



DOSSIER

DONATION-PARTAGE : QUELLES STRATÉGIES ?

Avant-propos sur l'évolution de la notion de donation-partage.....34

PAR XAVIER BOUTIRON

♦ **Constat de la situation depuis les arrêts de 2013**.....37

PAR KARINE MARQUEZ
ET JEAN-FRANÇOIS BIDAULT

♦ **Corriger le passé**.....40

PAR JEAN-FRANÇOIS BIDAULT

♦ **Anticiper les futures donations « -partages »**.....43

PAR KARINE MARQUEZ ET XAVIER
BOUTIRON

♦ **La donation avec stipulation d'une clause de rapport forfaitaire**.....49

PAR CHRISTOPHE VERNIÈRES

♦ **La mise en société : une fausse bonne idée ?**.....52

PAR XAVIER BOUTIRON

En matière de donation-partage, les hasards des saisines ont bien fait les choses. Ils ont permis à la Cour de cassation d'asséner deux coups rapprochés, une droite puis une gauche, qui ont laissé le notariat KO en 2013.

Cette année-là vit s'abattre sur la donation-partage « comme un ouragan », selon le mot d'un auteur. Selon un processus naturel, en quelques mois, la tempête tropicale s'est transformée en cyclone.

La tempête fut provoquée par le premier arrêt, rendu par la première chambre civile de la Cour de cassation, le 6 mars 2013 (n° 11-21.892). Le message délivré par la Cour régulatrice était déjà clair : « *quelle qu'en ait été la qualification donnée par les parties, l'acte litigieux, qui n'attribuait que des droits indivis à cinq des gratifiés, n'avait pu, à leur égard, opérer un partage, de sorte qu'à défaut de répartition ultérieure de biens divis par les ascendants, cet acte s'analysait en une donation entre vifs ayant eu pour effet de faire sortir les biens du patrimoine des donateurs et de créer une indivision conventionnelle entre les donataires à laquelle il pouvait être mis fin dans les conditions prévues par l'article 1873-3 du Code civil* ». L'explicitation du visa était tout aussi limpide : « *attendu qu'il n'y a de donation-partage que dans la mesure où l'ascendant effectue une répartition matérielle de ses biens entre ses descendants* ». Mais le contexte spécifique dans lequel le message fut délivré a pu faire douter certains de l'exacte portée de la décision, tandis que

l'opération, en l'espèce, entrant, selon la volonté du disposant, dans les prévisions de l'article 1076 alinéa 2 (« *La donation et le partage peuvent être faits par actes séparés*... ») et que l'assignation en partage de l'indivision était intervenue après le décès d'un donataire et avant toute conclusion du second acte.

Le cyclone s'abattit huit mois après. La portée de l'arrêt du 20 novembre 2013 (Cass. 1^{re} civ., 20 nov. 2013, n° 12-25.681) n'est plus, en effet, affectée par le contexte factuel et l'attendu de principe, sous le visa de l'article 1075 du Code civil, reprenant presque mot pour mot celui contenu dans l'arrêt de mars, en ressort avec plus d'éclat encore.

Selon une chronologie inversée, la dépression succéda au cyclone...

Cette brutale remise en cause d'une pratique profondément ancrée dans les mœurs notariales appelait une prompt réaction. Il fallait laver le passé et repenser l'avenir.

L'abatement fut de courte durée ; l'imagination et la créativité reprurent vite leurs droits, le Droit.

Ce sont leurs fruits, mûris dans la pensée de praticiens composant le groupe Patrimoine au sein de l'étude Cheuvreux, qui sont ici offerts aux lecteurs de *Droit & Patrimoine*.

Hervé Lécuyer,

Professeur à l'Université Paris II (Panthéon-Assas)

AVANT-PROPOS SUR L'ÉVOLUTION DE LA NOTION DE DONATION-PARTAGE

LA LOI DE 2006 (1) EST SANS NUL DOUTE UN TOURNANT MAJEUR DANS L'HISTOIRE DE LA DONATION-PARTAGE. TOURNANT SOCIAL PAR SON IMPACT SUR LES PARTIES À L'ACTE, TANDIS QU'UN TOURNANT ÉCONOMIQUE S'EST ÉGALEMENT EFFECTUÉ AU COURS DE CETTE MÊME DÉCENNIE (2).



PAR XAVIER BOUTIRON,
NOTAIRE ASSOCIÉ,
CHEUVREUX NOTAIRES,
GROUPE PATRIMOINE

Nous allons voir que la donation-partage, acte enfermé dans un cadre familial étroit (I), s'est ouvert à un cadre familial plus large (II), pour arriver même à sortir, du moins partiellement, de la famille (III).

I - LA DONATION-PARTAGE : UN ACTE ÉTROITEMENT FAMILIAL

En 1804, lors de l'élaboration du Code civil, la donation-partage occupait en tout et pour tout six articles (art. 1075 à 1080 inclus), et l'article 1075 était réduit à sa plus simple expression : «*Les père et mère et autres ascendants pourront faire, entre leurs enfants et descendants, la distribution et le partage de leurs biens*» (3).

L'idée maîtresse de l'acte est parfaitement présente lorsque cet article nous dit que les père ou mère pourront faire le partage de leurs biens, sous-entendu de la totalité de leurs biens, c'est-à-dire de leur succession. Idée d'ailleurs renforcée si l'on se reporte à l'article 1077 dans sa version de 1804,

qui prend soin de préciser : «*Si tous les biens que l'ascendant laissera au jour de son décès n'ont pas été compris dans le partage, ceux de ces biens qui n'y auront pas été compris, seront partagés conformément à la loi*».

Cette approche première de la donation-partage s'inscrit dans une époque et dans un cadre familial constitué des père et mère et des seuls enfants issus de leur union.

D'un autre point de vue, le souhait de vouloir «régler sa succession de son vivant» peut simplement être inspiré du désir de laisser à ses descendants une place nette, entendons ici «nette de frais et droits», car le donateur aura transmis ses biens mais aura aussi anticipé les droits de mutation et les frais. Nous avons vu ainsi apparaître au cours du temps la «donation-partage fiscale» pour laquelle la préoccupation première n'est pas réellement la transmission d'un patrimoine en vue de la succession future mais dont l'objectif est d'utiliser et de profiter des invitations fiscales offertes par les gouvernements successifs (4). C'est ainsi que l'on réalise des donations-partages pour des biens dont les père et mère conservent l'usufruit du bien donné (la jouissance et les revenus) toute leur vie durant et celle du survivant d'eux. Concrètement, les donataires ne pourront réellement en disposer que

conjointement et qu'au décès du survivant de leurs parents.

La situation est ainsi très voisine d'une transmission par décès. La démarche n'est en rien critiquable, au contraire. Au décès des parents, l'usufruit s'éteindra sans droits de mutation, et c'est à ce moment seulement que les enfants mesureront l'ampleur de la donation consentie par leur père et mère.

Reconnaissons tout de même qu'une telle donation-partage n'a de «partage» que le nom qu'on veut bien lui donner...

NOTES

(1) L. n° 2006-728, 23 juin 2006, JO 24 juin.

(2) Création du pacte «Dutreil» (CGI, art 787 B, réduction de droits de mutation à titre gratuit)

(3) L'article 1075 à lui seul se décline aujourd'hui en 6 articles, et les dispositions relatives à la donation-partage occupent aujourd'hui 22 articles dans le Code civil...

(4) La revalorisation en 2004 du barème de l'usufruit viager visé à l'article 669 du Code général des impôts (qui datait de 1901!!!), l'augmentation sensible de 2007 à 2011 des abattements en ligne directe, puis leur baisse tout aussi sensible, auxquelles s'ajoutent les exonérations partielles attachées à la nature des biens (immeubles construits en 1993, biens ruraux, engagements de conservation, etc.), invitent largement les particuliers à transmettre des biens de leur vivant.

II - LA FAMILLE S'ÉLARGIT

Innovation de la loi de 2006 (ou presque...), la donation-partage transgénérationnelle est la conséquence de l'allongement sensible de la durée de vie. Son régime juridique général est celui propre aux donations-partages en y ajoutant une sorte de fiction juridique par le mécanisme de la souche familiale.

Du fait de l'allongement sensible de la durée de la vie, bon nombre de donations sont donc consenties au profit d'enfants déjà « bien installés, et à la veille de prendre leur retraite... ». En conséquence, ces derniers, s'ils veulent eux aussi anticiper leur succession, sont amenés à envisager une transmission à plus ou moins court terme à leurs propres enfants.

Ce constat démographique a donc fait germer une idée simple en soi : pouvoir réaliser en un seul acte une « transmission à la carte » entre ses enfants et petits-enfants.

Aux termes de l'article 1078-4, alinéa 1^{er} : « Lorsque l'ascendant procède à une donation-partage, ses enfants peuvent consentir à ce que leurs propres descendants y soient allotis en leur lieu et place, en tout ou en partie ».

Toutefois, l'allongement de l'espérance de vie n'est pas un phénomène si récent et la pratique avait élaboré un mécanisme, sorte de prototype, précurseur de la donation-partage transgénérationnelle : la donation secondaire. Cette donation, non supprimée à notre connaissance, repose sur la notion de « charge » contenue dans la donation. La donation principale est consentie aux enfants, à charge pour eux de retransmettre – donation secondaire – tout ou partie de ce qu'ils ont recueilli à leurs propres enfants. Au plan civil, on arrive, comme en matière de donation-partage transgénérationnelle, à « sauter une génération ». Au plan fiscal, l'opération peut se révéler intéressante, car les petits-enfants sont taxés comme s'ils recevaient les biens directement de leur grand-parent (5).

Dès lors, et depuis 2006, la donation-partage en présence d'un enfant unique devient possible si ce dernier fait participer à l'acte ses (ou même son

unique) enfants. Cette nouvelle forme de donation-partage suit les règles relatives à toutes les donations-partages quant à la nature des biens qui sont transmis : biens et valeurs de toute nature, droits indivis ou composantes du droit de propriété. Un enfant, partie à l'acte, s'il y consent, peut ainsi « renoncer » à sa part en vue d'une attribution à son ou ses enfants.

La donation-partage « ordinaire » repose sur une « fiction juridique » en ce sens qu'elle consiste à régler (du moins en partie) la succession d'une personne non encore décédée. La donation-partage transgénérationnelle ajoute une seconde fiction juridique. Elle reste une donation-partage, mais les petits-enfants qui reçoivent un bien de leur grand-père ne seront ni appelés ni concernés par cette donation lors de l'ouverture de la succession du grand-père donateur, car ils seront censés avoir reçu cette donation de leur père ou mère.

En résumé : le fils ne reçoit rien, il ne donne rien, mais les biens transmis à ses enfants par son père s'imputeront sur sa propre part d'héritage...

À ce stade de la réflexion, il est intéressant de noter d'une part l'évolution de la notion même de donation-partage, d'autre part les conséquences d'une donation-partage transgénérationnelle dans laquelle les petits-enfants d'une même souche allotis en lieu et place de leur auteur se retrouvent nécessairement dans une situation d'indivision entre eux, sans remettre en cause le caractère de partage.

Le partage se réalisant en réalité à la souche supérieure, la situation des petits-enfants n'est pas prise en compte quant à la notion de donation-partage.

III - LA FAMILLE S'EFFACE

Issu de la loi de 2006, l'article 1075-2 du Code civil est ainsi rédigé : « Si ses biens comprennent une entreprise à caractère individuel à caractère industriel, commercial, artisanal agricole ou libéral ou des droits sociaux d'une société exerçant une activité à caractère industriel, commercial (...) et dans laquelle il exerce une fonction dirigeante, le disposant peut en faire, sous forme de donation-partage et dans les conditions prévues aux articles 1075 et 1075-1, la distribu-

tion et le partage entre le ou les donataires visés auxdits articles et une ou plusieurs autres personnes, sous réserve des conditions propres à chaque forme de société ou stipulées dans les statuts. Cette libéralité est faite sous réserve que les biens corporels et incorporels affectés à l'exploitation de l'entreprise ou les droits sociaux entrent dans cette distribution et ce partage, et que cette distribution et ce partage aient pour effet de n'attribuer à ces autres personnes que la propriété ou la jouissance de tout ou partie de ces droits ».

Il est donc permis à un tiers, mais sous certaines conditions, d'intégrer le pacte familial de donation-partage. Cet article est en réalité la « réforme » d'une loi antérieure datant de 1988 (6) et codifiée sous l'alinéa 3 de l'article 1075.

On peut en premier lieu se poser la question de savoir pourquoi le législateur a choisi le cadre de la donation-partage pour faciliter la transmission à titre gratuit de l'entreprise. En 1988, les donations-partages bénéficiaient d'un régime de faveur au plan fiscal sur les donations simples. Dès lors, le tiers étranger à la famille pouvait bénéficier comme donataire copartagé de cet avantage. L'argument n'est guère convaincant (7). D'ailleurs, le temps écoulé l'a démontré puisque toutes les donations bénéficient aujourd'hui des mêmes réductions.

