dernier rang ses enfants, le même jour entre 18h et 21h M. N trouve la mort dans un accident de la circulation.
Les parents du défunt et sa veuve se retrouve en justice revendiquant chacun le bénéfice du capital décès, en première instance le tribunal attribue le capital décès aux parents, en appel la cour infirme le jugement de 1ere instance.

Motivation des juges du 2nd degrés : la CA constate la simultanéité du changement de bénéficiaire, décidé en 83 par le défunt et de l'adhésion au contrat d'assurance de groupe de son épouse. La CA souligne l'identité des risques couverts chez un même assureur et leur gestion commune : prélèvement global sur le même compte. La CA en déduit que les deux époux ont entendu se comporter ensembles en une seule partie, face au même cocontractant, pour obtenir dans leurs intérêts communs des garanties destinées à protéger l'avenir de leur foyer en cas de décès ou d'incapacité de l'un deux, à charge pour la communauté d'acquitter les cotisations d'assurance.
Pour la CA la désignation du CS comme bénéficiaire ne constitue pas une donation soumise comme telle à l'article 1096 du code civil (dans sa rédaction à l'époque) => M. N ne pouvait pas porter unilatéralement atteinte à l'expression de la volonté commune en modifiant la désignation de son conjoint, alors qu'au terme de l'article 1096 la donation été révocable.

Cette motivation est intéressante car elle n'a pas adopté le raisonnement classique, et qui semblait s'imposer dans cette affaire. Les juges auraient pu retenir le raisonnement suivant :

- la désignation de M. N comme bénéficiaire de l'assurance décès de son conjoint ne procède pas d'une intention libérale, il n'y a donc pas de donation.
- Mme. A tacitement acceptée sa désignation en tant que bénéficiaire => irrévocable.

Pour la CA les époux ont entendus protéger les intérêts de leur foyer en se consentant réciproquement le bénéfice de l'assurance en cas de décès (la cause de chaque contrat est l'autre contrat) cette volonté contractuelle commune ne pouvait pas être remise en cause unilatéralement par un seul des deux époux.

La cour de cassation a rejeté le pourvoi, pour elle il n'y a pas donation indirecte comme le soutenait le pourvoi, faute d'intention libérale, puisque la cour d'appel à constaté que les assurances étaient contractées dans l'intérêt de la famille.

Une partie de la doctrine critique que l'on puisse retenir la qualification de donation indirecte dans l'hypothèse d'une assurance décès s'agissant de la stipulation en faveur de l'un des époux. pour eux l'intention libérale est en effet douteuse, puisque l'époux qui désigne son conjoint comme bénéficiaire entend le préserver du risque de se trouver démuni.
Certains considèrent au contraire que dans le cas d'une assurance entre époux il y a bien donation indirecte dont le motif est le souci de préserver l'intérêt de la veuve, il n'y a donc pas réellement de contre partie.

L'hypothèse de l'arrêt du 13 mai 1998 est quelque peu différente de ce qui conduit au débat doctrinal, il s'agissait d'une assurance croisée entre époux. Il émerge de l'arrêt de 98 une notion nouvelle, celle de prévoyance exclusive de toute intention libérale.

La portée de cette décision a suscité des discutions. Pour le conseillé rapporteur la solution de la cour de cassation commence à « mettre un coin » dans le concept de donation indirecte en matière de désignation d'un bénéficiaire d'une assurance vie mixte dans un couple.

Le conjoint bénéficiaire d'une assurance vie mixte ne se trouvait pas en effet dans la même situation d'un tiers bénéficiaire du même type de contrat.
- Si le bénéfice d'un tel contrat est qualifié de donation indirecte lorsque le bénéficiaire est un tiers, l'acceptation de ce tiers rend cette dernière irrévocable et ceux de manière rétroactive.

- En revanche si le bénéficiaire d'un tel contrat est le conjoint, l'effet de l'acceptation de la stipulation de la part de ce dernier est lié aux dispositions de l'article 1096, c'est à dire en 1998 à la révocabilité des donations entre époux faites pendant le mariage, on comprend donc en quoi la solution de 98 est favorable au conjoint bénéficiaire de l'assurance de l'autre époux.

Aujourd'hui les choses se présentent différemment, l'article 1096 a fait l'objet de plusieurs modifications. La solution de 98 présente toujours un intérêt non négligeable : celui de simplifier la situation du conjoint bénéficiaire d'une assurance vie mixte du moins si cette assurance est une assurance croisée entre époux.
En doctrine, certain auteurs et professionnels se sont interrogés sur le point de savoir si la distinction amorcée dans l'arrêt entre souci de prévoyance et intention libérale ne pourrait pas être étendu à l'hypothèse d'un couple non marié, dans le cas ou un concubin souhaite avantager sa concubine en l'inscrivant bénéficiaire d'un contrat d'assurance vie.

§2 : Le rôle de l'intention libérale dans la qualification de l'acte

La cour de cassation est claire, l'intention libérale est un élément nécessaire à la qualification de l'acte juridique à titre gratuit qu'est la libéralité (com 14 décembre 1970 bul IV n° 307, Civ 1 14 février 89 Bull 1 n° 79).

