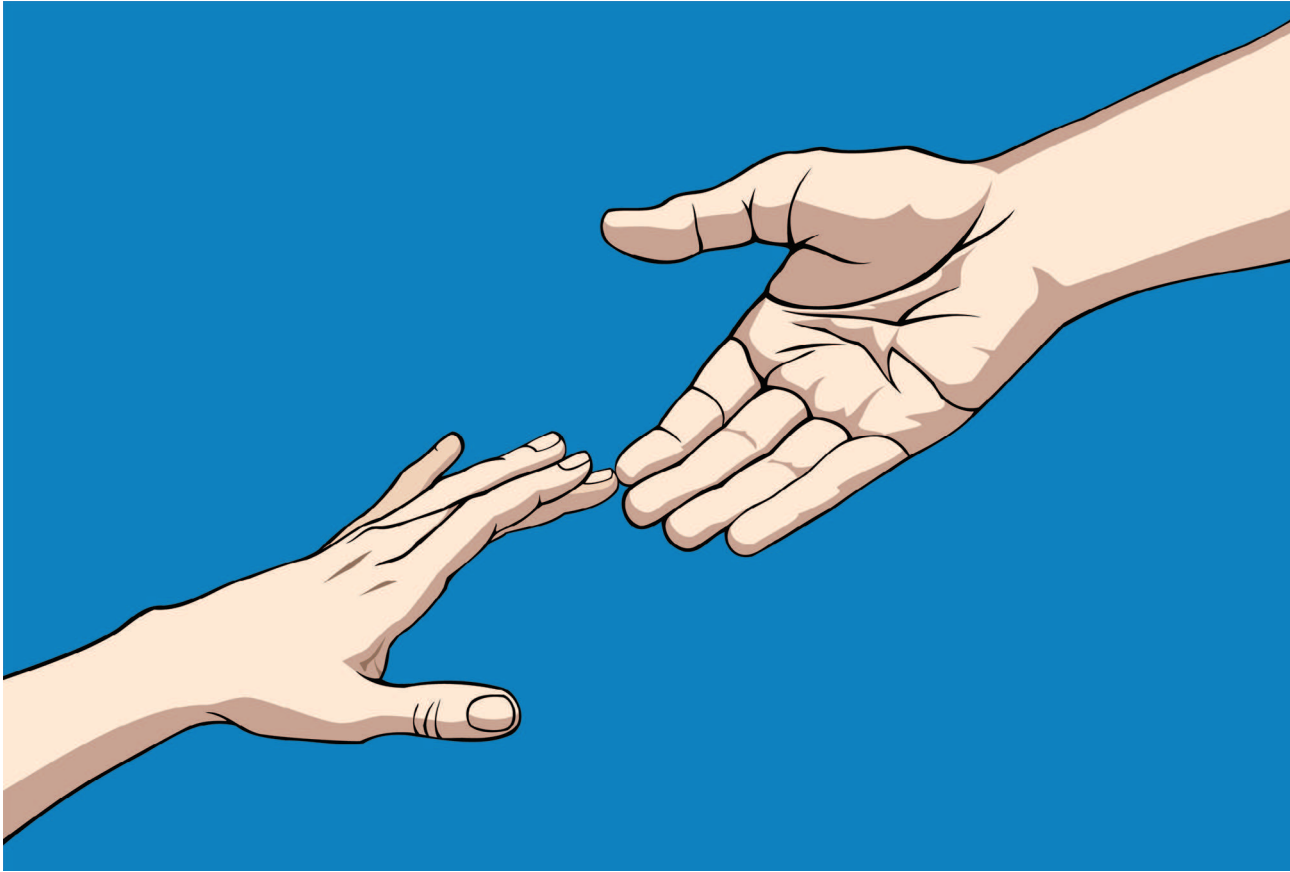
6 - La clause de désignation d'un tiers administrateur aux biens donnés ou légués à un mineur, prévue par l'article 384 du Code civil, est un outil exceptionnellement efficace pour, notamment, rendre plus souple la gestion du patrimoine attribué à un mineur. Il est important que les praticiens connaissent l'état du droit sur le champ du possible dans l'utilisation d'une telle clause. Un état des lieux est ici fait sur les différents sujets pouvant apparaître au stade de la désignation du tiers administrateur. Si certains points ont d'ores et déjà été éclaircis par la jurisprudence ou découlent plus évidemment de la lettre et de l'esprit de la loi, d'autres justifieraient une intervention du législateur pour sécuriser une pratique soucieuse de mettre en place des solutions incontestables.

A. - Les conditions préalables de la désignation

7 - Deux difficultés doivent ici être évoquées. La première tient à la personne du disposant. Il a pu être soutenu que seule une libéralité émanant d'un autre que l'administrateur légal de l'enfant gratifié peut contenir ce genre de clause. Une telle doctrine doit certainement être réfutée car elle va à l'encontre tant de la lettre que de la finalité du texte.

Car, d'une part, l'article 384 du Code civil, comme auparavant l'article 389-3, alinéa 3 du Code civil, ne contient aucune restriction à cet endroit. D'autre part, « si on s'attache à l'esprit du texte, la défiance envers l'administrateur légal, dont la loi ne veut pas que l'enfant fasse les frais, se conçoit tout particulièrement entre parents séparés ou en instance de séparation »³.

3 Cass. 1^{re} civ., 6 mars 2013, n° 11-26.728 : *JurisData* n° 2013-003729 ; RTD civ. 2013, p. 421, note M. Grimaldi. - V. également D. Boulanger, *L'enfant*



© SUROVTSOVA - GETTY

Dans les affaires récemment portées devant la Cour de cassation, le disposant était à chaque fois l'administrateur légal : interdire l'utilisation de cet outil dans une telle libéralité reviendrait donc à priver l'outil de l'un de ses cas privilégiés d'utilisation.

8 - La seconde difficulté réside dans la motivation d'une telle désignation. Il avait été soutenu par une certaine doctrine⁴ et une partie de la pratique notariale⁵ que, pour être valable, la clause de désignation d'un tiers administrateur doit être motivée par la protection de l'intérêt de l'enfant et que cette obligation de motivation est protégée constitutionnellement.

9 - La Cour de cassation a déjà eu l'occasion de considérer qu'une telle exigence n'est pas posée par la loi⁶ et ne découle

gratifié, l'administrateur aux biens et la réserve héréditaire : JCP N 2013, n° 18, 1121.

4 V. Y. Favier, *La constitution du patrimoine du mineur par les libéralités*, in *Patrimoine du mineur* : AJ fam. 2002, p. 360. – Aubry et Rau, t. 1 par Ponsard, §123, n° 500, texte et note 7.

5 91^e Congrès des notaires de France. Tours, 21-24 mai 1995. *Le droit et l'enfant* : rapp., n° 409.

6 Cass. 1^{re} civ., 26 juin 2013, n° 11-25.946 : JurisData n° 2013-013140 ; JCP N 2013, n° 27, act. 741 ; Defrénois 2013, p. 972, obs. J. Massip. – Cass. 1^{re} civ., 10 juin 2015, n° 14-18.856 et 14-20.146 : JurisData n° 2015-013656 ; JCP N 2015, n° 26, act. 722 ; RTD civ. 2015, p. 668, obs. M. Grimaldi.

d'aucune disposition constitutionnelle⁷. Cette jurisprudence est approuvée par la doctrine⁸ et un récent congrès des notaires dont les travaux précisent, à ce sujet, que lors de la rédaction de l'acte « **il est inutile d'indiquer les motifs de la clause** »⁹. Ainsi, ajoutent des conditions à la loi et encourrent la cassation de leur décision les juges d'appel qui retiennent que « (*l'ancien article 389-3 alinéa 3 du Code civil, aujourd'hui l'article 384 du Code civil*) a pour but de permettre à un parent, de son vivant, de prendre des dispositions successorales au regard de la particulière vulnérabilité de son héritier ou de la nature spécifique de son patrimoine et n'a pas pour principal objectif d'écartier l'autre parent titulaire de l'autorité parentale, ce qui serait contraire à l'intérêt de l'enfant »¹⁰.