Si le choix du législateur s'est porté sur la donation-partage, c'est en raison des avantages et conséquences civiles attachés à cet acte, savoir que les biens compris dans cette donation qui d'abord échappent au rapport successoral ne sont pas, en principe, au moment de l'ouverture de la succession, réévalués à la date du décès.

En 1988, la donation-partage est encore enfermée dans le cadre étroitement familial décrit plus haut. La nouvelle disposition remettait en cause trop violemment les principes fondamentaux du partage anticipé de succession.

NOTES

(5) Si par exemple les enfants ont déjà consommé les abattements du chef de leur père et/ou mère, ou encore si ces derniers ont eux-mêmes un patrimoine important à transmettre à leurs enfants.

DONATION-PARTAGE : QUELLES STRATÉGIES ?

Au plan fiscal, les engagements de conservation (8) n'ont pas encore vu le jour et la fiscalité pour une personne collatérale (frère, sœur ou étranger, etc.) varie de 45 à 60 %... Une hypothèse pouvait éventuellement s'envisager sans encourir une fiscalité prohibitive : une transmission en ligne directe. L'entrepreneur ayant au moins deux enfants dont aucun des deux ne veut reprendre l'affaire de son père mais dont un petit-enfant y montre un intérêt.

Certes le champ d'application de la loi de 1988, limité à la seule entreprise individuelle, était trop étroit mais le motif de fond du manque d'intérêt qu'on lui a porté vient en réalité du fait que la notion de donation-partage et celle de la famille n'étaient pas préparées à accueillir ce cas particulier.

L'article 1075-2 du Code civil permet d'inviter à une donation-partage une personne n'ayant pas en principe la qualité juridique pour y prendre part. L'objet, identique à celui de 1988, est de faciliter la transmission d'une entreprise (désormais au sens large, individuelle ou sous forme sociale) que les présomptifs héritiers ne peuvent ou ne veulent pas reprendre. Elle est donc transmise selon la formule légale que nous reprendrons à *l'autre personne*.

Et pourtant l'application quotidienne des nouvelles formes de donation-partage issues de la loi de 2006 reste encore hésitante. Fort peu de donations-partages sont consenties à des collatéraux. La donation transgénérationnelle reste souvent cantonnée à des transmissions simples de somme d'argent et les « tiers » bénéficient peu de transmission d'entreprise, ou de sociétés familiales... Quelle conclusion pourrions-nous en tirer ?

Pour notre part, nous serions tentés de penser que la loi de 2006 est en réalité bien plus qu'une « simple réforme » et qu'en vérité elle a changé la nature profonde de l'institution de la donation-partage.

Nous avons toujours connu un lien « personnel et presque intime » dans la donation-partage. Nous avons toujours connu cette institution à travers les parents qui, par affection mais sous leur autorité, réunissaient leurs en-

fants en vue de leur transmettre et de partager par anticipation leur patrimoine. Le Code civil visait d'ailleurs l'« ascendant » ou le « donateur ».

La donation-partage suggérait donc clairement ce lien intime, étroit et familial des parents pour leurs enfants conduisant ainsi les « père et mère » à faire de leur vivant « la donation et le partage de leurs biens ». Cette transmission inspirée d'une évidente générosité est également imprégnée d'une certaine autorité des parents sur leurs enfants dans la distribution de leur patrimoine. On peut donc dire que la donation-partage était la manifestation d'un pouvoir des parents sur leurs enfants (pouvoir, ou autorité, n'étant pas exclusif d'affection et de générosité).

En cette matière, les nouveaux articles du Code civil ignorent aujourd'hui les mots « de père et mère, d'ascendants et de donateurs » : ceux-ci ont laissé la place à celui que l'on appelle désormais « le disposant ». Or nous ne pouvons « disposer » que de choses ou de biens. On ne dispose pas des individus et des gens.

Qu'est donc devenue la manifestation de l'autorité des parents sur leurs enfants dans ces nouvelles dispositions ? Dans la donation transgénérationnelle, si le lien d'affection demeure, celui de l'autorité se dilue... Plus encore, cette manifestation n'a plus aucun sens dès lors que l'on peut procéder à une donation-partage au profit de ses frères/sœurs, neveux/nièces, ou même au profit « d'une autre personne » (9).

Si dans la nouvelle rédaction des articles du Code civil le donateur a cédé la place au disposant, c'est que la manifestation originelle contenue dans la donation-partage a changé. Ces nouvelles formes de donation-partage sont devenues la manifestation d'un pouvoir d'une personne sur les choses.

Dès lors que la donation-partage nous montre son nouveau visage, on pourrait même se poser la question de savoir si le législateur n'aurait pas pu avoir un raisonnement « jusqu'aboutiste ». Si la donation-partage a réellement ce nouveau visage, pourquoi limiter l'« intrusion » d'une « autre personne » au seul cas de donation

d'entreprise (10) ? La donation portant seulement sur une entreprise au profit de « l'autre personne » à charge de soulte au profit des héritiers est totalement sortie du cadre et de l'esprit de la donation-partage... Si la valeur de l'entreprise ne remplit pas les droits théoriques de « l'autre personne » dans la donation, pour quelle raison celle-ci ne pourrait-elle recevoir de soulte ? Paradoxe ou volonté du législateur ?

Il faut donc assimiler le fait que la donation-partage depuis le 1^{er} janvier 2007 est passée d'un mode personnel à un mode réel, dans laquelle la notion de « l'avoir » l'emporterait sur celle de « l'être ».

Dans ce mode réel qu'est devenue la donation-partage, il n'est pas interdit de suggérer au législateur, comme l'avait fait le Congrès des notaires de France de Marseille en 2014 (11), de poursuivre l'évolution engagée depuis de nombreuses années en dévoyant encore plus la notion de donation-partage. En clair, créer une nouvelle forme dérivée de « donation-partage » réservée aux cas des biens divis, qui ne serait non pas partage, mais dont les modalités de rapport et de réduction apporteraient, au désormais disposant, un caractère de stabilité et de sécurité juridique, sans risquer de disqualification.

Ces notions relevant pour le moment de la pure imagination de la pratique, nous concentrons la suite de l'étude sur les solutions à apporter à la fois sur le passé pour les donations déjà signées portant le nom de « donations-partages avec attributions de biens divis », et à la fois pour l'avenir en anticipant les problématiques de requalification. ■

NOTES

(6) L. n° 88-15, 5 janv. 1988, relative au développement et à la transmission des entreprises, JO 6 janv.

(7) V. à ce sujet la sévérité du commentaire du professeur M. Dagot, in Un cas particulier de donation-partage, JCP N 1988, I, p. 107.

(8) CGI, art. 787 B.

(9) V. A. Tisserand-Martin, LPA 2007, n° 129, p. 27.

(10) *Ibid.*

(11) 110^e Congrès des notaires de France, Vie professionnelle et famille – Place au contrat, Marseille, 15-18 juin 2014.

CONSTAT DE LA SITUATION DEPUIS LES ARRÊTS DE 2013

À REBOURS D'UNE PRATIQUE NOTARIALE FORTEMENT ÉTABLIE, LA COUR DE CASSATION A AFFIRMÉ L'INCOMPATIBILITÉ ENTRE LE RÉGIME DES DONATIONS-PARTAGE ET LES DONATIONS AYANT POUR OBJET DES QUOTES-PARTS DE DROITS INDIVIS. POUR AUTANT LES HYPOTHÈSES OÙ LA REQUALIFICATION EST ENCOURUE SUSCITENT TOUJOURS DES INTERROGATIONS QUANT À LA PORTÉE DE CETTE JURISPRUDENCE ET SON AUTOMATICITÉ.



PAR KARINE MARQUEZ ET
JEAN-FRANÇOIS BIDAULT,
NOTAIRES ASSISTANTS, CHEUVREUX
NOTAIRES, GROUPE PATRIMOINE

Par deux arrêts en date du 6 mars 2013 (1) et du 20 novembre 2013 (2), la Cour de cassation a précisé sa position s'agissant de l'applicabilité du régime des donations-partages lorsque les biens donnés consistent en des quotes-parts de droits indivis.

Ainsi relève-t-elle aux termes de deux attendus de principe : « *Qu'en statuant ainsi, alors que, quelle qu'en ait été la qualification donnée par les parties, l'acte litigieux, qui n'attribuait que des droits indivis à cinq des gratifiés, n'avait pu, à leur égard, opérer un partage, de sorte qu'à défaut de répartition ultérieure de biens divis par les ascendants, cet acte s'analysait en une donation entre vifs ayant eu pour effet de faire sortir les biens du patrimoine des donateurs et de créer une indivision conventionnelle entre les donataires à laquelle il pouvait être mis fin dans les conditions prévues par l'article 1873 du Code civil, la cour d'appel a violé les textes susvisés* ».

Puis « *qu'en statuant ainsi, alors que, quelle qu'en ait été la qualification donnée par les parties, l'acte litigieux, qui n'attribuait que des droits indivis à deux des trois gratifiés n'avait pu opérer un partage, de sorte que cet acte s'analysait en une donation entre vifs, la cour d'appel a violé le texte susvisé (article 1075 du Code civil)* ».

Pour autant, et après deux ans d'existence de cette jurisprudence, ces solutions posent toujours des difficultés inextricables à la pratique notariale, qui peine à trouver des expédients satisfaisants.

Deux difficultés doivent ainsi être abordées : la définition de la portée des solutions définies par la Cour de cassation (I) ainsi que la question de l'automaticité de la requalification ainsi posée (II).

I - CIRCONSCRIRE LA PORTÉE DES ARRÊTS DE 2013

Au travers de ces deux décisions, le glissement est d'importance : le premier arrêt ne semblait viser que la situation classique d'un bien donné à tous ses enfants en indivision qui ne faisait dès lors pas l'objet de partage à défaut de répartition de biens divis entre les donataires, alors que le second arrêt allait beaucoup plus loin dans la mesure où l'un des trois enfants avait reçu un bien en pleine propriété et que la situation d'indivision s'était cantonnée à ses deux frères et sœurs.

Pour autant, cette disparité de situation ne semble aujourd'hui pas suffisante à justifier d'une différence de traitement pour la Cour de cassation : dans un cas comme dans l'autre, la donation-partage doit être disqualifiée en donation simple avec les conséquences qui y sont attachées en termes de réévaluation des lots de chacun, tant s'agissant des règles de la réserve héréditaire (3) que des règles du rapport (4).

Une telle position, véritable révolution copernicienne pour la pratique notariale, a été approuvée par une partie de la doctrine (5) pour laquelle « l'acte qui "allotit" chaque enfant d'une même quote-part de la masse des biens donnés n'est pas une donation-partage. Il en est même l'exact contraire puisqu'il a pour effet de créer une indivision que la libéralité-partage a pour raison d'être de prévenir » (6).

NOTES

(1) Cass. 1^{re} civ., 6 mars 2013, n° 11-21.892.

(2) Cass. 1^{re} civ., 20 nov. 2013, n° 12-25.681.

(3) C. civ., art. 912 et s.

(4) C. civ., art. 860 et s.

(5) V. en ce sens, M. Grimaldi, Que faire au lendemain des arrêts de mars et novembre 2013?, *Defrénois* 15 avr. 2014, n° 7, p. 353; C. Brenner, Disposer en indivision par voie de donation-partage : d'un mal doit sortir un bien, *JCP N* 2015, n° 30, 1140.

(6) M. Grimaldi, La donation-partage suppose que le donateur... partage, *RTD civ.* 2013, p. 424.

DONATION-PARTAGE : QUELLES STRATÉGIES ?

Si de prime abord une telle affirmation semble exacte, il convient néanmoins de souligner que la formulation utilisée par la Cour de cassation ne doit pas être interprétée comme prohibant toute donation-partage portant sur des droits indivis : il convient de regarder celle-ci au travers du prisme des règles du partage.

Qu'entend-on par « donation de droits indivis » ?

Selon une première approche, littérale, il en ressortirait que le régime de la donation-partage serait totalement incompatible avec la notion d'indivision. Autrement dit, on ne saurait admettre que son objet soit constitué soit exclusivement, soit partiellement par des droits indivis.

Dans cette acception, ce serait donc la nature de la détention du bien en cause qui empêcherait la qualification et le régime des donations-partages.

Une telle restriction pourrait se concevoir. Une analogie pourrait même être ici effectuée avec le texte de l'article 1078 du Code civil, qui exclut expressément l'application de son régime dès lors qu'est prévue une « réserve d'usufruit portant sur une somme d'argent ». À cet égard, la nature d'un bien serait donc susceptible d'être une condition prohibant le développement des effets de la donation-partage.

A contrario, il pourrait être objecté que cette exclusion à raison de la nature particulière d'un bien est cependant une exception qui se veut légale. Exciper de cette nature serait alors un argument inverse pouvant militer pour le caractère limité des exceptions admises, et par conséquent justifier de la vigueur du principe.

L'argument n'est donc pas ici déterminant, et il convient en ce cas, comme l'énonce très justement le doyen Cornu, d'avoir une recherche téléologique, car « une exception mérite d'être appliquée dans toute la mesure de sa raison d'être » (7).