Civ 14 févier 89 : dame qui vend aux époux G la nue propriété des biens et droit immobilier ainsi que des meubles dont elle conservait l'usufruit. Cette cession s'est faite suivant acte authentique, l'acte stipulant que le prix consistait en l'entretient de la venderesse par ses cocontractants, avec entre eux une cohabitation à laquelle il pouvait être mis fin unilatéralement par la venderesse, à charge dans ce cas pour les cocontractants de lui verser une rente annuelle viagère et indexée.

L'administration fiscale a contestée le caractère onéreux de l'opération et a réclamé aux époux G par voie de redressement fiscal le paiement des droits de mutation à titre gratuit, M G a fait opposition qui a été rejetée par le TGI qui a statué en 1er et dernier ressort. Pour le TGI il y avait dans cette opération entre les obligations souscrites réciproquement par les acquéreurs et la venderesse un déséquilibre d'où résultait l'existence d'une intention libérale.
Pourvoi contre le jugement du TGI, la **cour de cassation casse et annule le jugement du TGI** au visa de l'article 894 pour manque de bases légales (insuffisance de motivation => pure sanction disciplinaire ou indirectement précise les conditions d'application de la loi).

L'arrêt de 89 va au delà d'un arrêt disciplinaire, la cour de cassation a entendu rappeler que tout acte ne peut être qualifié de libéralité qu'à la **<u>double condition que soit établi :</u>**

- L'existence d'un élément matériel
- Et l'existence d'un élément intentionnel

=> le TGI ne pouvait déduire du seul déséquilibre l'existence d'une intention libérale.

L'élément matériel de la libéralité, n'est pas une notion clairement appréhendée. Le critère de l'acte à titre gratuit semble être celui de l'avantage non compensé par un sacrifice objectivement ou subjectivement équivalent.
Ainsi si les sacrifices consentis par les parties sont dans un rapport d'équivalence objectif (en présence de sacrifices mesurable), le caractère onéreux de l'acte s'imposera, en revanche si cette équivalence n'est que subjective (l'acte est conclu en considération de l'appréciation des parties) la gratuité semble s'imposer et résulte alors dans l'inéquivalence du sacrifice du gratifié avec la disposition dont il bénéficie.

Pour les époux G il y a acquisition de la nue propriété de différent droit et biens, et le prix de cette acquisition consistait en l'entretient de la venderesse avec entre eux une cohabitation.
De l'autre coté la venderesse conserve l'usufruit de ses biens et peut mettre fin unilatéralement à la cohabitation.
Pour le TGI l'opération est déséquilibrée au désavantage de la venderesse, l'opération déguise une donation. Le sacrifice qui consistait en une contre prestation des époux G n'était pas dans un rapport d'équivalence avec ce qu'ils bénéficiaient au final de l'opération.

La cour de cassation a pris acte du déséquilibre, cependant en censurant le jugement elle entend **rappeler que l'intention libérale est nécessaire et ne peut se déduire du simple élément matériel.**

Nombreuses sont les situations ambigües, créatrices d'un doute quant à l'existence d'une intention libérale, ce qui est toujours en jeu, c'est la qualification gratuite ou onéreuse de l'acte en cause. Le lieu privilégié ou se concentrent les situations ambigües est la famille.

Exemple : le soutient financier qu'apporte fréquemment les parents à leur enfant, et l'occupation gratuite d'un logement ou profit de l'un ou de plusieurs d'entre eux.

- Soutient financier parental : considéré comme un acte normal qui ne fait le plus souvent d'aucun écrit, la question qui peut se poser est de savoir s'il s'agit d'un don ou d'un prêt.
Il est possible d'envisager une réaction des cohéritiers, ils peuvent prétendre que les sommes ont été données (avec conséquence sur le plan successoral, de même l'administration fiscale peut demander des éclaircissements sur l'origine des fonds.)
Ex : versement de 30 000€ pour l'acquisition d'un studio, administration fiscale qui connaît les revenus modestes de l'enfant pourra regarder ses sommes comme des revenus dissimulés et la taxation d'office sera mise en œuvre => somme de 30 000€ taxé comme l'impôt sur le revenu avec intérêt de retard. L'enfant pourra prouver que les revenu provienne des ses parents (photocopie du chèque), l'administration fiscal pourra y voir un don manuel.
Un conflit d'une autre nature peut naitre : divorce de l'enfant qui a bénéficier d'un soutient parental, les parents peuvent convenir du remboursement des sommes versées, ce remboursement traduit l'existence d'un prêt, mais cette qualification ne s'imposera pas nécessairement si l'existence d'une intention libérale était établie lorsque le soutient a été apporté. Sans compter que l'existence de cette intention libérale peut résulter du seul constat que le prêt était consenti sans intérêt, cette automaticité s'impose dans l'hypothèse ou le prêt n'a pas été consenti par écrit, s'il l'a été la situation s'inverse.