Selon la Haute juridiction, l'intérêt de l'enfant est suffisamment protégé par le régime prévu par l'article 384 du Code civil puisque l'alinéa 3 de cette disposition prévoit qu'en cas de défaillance du tiers désigné par le disposant, le juge des tutelles peut le remplacer par un administrateur *ad hoc*.

7 Cass. 1^{re} civ., 15 juin 2017, n° 17-40.035 : JurisData n° 2017-011578 ; JCP N 2018, n° 30-34, 1260, obs. V. Perruchot-Triboulet et A. Cermolacce ; RTD civ. 2017, p. 611, note J. Hauser ; AJ fam. 2017, p. 408, note I. Corpart.

8 M. Grimaldi, obs. préc. note 2. – J. Massip, obs. préc. note 5.

9 113^e Congrès des notaires de France. préc. note 1 : rapp., n° 1853.

10 Cass. 1^{re} civ., 10 juin 2015, préc. note 5.

CONSEIL PRATIQUE

→ L'insertion d'une clause de désignation d'un tiers administrateur est nécessairement conforme à l'intérêt de l'enfant puisque déterminante du consentement du disposant. Il faut bien comprendre que par l'admission d'une telle clause, la loi entend favoriser les libéralités faites au mineur : « à défaut de cette certitude que les parents ne pourront pas appréhender les biens de leurs enfants, le risque est que le donateur et le testateur ne gratifient pas ou gratifient moins l'enfant ce qui, au final, serait assurément peu conforme à l'intérêt de l'enfant »¹¹.

10 - Le régime de la clause de désignation d'un tiers administrateur se démarque ainsi du régime applicable en matière de mandat à effet posthume (*C. civ.*, art. 812-1-1), de clause d'inaliénabilité (*C. civ.*, art. 900-1) ou de tutelle testamentaire (*C. civ.*, art. 403) car la loi pose comme condition de validité de ces trois outils la preuve d'un intérêt sérieux et légitime ou, plus précisément, de l'intérêt du mineur.

B. - Le moment de la désignation

11 - Par hypothèse, la question du moment de la désignation ne se rapporte qu'à l'hypothèse de la donation et non du legs. C'est au moment où il réalise la donation, *ab initio*, que le disposant peut insérer des clauses relatives au statut des biens donnés et notamment une clause de désignation d'un tiers administrateur¹².

Une fois la transmission réalisée, il perd ce pouvoir et seule la révocation conventionnelle de la donation réalisée sans clause de désignation et la réalisation d'une nouvelle donation prévoyant l'insertion d'une telle clause peut permettre de corriger l'erreur. Mais le coût fiscal d'une telle opération doit être pris en compte puisque la révocation ne s'accompagne d'aucune restitution des droits payés et la nouvelle donation est donc taxée en tenant compte, dans le cadre du rappel fiscal, de la donation révoquée.

CONSEIL PRATIQUE

→ La clause de désignation doit être prévue au moment où la donation est réalisée. Aucun acte rectificatif ne peut introduire une désignation *a posteriori*.

C. - Le support de la désignation

12 - L'article 384 du Code civil n'exige nullement une forme particulière pour la libéralité dans laquelle peut être insérée

une clause de désignation d'un tiers administrateur. Il faut donc comprendre que toutes les donations sont visées et que la clause peut aussi bien être insérée dans l'acte de donation que reprise dans l'acte recognitif d'un don manuel ou d'une donation indirecte.

13 - Il faut également comprendre que la clause bénéficiaire d'une assurance-vie, en ce qu'elle participe d'une opération de transmission à titre gratuit, peut, elle aussi, être le support d'une telle désignation : la doctrine¹³ et la pratique notariale¹⁴ y sont favorables. Toutefois, signalons que la clause bénéficiaire peut comporter, à titre de charge indissociable de la stipulation bénéficiaire¹⁵, la désignation d'un administrateur du capital qui sera versé par la compagnie d'assurance, sans référence à l'article 384 du Code civil, ce qui permet de ne pas avoir à respecter les contraintes de ce mécanisme et, notamment, la limite de la minorité. Aussi, la référence à l'article 384 du Code civil dans une clause bénéficiaire n'est pas toujours nécessaire ni même opportune.

14 - En revanche, le texte, dans sa formulation actuelle, exige que la désignation prévue par l'article 384 du Code civil soit « *arrimée* » à une donation ou à un legs. Cette exigence crée le risque que puisse être annulée la désignation testamentaire d'un tiers administrateur sans que n'ait été précisé le fait que le mineur, au cas où il serait également l'héritier légal du défunt, recevra sa part d'héritage en qualité de légataire. Et dans le cas où cette précision a bien été faite, cette solution fait encourir, cette fois, le risque que le représentant légal du mineur évincé par la clause décide¹⁶ de renoncer au legs afin que le mineur récupérant sa part d'héritage en qualité non plus de légataire mais d'héritier légal¹⁷ soit soumis aux règles de l'administration légale sur les biens hérités.

La doctrine¹⁸ et la pratique notariale¹⁹ militent pour une intervention du législateur pour supprimer cette exigence et permettre que la clause puisse être prévue également pour les biens reçus par un mineur en qualité d'héritier *ab intestat*. La Cour de cassation²⁰, en attendant cette évolution législative, semble

13 Ph. Delmas Saint Hilaire, À propos de la clause d'exclusion de l'administration légale, in *Mél. Le Guidec* : LexisNexis, 2014, p. 333.

14 113^e Congrès des notaires de France, préc. note 1 : rapp., n° 1842.

15 Cass. 1^{re} civ., 8 déc. 1987, n° 85-11.769.

16 Une telle renonciation suppose l'autorisation du juge des tutelles : soit pour la nomination d'un administrateur *ad hoc* en raison du conflit d'intérêts (*C. civ.*, art. 383), soit sur le fondement de l'article 387-1, 4^o du Code civil. Cependant, on imagine mal que le juge des tutelles aille à l'encontre de la volonté du testateur en autorisant la renonciation.

17 Car l'héritier légal institué légataire dispose de deux options successorales.

18 M. Grimaldi, préc. note 5.

19 113^e Congrès des notaires de France, préc. note 1 : rapp., n° 1846.

20 V. Cass. 1^{re} civ., 11 févr. 2015, n° 13-27.586 : *JurisData* n° 2015-002219 ; *JCP N* 2015, n° 10, act. 330. – Cass. 1^{re} civ., 10 juin 2015, n° 14-18.856 et 14-20.146, préc. note 5.

11 V. Perruchot-Triboulet et A. Cermolacce, préc. note 6. – G. Cornu, *Droit civil. La famille* : LGDJ, coll. *Précis Domat*, 9^e éd., 2006, n° 90. – M. Grimaldi, préc. note 2.