La question qui mérite d'être posée est finalement la suivante : dans quelles hypothèses la donation-partage de droits indivis pourrait-elle opérer partage ?

Le *Vocabulaire juridique* de l'Association Henri Capitant définit le partage comme « une opération par laquelle les copropriétaires d'un bien ou d'une uni-



versalité mettent fin à l'indivision, en attribuant, à chaque copartageant, à titre privatif, une portion concrète de biens destinés à composer son lot » (8). Au regard de cette définition, il pourrait donc s'inférer qu'une donation-partage ne pourrait porter les effets attachés à un partage si elle ne permet pas l'attribution de droits privatifs à chaque indivisaire : elle viendrait ici contrecarrer son caractère essentiel d'acte répartiteur de propriété.

Cette définition aurait néanmoins tendance à écarter le régime des donations-partages pour toute donation créant une situation d'indivision : qu'elle soit entre le donateur et un donataire ou entre les donataires eux-mêmes, l'indivision ne saurait faire prospérer la donation-partage.

Pour autant, il est important de nuancer le propos : si en principe un partage a pour objet la substitution de droits privatifs à des droits indivis (9), au regard de l'article 838 du Code civil, un partage peut n'être que partiel lorsqu'il laisse subsister l'indivision à l'égard de certains biens ou de certaines personnes.

C'est donc dire que si une attribution de droits privatifs à chaque indivisaire est l'objet premier du partage, cet objet est néanmoins protéiforme et peut également tenir en la sortie d'un indivisaire de l'indivision existante. Partage et pérennité de l'indivision ne sont donc pas totalement incompatibles. Or attribuer à l'un seul des donataires des droits indivis sur un bien, sans créer d'indivision entre donataires, cela ne revient-il pas en partie à prévenir une situation d'indivision entre cohéritiers et donc à écarter par avance certains de ses présumptifs héritiers d'une situation d'indivision en puissance ?

Au regard de cet éclairage, il semble qu'il convienne d'opérer une distinction fondée sur les suites immédiates de la donation-partage : plutôt que de se fonder sur la nature du bien objet de la donation pour réfuter l'application du régime des donations-partages, peut-être faudrait-il regarder si la donation crée elle-même une situation d'indivision entre les seuls donataires contraire à sa nature répartitrice.

Les arrêts précités démontrent, en effet, d'une part, que la situation sanctionnée par la Cour de cassation tient en la création d'une indivision entre donataires par la donation, que cette indivision concerne tous ou seulement certains des coindivisaires, et, d'autre part, qu'une donation-partage ne saurait avoir une application distributive, sa nature répartitrice imposant une qualification unique de l'opération globale.

À notre sens, cette jurisprudence ne devrait pas voir sa portée dénaturée : la requalification ne devrait être acquise qu'aux seules donations-partages qui porteraient en leur sein la création d'une nouvelle situation d'indivision entre les donataires.

Un exemple pourrait ici assez facilement illustrer les contours du problème : dans l'hypothèse où M. X a 3 enfants, A, B et C, et également 3 biens, 1, 2 et 3, *quid* de la qualification de la donation-partage par laquelle

NOTES

(7) G. Cornu, Introduction au droit, Montchrestien, 13^e éd., 2007, n° 416.

(8) G. Cornu, Vocabulaire juridique, PUF, 2014.

(9) C. Brenner, Rép. civ. Dalloz, V° Partage : 1^{er} notion, n° 24.

M. X transmettrait à A un tiers de 1, à B un tiers de 2 et à C un tiers de 3?

Pourrait-on véritablement arguer du caractère non répartiteur de la donation au seul motif qu'il porte transmission de droits indivis?

Rien n'est ici moins sûr, et la volonté du donateur inciterait, en ce cas, à admettre que les bases d'une répartition sont à tout le moins posées. En pareil cas, rien n'empêcherait par la suite que le donateur lègue à ses présomptifs héritiers ou à un tiers les quotes-parts indivises lui appartenant, évitant ainsi toute situation d'indivision. Par ailleurs, au regard de l'ancienne institution des partages d'ascendants, les auteurs qui reconnaissent aujourd'hui même la justification de la solution énoncée par la Cour de cassation, admettaient pourtant sans difficulté qu'un partage d'ascendant puisse comprendre «les droits de l'ascendant dans une chose indivise isolée» (10). Quelle serait alors la justification de cette différence de traitement au sein d'institutions pourtant parentes?

Au regard de ces quelques réflexions, il conviendrait donc que la généralité de la formule utilisée par la Cour de cassation soit précisée : le caractère aléatoire des effets sous-tendus par la donation-partage constitue à l'heure actuelle un péril à la sécurité juridique des situations que l'on pensait pourtant acquises.

II - AUTOMATICITÉ DE LA REQUALIFICATION EN PRÉSENCE D'UNE DONATION-PARTAGE DE QUOTES-PARTS INDIVISES DE BIENS

La Cour de cassation ayant rappelé qu'il n'y a de donation-partage que dans la mesure où l'ascendant effectue une répartition matérielle de ses biens entre ses descendants, se pose la question de l'automaticité ou non de cette requalification en donation simple.

Dès lors qu'une donation-partage porte sur des quotes-parts indivises de biens sans réaliser un partage, dégénère-t-elle automatiquement en donation simple ou faut-il une contestation de la qualification de la donation-partage par l'un des donataires?

Ces donations deviendront-elles automatiquement rapportables à la succession contrairement à une donation-partage qui ne l'est pas?

Une remise en cause du caractère de partage de la donation par un héritier. – Il semble que la requalification ne soit pas automatique et qu'elle nécessite une remise en cause par l'un des héritiers.

Après l'ouverture de la succession du donateur, l'acte de donation-partage de quotes-parts indivises de biens risque potentiellement d'être remis en cause par l'un des donataires devenu héritier.

Ce dernier pourra en effet y avoir intérêt s'il se trouve lésé dans les allotissements réalisés, notamment : – lorsqu'il existe une inégalité préexistante au jour de la donation-partage dans les allotissements : sous prétexte de réaliser une donation-partage égalitaire, certains biens auront été valorisés dans l'acte à une valeur inférieure ou supérieure à leur valeur vénale afin que chaque donataire reçoive un lot égalitaire; cette inégalité va alors se retrouver au décès. Elle pourra même s'être aggravée;

– lorsque le donataire n'aura pas été attributaire d'un bien ayant pris de la valeur au jour du décès, contrairement à ses codonataires;

– lorsque, par l'effet de la subrogation, certains donataires auront fait de meilleurs placements, investissements que d'autres.

Ce donataire aura ainsi intérêt à voir ses cohéritiers effectuer le rapport du bien donné, valorisé au jour du décès.

Faisant fi de la volonté du donateur ayant recherché sécurité juridique et équité entre ses enfants en réalisant une donation-partage, ce donataire considérera légitime de saisir le juge en vue d'obtenir une requalification de l'acte en donation simple, et une compensation en valeur à travers le rapport.

Nécessité de saisir un juge qui seul pourra requalifier l'opération. – Dans son arrêt rendu le 20 novembre 2013, la première chambre civile de la Cour de cassation a rappelé que la qualification juridique de donation-partage, donnée par les parties, ne lie pas le juge qui peut requalifier un acte en donation entre vifs.

Ainsi, l'initiative du recours judiciaire appartient à l'héritier. Et seul le juge a

le pouvoir de requalifier l'acte en donation entre vifs.

Rôle du notaire lors de l'ouverture de la succession. – Est-ce à dire que le notaire devra analyser les donations-partages portant sur des biens indivis comme des donations simples?

L'acte ne pourra-t-il s'analyser qu'en une donation simple au décès du donateur?

Il n'est pas raisonnable de penser que ces donations deviendront automatiquement rapportables à la succession. D'autant que, le plus souvent, les enfants ne souhaiteront pas remettre en cause le partage anticipé réalisé sous l'autorité du donateur, attachés autant que leur auteur à la stabilité offerte par la donation-partage ayant figé les valeurs des biens donnés et n'emportant pas de rapport à succession.

Lors de l'ouverture de la succession, en présence d'une donation-partage de quotes-parts indivises de biens, le notaire informera les ayants droit de l'état de la jurisprudence.

Le notaire sera bien avisé de matérialiser dans l'acte de liquidation de la succession, la position des héritiers sur ce point :

- soit leur absence de contestation de la donation-partage;
- soit la contestation par un ou plusieurs donataires du caractère de partage de la donation.

Les héritiers pourront toutefois reconnaître l'absence de partage et être d'accord pour rapporter les biens donnés pour leur valeur au jour du décès.

À défaut d'accord en cas de contestation, le donataire remettant en cause le partage ne pourra que saisir le juge afin qu'il statue sur la qualification de l'acte.

Au vu de ce constat, il s'avérera utile de consulter son notaire afin d'étudier les solutions pouvant être mises en place pour sécuriser l'acte réalisé. ■

NOTES

(10) M. Grimaldi, Droit civil, Libéralités – Partages d'ascendants, Litec, 1^{re} éd., 2000, n° 1761.

CORRIGER LE PASSÉ

UN BREF RETOUR SUR LES SOLUTIONS PERMETTANT DE CORRIGER DES DONATIONS-PARTAGES DE DROITS INDIVIS RISQUANT D'ÊTRE DISQUALIFIÉES.



PAR JEAN-FRANÇOIS BIDAULD, NOTAIRE ASSISTANT, CHEUVREUX NOTAIRES, GROUPE PATRIMOINE

Tenter de corriger les situations passées, c'est aujourd'hui principalement dans cette démarche que doit se placer le notaire face à des donations-partages de droits indivis. Sa pratique quotidienne l'amène, en effet, à être confronté à des actes dont la disqualification pourrait être encourue.

Les solutions offertes pour corriger les effets pervers de cette jurisprudence ont été en grande partie commentées (1). Nous nous bornerons donc, pour les plus usuelles, à les rappeler sommairement et à renvoyer aux développements qui y ont été consacrés par la doctrine.

Plusieurs hypothèses doivent cependant, à notre sens, être distinguées :

- le bien est conservé par les donataires (I);
- le bien fait l'objet d'une aliénation (II);
- le cas particulier des donations réalisées en démembrement (III).

I - DANS L'HYPOTHÈSE OÙ LE BIEN A ÉTÉ CONSERVÉ PAR LES DONATAIRES

La conservation des biens par les donataires jusqu'au décès du donateur est, en général, la situation usuelle. Le constat empirique est ici assez simple : la transmission des biens à l'hérédité est souvent guidée, au préalable, par des préoccupations d'ordre fiscal. Par

sa progressivité et la reconstitution des abattements et tranches imposables tous les quinze ans, le droit fiscal des mutations à titre gratuit incite d'ailleurs à une transmission graduelle de son patrimoine. Aussi la transmission apparaît-elle, en ce sens, moins comme la manifestation du dessein du donateur de se dessaisir immédiatement et irrévocablement de ses biens, que comme un vecteur d'optimisation de la fiscalité successorale.

Il est ainsi coutumier de prévoir dans l'acte de donation une interdiction d'aliéner, laquelle constitue aujourd'hui une quasi-clause de style, destinée à permettre au donateur un contrôle sur le devenir des biens donnés.

La validité d'une telle clause est régie par l'article 900-1 du Code civil (2) et les conditions de son efficacité ont été assez rapidement précisées par la jurisprudence. Il en ressort qu'outre que l'interdiction d'aliéner doit présenter un caractère temporaire, encore faut-il que la justification de cette interdiction présente un caractère légitime et sérieux. La jurisprudence s'est néanmoins montrée souple sur l'appréciation de ce caractère légitime et sérieux. Ainsi a-t-il été jugé que ce caractère pouvait être constitué dans la mesure où le donateur s'est réservé un droit de retour, ou un usufruit sur le bien objet de la donation (3).

La persistance de cette clause fait qu'en pareil cas, il est, en principe, impossible pour les donataires de disposer seuls des biens qui leur ont été attribués jusqu'au décès du donateur.

Comme le souligne très justement le professeur Michel Grimaldi (4), « dans ce cas, en effet, les conséquences de la requalification ne sont guère à redou-

ter », car ni les règles du rapport, ni celles de la réserve ou des droits du conjoint n'aboutiront, au jour de la liquidation de la succession, à des vocations différentes dans l'attribution des biens existants.

L'immobilisme apparaît, alors, comme la solution idoine à la requalification de la donation-partage.

II - DANS L'HYPOTHÈSE OÙ EST ENVISAGÉE LA MUTATION DU BIEN DONNÉ

Si la mutation du bien est envisagée par les donataires, soit que cette mutation s'opère par l'attribution du bien à l'un des donataires, soit qu'elle se réalise par la vente du bien à un tiers, une solution offerte au notaire reste bien évidemment la régularisation d'un partage portant sur les biens donnés ou leur représentation. En effet, si la donation-partage ne peut développer

NOTES

(1) M. Grimaldi, Que faire au lendemain des arrêts de mars et novembre 2013?, *Deffrénois* 15 avr. 2014, n° 7, p. 353; C. Brenner, Disposer en indivision par voie de donation-partage : d'un mal doit sortir un bien, *JCP N* 2015, n° 30, 1140.