- Occupation gratuite d'un logement au profit d'un de ses enfants : il convient de retenir que l'hébergement gratuit d'un enfant sans ressource est normal, dans une telle hypothèse il n'y a alors ni libéralité, ni cadeau, mais simplement pour les parents une obligation alimentaire (203), obligation qui n'est pas rapportable à la succession.
CdC° 97 : occupation d'un immeuble considéré comme un avantage, dont certain des héritiers avaient bénéficié, à titre de libéralité, cet avantage en application de l'article 843 sera en principe rapportable. En cas de conflit ce sera au juge qu'il appartiendra de qualifier l'occupation en fonction de différents paramètres. L'enfant qui occupait l'immeuble avait des ressources propres qui lui permettaient de se loger, l'occupation s'était prolongée sur une longue période, en conséquence les loyers que l'enfant avait économisés furent rapportés à la succession du défunt.
Dans cette affaire il n'a pas été exigé la preuve d'une intention libérale, cette jurisprudence de 97 peut être rattachée à celle qui a propos des avantages indirects constitue une véritable extension du domaine du rapport successoral.
Chaque fois qu'une telle occupation pourra être considérée comme constituant un avantage, quand un déséquilibre objectif sera constaté il y aura alors libéralité et donc rapport à la succession, en

revanche **la qualification de libéralité sera exclue en cas d'occupation de faible durée, ponctuelle et non exclusive**.

Exemple : renonciation à l'usufruit que les parents se sont réservés sur leur bien donné en nue propriété à un ou plusieurs de leur enfant.
Com 2 décembre 1997 (bull civ IV n° 319) : deux époux ont en 81 fait donation à leurs 3 enfants de la nue propriété de divers biens immobiliers, en 82 les deux époux donateurs renoncent à l'usufruit qu'ils s'étaient réservés sur leur bien, sur le plan fiscal la renonciation fut enregistrée au droit fixe des actes innommés (680 CGI), l'acte de renonciation a été considéré comme un acte de renonciation extinctive (extinction d'un droit, ici le droit d'usufruit), pas dans l'hypothèse classique de 1133 CGI qui exonère de tout impôt la réunion de l'usufruit à la NP, quand elle se réalise par l'expiration du temps fixé pour l'usufruit ou par le décès de l'usufruitier.
Dans cette affaire, l'administration fiscale a exercé une procédure de redressement considérant que la renonciation constituait une donation, prétention que les époux contestaient. Sur le plan fiscal une telle renonciation n'est considérée comme une donation que si certain éléments sont réunis :

- Acceptation de la renonciation par le nu propriétaire, expresse ou tacite (entrée en possession du NP, qui agit alors comme un propriétaire à part entière du bien)
- La renonciation doit être marquée par une intention libérale

Si ces conditions sont remplies, il ne s'agit plus d'une renonciation extinctive, mais d'une renonciation translative, qui donne ouverture au droit de mutation à titre gratuit sur la valeur de l'usufruit (762 CGI 669CGI) et non plus au droit fixe des actes innommés.

Les juges du fond ont pris en compte deux données :

* La renonciation a permis la reconstitution de la PP entre les mains des enfants, sans que cette renonciation n'est été justifiée (charges trop lourdes pour les parents).
* Les enfants ont perçu des loyers sur les biens immobiliers avant que l'usufruit soit venu à son terme.

En considération de ces données les juges du fond en ont déduit que la renonciation procédant d'une intention libérale était un acte translatif, lesquels en touchant les loyers ont accepté cette translation.
La Chambre Commerciale a rejeté le pourvoi des parents. Le redressement fiscal est justifié => perception de droit sur la valeur de l'usufruit.
Pour les juges du fond l'existence d'une intention libérale a été constatée par défaut : par élimination, aucune donnée objective explicative de la renonciation n'était constatée. La renonciation au droit réel d'usufruit s'analyse donc en une libéralité, plus précisément en une donation indirecte.

Cet arrêt a soulevé de nombreuses interrogations

Section 2 – Elément matériel

****

Exposé-discussion
La donation modique et la donation de fruits et revenus

Les libéralités, ayant pour objet les fruits et revenus comme les donations modiques, ont pendant longtemps eu une nature juridique incertaine.
La notion de donation de fruits et revenus peut être envisagée sous deux catégories distinctes selon l'origine des revenus : les revenus du travail et les fruits et revenus des biens. Par exemple, on peut penser à la renonciation par le disposant de l'usufruit d'un immeuble ou à une occupation gratuite

d'un immeuble. Les donations modiques peuvent s'analyser comme les dons de faible valeur. Il apparaît ainsi des interactions entre ces deux catégories de donations, c'est-à-dire que les fruits et revenus transférés dans le patrimoine du gratifié peuvent être de faible valeur.
La doctrine s'est alors demandée si elles représentaient de véritables libéralités. En effet, les libéralités supposent la réunion de deux éléments : l'élément intentionnel et l'élément matériel. Ce dernier consiste en un appauvrissement du disposant et un enrichissement du gratifié corrélativement. On peut alors se demander si ce type de donations peut recevoir la qualification de libéralités et être soumise au régime juridique de ces actes à titre gratuit que sont les libéralités ?

Apres avoir vu la question de la qualification de libéralités pour ces donations, nous envisagerons leur régime juridique.