12 En ce sens, *Cridon de Paris, Questions-Réponses*, n° 872344.

La clause de désignation doit être prévue au moment où la donation est réalisée. Aucun acte rectificatif ne peut introduire une désignation *a posteriori*

prompte à contourner la difficulté en découvrant des legs de manière « assez artificiel(le) »²¹. *De lege ferenda*, il serait souhaitable que l'article 384 du Code civil intègre littéralement cette possibilité afin d'éviter ces contorsions jurisprudentielles.

D. - Le choix de la personne du tiers administrateur

15 - L'emploi par l'article 384 du Code civil du terme « tiers » pour l'administration des biens donnés ou légués au mineur soulève deux difficultés et appelle deux précisions.

1° Les deux difficultés

16 - La question se pose d'abord de savoir si la même personne peut être à la fois disposant et tiers administrateur. Autrement dit, le disposant peut-il s'auto-désigner tiers administrateur des biens donnés ?

La réponse de la doctrine et de la pratique notariale est ici unanimement positive : « rien n'interdit à l'auteur d'une transmission entre vifs de se désigner comme administrateur des biens donnés »²².

17 - La question se pose ensuite de savoir si l'administrateur légal pourrait être désigné en qualité d'administrateur conventionnel sur le fondement de ce texte et avec les pouvoirs élargis que peut lui conférer une telle désignation.

Plusieurs cas de figure peuvent ici se présenter :

- celui où le disposant n'est pas l'administrateur légal et souhaite désigner l'administrateur légal avec les pouvoirs élargis qu'autorise l'article 384 du Code civil ;
- celui où le disposant est l'administrateur légal et souhaite s'auto-désigner comme administrateur avec les pouvoirs élargis de l'article 384 du Code civil ;
- celui où le disposant est l'administrateur légal et souhaite désigner son conjoint avec les pouvoirs élargis de l'article 384 du Code civil.

18 - De manière constante, le Cridon de Paris²³, qui reconnaît la possibilité à l'administrateur légal dans les libéralités qu'il consent à son enfant d'utiliser la clause de désignation d'un tiers administrateur, limite la possibilité de désigner comme tiers administrateur le ou les administrateurs légaux au seul cas où le disposant n'est pas l'administrateur légal, au motif que

les règles d'administration légale sont impératives et que les administrateurs légaux ne peuvent pas en disposer.

Autrement dit, selon le Cridon de Paris, l'administrateur légal ne peut avoir, en qualité de tiers administrateur, des pouvoirs

élargis sur les biens transmis à titre gratuit à son enfant mineur que s'il n'est pas l'auteur de la libéralité.

19 - Certains auteurs²⁴ et membres de la profession notariale réfutent cette analyse et considèrent que « rien ne justifie de traiter distinctement le donateur selon qu'il est administrateur légal ou non »²⁵.

Au soutien de cette deuxième thèse peut être sollicité l'esprit de la loi :

- l'esprit du texte de l'article 384 : il s'agit d'une disposition destinée à favoriser les libéralités faites à un mineur²⁶. Si la perspective du jeu des règles de l'administration légale sur les biens transmis au mineur est un frein dans la volonté libérale du disposant, il faut permettre à ce dernier de les écarter. Car, à défaut, des règles conçues pour protéger les intérêts du mineur risquent de se retourner contre lui ;

- l'esprit de la réforme de l'administration légale opérée en 2015 : le législateur a voulu, en limitant l'intervention du juge des tutelles, manifester la confiance qu'il fait aux administrateurs légaux pour protéger les intérêts patrimoniaux de leurs enfants. On ne doit donc pas redouter *a priori* de l'administrateur légal qui s'auto-désigne tiers administrateur ou qui désigne en cette qualité son conjoint une volonté de nuire à son enfant. Et pour les cas pathologiques, on utilisera la faculté prévue par l'article 384, alinéa 3 du Code civil de faire désigner par le juge des tutelles un administrateur *ad hoc* pour remplacer le « tiers administrateur-administrateur légal » malveillant.

C'est pourquoi la FNDP entend soutenir cette interprétation large du domaine d'application de la clause de désignation d'un tiers administrateur pour que soit admise son utilisation dans les trois cas de figure identifiés ci-dessus. Mais consciente que la pratique a besoin d'une assise légale claire, la FNDP propose que la lettre de l'article 384 du Code civil intègre cette précision.

2° Les précisions

20 - Premièrement, l'emploi du singulier (« un tiers ») par l'article 384 du Code civil ne doit pas brider l'imagination du rédacteur²⁷. Notamment, il est de bonne précaution que soit

21 M. Grimaldi, *préc. note 5*.

22 Ph. Delmas Saint Hilaire, in *Mél. Le Guidec*, *préc. note 12, spéc. p. 337*.

23 Cridon de Paris, *Questions-Réponses*, n° 857609.

24 Ph. Delmas Saint Hilaire, *préc. note 12*.

25 113^e Congrès des notaires de France, *préc. note 1 : rapp.*, n° 1830.

26 G. Cornu, *préc. note 10*.

27 V. 113^e Congrès des notaires de France, *préc. note 1 : rapp.*, n° 1837.

réfléchie l'opportunité de désigner plusieurs tiers, conjoints ou successifs :

- un tiers administrateur subsidiaire ;
- un co-administrateur, avec éventuellement une distinction selon la nature des biens transmis au mineur ;
- un tiers contrôleur du tiers administrateur, selon l'importance de la mission confiée ou du volume transmis au mineur.

Deuxièmement, l'emploi du terme « tiers » sans autre précision laisse la possibilité de désigner tant une personne physique qu'une personne morale : *ubi lex non distinguit...*

2. Avis 2 - La mission du tiers administrateur : le champ du possible

21 - En présence d'une désignation de tiers administrateur respectant les conditions de fond et de forme précédemment rappelées²⁸, les biens formant l'objet de la libéralité, dont cette clause est l'accessoire, se trouvent soustraits à l'administration légale et soumis à l'administration d'un tiers dont les contours de la mission doivent être précisés dans le temps (A) mais aussi quant au périmètre des biens qui y sont soumis (B) et quant à l'étendue des pouvoirs ainsi conférés (C).

A. - Étendue de la mission dans le temps

22 - Le début de la mission de l'administrateur conventionnel appelle quelques précisions (1°), tout comme l'organisation conventionnelle de la cessation de ses fonctions (2°).

1° Le début de mission du tiers administrateur : quid de l'acceptation de la donation ou du legs par le tiers administrateur lui-même ?

23 - Il s'agit ici de s'interroger sur la **possibilité pour le tiers administrateur désigné d'accepter**, au nom du mineur, la **libéralité** contenant la clause d'exclusion de l'administration légale. En effet, s'il appartient en principe à l'administrateur légal d'accepter au nom du mineur toute libéralité (sauf le pouvoir de représentation concurrent reconnu à tout ascendant en matière de donation en vertu de l'article 935 du Code civil), celle contenant une clause d'exclusion de l'administration légale devrait provoquer fréquemment sa réticence ; le tiers administrateur a-t-il le pouvoir d'accepter ?

24 - En faveur d'une réponse positive, il peut être soutenu, avec certains auteurs, que le tiers administrateur doit remplacer l'administrateur légal « pour tout ce qui va concerner la libéralité »²⁹ et qu'en conséquence, il doit pouvoir accepter cette

libéralité, sauf à, seulement, s'assurer que la clause le prévoit expressément.

Si cette approche libérale nous semble intéressante, il apparaît néanmoins que le raisonnement n'est pas évident : le tiers administrateur tire sa fonction de la libéralité qui, pour être formée, doit, donation ou legs, être acceptée par le gratifié ; il nous paraît douteux que ce tiers puisse, en l'état du droit positif, exercer sa mission³⁰.