(2) C. civ., art. 900-1 : « Les clauses d'inaliénabilité affectant un bien donné ou légué ne sont valables que si elles sont temporaires et justifiées par un intérêt sérieux et légitime. Même dans ce cas, le donataire ou le légataire peut être judiciairement autorisé à disposer du bien si l'intérêt qui avait justifié la clause a disparu ou s'il advient qu'un intérêt plus important l'exige ».

(3) Cass. civ., 20 avr. 1858; Cass. 1^{re} civ., 10 juill. 1990, n° 87.16.773.

(4) M. Grimaldi, Que faire au lendemain des arrêts de mars et novembre 2013?, précité.



ses effets, rien n'empêche les codonataires de procéder eux-mêmes au partage des biens – sous réserve des stipulations de la donation – du vivant même du donateur.

Certaines précautions (5) s'imposent néanmoins afin de conférer à l'opération globale le caractère d'une donation-partage opérée en deux temps :

- la réalisation du partage entre tous les héritiers présomptifs à l'initiative et sous l'autorité du donateur, conformément à l'article 1076, alinéa 2, du Code civil;

- l'attribution de droits divis, sous réserve des développements précédents.

Si cette solution est pleinement satisfaisante sur le plan du droit civil, elle présente néanmoins certains désavantages.

Sur le plan pratique, elle présuppose que l'attributaire du bien ait les moyens de ses ambitions, autrement dit qu'il soit en mesure d'indemniser les copartageants à hauteur de la valeur de leurs droits indivis. Dans la majorité des cas, ce préalable constitue l'écueil dirimant à tout partage subséquent.

Sur le plan fiscal, le désavantage tient en l'applicabilité du droit de partage de 2,5 % de l'article 746 du Code général des impôts (CGI) sur l'actif net à partager. En effet, en cette hypothèse, la donation et le partage ne constituent pas des dispositions dépendantes au sens de l'article 670 du CGI (6) faisant l'objet d'une fiscalité unique.

Pour autant, le recours à un partage devrait être aujourd'hui systématique-

ment conseillé par le notaire dans un cas : celui de la revente de l'immeuble indivis donné. Le droit de partage étant un droit d'acte (7), la pratique notariale a souvent contourné l'application de cette disposition en ne régularisant pas d'acte de partage du prix mais en procédant par un partage verbal entre les indivisaires (8).

Aussi le partage n'étant pas matérialisé dans l'acte de vente ou dans un acte séparé, le droit de partage n'était donc pas dû à l'administration fiscale.

Cette pratique est aujourd'hui à proscrire : la vente du bien indivis est la meilleure occasion pour réaliser le partage. Le problème majeur des attributions et du désintéressement des copartageants est, en effet, évacué par la liquidité du prix de vente venant en représentation du bien donné. Le coût fiscal d'un partage n'est certes pas écarté; néanmoins, au regard de la disponibilité immédiate des fonds reçus, il apparaît comme un moindre mal à la sécurisation de l'opération et à la tranquillisation des investissements futurs de chacun des donataires.

Ce n'est que dans l'hypothèse où le bien a fait l'objet d'une attribution indivise à certains seulement des donataires que l'opportunité du partage peut être relativisée par le donataire n'ayant aucun droit dans le bien. Celui-ci n'ayant, en effet, pas vocation à appréhender une fraction du prix de vente, il pourrait ne pas être en mesure d'honorer le montant des droits de partage lui incombant.

Il pourrait être également argué que les disparités de valeur ne seront pas gommées par le partage. En effet, tant

le prix de vente venant en représentation du bien vendu que le bien composant l'attribution du dernier donataire devront être réévalués au jour du partage. Pour autant, si les biens donnés ont d'ores et déjà subi des plus ou moins-values notables au regard des valeurs figurant dans la donation, la perspective d'un retour à l'égalité sur le long terme est à tout le moins hasardeuse, si ce n'est irréaliste.

Aussi, et quand bien même la réalisation du partage et la préservation de l'égalité entre les copartageants seraient plus contraignantes, l'opportunité d'un partage resterait donc justifiée. Qui plus est, le paiement du droit de partage pourrait faire l'objet, de l'accord de tous les copartageants, d'aménagements pour le donataire conservant son bien. Rien n'empêche, en effet, que le droit de partage pour l'opération globale soit supporté par les seuls copartageants ayant la liquidité de leurs attributions, à charge pour le copartageant conservant son

NOTES

(5) V. C. Brenner, Disposer en indivision par voie de donation-partage : d'un mal doit sortir un bien, précité n° 14; M. Grimaldi, Que faire au lendemain des arrêts de mars et novembre 2013?, précité.

(6) BOFIP 12 sept. 2012, BOI-ENR-DG-20-20-60-20120912, n° 60.

(7) Par combinaison des articles 635, 1, 7°, et 746 du CGI.

(8) L'article 835 du Code civil prévoyant que « si tous les indivisaires sont présents et capables, le partage peut intervenir dans la forme et selon les modalités choisies par les parties ».

bien de leur verser une soulte éventuellement payable à terme.

La seconde solution classiquement proposée à la disqualification de la donation est celle de l'incorporation de celle-ci à une nouvelle donation-partage. Cette possibilité est, en effet, ouverte par l'article 1078-1 du Code civil, qui permet que le lot d'un ou plusieurs gratifiés soit constitué des donations déjà reçus par lui. La jurisprudence ayant même étendu la solution en admettant la validité d'un changement d'attributaire relativement aux biens incorporés (9). Il est désormais possible par l'incorporation de procéder à une réattribution complète des biens donnés.

Les limites envisagées pour la situation d'un partage postérieur se retrouvent néanmoins dans les mêmes termes : en premier lieu, toute incorporation supporte un droit de partage de 2,5 %, ce qui en fait une opération relativement coûteuse. En second lieu, l'obstacle du nécessaire désintéressement des autres donataires se retrouve de la même manière : que ce désintéressement intervienne par le paiement de soultes par le donataire attributaire ou par un complément de donation par le donateur initial sur des biens divis, il reste une opération économiquement onéreuse pour les donataires ou pour le donateur.

En cas de vente du bien donné, une troisième solution pourrait être avancée, consistant à modifier le rapport d'obligation au moment de la perception du prix de vente par les copartageants. Si, en effet, les règles du rapport et de la réduction imposent que les biens donnés et leur représentation soient réévalués au jour du décès pour la réduction (10) et du partage pour le rapport (11) les règles de la subrogation réelle ne sauraient, à notre sens, jouer pour le cas où la fraction du prix de vente serait, par exemple, prêtée par le donataire au donateur, à charge de restitution par celui-ci au jour de son décès. La disparition de l'objet de la donation et son remplacement par une créance entre le donataire et le donateur aurait ici pour effet de bloquer le mécanisme de la réévaluation et donc de figer la valeur des biens donnés au jour de la vente.

Au décès du donateur, le donataire pourrait, à l'instar du nu-propriétaire

dans un quasi-usufruit, faire valoir sa qualité de créancier à l'effet d'appréhender les sommes qu'il aurait prêtées. La solution ne serait certes pas parfaite dans la mesure où l'inégalité ne serait pas toujours effacée ; néanmoins elle permettrait d'éviter un aggravement des disparités existantes.

III - CAS PARTICULIER DU BIEN DONNÉ EN CAS DE DÉMEMBREMENT DE PROPRIÉTÉ

La question rebondit plus encore lorsque le donateur s'est réservé l'usufruit sur les biens donnés lors de la donation-partage encourageant la requalification. En ce cas, il bénéficie sur les biens donnés d'un usufruit qui s'éteindra en principe par son décès.

La particularité de la situation tient alors en ce qu'en cas de revente des biens indivis, à la chose donnée se substitue une somme d'argent. Or les caractères de l'argent font que les attributs traditionnels du démembrement de propriété se confondent. Ainsi la distinction entre l'*usus* de l'usufruitier et l'*abusus* des nus-propriétaires perd-elle toute matérialité.

Afin de remédier à cette situation, l'article 621 du Code civil prévoit « *qu'en cas de vente simultanée de l'usufruit et de la nue-propriété d'un bien, le prix se répartit entre l'usufruit et la nue-propriété selon la valeur respective de chacun de ces droits, sauf accord des parties pour reporter l'usufruit sur le prix* ». C'est donc dire que l'issue classique de la situation de démembrement sur un prix de vente réside en sa conversion en des droits en pleine propriété distincts sur une masse désormais indivise constituée par ce même prix.

Comme il a été dit précédemment, à défaut d'acte matérialisant un partage effectif du prix de vente à l'initiative du donateur et à proportion des droits de l'usufruitier et des nus-propriétaires, les effets d'une donation-partage ne sauraient se développer. Aussi et alors même que chacun des nus-propriétaires se serait vu attribuer une somme en pleine propriété, il continuerait à être comptable de ses investissements à ses cohéritiers.

Pour éviter cette situation, et dans le seul cas d'une vente d'un bien donné en démembrement, une des solutions

pourrait alors consister en la possibilité de prévoir un quasi-usufruit. L'article 621 du Code civil prévoit, en effet, sans réserve que la répartition du prix de vente peut être écartée de la volonté des parties au profit d'un report de l'usufruit sur le prix.

Concernant les donations-partages déjà régularisées, l'utilisation de la technique du quasi-usufruit permettrait de nover les droits des nus-propriétaires, car à un droit réel se substituerait un droit personnel contre le quasi-usufruitier : les nus-propriétaires ne détiendraient alors qu'une simple créance de restitution à la fin de l'usufruit.

Cette novation aurait ainsi pour conséquence d'empêcher une réévaluation différente à chacun des coindivisaires, car la règle du nominalisme monétaire ferait que désormais chacun aurait un droit de restitution figé au jour de la constitution du quasi-usufruit et égal au nominal de sa créance, sauf indexation.

La constitution d'un quasi-usufruit permettrait alors de gommer les effets de la requalification de la donation-partage.

Cette solution du quasi-usufruit ne constitue cependant pas une panacée : d'une part, car il retarde la transmission aux donataires au décès de l'usufruitier, et, d'autre part, car sa constitution requerra en principe l'accord du donateur et de tous les donataires. Or, si ce quasi-usufruit n'était pas prévu dès l'acte de donation initial, il ne servirait de remède qu'aux situations où il n'existe finalement pas de véritable différend entre les héritiers.

Il constituerait en ce sens une réponse utile mais généralement inefficace à corriger les situations passées.

En revanche, *ab initio*, il pourrait néanmoins constituer un moyen prophylactique de préservation de l'égalité entre donataires à la disposition du donateur. ■

NOTES

(9) Cass. 1^{re} civ., 15 janv. 2014, n^{os} 11-18.693 et 12-29.267.

(10) C. civ., art. 922.

(11) C. civ., art. 860.

ANTICIPER LES FUTURES DONATIONS «-PARTAGES»

COMMENT SÉCURISER LE PARTAGE ANTICIPÉ DE SES BIENS LORSQUE LE PATRIMOINE N'AUTORISE PAS LEUR RÉPARTITION DIVISÉ ?



PAR **KARINE MARQUEZ**, NOTAIRE ASSISTANT, CHEUVREUX NOTAIRES, GROUPE PATRIMOINE, ET **XAVIER BOUTIRON**, NOTAIRE ASSOCIÉ, CHEUVREUX NOTAIRES, GROUPE PATRIMOINE

L'« anticipation », maître mot et raison d'être de la donation-partage en ce qu'elle constitue une donation à titre de partage anticipé des biens du donateur. Comment conserver et sécuriser cette notion d'anticipation à la transmission entre vifs de ses biens lorsque le patrimoine du donateur n'autorise pas une répartition divisée des biens donnés ? Plutôt que de réserver la sécurité juridique aux patrimoines permettant des attributions divisées, plusieurs pistes de réflexion méritent d'être envisagées afin de lier les parties, soit à la qualification donnée à l'acte (I), soit par des mécanismes de sanction ou de subrogation (II).

I - LIER LE JUGE ET LES PARTIES PAR LA QUALIFICATION DONNÉE À L'ACTE

Qualifier l'acte est un élément fondamental de l'acte de transmission afin d'éviter une requalification automatique en donation simple. En premier lieu, un acte qualifié expressément de

donation-partage par les parties ne pourrait, à notre sens, dégénérer en donation simple sans l'intervention d'un juge saisi à la demande de l'une des parties. C'est là une première protection, non aboutie certes, les arrêts de 2013 (1) étant là pour le prouver, mais qui nécessite à tout le moins un acte positif de l'un des bénéficiaires. En second lieu, un acte qualifié de donation assorti d'un pacte de famille permettant la qualification de ses modalités (rapport et réduction, notamment) devrait apporter une sécurité juridique aux parties.