I) La question de qualification de libéralités des donations modiques et des donations de fruits et revenus

A) La remise en cause de l'élément matériel.

La question s'est donc posée de savoir si la donation de fruits et revenus était une libéralité. Le problème se situait au niveau de l'élément matériel. Le disposant s'appauvrit il réellement et le gratifié s'enrichit il de par cette donation ? En effet, selon certains auteurs (Malaurie et Le Guidec) du coté du donateur il n'y aurait pas de véritable appauvrissement étant donné qu'il aurait dépensé lesdits fruits et revenus ou que ces derniers n'auraient jamais appartenu à son patrimoine (en cas d'occupation d'immeuble). Du coté du gratifié, il n'y aurait pas véritable enrichissement du fait que ces sommes auraient servi aux dépenses du quotidien. La conservation du patrimoine familial n'aurait donc pas été menacée. L'élément matériel faisant défaut, la qualification de libéralité ne saurait être retenue.

En réalité, tout dépendra des circonstances de fait pour savoir si la libéralité se trouve caractérisée.

Par exemple

- en cas de mise à disposition gratuite et prolongée d'un immeuble, l'élément matériel se trouve caractérisé. En effet, le propriétaire dudit immeuble s'est réellement appauvri en raison de cette perte importante de loyers, fruits civils de l'immeuble. Il n'a donc pu capitaliser des revenus. De son coté, l'occupant bénéficie d'une véritable économie.
- Au contraire, la qualification de libéralité sera exclue en cas d'occupation ponctuelle, de faible durée.

On peut donc observer que la différence de fait entre ces deux situations réside dans le faible montant des sommes en jeu.

Or la Cour de cassation a pu préciser dans un arrêt de sa chambre commerciale du 5 octobre 2OO4 que la modicité des sommes données n'excluait pas la qualification de libéralité. Par conséquent, les donations de fruits et revenus comme les donations modiques constituent des libéralités.

En raison des hésitations soulevées par son élément matériel que l'on a vu auparavant, la question s'est posée de savoir si d'autres qualifications juridiques étaient envisageables.

B) Le rapprochement avec d'autres notions

On sait tout d'abord demander si l'occupation gratuite de l'immeuble ne pouvait pas être qualifiée de prêt à usage consistant en l'octroi à titre gratuit de la jouissance du bien.
D'un côté, si l'occupant à la possibilité de sous louer l'immeuble et donc de percevoir ses fruits, la qualification de donation de fruits pourra être retenue. Si au contraire, il est astreint à une occupation personnelle de courte durée la qualification retenue sera plutôt celle de commodat.
Il appartiendra donc au juge du fond de se référer à l'intention commune des parties et plus particulièrement à l'existence ou non d'une intention libérale chez le propriétaire de l'immeuble.

Ensuite, on peut se demander si la qualification de présents d'usage ne pourrait pas être retenue. Malaurie définit le présent d'usage comme un cadeau fait à l'occasion de certains évènements conformément à l'usage et n'excédant pas une certaine valeur. Selon l'article 852, l'appréciation de cette valeur se fait en fonction de la date du présent et de la fortune du disposant. On aurait alors pu penser à rapprocher cette notion des donations modiques en raison de leur faible valeur respective et d'un régime juridique comparable (absence de soumission aux statuts des libéralités comme nous le verrons après). Ce raisonnement ne semble pas satisfaisant étant donné que les donations modiques ne sont pas faites pour une occasion spécifique déterminée par l'usage.

Après avoir vu que les donations de fruits et revenus et les donations modiques étaient bien des libéralités, il convient de se demander si elles sont pour autant soumises au régime de ces actes juridiques à titre gratuit.

II) Le régime de ces donations

A) La soumission de principe de ces donations au régime des libéralités

L'article 856 : « les fruits des choses sujettes à rapport sont dus à compter du jour de l'ouverture de la succession ». Ce texte a voulu conférer un avantage substantiel à celui qui a reçu un bien frugifère en le dispensant de rapporter à la succession du donateur les fruits perçus du jour de la donation au jour de l'ouverture de la succession. Ainsi, par analogie, on a cru voir dans ce texte une dispense de rapport en cas de donations des seuls fruits et revenus. De plus, on considérait que l'article 843 imposant le rapport ne s'appliquait qu'aux donations de biens. Pour ces différentes raisons, la jurisprudence exemptait de rapport les donations de fruits et revenus (Civ 1ère 27 novembre 1917). Par exception, le rapport était dû pour les constitutions d'usufruit et les renonciations à un usufruit au profit d'un successible car elles n'avaient pas pour unique objet les revenus mais le transfert d'un droit réel. Un changement est intervenu par l'arrêt de la 1ère chambre civile du 14 janvier 1997 (faits : le DC avait laissé à des héritiers l'occupation gratuite d'immeubles pendant plus de 10 ans). Cet arrêt « dame KATZ » de 1997 pose au visa de l'article 843 un principe général de soumission au rapport de toute donation qu'il s'agisse d'un bien ou seulement de ces fruits. L'article 851 alinéa 2 introduit par la loi du 23 juin 2006 confirme le rapport des donations de fruits et revenus.