25 - En cas de difficulté quant à l'acceptation de la libéralité (ce qui n'est pas si récurrent en pratique) :

- soit il s'agit d'une donation pour laquelle il subsisterait le recours à un ascendant de l'enfant mineur (*C. civ.*, art. 935), le donateur pouvant à défaut solliciter du juge des tutelles la désignation d'un administrateur *ad hoc* ;
- soit il s'agit d'un legs, et le tiers administrateur lui-même pourra solliciter du juge des tutelles la désignation d'un administrateur *ad hoc* à l'effet d'accepter la libéralité, compte tenu de l'opposition d'intérêts entre mineur et administrateur légal.

26 - Une évolution législative à ce sujet semble souhaitable à la FNDP tant il apparaît de l'intérêt du mineur et conforme à l'esprit de l'article 384 du Code civil, que le tiers administrateur puisse se voir clairement reconnaître le pouvoir d'accepter la libéralité consentie au mineur, sans autorisation du juge. Dans le même sens, il serait souhaitable de consacrer la possibilité pour le tiers administrateur d'accepter une clause bénéficiaire d'assurance-vie comportant la désignation d'un tiers administrateur des capitaux versés.

2° La durée du pouvoir du tiers peut-elle être limitée par autre chose que par le décès ou la majorité du donataire ?

27 - La mission du tiers administrateur cesse automatiquement à la majorité du gratifié ou par la survenance soit du décès du tiers administrateur³¹, soit lorsque survient l'une des situations prévues aux articles 395 et 396 du Code civil, ce qui commande alors la désignation par le juge des tutelles d'un tiers administrateur pour le remplacer : il s'agit là, en quelque sorte, de « bornes maximales » dont il n'est pas douteux qu'elles ne pourront pas être outrepassées.

28 - Ainsi, une clause d'exclusion prévoyant que le tiers administrateur exercera sa mission au-delà de la minorité du gratifié est à éviter : une telle clause serait, en tout état de cause, impuis-

28 V. avis précédent.

29 Ph. Delmas Saint Hilaire, *préc. note 12. – 113^e Congrès des notaires de France, préc. note 1 : rapp.*, n° 1835.

30 Le Cridon de Paris a pris position en ce sens (*Questions-Réponses*, n° 857609).

31 La désignation par le juge des tutelles d'un administrateur *ad hoc* n'est pas prévue par l'article 384, au cas de décès du tiers administrateur : cette incertitude renforce la nécessité de prévoir un tiers administrateur subsidiaire.

Une clause d'exclusion prévoyant que le tiers administrateur exercera sa mission au-delà de la minorité du gratifié est à éviter

sante à faire perdurer la mission du tiers administrateur, en tant que telle, au-delà de cette minorité et serait requalifiée en charge de la libéralité ce qui entraînerait l'application du régime habituel de ces charges :

- d'une part, l'application éventuelle de l'action en révision prévue par l'article 900-2 du Code civil³², que le gratifié soit réservataire ou non ;
- et d'autre part, si le gratifié est héritier réservataire, la réduction pour atteinte à la réserve qui pourrait être demandée au décès de l'auteur de la transmission si la libéralité ne porte pas sur la quotité disponible (*C. civ.*, art. 912).

29 - S'il s'agit d'organiser l'administration et la gestion des biens donnés au-delà de la minorité de l'enfant, c'est-à-dire pour le temps où le gratifié sera jeune majeur, il sera préférable de distinguer la clause organisant cette restriction de pouvoirs de celle excluant l'administration légale ; la restriction de pouvoirs conventionnelle sera alors valable et efficace du vivant du disposant mais exposée, après son décès et sauf l'effet de la quotité disponible, à l'(éventuelle) action en réduction du gratifié réservataire.

CONSEIL PRATIQUE

→ En pareille circonstance, le mandat à effet posthume sera souvent un complément utile à la désignation du tiers administrateur : en effet, le mandat à effet posthume n'est pas limité à la quotité disponible et ne prend pas fin automatiquement à la majorité de l'héritier dans l'intérêt duquel il est constitué.

30 - En pratique, le **besoin inverse** est parfois exprimé ce qui amène à s'interroger sur la possibilité de circonscrire la mission du tiers administrateur à une durée plus courte car limitée par un terme qui peut être fixe (par exemple « dans trois ans » ou « au 15^e anniversaire du gratifié ») ou dépendre d'un événement déterminé (par exemple « dès après l'aliénation du bien donné »).

31 - La lettre comme l'esprit de l'article 384 du Code civil nous semblent autoriser une telle application, *a priori* conforme à l'objectif de ce texte qui est de favoriser les libéralités consenties à des mineurs.

Toutefois, lors de la cessation des fonctions du tiers administrateur, deux analyses sont concevables :

32 *C. civ.*, art. 900-2 : « Tout gratifié peut demander que soient révisées en justice les conditions et charges grevant les donations ou legs qu'il a reçus, lorsque, par suite d'un changement de circonstances, l'exécution en est devenue pour lui soit extrêmement difficile, soit sérieusement dommageable. ».

– soit l'on considère qu'il doit être fait application, par extension, du troisième alinéa de l'article 384, le juge des tutelles devant nommer un administrateur *ad hoc* (c'est ce que la loi

prévoit si le tiers administrateur, par exemple, refuse sa mission ou se trouve placé sous tutelle) ;

– soit l'on considère que l'exclusion de l'administration légale, limitée à une période, ayant pris fin, il doit être fait application des règles de l'administration légale lesquelles ont ainsi été « gelées » seulement pour un temps déterminé.

32 - La FNDP entend soutenir cette deuxième analyse³³. L'absence de confirmation jurisprudentielle à ce sujet conduit néanmoins à recommander une précision expresse en ce sens dans l'acte libéral.

B. - Étendue de la mission quant aux biens

33 - Deux précisions méritent d'être apportées.

Premièrement, la mission du tiers administrateur peut porter sur des biens composant la réserve du mineur. En effet, la fonction de la réserve héréditaire est d'assurer à un ou plusieurs héritiers réservataires de recevoir une portion de la succession libre de charge et non de protéger le périmètre « naturel » de l'administration légale ; corrélativement, le rôle assigné à l'action en réduction est de protéger les droits de l'enfant réservataire et non les droits d'administration du parent.

Ainsi, il n'est pas surprenant que la Cour de cassation ait, par un arrêt du 6 mars 2013³⁴ affirmé que la clause d'exclusion de l'administration légale peut porter sur la réserve du gratifié : « Attendu que l'article 389-3 du Code civil, qui permet au disposant, sans aucune distinction, de soustraire à l'administration légale des père et mère les biens qu'il donne ou lègue à un mineur, est une disposition générale qui ne comporte aucune exception pour la réserve héréditaire ». Cette interprétation nous rappelle donc que la clause d'exclusion, accessoire d'une libéralité, n'est ni une libéralité, ni une charge et conforte l'article 384 dans son rôle : favoriser les libéralités adressées aux enfants.

Deuxièmement, il n'est pas discuté, semble-t-il, que la mission de gestion du tiers administrateur puisse être étendue aux biens subrogés aux biens donnés ou légués.

CONSEIL PRATIQUE

→ Comme il est douteux que l'extension de cette mission puisse être seulement implicite, ou sous-entendue, il est de bonne pratique, pour éviter tout contentieux à ce sujet,

33 En ce sens, avec prudence, *Cridon de Paris, Questions-Réponses*, n° 857609.

34 *Cass. 1^{re} civ.*, 6 mars 2013, n° 11-26.728, *préc. note 2*.

de prévoir expressément cette subrogation dans la clause de désignation du tiers administrateur.