A - QUALIFIER CONVENTIONNELLEMENT L'ACTE

1°/ Un acte de donation assorti d'un pacte de famille

Nous pourrions ainsi imaginer de protéger la qualification de l'acte par les dispositions de l'article 12 du Nouveau Code de procédure civile (NCPC), qui offre aux parties une faculté de qualification aux termes de son alinéa 3 : «*Toutefois, il ne peut changer la dénomination ou le fondement juridique lorsque les parties, en vertu d'un accord exprès et pour les droits dont elles ont la libre disposition, l'ont lié par les qualifications et points de droit auxquels elles entendent limiter le débat.*»

Ce texte permet exceptionnellement aux parties de contraindre le juge à s'en tenir uniquement aux points de droit qu'ils ont choisis. Se pose donc la question de l'articulation d'un tel texte avec la problématique même de qualification d'un acte de transmission de biens sans répartition matérielle de biens divisés aux attributaires.

Dans quelle mesure les parties pourraient-elles contraindre et lier le juge par la qualification qu'elles donneraient volontairement à un acte de donation comprenant des attributions indivises de biens ?

Nous pourrions ainsi imaginer un acte de donation qui comprendrait en son sein un pacte de famille dont l'objet serait la qualification des modalités de l'acte par les parties afin de déterminer par elles-mêmes, tant les règles du rapport successoral, que celles relatives à la réduction des libéralités. En effet, lors de la réunion fictive des libéralités qui a pour objet de reconstituer fictivement le patrimoine du défunt, pour le calcul de la réserve et de la quotité disponible, toutes les donations sont réincorporées. Dans la reconstitution de la masse de calcul, les biens transmis par donation simple sont réévalués à la date du décès, tandis que ceux transmis par donation-partage sont réincorporés pour leur valeur au jour de la donation.

Par ailleurs, l'article 1078 du Code civil dispose que pour le calcul de la réserve, les biens seront, sauf convention contraire, évalués au jour de la donation-partage (2). Cette valeur

NOTES

(1) Cass. 1^{re} civ., 6 mars 2013, n° 11-21.892; Cass. 1^{re} civ., 20 nov. 2013, n° 12-25.681.

(2) Le Code civil prévoit deux limites à cet avantage. Les biens seront réévalués à la date du décès si tous les cohéritiers n'ont pas participé (volontairement ou non) à la donation « et » si la donation prévoit une réserve d'usufruit sur une somme d'argent. V. *infra*, « l'exception ».



figée au jour de la donation, valeur qui de surcroît pourra n'être que résiduelle si la donation-partage est ancienne, lui confère par rapport aux autres formes de donation un caractère de stabilité très accru.

Le pacte de famille, dont l'objet serait de recouvrer les avantages conférés par la donation-partage, serait causé à la fois par la condition impulsive et déterminante du donateur sans laquelle il n'aurait pas donné, et tout à la fois par celle essentielle et déterminante des donataires sans laquelle ils n'auraient pas accepté.

Les parties s'accorderaient ainsi conventionnellement sur le fait que, d'une part, le rapport forfaitaire et transactionnel des biens soit effectué à la valeur au jour de la donation, d'autre part, que, conformément aux dispositions de l'article 1078 du Code civil, la valeur des biens transmis sera évaluée à la date de la donation dans le cadre de l'action en réduction de transmission.

2°/ Mécanisme de l'article 12 du NCPC

À analyser l'article 12 du NCPC, aux termes des premiers alinéas, le juge a d'abord pour règle et principe de donner ou restituer leur réelle qualification aux faits ou aux actes litigieux.

Le troisième alinéa qui nous occupe, en ce qu'il permet une dérogation, introduit de fait un « déséquilibre au profit des parties » (3). Plutôt qu'un contre-pouvoir du juge, ce texte s'entend en réalité comme la possibilité pour les parties « d'obliger le juge à régler certaines situations de fait par référence à une théorie juridique donnée, même si son application à l'espèce, en toute rigueur, ne devait pas être » (4).

Cette possibilité offerte aux parties restreint de fait leur propre liberté, puisque conventionnellement elles choisissent de limiter et encadrer le débat.

En conséquence, le juge ne pourra d'office relever des moyens de droit, mais devra vérifier les conditions d'application des règles par lesquelles les parties se sont liées.

Ce point est essentiel car, en liant le juge, les parties choisissent avant tout et principalement de se lier elles-mêmes. Cette convention restreint en effet d'abord leur propre liberté en fixant, dès l'acte, le mécanisme du rapport successoral. Cette contrainte s'entend dans cette hypothèse comme le prix de la sécurité juridique et de la paix des familles. À un moment donné, l'ensemble des parties sont d'accord pour figer un mécanisme juridique

précis selon des valeurs déterminées en toute conscience.

L'accord des parties doit ainsi émaner d'une volonté libre et exempte de tout vice du consentement, ce qui signifie qu'une telle disposition impose des mesures considérées comme d'usage ou de prudence. Ainsi, par exemple, il est d'usage, en cas de donation de biens immobiliers, de faire réaliser des évaluations. Avec un tel pacte de famille, il devient impératif de faire réaliser au moins deux évaluations pas des experts reconnus afin de permettre aux donataires d'avoir pleine conscience de leur engagement. L'erreur ou le dol ne pourraient plus ainsi être soulevés pour vicier le consentement donné à cette qualification conventionnelle.

NOTES

(3) J. Miguet, in *Réflexions sur le pouvoir des parties de lier le juge par les qualifications et points de droit* (NCPC, art. 12, al. 4), in *Mélanges offerts à Pierre Hébraud*, Toulouse, Université des sciences sociales, 1981, p. 567-594.

(4) J. Miguet, in *Réflexions sur le pouvoir des parties de lier le juge par les qualifications et points de droit* (NCPC, art. 12, al. 4), in *Mélanges offerts à Pierre Hébraud*, Toulouse, Université des sciences sociales, 1981, p. 567-594.

Cette solution permet ainsi aux parties de limiter volontairement les possibilités de débat au strict cadre de la donation-partage, sans possibilité aucune d'étendre le champ des discussions au rapport successoral qui resterait figé à la valeur conventionnellement choisie et fixée dans l'acte.

Conventionnellement les parties auraient ainsi la possibilité de choisir l'outil de la donation et de qualifier les mécanismes de rapports et réductions découlant des attributions afin de sécuriser l'acte de transmission, quand bien même les donataires procéderaient à des attributions indivises des biens donnés.

B - QUELLES LIMITES À UNE QUALIFICATION CONVENTIONNELLE ?

1°/ Par rapport aux principes directeurs d'un procès

L'ordre public relatif aux principes directeurs d'un procès peut-il être un obstacle ?

En pratique, les conditions d'application de l'alinéa 3 de l'article 12 du NCPC restent ainsi strictement encadrées, par l'ordre public bien évidemment, mais également et peut-être même surtout par le code lui-même.

1. La qualification est tout d'abord expressément subordonnée à la « libre disposition du droit ». Un droit est considéré comme disponible lorsque son sort dépend de la libre volonté de son titulaire, qui peut donc l'exercer dans toutes ses modalités.

Cette caractéristique ne semble pas soulever de difficulté particulière dans le cadre d'une donation et de ses modalités, aux termes de laquelle, par essence, le donateur a la libre disposition du droit objet de la donation.

2. Par ailleurs, une seconde limite pourrait se trouver lorsque le contentieux porte sur la qualification elle-même de l'acte par les parties. Ainsi, « la restitution d'une somme d'argent pourrait être demandée par une partie qualifiant l'acte de prêt et contestée par l'autre qualifiant l'acte de donation » (5).

En droit, l'issue d'une telle problématique soulevée à l'occasion d'un procès dépend assurément de la qualification même de l'acte.

Il est alors hasardeux de concevoir dans cette hypothèse que la qualification des parties pourrait lier le juge, alors même qu'il est justement sollicité pour rechercher la bonne qualification de l'acte (6). Toutefois, certains auteurs considèrent que « rien ne s'oppose à ce que la liaison de l'article 12, alinéa 3, porte sur la qualification du contrat lui-même » (7).

À suivre cette doctrine, la qualification même de l'acte par les parties est à même de lier le juge, permettant de sécuriser pleinement la qualification de l'acte et de ses modalités. Une hypothèse plus prudentielle conduit à s'interroger sur la force de la qualification conventionnelle.

Les arrêts de 2013 n'ont pas requalifié l'acte de donation-partage en un autre type d'acte (par exemple en prêt, pour reprendre l'exemple développé ci-dessus), mais l'ont disqualifié en donation simple. La nuance, qui n'en est d'ailleurs pas une, a son importance, car il s'agit dans les deux cas d'une donation, c'est-à-dire d'un acte par lequel le donateur se dépouille irrévocablement d'un bien, objet de la donation, au profit de plusieurs donataires. Seule la notion de partage a ainsi été requalifiée, entraînant une règle de rapport successoral et de réduction différente de celle initialement envisagée par les parties.

Quel est l'enjeu de la qualification pour les parties ? Le mot composé de « donation-partage » est déjà en lui-même une contraction de sa réelle dénomination. Il s'agit en réalité d'une « donation à titre de partage anticipé de succession ». Fiction juridique au moyen de laquelle une personne (le donateur) transmet des biens à titre gratuit (donation) au profit de plusieurs personnes (donataires et présomptifs héritiers) à condition que ces derniers partagent entre eux les biens donnés de la même manière que s'ils avaient recueilli ces biens dans la succession du donateur.

En d'autres mots, on règle, pour les biens donnés, la succession d'une personne encore vivante.

Or, une donation-partage est d'abord et avant tout une donation ! Comme toute forme de donation, elle nécessite le dépouillement immédiat du dona-

teur et l'acceptation des donataires. Il s'agit bien d'une donation entre vifs et non d'une disposition à cause de mort (testament ou testament-partage). L'acte doit être reçu par un notaire en la forme solennelle.

Pas d'erreur possible, il s'agit principalement d'une donation.

Par la donation-partage, le donateur transmet à ses enfants une masse de biens, et ce sont les enfants eux-mêmes qui procèdent entre eux, en présence des donateurs et sous leur « autorité », au partage des biens donnés. En conséquence, le temps écoulé entre la donation et le partage est réduit à une fraction de seconde. La donation n'est consentie qu'en vue du partage et le partage ne se réalise qu'au moyen de la donation. Ce partage est un partage successoral. C'est ici que la « magie » de la donation-partage se réalise, car les biens qui y sont compris, comme ayant été déjà partagés, ne sont pas soumis aux règles du rapport.

Alors, la qualification de partage ne remet pas en cause celle de donation, la donation est sanctuarisée, mais le partage et ses effets doivent être qualifiés.

La problématique se restreint donc à la possibilité de lier ou non le juge et donc, nous l'avons vu, les parties, par la qualification de partage donnée à l'acte, celle de donation ne pouvant être remise en cause. Et finalement l'enjeu majeur se situe ici. C'est bien la qualification des règles du rapport et de la réduction des libéralités qui est en balance, et non celle de l'acte.

Alors, il devrait être possible de qualifier ces règles aux termes d'un pacte de

NOTES

(5) J. Miguet, *Réflexions sur le pouvoir des parties de lier le juge par les qualifications et points de droit*, in *Mélanges offerts à Pierre Hébraud*, Université des sciences sociales de Toulouse, 1981, p. 567.

(6) *Ibid.*

(7) L. Cadiet, *Les accords sur la juridiction dans le procès*, in P. Ancel et M.-C. Rivier (dir.), *Le conventionnel et le juridictionnel dans le règlement des différends*, *Economica*, 2001, p. 34-55 ; L. Weiller, *Rép. civ. Dalloz*, V° *Principes directeurs du procès*.

famille, afin de lier les parties (et non le juge) par la qualification.

3. Enfin, la dernière condition a trait à l'intérêt, en ce sens que la qualification donnée par les parties doit permettre d'apporter une solution valable au litige en question. La qualification choisie ne doit pas ainsi entrer en contradiction avec ce qui est demandé.

Cette dernière condition ne semble pas poser de difficulté, en ce sens que la qualification donnée à la notion de partage et ses conséquences apporte une solution valable et certaine au litige.

Le juge, et donc les parties, ne pourrait ainsi pas modifier le fondement juridique de l'acte. Les parties étant ainsi maîtresses du fait juridique, tandis que le juge reste maître du droit.

2°/ Par rapport à l'ordre public successoral

Il reste une réserve relative à l'ordre public successoral. Il ne fait pas de doute que les règles d'imputation et de calcul de la réserve puissent faire l'objet de modalités conventionnelles puisque l'article 1078 du Code civil prévoit expressément une dérogation en disposant que pour le calcul de la réserve, les biens seront, « *sauf convention contraire* », évalués au jour de la donation-partage (8).

En revanche, à partir du moment où l'acte ne serait conventionnellement pas qualifié de donation-partage, mais de donation simple assortie d'un acte de famille, il semble plus délicat de pouvoir viser les dispositions de l'article 1078, réservées aux seules donations-partages. À défaut, les règles de réduction devraient suivre les dispositions d'ordre public de l'article 922 du Code civil, aux termes desquelles les biens objet de la donation sont estimés d'après leur état à l'époque de la donation et leur valeur à l'ouverture de la succession.

Il apparaît donc nécessaire de qualifier conventionnellement l'acte de « donation-partage », afin de pouvoir bénéficier des dispositions de l'article 1078 du Code civil, et de lier le juge et les parties par cette qualification.