Le fait que ces donations soit soumise au rapport implique t'il forcément qu'il faille les intégrer à la réunion fictive et les soumettre à la réduction ? La jurisprudence paraît les exempter facilement de la réunion fictive sauf en cas de sommes considérables qui amoindrissent de façon important le patrimoine du de cujus. Par exemple, en matière d'assurance vie le rapport n'est dû qu'en cas de primes exagérées par rapport aux ressources de l'assuré (civ 1ère 1er juillet 1997). Enfin, si la donation de fruits et revenus excède la réserve héréditaire elle pourra être sujette à réduction.
On peut rajouter que si les fruits et revenus des donations ne doivent pas être pris en compte pour la masse de calcul de la quotité disponible, c'est seulement une application de l'article 922. En effet, ils ne sont pas visés par cet article, lequel ne prévoit la réunion fictive aux biens existant au décès du donateur ou testateur que des biens dont il a disposé entre vif. Ainsi, le texte ne vise que le bien

frugifère et non les fruits et revenus. Cependant, un arrêt de la Chambre civile du 11 janvier 1882 avait décidé que les fruits et revenus entraient dans la masse de calcul. La Cour s'appuyait sur cet article 922. L'ancienneté de cet arrêt pose comme question de savoir ces donations doivent être prises en compte pour la masse de calcul au vue de l'évolution de la jurisprudence sur le rapport ?

Il existe pourtant des exceptions à leur soumission au régime juridique des libéralités.

B) Exception à la soumission au régime des libéralités

Tout d'abord, une donation de fruits et revenus peut échapper au rapport si le disposant la stipule hors part successorale. L'article 851 alinéa 2 le confirme.
Ensuite, la doctrine (Le Guidec, Barabé-Bouchard) par une lecture à contrario de l'attendu de l'arrêt de 1997 (circonstance inopérante – donc il y en a qui sont opérantes) en a déduit que des circonstances pouvaient dispenser de rapport le gratifié. Cette circonstance réside dans le critère de la modicité. En effet, l'arrêt de la 1ère chambre civile du 10 décembre 1969 énonce que « les rentes litigieuses ne sont pas sujettes à rapport » en raison de « leur modicité au regard des revenus considérables des époux ». Le critère de modicité est donc relatif et s'apprécie en fonction des ressources du disposant. Ainsi une donation modique échappe au rapport. On peut donc raisonnablement penser qu'elle ne sera pas non plus sujette à la réunion fictive ou à la réduction.

BIBLIOGRAPHIE

Arrêt : com.5 octobre 2004
Notes : D.2005. Pan 2123 obs.Nicod
RTD com. 2005.372 obs. Grosclaude

Arrêt : Civ 1ère 14 janvier 1997
Notes : Defrénois 1997 Art.36650 obs. Malaurie
JCP G 1997. I. 133 obs Le Guidec
JCP N 1998. I. N° 10. p.356 obs Barthe
D.1997. 607 obs. Barabé-Bouchard

Arrêt : Civ 1ère 10 décembre 1969
Notes : JCP G 1970. II. 16351

Manuel : « Les successions, les libéralités » de Malaurie et Aynès, éditions lextenso, 2008 (p. 183, 318, 437

****

Si on retient le qualificatif de libéralité il faut expliquer pourquoi elle échappe à une grande catégorie des règles de la donation.

On peut distinguer les donations prise sur les revenus et les donations de fruits et revenus eux même.

S'agissant de la donation de revenu on peut y joindre la question des présents d'usage, fasse à ce type de donation la jurisprudence a réagit de différente manière tantôt en appliquant les règles de la donation tantôt en procédant à une disqualification.

Dans le premier cas la jurisprudence prend en compte la seul modicité de l'objet donné, lorsqu'elle disqualifie elle prend en compte la modicité et le but de l'acte.

Loi du 23 juin 2006 modifie les articles 852 et 856.

C'est aux donations qui sont prélevées sur les revenus que l'on réserve le vocable de donations modiques, ce qui fait que les présents d'usage s'en distinguent.

10 décembre 1969 : rente constituée par des parents au profit de certain de les enfants, la cour de cassation dispense de rapport cette « libéralité » en raison du caractère modique de la donation par rapport aux revenus considérables des époux.
La donation modique a reçu un régime particulier : dispense de rapport, cependant nous constatons que la seule modicité de l'acte n'a pas conduit à une disqualification de cet acte qui reste une libéralité.

Com 5 octobre 2004 rejette le pourvoi formé par les témoins de Jehovas qui voulaient échapper à la taxation des dons manuels, en raison de la modicité des offrandes de nature à exclure la qualification de donation. « l'article 894 n'opérant pas de distinction selon la valeur de la chose aliéné la CA a décidé à bon droit que la modicité des sommes données ne suffisait pas à exclure la qualification de libéralité »

- ⇨ le caractère modique ne suffit pas pour exclure la qualification de libéralité

En l'espèce cela à conduit à maintenir les règles fiscales.