C. - Étendue de la mission quant aux pouvoirs du tiers administrateur

34 - L'article 384, alinéa 2 du Code civil dispose que le tiers administrateur a les pouvoirs qui lui sont conférés par la donation ou le testament et, à défaut, ceux d'un administrateur légal.

Il en résulte que le disposant peut augmenter ou diminuer comme il le souhaite les pouvoirs du tiers administrateur : lui conférer plus de pouvoirs que ceux d'un administrateur légal ou au contraire encadrer ses pouvoirs et organiser des contraintes auxquelles l'administrateur légal n'est pas soumis, par exemple en subordonnant certains actes à l'autorisation préalable d'une ou plusieurs personnes déterminées.

35 - En tout état de cause, il ne sera pas possible de soumettre à l'autorisation du juge des tutelles l'accomplissement d'un acte si ce n'est déjà prévu par la loi : la compétence du juge des tutelles ne saurait avoir pour seul fondement la volonté du disposant, exprimée par une clause d'exclusion de l'administrateur légal. L'objection suivant laquelle le donateur, lorsqu'il est aussi administrateur légal ne pourrait conférer plus de pouvoirs qu'il n'en a ne saurait être retenue : le mandat conféré au tiers administrateur l'est par le donateur **agissant en qualité de propriétaire** et non en qualité d'administrateur légal.

36 - Malgré quelques avis contraires émis en doctrine à ce sujet³⁵, il ne nous semble pas douteux que l'administrateur conventionnel puisse se voir conférer tous pouvoirs de conservation, d'administration et de disposition sur les biens donnés ou légués³⁶, ainsi par exemple du pouvoir de céder des titres reçus à titre gratuit par le mineur, dans le cadre des opérations de donation-cession.

En pareille circonstance, il est d'usage que la cession de droits sociaux soit assortie de l'établissement d'une « garantie d'actif et de passif » (ci-après « GAP ») par laquelle le cédant se porte garant des différents postes d'actif et de passif tels qu'ils résultent de la situation comptable de la société dont les titres sont cédés, exposant ainsi le cédant-garant à se trouver redevable d'une indemnité, au profit soit du cessionnaire soit de la société, dont le versement est alors le plus souvent garanti par une caution bancaire, elle-même garantie par le nantissement accordé par le cédant sur un contrat de capitalisation alimenté par le produit de la cession.

37 - Cette GAP et la constitution des garanties qui y sont associées (notamment un nantissement), bien que le plus souvent établies par acte séparé de celui formant le support de la cession de titres, ne peuvent être analysées que comme la partie d'un ensemble contractuel à la formation duquel chaque composante est strictement indispensable et constitue un maillon essentiel. Dès lors, il doit être admis que le pouvoir de disposer conféré au tiers administrateur recouvre celui de signer une GAP et consentir ces garanties, qui en sont l'accessoire.

38 - Le même raisonnement doit être tenu s'agissant des autres obligations accessoires contractées, aux termes de l'acte de cession, par le cédant même si elles ne sont pas explicitement visées par la clause de désignation d'un tiers administrateur³⁷.

En revanche, le nantissement consenti à la garantie de la dette d'un tiers par le tiers administrateur ès qualités, sur un contrat de capitalisation appartenant au mineur paraît plus discutable s'il ne constitue pas l'accessoire indissociable de l'opération de cession, du moins lorsqu'il est constitué sans aucune contrepartie ; en effet, s'il est acquis que la preuve de l'intérêt de l'enfant mineur n'est pas une condition de validité de la désignation d'un tiers administrateur³⁸, il ne fait pas de doute que ce dernier doit s'abstenir d'accomplir des actes manifestement contraires à l'intérêt du mineur.

39 - Par ailleurs, le tiers administrateur ne peut jouer aucun rôle s'agissant de représenter le mineur à l'effet de donner le consentement de ce dernier à l'aliénation d'un bien reçu par libéralité par l'un de ses héritiers réservataires sur le fondement de l'article 924-4 du Code civil : un tel consentement se rapproche d'une renonciation à un droit dès lors qu'il a pour effet de priver l'héritier réservataire du droit d'exercer, en cas d'insolvabilité du gratifié, l'action en revendication contre le tiers détenteur. Si ce consentement est exprimé dans l'acte de donation dont il constitue une clause (autorisée par l'article 924-4 du Code civil), il sera en dehors du périmètre d'intervention du tiers administrateur dont la mission commence, en l'état actuel du droit positif, dès la donation parfaite, donc acceptée³⁹ ; si ce consentement doit être exprimé postérieurement à la donation au nom du mineur, il se rapportera alors par nature à des biens autres que ceux donnés au mineur concerné et pour lequel un tiers administrateur aura été désigné : un tel consentement est alors, par nature, en dehors du domaine d'intervention du tiers administrateur.

40 - Enfin, lorsque les actifs donnés ou légués (ou ceux acquis en remploi) sont des droits sociaux, il convient de s'interroger

³⁵ V. R. Mesa, *La gestion des biens reçus par un mineur à titre gratuit non soumis à l'administration légale* : RLDS déc. 2013, n° 110.

³⁶ En ce sens not. : M. Grimaldi, *obs ss Cass. 1^{re} civ., 6 mars 2013, préc. note 2.*

³⁷ Ainsi par exemple d'une clause portant renonciation par les cédants à l'usage commercial de leur patronyme ; comp., s'agissant d'un mandat de droit commun : Cass. com., 10 juill. 2018, n° 16-23.694 : *JurisData* n° 2018-012451 ; RTD civ. 2018, p. 933, comm. P.-Y. Gautier.

³⁸ Cass. 1^{re} civ., 26 juin 2013, n° 11-25.946 : *JurisData* n° 2013-013140 ; RTD civ. 2013, p. 575, obs. J. Hauser.

³⁹ Sur ce point, V. *supra*.

Le mandat conféré au tiers administrateur l'est par le donateur agissant en qualité de propriétaire et non en qualité d'administrateur légal

sur la possibilité pour le tiers administrateur, qui par hypothèse n'est pas associé, d'exercer les prérogatives d'associé et notamment le droit de vote ; le tiers administrateur, agissant en qualité de mandataire du donateur et non en qualité d'administrateur légal, il convient de s'interroger sur l'application des règles de droit commun en matière de représentation des associés aux assemblées générales, ce qui implique de distinguer selon la forme sociale concernée.

toutes les assemblées d'associés, sans avoir à respecter les règles de droit commun des sociétés en matière de représentation des associés.