Une telle clause pourrait être ainsi rédigée (v. encadré ci-contre) :

Exemple de clause

« Donation-partage avec pacte de famille »

Le donateur fait, par ces présentes, donation entre vifs à titre de partage anticipé, conformément aux dispositions des articles 1075 et suivants du Code civil aux donataires, qui acceptent expressément, des quotités indivises du bien ci-après désigné.

Le notaire soussigné attire l'attention des parties sur le fait que la présente donation-partage porte sur des quotités indivises d'un même bien. En conséquence, en l'absence de répartition matérielle de plusieurs biens, la qualification de partage peut être remise en cause par l'un des donataires.

Lors de la réunion fictive des libéralités qui a pour objet de reconstituer fictivement le patrimoine du défunt, pour le calcul de la réserve et de la quotité disponible, toutes les donations sont réincorporées, y compris les donations-partages. Dans la reconstitution de la masse de calcul, les biens transmis par donation simple sont réévalués à la date du décès, tandis que ceux transmis par donation-partage sont réincorporés pour leur valeur au jour de la donation. En effet, l'article 1078 du Code civil dispose que pour le calcul de la réserve, les biens seront, sauf convention contraire, évalués au jour de la donation-partage.

Toutefois, les parties déclarent :

- vouloir expressément qualifier l'acte de donation-partage sur le fondement des dispositions de l'article 12 du nouveau Code de procédure civile et le soumettre avec toutes ses modalités aux dispositions des articles 1075 et 1078 du Code civil ;
- avoir pleinement conscience des conséquences éventuelles de l'absence de répartition matérielle de biens, sur la qualification de donation-partage et notamment la possibilité pour l'un des donataires de demander le rapport des biens à leur valeur au jour du décès et non à leur valeur au jour des présentes ;
- vouloir expressément et irrévocablement conférer le caractère de partage anticipé à la présente donation de quotités indivises d'un même bien, condition impulsive et déterminante du donateur sans laquelle il n'aurait pas donné, et condition essentielle et déterminante des donataires sans laquelle ils n'auraient pas accepté la présente donation ;
- s'accorder conventionnellement dès à présent sur le fait que le rapport forfaitaire et transactionnel des biens ou ceux qui en seront leur subrogation soit effectué à la valeur des présentes. Il s'agit d'une clause essentielle et déterminante du présent acte sans laquelle le donateur n'aurait pas donné et les donataires n'auraient pas accepté la présente donation.

II - LIER LES PARTIES PAR DES MÉCANISMES DE SANCTION OU DE SUBROGATION

Gouverner par la contrainte, un mode de gouvernance vieux comme le monde qui pourrait voir ses effets appliqués à la donation-partage en prévoyant un mode de sanction ou encore en imposant une subrogation ou un quasi usufruit.

A - LA STIPULATION D'UNE CLAUSE PÉNALE DANS LA DONATION-PARTAGE

Une clause pénale est généralement stipulée dans les donations-partages afin de consolider les allotissements réalisés dans la libéralité en incitant les donataires copartagés à ne pas remettre en cause le partage réalisé sous l'au-

torité du donateur, sous peine d'une sanction.

La clause pénale va généralement prévoir pour sanction la privation de toute part dans la quotité disponible de la succession du donateur sur les biens donnés.

Cette clause usuelle rencontrée dans les actes notariés de donation-partage est souvent rédigée de la manière suivante (v. encadré en page suivante) :

NOTES

(8) Le Code civil prévoit deux limites à cet avantage. Les biens seront réévalués à la date du décès si tous les cohéritiers n'ont pas participé (volontairement ou non) à la donation « et » si la donation prévoit une réserve d'usufruit sur une somme d'argent. V. *infra*, « l'exception ».

Exemple de clause

« Condition de ne pas attaquer la donation-partage »

Le donateur impose au donataire la condition de ne pas attaquer le présent partage anticipé.

Si ce partage venait à être attaqué, au mépris de cette condition, pour quelque cause que ce soit, par l'un ou l'autre des donataires, le donateur déclare priver le ou les responsables de cette action de toute part dans la quotité disponible de sa succession sur les biens compris aux présentes et faire donation, hors part successorale, de cette portion dans la quotité disponible à celui ou ceux des donataires contre lesquels l'action est intentée».



Cette condition suppose un partage. Une question se pose à la lumière de la nouvelle jurisprudence de la Cour de cassation : la clause pénale peut-elle être stipulée et trouver à s'appliquer dans une donation-partage de quotes-parts indivises de biens ?

Un juge pourrait-il aller jusqu'à considérer qu'à défaut de répartition de biens et donc de partage, la clause pénale d'une telle donation requalifiée en donation simple ne pourrait pas trouver à s'appliquer ?

La sanction de privation de la quote-part de quotité disponible relative aux biens donnés sera-t-elle toujours efficace ?

La présente sanction se révélera inefficace s'il s'avère que la valeur des biens donnés aux autres donataires est supérieure au jour du décès à celle du bien donné au donataire contestataire. Le donataire pourrait préférer remettre en cause le partage et prendre le risque de perdre sa quote-part dans la quotité disponible sur les biens compris dans la donation-partage, s'il a plus à gagner dans la revalorisation des biens attribués à ses codonataires.

Une limite : l'interdiction des pactes sur succession future. La clause pénale ne doit pas se heurter à l'interdiction des pactes sur succession future. La clause pénale devra ainsi se limiter à sanctionner le donataire copartagé contestataire dans le cadre de la donation réalisée.

Une clause pénale qui irait jusqu'à priver le donataire qui attaquerait le partage de toute part dans la quotité disponible de la succession du donateur, et consentir une donation hors part successorale aux donataires non contestataires, de la part du donataire contestataire dans cette même quotité disponible, représenterait un pacte sur succession future, interdit par la loi. En effet, le donateur y réaliserait une donation entre vifs éventuelle de quotité disponible, c'est-à-dire de biens à venir, prohibée par l'article 943 du Code civil.

L'article 943 du Code civil dispose : « La donation entre vifs ne pourra comprendre que les biens présents du donateur ; si elle comprend des biens à venir, elle sera nulle à cet égard ».

La rédaction de la clause doit donc être soignée.

Selon les professeurs Michel Grimaldi et Christophe Vernières : « Mieux vaut donc, afin d'éviter une telle sanction, restreindre la pénalité à la privation, pour le copartagé qui attaquerait le partage anticipé, de toute part dans les biens donnés s'imputant sur la quotité disponible, et faire donation de cette part aux copartagés contre lesquels l'action serait dirigée » (9).

En raison du risque que représente la requalification en donation simple, et de la sanction qui pourrait s'avérer finalement inadaptée, il convient de s'interroger sur la possibilité de rédiger autrement la présente clause pénale.

Pourrait-on imaginer une stipulation venant sanctionner autrement le donataire ayant remis en cause le partage ?

Du fait d'une requalification de l'opération en donation simple, la valeur des biens donnés retenue dans la donation-partage ne va pas pouvoir être figée pour le calcul du disponible et de la réserve. Les biens donnés vont être réévalués au jour du décès du donateur.

La clause pénale pourrait imposer aux donataires une obligation de ne pas attaquer le partage, avec pour sanction, non pas une privation de quotité disponible, mais une imputation différente de la libéralité.

Le donateur octroierait alors un avantage maximal aux donataires ne remettant pas en cause la donation-partage, en les gratifiant hors part successorale. Un allotissement effectué, pour certains donataires, hors part successorale, pourrait avantager les donataires non contestataires.

Il pourrait être stipulé dans la donation une imputation prioritaire de la donation sur la quotité disponible pour les donataires copartagés non contestataires, et une imputation de la part du donataire contestataire sur sa part de

NOTES

(9) M. Grimaldi et C. Vernières, De quelques clauses des donations-partages, *Defrénois*, 15 avr. 2014, n° 7, p. 386.

DONATION-PARTAGE : QUELLES STRATÉGIES ?

réserve. La clause prévoirait alors que, si la donation venait à être attaquée, le donateur entend consentir la présente donation :

– aux donataires non contestataires, contre lesquels l'action serait intentée : le donateur leur consentirait la présente donation entre vifs, hors part successorale, et les dispenserait expressément du rapport à sa succession, voulant et entendant que le bénéfice de cette donation soit conservé par eux hors part successorale.

L'imputation de la donation s'effectuerait alors sur la quotité disponible ;

– au donataire contestataire, responsable de l'action : le donateur lui consentirait la présente donation entre vifs, en avancement de part successorale, par imputation uniquement sur la réserve personnelle du donataire, sans imputation subsidiaire sur la quotité disponible. Ladite imputation spéciale, condition particulière de la donation, serait acceptée expressément par les donataires.

Par ce biais, le donateur avantagerait grandement les donataires non contestataires, qui recevraient les biens donnés en sus de leur part réservataire. Il faut noter qu'il existe toutefois un inconvénient à cette solution : cette imputation pour partie hors part successorale va limiter la possibilité pour le donateur de consentir ultérieurement des libéralités imputables sur la quotité disponible. Le disponible sera ainsi déjà entamé par l'imputation de cette donation.

B - TESTAMENT SANCTIONNANT LA REMISE EN CAUSE DE LA DONATION-PARTAGE PAR UN DONATAIRE

L'obligation de ne pas attaquer le partage faite aux donataires pourrait être renforcée par la rédaction d'un testament sanction. Pour se prémunir du risque de contestation de la donation-partage par un donataire et de requalification en donation simple, un testament pourrait prévoir la sanction de privation de quotité disponible de la succession.

Dans son testament, le donateur pourrait, en effet :

– confirmer qu'il entend que soit conféré à cette donation le caractère de donation-partage ;
– prévoir qu'en cas de contestation du caractère de donation-partage de cette donation, il prive son enfant l'ayant contesté de sa part dans la quotité disponible.

Ainsi, les donataires non contestataires recevraient leur réserve à titre d'avancement de part successorale, et par parts égales la quotité disponible à titre de hors part successorale.

Le donataire ayant remis en cause le partage recevrait, quant à lui, uniquement sa réserve.

Si la donation-partage a été consentie en avancement de part successorale, les donataires conserveront les allotissements à eux consentis, lesquels seront imputés sur leur part de réserve dans la succession du donateur.

Le testateur pourrait-il aller jusqu'à stipuler, pour le cas où cette donation-partage serait requalifiée par un juge en donation simple, et uniquement dans ce cas, que ses enfants feront le rapport à sa succession des quotités indivises du bien immobilier donné, forfaitairement pour la valeur du bien donné figurant dans la donation-partage, et que le surplus devra être imputé sur la quotité disponible ?

C - IMPOSER AU DONATAIRE UNE SUBROGATION RÉELLE DU PRIX DE VENTE DES BIENS DONNÉS OU UN QUASI USUFRUIT

En cas de donation-partage consentie avec une réserve d'usufruit sur les biens donnés, il peut être stipulé que l'usufruit réservé se reportera en vertu des règles de la subrogation réelle conventionnelle sur le prix de vente des biens donnés.

Aux termes de la donation-partage, le donateur peut aller jusqu'à imposer une interdiction de demander la répartition du prix de vente des biens donnés, et une obligation de remployer le produit de la vente dans un nouveau bien dont l'acquisition pourrait même être décidée par le seul usufruitier, afin de permettre un report de démembrement de propriété sur le bien nouvellement acquis.

En principe, le prix se répartit entre l'usufruitier et le nu-propiétaire selon la valeur de leurs droits respectifs, conformément à l'article 621 du code civil. Ce même article prévoit toutefois que les parties peuvent se mettre d'accord pour reporter cet usufruit sur le prix de vente.

On pourrait imaginer que, de la même manière, le donateur impose aux donataires de soumettre le produit de la vente à un quasi-usufruit.

Le quasi-usufruit s'exerce sur des choses qui se consomment par le premier usage comme une somme d'argent. L'article 587 du code civil permet à l'usufruitier de s'en servir mais à charge pour lui de les rendre à l'extinction de l'usufruit, soit en nature (= choses de même quantité et qualité), soit en valeur.

Le donataire pourrait ainsi appréhender le prix de vente du bien donné au titre de son quasi usufruit, à charge pour lui de restituer aux nus-propiétaires une somme équivalente par prélèvement sur sa succession ; cette somme représentant alors un passif successoral.

Il faut noter que l'administration fiscale sera toutefois attentive à tout abus de droit et écartera tout acte qui, présenté comme une donation, revêtait un caractère fictif, motivé uniquement par la volonté d'échapper à l'impôt. Il pourrait en aller ainsi lorsque le donateur appréhende, à la suite de l'acte de donation, tout ou partie du produit de la cession de la chose donnée. (10)

Qu'il y ait subrogation réelle ou quasi usufruit, aucune somme ne serait remise aux donataires du vivant du donateur.

Le risque de requalification n'aurait alors pas de conséquence dans la mesure où les donataires auraient tous conservé des droits identiques sur le produit de la vente du bien donné, remployé dans un nouveau bien, ou sur la créance de quasi-usufruit, jusqu'au jour du décès du donateur. ■

NOTES

(10) C.E., 14 oct. 2015.