- ⇨ Une libéralité modique ne mérite pas d'être assujettie à toutes les règles des libéralités, mais elle n'en reste pas moins une libéralité, qui sur le plan fiscal est soumis à taxation

Au terme de l'article 852 certain actes bénéficient d'une présomption de modicité, qui les dispensent ainsi du rapport successoral (frais d'entretient, d'apprentissage) la loi du 23 juin 2006 prévoit la possibilité pour le disposant d'exprimer une volonté contraire, elle a légalisé la jurisprudence qui a très tôt considéré que cet article n'était pas d'ordre public.

S'agissant des cadeaux et présent d'usage, la jurisprudence procède à une disqualification qui a pour but d'éviter l'application du régime juridique des donations.
La jurisprudence prend en compte certain critère : la modicité de leur objet, mais également le but de l'acte qui vari selon les hypothèses : conformité aux usages.
On va prendre en compte aussi le but charitable de l'acte (donation croix rouge…)

Le présent d'usage demeure t il une libéralité ?
Si on retient l'existence d'une libéralité particulière cela entraine des conséquences, la notion de libéralité ne coifferait plus alors seulement deux groupes d'actes (donation et legs), mais trois groupes (donation, legs et présent d'usage).
Cette libéralité particulière échapperait alors à d'autres règles que le rapport successoral.

Civ 1, 10 mai 1995 : deux filles, à l'occasion du mariage de l'une d'elle les parents lui offre 5 aquarelles. Le père décède, les aquarelles qui valaient au moment du mariage 10 000€ valaient au décès 500 000€. La cour de cassation à eut l'occasion de rappeler ce qu'est un présent d'usage, et le moment ou il faut apprécier la valeur du bien.

Paris 11 avril 2002 (jurisdata 2002 178548). Com 29 janvier 2002 Les critère du présent d'usage sont simple : un usage et la modicité du bien donné au regard des revenus du donateur, sur ce point

l'appréciation des juges du fonds est souveraine et cette appréciation doit se faire au moment ou le présent d'usage est réalisé.
La loi de 2006 a légalisé la jurisprudence : article 852

Dans un arrêt rendu le 9 avril 1987 par la CA Bordeaux, les juge du fonds ont apprécié la modicité du cadeau au regard des revenus mensuels de l'époux, l'appréciation de la modicité c'est fait en comparaison d'un revenu annuel du donateur, un certain % caractériserait la modicité : < 2,5% du revenu annuel. Dans l'affaire d'espèce l'administration fiscale s'appuyait sur ce type de raisonnement. Mais se n'est pas une règle de la cour de cassation.

L'usage : il s'agit d'événement particulier tel que naissance, mariage… avant 1804 seuls les cadeaux de noces étaient visés.
La notion de présent d'usage doit être réservée à l'occasion d'événement familiaux et non d'autre événement de la vie (com 29 janvier 2002 à refuser qualification de présent d'usage, pour un cadeau suite à la mutation à l'étranger de sa fille).

Conséquence de la qualification du présent d'usage
Art 852 : pas de rapport sauf volonté contraire du disposant.
Pour le conseiller rapporteur dans affaire des aquarelles le présent d'usage est qualifié de libéralité sui généris, cette qualification a pour conséquence de faire échapper à d'autres règles que celles prévues par 852. Considéré comme une libéralité sui généris le présent d'usage doit échapper à certaine règles autres que le rapport :

- Principe de l'irrévocabilité des donations et de la révocabilité de certaine d'entre elle
La jurisprudence a exclu les présents d'usage du champ d'application de l'article 1096 (civ 1 19 décembre 1979 – Paris 25 octobre 2001) le présent d'usage a été déclaré irrévocable. L'article 1096 a été modifié à deux reprises, mais ces modifications ne remettent pas en cause ces jurisprudences.

- Divorce : avant la loi du 26 mai 2004 portant réforme du divorce aux termes de l'article 267, quand le divorce est prononcé aux tors exclusifs de l'un des époux celui-ci perd de plein droit toutes les donations et avantages matrimoniaux consentis par son conjoint. Civ 14 juin 1967 : la cour de cassation a exclu la déchéance prévue par ce texte pour les présents d'usage => il reste acquis à l'époux.
La loi de 2004 qui a abrogé les articles 276 pour poser l'article 265 ne modifie pas cette jurisprudence, elle conduit au même résultat.

- L'article 1088, la loi de 2006 n'a pas modifié ce texte : toute donation faite en faveur du mariage sera caduque si elles ne sont pas suivies du mariage. La jurisprudence considére que 1088 ne s'applique pas au présent d'usage, qui n'est pas caduc en cas de non mariage (Paris 3 décembre 1976). L'article 1088 reste applicable au don manuel.

- L'article 784 CGI : la CA de Paris 11 avril 2002 a considéré que les présents d'usage ne sont pas soumis aux dispositions de l'article 784 et une circulaire administrative va dans ce sens (doc adm 7 G – 3162 du 20 décembre 1996). Cet article impose fiscalement le « rapport » de toute donation de moins de 6 ans et ce rapport fiscal se fait dans l'actif successoral taxable. Dans l'affaire soumis à la CA de Paris c'est l'administration fiscale qui, considérant que des chèques remis à l'occasion de noël étaient des dons manuels, ils devaient être inclus dans l'actif successoral. La CA a prononcé la décharge de l'intégralité des rappels de droits demandés par l'adm fiscale.