3. Avis 3 - La clause de désignation

d'un tiers administrateur à l'épreuve des autres techniques de gestion des biens transmis à titre gratuit à un mineur

Question de l'application des règles de droit commun en matière de représentation des associés aux assemblées générales	
En présence d'une SAS	il n'existe pas d'obligation pour un actionnaire de se faire représenter par un autre actionnaire, ni aux termes d'une procuration spéciale, de sorte que le tiers administrateur pourra agir librement.
En présence d'une société civile	- soit les statuts prévoient et autorisent la représentation par un tiers non associé et l'administration par un tiers ne pose pas de difficulté ; - soit les statuts sont silencieux à ce sujet : dans ce cas, il est généralement admis que la représentation d'un associé est alors impossible qui plus est par un mandataire autre qu'un associé. Cependant , avec certains auteurs ¹ , nous pensons qu'il doit être dérogé au droit commun de la représentation en droit des sociétés lorsqu'il existe une disposition spéciale : cela est le cas en l'espèce dès lors que le tiers administrateur, bien que n'agissant pas en qualité de représentant légal du mineur, exerce un mandat particulier pour la protection de ce dernier, dont le régime juridique est spécialement organisé par une disposition du Code civil.
S'agissant des SA	- d'une part, l'article L. 225-106, I du Code de commerce pose un principe général suivant lequel un actionnaire ne peut, sauf exception, être représenté que par un autre actionnaire (ou son conjoint ou son partenaire avec lequel il est lié par un pacte civil de solidarité) ; - d'autre part, l'article R. 225-79 pose le principe d'une procuration spéciale « <i>Le mandat est donné pour une seule assemblée</i> », il nous semble que le raisonnement doit être identique : il doit être admis de faire exception à ces principes généraux au regard du texte spécial de l'article 384 du Code civil.
1 : S. Lelong et A. Couret, <i>Comment concilier le mandat de protection future avec les exigences du droit des sociétés en matière de représentation des associés aux assemblées générales ?</i> : RJDA 3/08, p. 219.	

41 - La FNDDP entend donc ici soutenir la doctrine reconnaissant au tiers administrateur des titres sociaux transmis à titre gratuit au mineur le pouvoir de représenter le mineur dans

42 - La clause de désignation d'un tiers administrateur, dont les contours ont été précédemment détaillés⁴⁰, participe d'un ensemble d'outils permettant à un disposant d'affranchir le patrimoine qu'il transmet à titre gratuit à un mineur des règles de l'administration légale.

Selon que le disposant souhaite libérer la gestion du patrimoine transmis des règles de la minorité ou simplement restreindre les pouvoirs de l'administrateur légal, diverses solutions sont envisageables. Mise en perspective avec ces autres outils, la clause de désignation révèle encore mieux toute son efficacité.

A. - Les outils permettant de libérer la gestion du patrimoine transmis des règles de la minorité

43 - **Le mandat à effet posthume.** – Innovation majeure de la loi n° 2006-728 du 23 juin 2006 portant réforme des successions et des libéralités, le mandat à effet posthume, régi par les articles 812 à 812-7 du Code civil, peut être utilisé, en présence d'héritiers mineurs, pour dessaisir les représentants légaux de leur pouvoir de gestion du patrimoine transmis et confier ce dernier à un tiers, personne physique ou personne morale⁴¹. Cependant, à plusieurs égards, cet outil présente des faiblesses par rapport à la clause de désignation d'un tiers administrateur.

44 - Premièrement, le mandat à effet posthume doit être, dans l'acte⁴² et pendant toute la durée du mandat (V. C. civ., art. 812-4, 3°), motivé par un intérêt sérieux et légitime (C. civ., art. 812-1-1) lequel intérêt ne peut consister en la simple constatation de la minorité de l'un ou plusieurs des héritiers : « la présence d'un mineur ne permet pas de fonder à elle seule la nomination d'un

40 V. avis 1 et avis 2.

41 Pour une présentation générale de l'outil, V. M. Grimaldi, *Droit des successions* : LexisNexis, 7^e éd., 2017, n° 442 et s. – Fr. Terré, Y. Lequette, S. Gaudemet, *Les successions, les libéralités* : 4^e éd., n° 861 et s.

42 M. Grimaldi, *préc. note 41*, n° 449.

mandataire posthume ; il appartiendra au *de cuius* d'établir les données qui font que le jeu des règles propres à la protection du mineur ne suffit pas à assurer une bonne gestion des biens qu'il lui transmet »⁴³. On est ici très en retrait par rapport au régime de la clause de désignation d'un tiers administrateur dont on a vu que l'utilisation est subordonnée à la seule minorité du gratifié.

45 - Deuxièmement, il n'est pas certain que le *de cuius* puisse inclure dans la mission du mandataire le pouvoir de disposer des biens successoraux. Le texte⁴⁴ et la jurisprudence de la Cour de cassation⁴⁵ n'y paraissent pas favorables, ce que la doctrine⁴⁶ et la pratique notariale⁴⁷ déplorent. L'article 384 du Code civil élimine, lui, toute discussion à ce sujet concernant les pouvoirs du tiers administrateur désigné : on l'a vu, ce dernier peut à coup sûr se voir confier le pouvoir de disposer des biens transmis au mineur.

46 - Troisièmement, le mandataire ne peut pas empêcher le représentant légal de l'héritier mineur de disposer des biens de ce dernier. La Cour de cassation l'a jugé en 2010⁴⁸ dans une affaire où la mère de l'enfant avait désigné son propre père comme mandataire posthume afin d'évincer le père de l'enfant de la gestion des biens. Le grand-père maternel-mandataire posthume n'a pas pu s'opposer à la vente des biens successoraux par le père-administrateur légal. On peut alors penser, afin de contourner cette faiblesse du mandat posthume issue de la rédaction de l'article 812-4 du Code civil, à insérer dans le testament un legs consenti à l'héritier mineur pour lui arrimer une clause d'inaliénabilité afin de priver l'héritier tant qu'il est mineur et représenté du droit d'aliéner les biens hérités. L'intérêt sérieux et légitime qui doit motiver la clause d'inaliénabilité serait sans doute facilement décelable dans la motivation du mandat posthume.

ATTENTION

→ En revanche, la clause d'inaliénabilité, à la différence du mandat posthume⁴⁹, ne peut porter sur les biens reçus au titre de la réserve, car il s'agit d'une charge apposée à une libéralité (C. civ., art. 912, al. 1^{er}). De plus, la clause d'inali-

nabilité priverait du même coup le mandataire posthume du pouvoir de disposer des biens « alors que le mandat à effet posthume ne prendra son plein essor que si le mandataire peut être parfois autorisé à disposer »⁵⁰.

47 - Lorsqu'il s'agit de priver l'administrateur légal de tout pouvoir de gestion sur les biens transmis au mineur ou de lui conférer un pouvoir de disposition délesté de toute autorisation judiciaire, on constate ainsi la grande supériorité de la clause de désignation d'un tiers administrateur sur la solution consistant à mettre en place un mandat à effet posthume, à condition toutefois d'avoir pris la précaution d'arrimer la clause à un legs consenti à l'enfant⁵¹, précaution qui, pour le coup, n'est pas nécessaire en présence d'un mandat à effet posthume lequel joue pour les biens de la succession aussi bien légale que testamentaire.

48 - Toutefois, cet outil ne doit pas être, pour autant, négligé dans le type de situation qui nous intéresse. En effet, il peut être utilement prévu comme complément à la clause de désignation d'un tiers administrateur afin de prendre son relais à la majorité de l'enfant que l'on souhaiterait éloigner, au-delà de sa majorité, des soucis de la gestion des biens hérités.

CONSEIL PRATIQUE

→ À condition de respecter les conditions légales relatives à la durée du mandat à effet posthume et que la même personne soit nommée tiers administrateur et mandataire posthume, une telle solution permet d'allonger la durée de la mission du tiers administrateur au-delà de la majorité de l'héritier⁵², y compris sur les biens constituant la part réservataire de l'héritier.

49 - **La fiducie.** – L'article 408-1 du Code civil interdit que les biens ou droits d'un mineur soient transférés dans un patrimoine fiduciaire. Cette prohibition a une portée générale et interdit tout aussi bien au représentant légal du mineur de prendre la décision de transférer les biens du mineur dans une fiducie qu'au disposant de prévoir comme charge à la libéralité qu'il consent au mineur celle de transférer les biens reçus en fiducie.