LA DONATION AVEC STIPULATION D'UNE CLAUSE DE RAPPORT FORFAITAIRE

FACE À UNE DONATION AVEC STIPULATION D'UNE CLAUSE DE RAPPORT FORFAITAIRE, DES PRÉCAUTIONS RÉDACTIONNELLES S'IMPOSENT.



PAR CHRISTOPHE
VERNIÈRES, PROFESSEUR
À L'UNIVERSITÉ PARIS VIII

Pour le donateur épris d'égalité et soucieux d'éviter les difficultés d'évaluation au moment de la liquidation de sa succession, la donation-partage est assurément l'institution juridique la mieux appropriée : elle affranchit les donataires du rapport et, si tous les enfants sont allotés, le risque de réduction est fortement diminué puisque les biens compris dans le partage anticipé seront évalués au jour de l'acte au lieu de l'être au jour du décès (C. civ., art. 1078). D'où le succès qu'on lui connaît.

Cependant, ainsi que l'a décidé la Cour de cassation, « il n'y a de donation-partage que dans la mesure où l'ascendant effectue une répartition matérielle des biens donnés entre ses descendants » (1). Point, donc, de donation-partage sans allotissement privatif de chaque donataire. L'exigence est telle que la donation-partage ne paraît guère ouverte au donateur qui ne dispose pas d'un patrimoine suffisamment divisible afin d'allotir privativement et également ses enfants.

Reste alors en pareil cas la voie de la donation ordinaire. Mais le jeu du

valorisme peut venir perturber les prévisions du *de cuius*. Afin de retrouver certains atouts de la donation-partage, la tentation pourrait être d'évincer la technique de la dette de valeur au bénéficiaire d'un système purement nominaliste, en fixant le rapport à une somme invariable, par exemple à la valeur des biens au jour de la donation.

La clause dite de « rapport forfaitaire » est validée par la formule très compréhensive de l'alinéa 3 de l'article 860. Cependant, cette clause soulève des difficultés liquidatives, tant au regard des règles de la réduction que de celles du rapport, qu'il convient de bien cerner. Reprenons tour à tour ces difficultés.

I - LA RÉDUCTION

À la différence des biens compris dans une donation-partage, qui respecterait les conditions prescrites par l'article 1078 du Code civil, la clause de rapport forfaitaire n'est pas de nature à déroger à l'article 922 du Code civil.

De là il résulte une double difficulté.

D'une part, les biens donnés sont réunis fictivement pour leur valeur au décès. La donation peut donc prendre une nature mixte : en avancement de part à hauteur du montant du rapport stipulé, hors part successorale pour le surplus (c'est-à-dire la différence entre la valeur stipulée rapportable et la valeur au décès du bien donné). Tel est le sens de la règle

prescrite par l'alinéa 4 de l'article 860 : « S'il résulte d'une telle stipulation (i.e. une clause dérogeant aux règles légales du rapport) que la valeur sujette à rapport est inférieure à la valeur du bien déterminé, selon les règles d'évaluation prévues par l'article 922 ci-dessous, cette différence forme un avantage indirect acquis au donataire hors part successorale » (2). Aussi bien, chaque réservataire peut se plaindre d'une rupture de l'équilibre initial consécutive à diverses plus ou moins-values, alors même que chacun a reçu une donation au vu de celles de ses cohéritiers.

Au regard des règles de la réduction des libéralités, la clause de rapport forfaitaire ne permet donc pas au dis-

NOTES

(1) Cass. 1^{re} civ., 6 mars 2013, n° 11-21.892, Bull. civ. I, n° 34, RLDC 2013/108, n° 5170, obs. M. Nicod, AJ famille 2013, p. 301, obs. C. Vernières, Defrénois 2013, p. 463, note F. Sauvage, RTD civ. 2013, p. 424, obs. M. Grimaldi; Cass. 1^{re} civ., 20 nov. 2013, n° 12-25.681, Bull. civ. I, n° 223, Defrénois 2013, p. 1259, note M. Grimaldi, Dr. famille 2014, comm. 24, obs. M. Nicod, AJ famille 2014, p. 54, obs. C. Vernières, JCP 2014, n° 92, obs. F. Sauvage, JCP N 2014, n° 1002, obs. J.-P. Garçon.

(2) B. Vareille, Étude critique de l'article 860, alinéa 4, du Code civil, in Le droit privé à la fin du xx^e siècle, Études offertes à P. Catala, Litec, 2001, p. 397, qui suggère de supprimer la possibilité de déroger aux règles d'évaluation du rapport.



posant de cristalliser, au jour de l'acte, la valeur des donations. La faiblesse de la clause de rapport forfaitaire par rapport à la donation-partage unanime est ici manifeste. La parade réside sans doute dans la recours à la renonciation anticipée à l'action en réduction, chaque donataire renonçant à agir en réduction des donations reçues le même jour par ses cohéritiers (C. civ., art. 929 et s.). Mais la lourdeur formelle de cette renonciation anticipée peut refréner les volontés.

D'autre part, la donation peut faire l'objet d'une double imputation : sa partie en avancement de part s'impute principalement sur la part de réserve du gratifié et subsidiairement sur la quotité disponible (C. civ., art. 919-1); sa partie hors part successorale s'impute sur la seule quotité disponible (C. civ., art. 919-2).

Cette double imputation peut poser une difficulté lorsque la fraction rapportable de la donation nécessite une imputation subsidiaire sur la quotité disponible. En ce cas, se pose la question de savoir si l'imputation subsidiaire sur le disponible ordinaire doit précéder, suivre ou accompagner celle de la fraction hors part successorale.

La question revêt toute son importance lorsque la quotité disponible est insuffisante. En effet, si la portion réductible est toujours identique, la situation respective du donataire et de ses cohéritiers diffère selon le parti adopté : l'intérêt du donataire est que la réduction frappe d'abord la fraction rapportable puisqu'il doit, dans tous les cas, la restituer au titre du rapport, alors que l'intérêt de ses cohéritiers est que la réduction atteigne la fraction hors part successorale, qui, autrement, leur échappera.

La doctrine est divisée sur les trois partis possibles. Si certains suggèrent l'imputation prioritaire de la fraction rapportable (3), d'autres plaident en faveur de l'imputation concurrente, au motif que l'on se trouve en présence de donations simultanées (4), tandis que, pour d'autres, priorité devrait être donnée à l'imputation de la fraction hors part successorale (5).

Sans doute, ce dernier parti paraît préférable, car « lorsque le donateur consent une donation qui n'est que pour partie rapportable, il paraît raisonnable de considérer qu'il a entendu avantager le donataire dans toute la mesure du préciput : volonté dont le

respect suppose l'imputation prioritaire de la fraction préciputaire » (6).

Simplement, afin de se prémunir contre cette incertitude, mieux vaudrait stipuler une clause précisant la méthode retenue dont la formulation pourrait être la suivante : « Dans l'hypothèse où la valeur des biens donnés, pour le calcul de la réserve et de la quotité disponible, serait supérieure au montant stipulé rapportable, les parties conviennent que l'excédent sera imputé sur la quotité disponible par priorité à la

NOTES

- (3) G. Morin, La loi du 3 juillet 1971 sur les rapports à succession, la réduction des libéralités et les partages d'ascendants, Defrénois 1971, n° 8, 2^e exemple.
 (4) M. Mathieu, J.-Cl. Formulaire Notarial, V^o Quotité disponible et réserve, Fsc. 160, p. 5.
 (5) P. Catala, La réforme des liquidations successorales, Defrénois, 3^e éd., 1982, n° 78-c, 2^e exemple; M. Grimaldi, La portée des clauses diminuant le rapport dû par le donataire, Defrénois 1990, art. 34638, spécialement nos 8 et s.; du même auteur, Successions, Litec, 6^e éd., 2001, n° 771.
 (6) M. Grimaldi, La portée des clauses diminuant le rapport dû par le donataire, précité, spécialement n° 10.

La donation avec stipulation d'une clause de rapport forfaitaire

fraction rapportable de la libéralité sujette le cas échéant à imputation subsidiaire sur la quotité disponible» (7).

II - LE RAPPORT

Si la clause de rapport forfaitaire ne permet pas de fixer forfaitairement la valeur des biens donnés pour l'évaluation de la réserve héréditaire, il en va tout autrement pour la détermination de la masse de partage.

À cet égard, en fixant forfaitairement le montant du rapport, donateur et donataire pourraient croire qu'ils s'assurent une prévisibilité analogue à celle que procure une donation-partage. Il est vrai qu'à l'instar de la donation-partage, si le forfait retenu est la valeur des biens donnés au jour de la donation, toutes les plus ou moins-values qui adviennent ensuite aux biens sont pour le donataire. Mais cette similitude n'est qu'apparente. À la différence de la donation-partage, la donation ordinaire assortie d'une clause de rapport forfaitaire impose au donataire de restituer à la masse à partager une somme forfaitaire. Aussi, si le forfait évite que le montant du rapport dépende des caprices de la conjoncture, il n'en demeure pas moins qu'il introduit un aléa pour le donataire. Car le donataire ne peut être assuré, lors de la stipulation, que les fluctuations économiques et monétaires tourneront à son avantage.

Le forfait stipulé peut ainsi excéder la valeur du bien au partage. Qu'il suffise de songer à un portefeuille de valeurs mobilières dont la valeur, lors du partage, se serait effondrée, par suite des vicissitudes économiques. En ce cas, le donataire devra-t-il payer la somme stipulée? La Cour de cassation paraît l'avoir admis dans l'arrêt «Le Nezet»; mais la portée de cet arrêt est difficile à apprécier, la Cour se bornant à reconnaître que les juges du fond avaient suffisamment justifié leur décision en énonçant que «le forfait convenu par les parties, sans être basé sur la valeur exacte du bien soit à l'époque de la donation, soit à celle du décès du donateur, peut être déterminé d'après leurs vues personnelles par des considérations d'ordre familiale, notamment le désir du donataire de conserver un bien de famille, au prix de sacrifices vis-à-vis de ses cohéritiers» (8).

On peut néanmoins s'interroger sur la nature juridique d'un tel paiement. Sous cet aspect, deux hypothèses doivent être envisagées.

Primo, lorsque la clause forfaitaire a délibérément été stipulée afin de rendre le donataire débiteur d'un rapport supérieur à la valeur du bien au partage, elle paraît entraîner la requalification de la donation en une vente avec un paiement différé du prix (9), à moins que le débiteur du rapport n'ait conservé la faculté d'opter pour un rapport en nature.

Secundo, lorsque la surestimation du forfait par rapport à la valeur du bien au partage est le fruit, non point d'une volonté délibérée, mais d'événements fortuits – ce qui est le cas le plus fréquent en pratique –, le donataire est contraint de payer la somme stipulée, à moins que l'acte de donation ne lui offre la possibilité de substituer le rapport en nature au rapport convenu. Sans nul doute, le paiement du montant convenu constitue une acquisition gratuite réalisée par la masse successorale aux dépens du patrimoine personnel de l'héritier rapportant. Pourrait-on y voir une donation de sa part? Cela serait certainement contestable, car l'intention libérale reste singulièrement hypothétique.

En définitive, le jeu de la clause de rapport forfaitaire peut conduire le donataire à devoir acquitter à la masse de succession une somme dont le montant se révèle supérieur à la valeur, au jour du partage, du bien donné. À tout le moins, quelques précautions rédactionnelles pourraient être prises afin d'éviter un tel résultat : d'une part, stipuler que la somme forfaitaire ne saurait jamais excéder la valeur du bien au partage; d'autre part, prévoir expres-

sément la faculté pour le donataire d'opter pour un rapport en nature.

À titre de conclusion, deux observations méritent d'être formulées.

D'une part, la clause de rapport forfaitaire est susceptible de provoquer de sérieuses difficultés lors de la liquidation de la succession du donateur. La plus grande attention doit donc être portée sur sa rédaction afin d'anticiper ces difficultés.

D'autre part, la clause de rapport forfaitaire ne saurait assurer au donateur la même prévisibilité que la donation-partage. À cet égard, si les arrêts des 6 mars et 20 novembre 2013 paraissent justifiés, il reste que la donation-partage apparaît dorénavant fermée à de nombreux donateurs, qui sont néanmoins soucieux de figer les valeurs transmises pour le rapport et le calcul de la réserve. Un jour viendra peut-être où l'on aura, à côté des libéralités-partages, un autre pacte de famille en vertu duquel le donateur pourra, par la voie d'une donation ordinaire, gratifier tous ses héritiers réservataires de biens divis ou indivis tout en cristallisant les valeurs transmises au jour de la donation tant pour les règles protectrices de la réserve héréditaire que pour celles du rapport (10). ■

NOTES

(7) 108^e Congrès des notaires de France, La transmission, Montpellier, 23-26 sept. 2012, n° 2241.

(8) Cass. 1^{re} civ., 29 juin 1961, Bull. civ. I, n° 359, D. 1962, p. 218, note R. Savatier, JCP N 1961, II, 12324, note P. Voirin, RTD civ. 1962, p. 143, obs. R. Savatier.