Le fisc peut requalifier un présent d'usage en don manuel, l'action du fisc (action de reprise) est encadrée dans un délai de 10 ans a partir du fait générateur. L 186 du livre des procédures fiscales : l'action de reprise se prescrit par 3 ou 6 ans.
Il faut attirer l'attention du contribuable qui pourra être tenté de confondre don manuel et présent d'usage.
Comment concilier CA Paris 1996 et la jurisprudence des témoins de Jehovas, si le présent d'usage est une libéralité spéciale, qui lui permet d'échapper à bon nombre de règles du droit successoral, il y aurait une limite : le fisc. Certain auteur, quant à l'application de 784, considèrent que le présent d'usage est une libéralité, il n'y a pas de raison qu'il échappe à 784, c'est une simple tolérance fiscale.

Réduction pour atteinte à la réserve :
Les présents d'usage y sont-ils soumis ? la plupart des règles applicables aux donations sont inspirées par la protection du donateur. Si les intérêts qui justifient la règle ne s'appliquent pas il ne faut pas appliquer la règle. C'est en considération de ce constat que le législateur de 2004 à raisonner dans l'article 852.

D'ancien auteur ont entendu mettre à part la donation de revenu, en raison de leur faible importance sont assimilés à des donations de fruits. Ils entendent distinguer le rapport de la réduction. On peut admettre une présomption de dispense de rapport en raison de la modicité du don, pour la réduction il y aurait plus d'hésitation. Donations certes peu importantes mais répétées finissent par appauvrir le patrimoine.

Pour la donation de fruits et revenus
Il faut tenir compte de la loi de 2006 qui remplace les articles 856, 928 et 962 du code.
La loi traite les fruits et revenus de la chose donnée différemment de la chose donnée elle-même, il faut traiter différemment la donation de fruits et revenus.
Civ 14 janvier 1997 soumet au rapport la donation de fruit : article 856 qui n'a jamais établi une dispense de rapport de fruits, si cela était le cas il faudrait décomposer la donation du bien en PP en une donation non préciputaire de nue propriété et en une donation préciputaire d'usufruit, personne ne conteste le fait que c'est la valeur de la PP qui est du au titre du rapport à fin d'égalité.
La loi de 2006 légalise cette jurisprudence à l'article 851, possibilité pour le disposant de dispenser une telle libéralité du rapport successoral.

Mise à disposition d'un bien par un parent à un enfant, traditionnellement et en pratique une telle opération était analysée comme un prêt qui n'implique donc pas le paiement d'intérêt, cela permet d'exclure la qualification de libéralité, mais dans certaine circonstance (comme l'occupation prolongée), en dehors même de toute convention une indemnité d'occupation était versée à la succession.
Cet arrêt de 97 a interpelé les praticiens, il conduit à retenir la qualification de libéralité avec toutes les conséquences que cela implique (soumission au rapport). Cet arrêt est intervenu dans un contexte qui a évolué : allongement de la vie, évolution du contenu des patrimoines.
L'occupation gratuite devient dès lors un avantage en nature fondamental qui doit être pris en compte lors de la liquidation de la succession.
S'agissant de la donation de fruits et revenus le législateur de 2006 à prévus la possibilité pour le disposant d'en faire une donation dispensé du rapport.
Mais l'arrêt de 97 interpelle toujours, il doit être placé dans un cadre plus général que celui de l'extension jurisprudentielle du domaine du rapport successoral.

CF : Article 928 et 962

L'extension jurisprudentielle du domaine du rapport

L'occupation peut constituer un avantage matériel qui peut être important. Jurisprudence de 97 a analysé l'occupation comme un avantage indirect constitutif d'une libéralité. L'élément matériel de la libéralité implique la constatation d'un appauvrissement et d'un enrichissement corrélatif. S'il est exact que dans la grande majorité des cas cet appauvrissement et cet enrichissement corrélatif résultent de la transmission d'un droit sans contre partie, cette transmission d'un droit n'est pas toujours constatée sans pour cela exclure l'existence d'une libéralité.

Il arrive que l'élément matériel apparaisse sous forme d'un avantage, l'appauvri trouve un avantage indirect, ledit avantage ne résultant pas des seuls éléments interne de l'acte mais des circonstances (ex avantage indirect visé à l'article 860 al 4). Le rapport successoral obéit à certaines règles (deux premiers aliénas), mais le disposant peut prévoir dans l'acte de donation une stipulation contraires et l'alinéa 4 de l'article 860 précise : « s'il résulte d'une telle stipulation que la valeur sujette à rapport est inférieur à la valeur d'un bien déterminé cette différence forme un avantage indirect acquis au donataire ».

Est considéré comme un avantage indirect l'avantage pécuniaire résultant pour un héritier de la situation privilégiée qui lui avait permis de remplacer son auteur défunt dans sa profession de représentant de commerce (Civ 19 novembre 1968 JCP 1969 II n°15899).