Une telle prohibition n'a, on l'aura compris, aucun sens au vu de l'article 384 du Code civil : pourquoi permettre de transmettre à n'importe qui sauf à un professionnel le pouvoir de gérer les biens appartenant à un mineur ? Une évolution législative est at-

43 Fr. Terré, Y. Lequette, S. Gaudemet, *Droit civil. Les successions. Les libéralités* : Dalloz, coll. Précis, 4^e éd., 2013, n° 871.

44 V. Fr. Terré, Y. Lequette et S. Gaudemet, *préc. note 43*, n° 873. – M. Grimaldi, *préc.*, note 41, n° 451.

45 Cass. 1^{re} civ., 12 mai 2010, n° 09-10.556 : *JurisData* n° 2010-005870 ; *JCP N* 2010, n° 46, 1351, note J.-Gr. Mahinga.

46 Un avis FNDP a été rendu en ce sens : S. Schiller et F. Jourdain-Thomas, *Quels pouvoirs peuvent être accordés à un mandataire à effet posthume ?* : *JCP N* 2013, n° 36, 1212.

47 113^e Congrès des notaires de France, *préc. note 1* : rapp., n° 1858 et s.

48 Cass. 1^{re} civ., 12 mai 2010, n° 09-10.556, *préc. note 45*.

49 C. civ., art. 812, al. 1^{er} : le mandat à effet posthume peut porter sur tout ou partie de la succession.

50 M. Grimaldi, *Droit des successions, préc.*, note 41, p. 354.

51 Sur cette condition V. *supra*.

52 En ce sens : M. Grimaldi, *préc. note 41*, note 60, p. 357. – 113^e Congrès des notaires de France, *préc. note 1* : rapp., n° 1872-73.

Selon que le disposant souhaite libérer la gestion du patrimoine transmis des règles de la minorité ou simplement restreindre les pouvoirs de l'administrateur légal, diverses solutions sont envisageables

tendue quant à l'ouverture de la fiducie aux personnes mineures ou vulnérables⁵³.

50 - Toutefois, si cette évolution, attendue par la pratique et inscrite dans le rapport de mission interministérielle Caron Déglise sur l'évolution de la protection juridique des personnes remis en septembre 2018⁵⁴, arrivait, il faut bien comprendre qu'une telle solution n'aurait nullement le même champ d'application que la clause de désignation d'un tiers administrateur.

Premièrement, le fiduciaire est nécessairement un professionnel choisi dans l'une des catégories prévues par l'article 2015 du Code civil. Deuxièmement, l'obligation de mettre en fiducie les biens transmis s'analysant, en l'état actuel du droit positif, en une charge apposée à la libéralité, une action en cantonnement de la charge à la quotité disponible, au décès du disposant, serait à la disposition du représentant légal du mineur sur le fondement de l'article 912 du Code civil.

51 - **La tutelle testamentaire.** – Aux termes de l'article 403 du Code civil, le dernier vivant des père et mère d'un enfant mineur peut désigner librement la personne que le conseil de famille devra (*V. C. civ., art. 403, al. 3*) nommer comme tuteur de l'enfant, à son décès. Le parent survivant peut désigner un ou plusieurs tuteurs en distinguant la représentation de la personne du mineur et l'administration de ses biens, voire même désigner un tuteur adjoint pour la gestion de certains biens particuliers⁵⁵.

52 - En revanche, une doctrine autorisée avance que « le dernier mourant des père et mère ne pourrait conférer au tuteur qu'il nomme des pouvoirs plus ou moins étendus que ceux prévus par la loi. Celle-ci, en effet, lui permet de choisir un tuteur, non d'instituer une tutelle d'une nature spéciale »⁵⁶. Toutefois, le même auteur, dans le même ouvrage⁵⁷, soutient l'opinion que l'article 384 du Code civil devrait être étendu au mineur en tutelle et qu'ainsi l'on devrait reconnaître à l'auteur d'une libéralité « la possibilité d'écarter le tuteur (de l'administration

des biens donnés ou légués) ». La pratique notariale réfute cette thèse⁵⁸.

Au regard de l'intérêt de l'enfant que poursuit une telle clause, la FNDP entend ici appuyer la thèse avancée par le doyen Massip et demander une clarification de la loi à ce sujet dans un nouvel article 402-1 du Code civil.

53 - **Le mandat de protection future pour autrui.** – L'article 477, alinéa 3 du Code civil ouvre la

possibilité aux parents d'un enfant, mineur ou majeur, dont ils assument la charge matérielle et affective, de désigner un ou plusieurs mandataires pour le représenter le jour où, décédés ou atteints d'une infirmité, ils ne pourront plus prendre soin de l'intéressé. Un tel mandat permet donc aux parents de désigner la personne qui sera chargée de l'administration des biens de leur enfant vulnérable et qui lui auront été, le cas échéant, acquis par donation ou par succession. Il est avancé par une doctrine majoritaire⁵⁹ et la pratique notariale⁶⁰ que mis en place par les parents d'un enfant mineur un tel mandat ne s'ouvrira, si les conditions sont réunies, qu'à la majorité de l'enfant, s'agissant d'une mesure de protection juridique des majeurs ne dérogeant nullement aux règles de la minorité. Le mandat de protection future ne peut donc pas suppléer une clause de désignation d'un tiers administrateur durant la minorité de l'enfant gratifié.

CONSEIL PRATIQUE

→ En revanche, il fait partie des outils à conseiller à des parents soucieux d'organiser la gestion du patrimoine de leur enfant vulnérable en complément d'une clause de désignation et/ou d'une tutelle testamentaire.

B. - Les outils permettant de restreindre les pouvoirs de l'administrateur légal

54 - **Réduire l'assiette transmise au mineur.** – Si le souhait du disposant est d'écarter l'administrateur légal de la gestion des biens transmis, il est possible de procéder à un démembrement temporaire de propriété, pour le temps de la minorité de l'enfant. Ainsi, le mineur n'acquerra la pleine propriété qu'au jour de sa majorité grâce à la stipulation ou bien d'une réserve d'usu-

53 Une proposition de loi serait actuellement soumise à l'examen de la commission des lois de l'Assemblée nationale : *V.N. Peterka, Dr. & patrimoine, sept. 2018, p. 37.*

54 *V. p. 49.*

55 *J. Massip, Tutelle des mineurs et protection juridique des majeurs : Defrénois, 2009, n° 110.*

56 *J. Massip, préc. note 55, spéc. n° 111, 1874 et 1875.*

57 *J. Massip, préc. note 55, spéc. n° 32.*

58 *113^e Congrès des notaires de France, préc. note 1 : rapp., n° 1874.*

59 *Dalloz Action Protection de la personne vulnérable, 2017-2018, n° 411-46. – Adde Circ. DACS n° CIV/01/09/C1, 9 févr. 2009, relative à l'application des dispositions législatives et réglementaires issues de la réforme du droit de la protection juridique des mineurs et des majeurs.*

60 *113^e congrès des notaires de France, préc. note 1, n° 1871.*

fruit au profit du disposant si l'on est en présence d'une donation ou bien grâce à la constitution d'un usufruit temporaire au profit d'un tiers légataire, en cas de transmission par décès.