(9) V. en ce sens, B. Vareille, Volonté, rapport et réduction, préf. P. Spiteri, PU Limoges, 1988, spécialement n° 244.

Comp. R. Savatier, note précitée sous Cass. 1^{re} civ., 29 juin 1961; A. Ponsard, Liquidations successorales, Sirey, 1977, spécialement n° 66; F. Terré, Y. Lequette et S. Gaudemet, Les successions, Les libéralités, Dalloz, coll. «Précis», 4^e éd., n° 1089 : pour ces auteurs, la surestimation délibérée du rapport constituerait un pacte sur succession future.

(10) V. ainsi 110^e Congrès des notaires de France, Vie professionnelle et famille, place au contrat!, Marseille, 15-18 juin 2014, 3^e proposition de la commission 3; C. Brenner et A. Bouquemont, Disposer en indivision par voie de donation-partage. D'un mal doit sortir un bien, JCP N 2015, n° 30, 1140.



LA MISE EN SOCIÉTÉ : UNE FAUSSE BONNE IDÉE ?

ANALYSE DES COMPLICATIONS LIÉES À LA TECHNIQUE DE MISE EN SOCIÉTÉ DANS L'UNIQUE BUT DE RÉALISER UNE DONATION-PARTAGE.



PAR XAVIER BOUTIRON,
NOTAIRE ASSOCIÉ,
CHEUVREUX NOTAIRES,
GROUPE PATRIMOINE

Les familles qui ne disposent pas d'un patrimoine suffisant permettant des attributions égalitaires et divisées se voient privées du formidable outil qu'est la « donation à titre de partage anticipé de succession ». Que proposer, en effet, aux donateurs qui ne disposent que d'un seul bien immobilier à donner ? Le priver de sécurité juridique au motif qu'il ne dispose pas d'un patrimoine suffisant pour avoir droit à cette sécurité ?

Plusieurs solutions ont été proposées, au titre desquelles l'apport à une société civile. Solution séduisante sur le papier, puisqu'elle permet sur un plan purement administratif de réaliser une donation-partage de biens divisés que sont les parts de société. Solution un peu moins reluisante au regard des écueils fiscaux et administratifs qu'elle engendre. Solution repoussante, philosophiquement, quand il s'agit de trouver une justification aux méandres juridiques qui nécessitent de transformer les chefs de famille que sont les donateurs en autant de gérants de société, dans l'unique but de réaliser une donation-partage de bien divisé. La société civile n'est assurément pas un outil destiné à cet objectif !

I - PROBLÉMATIQUES FISCALES LIÉES À L'APPORT

Décomposons schématiquement et chronologiquement l'opération d'apport.

Avant même l'acte d'apport, il est tout d'abord nécessaire de créer une société civile qui sera bénéficiaire de l'immeuble apporté en vue de la donation-partage des parts.

La création d'une société civile engendre un coût administratif d'environ 800 euros comprenant les différents frais d'annonce légale et d'inscription au greffe, auquel il convient d'ajouter le coût du conseil pour la rédaction.

S'ensuit l'acte d'apport du bien immobilier en lui-même, pour lequel la fiscalité n'est pas réhabilitaire puisque les apports purs et simples réalisés lors de la constitution de sociétés sont, en règle générale, exonérés de droits d'enregistrement conformément à l'article 810 bis du Code général des impôts (CGI). L'exonération s'applique aux apports réalisés lors de la constitution de sociétés quel que soit le régime fiscal de celles-ci. En revanche, les apports réalisés au cours de la vie sociale demeurent en principe taxables dans les conditions de droit commun (augmentation de capital, fusion ou opération assimilée, changement de régime fiscal, etc.).

Toutefois, certaines opérations continuent à se situer hors champ d'application de l'exonération, au titre desquelles les apports purs et simples de biens de toute nature faits à une per-

sonne morale non passible de l'impôt sur les sociétés.

Les actes exonérés en vertu de l'article 810 bis du CGI demeurent toutefois obligatoirement soumis à la formalité de l'enregistrement (CGI, art. 635, 1, 5° et 6°). Si l'apport est effectué au profit d'une société civile préexistante (par hypothèse non soumise à l'impôt sur les sociétés), seul un droit fixe est exigible, d'un montant de 375 euros ou de 500 euros suivant que le capital social après apport est inférieur ou supérieur à 225 000 euros.

II - PROBLÉMATIQUES FISCALES LIÉES À LA PLUS- VALUE DE CESSION

La problématique fiscale principale tient au déclenchement de l'impôt sur les plus-values immobilières pour l'apporteur. L'apport d'un bien immobilier à une société s'analyse en effet comme un acte à titre onéreux, en conséquence de nature à déclencher l'impôt sur les plus-values immobilières, si le bien n'entre pas dans une catégorie d'exonération de la plus-value, au titre desquelles la résidence principale (CGI, art. 150 U, II, 1°).

Le régime des plus-values immobilières des particuliers s'applique aux plus-values réalisées par les personnes physiques dans le cadre de la gestion de leur patrimoine privé, soit directement, soit au travers de sociétés de personnes relevant de l'impôt sur le revenu.

Tout apport à une société civile dans l'unique but d'effectuer une donation-



partage des parts de la société au profit de ses enfants va en conséquence être un fait générateur de l'imposition au titre des plus-values immobilières. En pratique, la plus-value est taxée à la date de l'acte notarié constatant l'apport.

Cette plus-value imposable est égale à la différence entre le prix de cession, correspondant à l'évaluation du bien au terme de l'acte d'apport, et le prix d'acquisition de ce même bien. Il correspond au prix effectivement versé lors de l'achat du bien tel qu'il a été stipulé dans l'acte, augmenté des charges et indemnités stipulées au profit du cédant (si une dissimulation du prix est établie, le prix porté dans l'acte doit être majoré du montant de cette dissimulation).

Le prix d'acquisition est majoré forfaitairement de 7,5 % pour tenir compte des frais d'acquisition ou bien l'appor-

teur peut choisir de substituer à ce forfait le montant réel des frais. Le prix d'acquisition peut également être majoré de certaines dépenses de travaux.

Lorsque l'immeuble cédé est détenu depuis plus de cinq ans, la plus-value est diminuée d'un abattement pour durée de détention dont le montant diffère selon qu'il s'agit de calculer l'impôt sur le revenu ou les prélèvements sociaux.

Pour la détermination du montant imposable à l'impôt sur le revenu, l'abattement est de :

- 6 % pour chaque année de détention au-delà de la cinquième et jusqu'à la vingt et unième;
- 4 % au terme de la vingt-deuxième année de détention.

L'exonération d'impôt sur le revenu est ainsi acquise après vingt-deux ans de détention.

Pour la détermination du montant imposable aux prélèvements sociaux, l'abattement est de :

- 1,65 % pour chaque année de détention au-delà de la cinquième et jusqu'à la vingt et unième;
- 1,60 % pour la vingt-deuxième année de détention;
- 9 % pour chaque année au-delà de la vingt-deuxième.

L'exonération des prélèvements sociaux est ainsi acquise après trente ans de détention et, entre vingt-trois et trente ans de détention, les plus-values ne sont soumises qu'aux prélèvements sociaux.

L'imposition est établie au taux proportionnel de 19 % auquel s'ajoutent les prélèvements sociaux taxés à 15,5 %, le cas échéant, la surtaxe sur les plus-values excédant 50 000 euros.

III - LES COÛTS DE PUBLICATION ET L'ADMINISTRATIF

Enfin, n'oublions pas les coûts engendrés par la publication. La contribution de sécurité immobilière, tout d'abord, de 0,10 % de la valeur du bien, et enfin les émoluments du notaire, encore tarifés par le décret n° 78-262 du 8 mars 1978 (JO 10 mars 1978), qui s'élèvent à 0,42 % HT de la valeur du bien objet de l'apport.

Une fois l'apport effectué, il restera à mettre à jour les statuts par une délibération de la société, signer les nouveaux statuts, puis procéder à leur dépôt auprès du greffe du tribunal de commerce, soit encore environ 100 euros de débours, sans compter les éventuels honoraires du rédacteur.

Bref, le donateur, d'abord apporteur, et surtout payeur, doit s'acquitter du coût de création de la société civile, du droit d'apport, de l'impôt de plus-value, de la publication, pour pouvoir enfin être autorisé à devenir donateur dans des conditions satisfaisantes...

Une fois la société existante et la donation effectuée, cette société devra vivre et ses organes devront fonctionner. En ce sens, son gérant pris chez le donateur ou bien chez l'un des donataires devra tenir une comptabilité et assurer des revenus à la société, probablement par la création de comptes courants d'associés dans les livres de la société afin de faire face à ses charges. À tout le moins il devra convoquer une fois par an l'organe de direction qu'est l'assemblée générale ordinaire, qui devra approuver la gestion, les comptes, donner quitus au gérant de sa gestion...

Toute décision sera désormais soumise aux règles de fonctionnement de la société qui auront donc dû être mûrement réfléchies.

IV - LE RISQUE DE FICTIVITÉ

À résumer l'objectif d'une société civile destinée à recevoir un bien immobilier dans le seul but de pouvoir effectuer une donation-partage de biens divis, nous pouvons légitimement nous interroger sur la notion de fictivité d'une telle société.

Une société est fictive lorsque les personnes qui apparaissent comme des associés n'en ont pas les caractéristiques, généralement parce que leur volonté de se comporter en associés (*affectio societatis*) n'est pas établie. Ainsi, par exemple, a été considérée comme fictive une société de gestion de portefeuille familiale n'effectuant aucun arbitrage, ne bénéficiant d'aucune autonomie financière, dans laquelle certains associés n'ont réalisé que de faibles apports et dont le principal apporteur entendait garder la maîtrise de son patrimoine(1). Il en est de même pour une société civile constituée entre deux associés dont l'un ne détenait qu'une part sociale, dès lors qu'aucune assemblée n'a jamais été convoquée, que l'associé majoritaire n'a pas rempli ses fonctions de gérant et qu'aucun élément constitutif du contrat de société n'était relevé(2), ou encore, pour une société n'ayant ni compte bancaire ni comptabilité, dont aucune assemblée n'a été tenue et dont un associé s'est comporté comme l'unique propriétaire d'un immeuble appartenant à la société(3).

Il ne fait pas de doute qu'une société civile constituée dans l'unique but de donner de manière divis, et qui, par définition, ne répondra pas à un souhait de constitution du donateur contraint en réalité d'utiliser la mise en société pour donner, répondra aux critères de fictivité relevés par la jurisprudence :

- aucune autonomie pour certains des associés (les donataires, par hypothèse);
- aucune assemblée générale;
- aucune comptabilité, ni aucun compte bancaire;
- faible détention de parts sociales de l'un des associés (ainsi le donateur qui conserverait une part).

Une telle société pourrait donc tomber sous le coup de la fictivité. Reste à déterminer qui aurait intérêt à relever une telle fictivité et comment la dénoncer. L'action en dénonciation de la fictivité tend en fait à établir que l'apparence n'est pas conforme à la réalité et permet ainsi à celui qui invoque la fictivité d'écarter l'écran de la personnalité morale pour faire valoir ses droits. Il s'agirait donc de tiers, par hypothèse

des créanciers, qui auraient intérêt à exercer une telle action. Mais le caractère fictif d'une société peut en réalité être dénoncé par toute personne y ayant intérêt, et même l'auteur de la fictivité peut s'en prévaloir... une seconde action révocatoire pour le donateur(4) ?

Lorsque la fictivité de la société est établie, il en résulte que cette société est nulle, mais elle disparaît seulement pour l'avenir(5); pour le passé, elle est traitée comme une société dissoute à l'égard de tout ayant droit de bonne foi.

À bien y réfléchir, il y aurait peu d'hypothèses dans lesquelles le caractère fictif de la société aurait intérêt à être dénoncé par un tiers... sauf à imaginer, après la cession du bien par la société et la distribution du prix à ses associés, la dénonciation de fictivité de la société par l'un des donataires qui y aurait intérêt, afin de remettre en cause la notion de donation-partage et ses modalités de rapport et de réduction particulières - par exemple le donataire dispendieux qui regarderait d'un œil jaloux les projets réalisés par ses frères et sœurs au moyen du produit de la cession issu indirectement de la donation... et nous retrouvons alors parfaitement notre problématique d'origine !

Ces complications fiscales, associées au risque de fictivité probable d'une telle société nous conduisent à catégoriser la technique de mise en société dans l'unique but de réaliser une donation-partage, au rang des fausses bonnes idées. ■

NOTES

- (1) Cass. com., 15 mai 2007, n° 06-14.262, RJDA 10/07, n° 966.
- (2) Cass. com., 9 juin 2009, n° 07-20.937, RJDA 10/09, n° 845.
- (3) Cass. 3° civ., 10 oct. 2007, n° 05-18.076, RJDA 1/08, n° 39.
- (4) Cass. 3° civ., 22 juin 1976, D. 1977, jur., p. 619, note P. Diener.
- (5) Cass. com., 22 juin 1999, arrêt n° 1285, RJDA 10/99, n° 1077.