55 - Il est bien entendu que cette solution n'offre pas les mêmes potentialités que la clause de désignation d'un tiers administrateur étant donné que :

- la qualité d'usufruitier ne confère pas tous les pouvoirs de gestion du bien et notamment ne comporte pas le pouvoir de disposer du bien ;
- le mineur n'ayant pas reçu l'usufruit du bien sera privé, durant sa minorité, de tous les revenus du bien ;
- fiscalement, il n'est souvent pas intéressant pour le disposant, en matière d'impôt sur le revenu ou d'IFI, de conserver l'usufruit des biens transmis.

REMARQUE

→ Cette solution mérite cependant d'être réfléchie lorsqu'il peut être mis en place un quasi-usufruit sur les biens donnés car alors l'usufruitier dispose des pleins pouvoirs sur les biens donnés.

56 - Réduire les droits transmis sur les biens donnés. – Si le souhait est non pas de libérer la gestion des biens transmis au mineur des règles de l'administration légale mais d'encadrer encore plus strictement les pouvoirs de l'administrateur légal sur ces biens, le disposant peut imposer des conditions et des charges à la libéralité qu'il consent. Tant que le disposant est vivant, l'administrateur légal ne pourra en demander le cantonnement aux biens transmis au titre de la quotité disponible. On pense notamment à la clause d'inaliénabilité, régie par l'article 900-1 du Code civil. On comprend facilement qu'une telle clause ne peut que, le cas échéant, venir en complément de la clause de désignation d'un tiers administrateur⁶¹ mais est loin d'être une solution équivalente à cette dernière.

57 - Conclusion - La FNDP, afin de faciliter l'utilisation de la clause de désignation d'un tiers administrateur dans l'intérêt des mineurs, propose que les évolutions suivantes soient apportées à la rédaction des articles 384 et 935 du Code civil et qu'un nouvel article 402-1 soit inséré :

61 V. en ce sens, 113^e Congrès des notaires de France, préc. note 1 : rapp., n° 1873.

• Nouvel article 384 du Code civil :

« Ne sont pas soumis à l'administration légale les biens donnés au mineur ou reçus par lui en vertu d'un testament, en qualité de légataire ou en qualité d'héritier, sous la condition qu'ils soient administrés par un tiers.

La libéralité portant une telle condition pourra être acceptée, au nom du mineur, par le tiers ainsi désigné.

Le tiers administrateur, qui peut être l'un des administrateurs légaux de l'enfant, a tous les pouvoirs qui lui sont conférés par la donation, le testament ou, à défaut, ceux d'un administrateur légal.

Lorsque le tiers administrateur refuse cette fonction ou se trouve dans une des situations prévues aux articles 395 et 396, le juge des tutelles désigne un administrateur ad hoc pour le remplacer. **À défaut de remplacement du tiers administrateur, l'administrateur légal retrouve ses pouvoirs sur les biens ou sur ceux qui en sont leur représentation dans le patrimoine du mineur.** »

• Nouvel alinéa 3 de l'article 935 du Code civil

« La donation faite à un mineur pourra également être acceptée par le tiers administrateur désigné conformément à l'article 384 au titre De l'autorité parentale ou à l'article 402-1 au titre De la minorité, de la tutelle et de l'émancipation ».

• Nouvel article 402-1 du Code civil :

« Ne sont pas soumis à la tutelle les biens donnés au mineur ou reçus par lui en vertu d'un testament en qualité de légataire ou en qualité d'héritier sous la condition qu'ils soient administrés par un tiers.

La libéralité portant une telle condition pourra être acceptée au nom du mineur par le tiers ainsi désigné.

Le tiers administrateur, qui peut être le tuteur de l'enfant, a tous les pouvoirs qui lui sont conférés par la donation, le testament ou, à défaut, ceux d'un tuteur.

Lorsque le tiers administrateur refuse cette fonction ou se trouve dans une des situations prévues aux articles 395 et 396, le juge des tutelles désigne un administrateur ad hoc pour le remplacer. **À défaut de remplacement du tiers administrateur, le tuteur retrouve ses pouvoirs sur les biens ou leur représentation dans le patrimoine du mineur.** ■

À propos des avis du comité juridique de la FNDP



Sophie Schiller
présidente du comité juridique de la FNDP,
professeur à l'université Paris-Dauphine



Au début de l'année 2012, la Fédération Nationale Droit du Patrimoine (www.fndp.eu) a institué un comité juridique, composé professionnels et d'universitaires, destiné à rendre des avis sur les questions juridiques et fiscales intéressant le droit du patrimoine.

Les adhérents de la FNDP signalent des difficultés qu'ils ont pu rencontrer dans leur vie quotidienne et qui ne sont pas résolues par le droit positif. Quelques questions sont retenues pour faire l'objet d'un rapport décrivant l'état du droit et proposant une position à adopter. Le comité juridique se réunit quatre fois par an pour statuer sur ces propositions et rendre des avis qui sont publiés dans *La Semaine Juridique, notariale et immobilière*. Certains proposent des interprétations à retenir face à des dispositions applicables peu claires et d'autres une modification du droit positif à ce jour tout à fait clair, mais dont l'évolution est souhaitée par le comité juridique. Plusieurs dizaines ont été publiés, tous consultables sur le site de la FNDP.

Leur unique objectif est d'améliorer la sécurité juridique indispensable pour

mettre en place ces opérations dont la mise en œuvre se poursuit souvent sur de nombreuses années et accroître ainsi l'efficacité du texte. Ils ne constituent pas l'expression d'un groupe ou d'une profession qui défendrait ses intérêts particuliers, car ils expriment un consensus approuvé par des universitaires ainsi que des représentants des quatre professions fondatrices de la FNDP : les avocats représentés par le Barreau de Paris, les notaires par le Conseil supérieur du notariat, les banquiers par l'Association des juristes de banque et les assureurs par l'Association des juristes d'assurance et de réassurance. Certains avis ont été présentés aux pouvoirs publics qui ont salué la pertinence de la réflexion, la qualité des propositions et l'intérêt de cette démarche portée tant par des universitaires, que par des professionnels très divers, et donc non partisane. Ce nouvel avis très riche, rédigé par Claire Farge et Sylvain Guillaud-Bataille, aborde la difficile question de la désignation d'un tiers administrateur aux biens donnés ou légués à un mineur. Afin de conforter les praticiens dans les bienfaits de l'insertion d'une telle clause dans les libéralités

consenties à un mineur, les avis 1 et 2 dressent la liste des sujets qui peuvent se poser dans son utilisation, en identifiant ceux qui sont résolus par le droit positif. Ces sujets gravitent autour de la question de la désignation du tiers administrateur et des pouvoirs du tiers. Après cet état des lieux, le troisième avis éprouve l'efficacité de cette clause en la confrontant à d'autres outils susceptibles d'être utilisés pour écarter les règles de l'administration légale dans la gestion du patrimoine transmis à un mineur à titre gratuit.

Dans les semaines qui viennent, sera publié un autre avis rédigé par Éric Fongaro, professeur à Bordeaux et Estelle Naudin, professeur à Strasbourg (*Comment calculer le montant de la réserve héréditaire en cas d'atteinte à l'ordre public international ?*), dans la continuité des deux arrêts du 27 septembre 2017, dans lesquels la première chambre civile de la Cour de cassation s'est prononcée sur la place des règles françaises sur la réserve héréditaire par rapport à l'ordre public international français.

Nous espérons que ces nouveaux avis rendus par le comité juridique de la FNDP seront tout aussi utiles et auront une portée aussi avérée que les précédents et qu'ils contribueront eux aussi à faire évoluer le droit du patrimoine pour mieux répondre aux besoins des utilisateurs.