Cet avantage constitue une valeur patrimoniale, laquelle doit figurer dans la masse successorale à laquelle cet avantage était rapportable. Les avantages indirects sont concernés par 3 art du code : 860 al 4 843 al 1et 853.

Au terme de l'article 843 al 1 le rapport est du pour toute libéralité entre vifs qu'elle soit directe ou indirect. 853 : il n'y a pas lieu à rapport pour les contrats entre ….

Les avantages indirects sont donc de principe soumis au rapport successoral.

Il résulte de la jurisprudence qu'il peut y avoir avantage indirect sans pour cela qu'il soit constaté que cet avantage procède d'une intention libérale, seul sont légalement soumis au rapport successoral les dispositions animées d'une intention libérale.

Un avantage est constitué dès lors qu'est constaté l'existence d'un déséquilibre objectif, déséquilibre constituant par ailleurs l'élément matériel de la libéralité et sans que soit exigé …

- ⇨ Survalorisation de l'élément matériel, le notaire ne peut que conseiller de prévoir dans un testament une clause au terme de laquelle il serait précisé que les avantages indirect divers consenti de leur vivant à leurs enfants revêtiraient un caractère préciputaire.

Cour du 5/11

Conteste la qualification même de libéralité lorsqu'on se trouve en présence de se qu'on considère comme une renonciation pure et simple (qui s'oppose à la renonciation conventionnelle). Pour ces auteurs la renonciation pure et simple à un droit réel comme l'usufruit apparaît comme un acte de volonté unilatérale, acte abdicatif du droit en cause et non pas un acte translatif de ce même droit.

Le résultat de l'acte de renonciation est de faire sortir ce droit du patrimoine du renonçant. Il pourra y avoir un bénéficiaire de ce droit, mais ce bénéficiaire ne tient pas son avantage directement de la renonciation, renonciation qui ne peut en aucun cas constituer un titre pour le bénéficiaire. Le caractère abdicatif de la renonciation l'empêche d'être une libéralité, aucun transfert d'un patrimoine à un autre n'est constaté. L'élément moral de la notion de libéralité va jouer un rôle décisif dans la qualification de l'acte. Cette intention libérale apparaît comme un moyen pour le juge de capter une réalité qui d'un point de vu économique abouti au même résultat qu'une renonciation translative, alors que juridiquement qualifier cette renonciation de libéralité est particulièrement contestable.

Réponse ministérielle du 20 mars 2008 (JO du sénat du 20 mars 2008), à la suite de l'arrêt rendu par la chambre commercial de 97, il a été posé au ministre de l'économie la question suivante : comment taxer des nus propriétaires dès lors qu'ils sont dans l'obligation de prendre acte des conséquences d'une décision unilatérale (renonciation) a laquelle ils n'ont pas été partis ?
La requalification de la renonciation en donation par l'administration fiscale ne peut être exclue, dès lors qu'est clairement révélé l'existence d'une intention libérale de la part du renonçant, intention libérale auquel se joint l'acceptation qui peut être tacitement constaté de la part des nus propriétaires, comme dans l'affaire de 97 (le nu propriétaire avait perçu des loyers => acceptation tacite de l'usufruit).

Dernier exemple
Constitution d'une SCI entre concubins. M. X et sa compagne Mme Y ont en 1998 constitué une SCI au capital de 50 000F. Il a été procédé à une augmentation de capital au moyen de l'apport d'un bien immobilier par M. X, avec stipulation que les 20500 parts composant le capital social, ainsi que tout les droits attachés à ces parts serait mise en tontine.
Il s'agit d'un mécanisme d'où il résulte qu'un bien, censé acquis à deux reviendra à l'un des stipulants au décès de l'autre, ce bien sera alors considéré comme ayant toujours appartenu au survivant. Le pacte tontinier est aléatoire et de nature généralement onéreuse.
M. X est décédé en septembre 2000 en laissant pour lui succéder ses trois enfants, qui ont assigné Mme Y aux fins de faire constaté que le pacte tontinier n'était pas aléatoire et dissimulait une libéralité.
Civ 1 10 mai 2007 (juristata 2007, 038791), rejeté le pourvoi formé contre Mme Y contre la CA qui a analysé le pacte comme une donation déguisée. Les juges du fonds ont constaté que seul M. X avait financé le capital social, et qu'en raison de son état de santé en 98, et de la différence d'âge existant entre les associés, il était plus que probable que la succession de M. X s'ouvre avant celle de sa compagne => absence d'aléas.
Cet arrêt présente un intérêt : celui de souligner le risque de contestation de ces sociétés constituées entre concubin ou les conditions du pacte tontinier sont discutées soit à l'initiative des héritiers, soit de l'administration fiscale.
Dissimulant une libéralité généralement qualifiée de donation indirecte, le pacte tontinier est donc susceptible d'être soumis à réduction et sur le plan fiscal la qualification de libéralité entraine des conséquences. Des précautions sont donc à prendre lors de la constitution de ces sociétés, et implique une information des risques civil et fiscal.
Quant à l'intention libérale elle résulte pour l'essentiel de la constatation du défaut d'aléas contre une chance de pertes et de gains des stipulant associés.

Chapitre 2 – Les opérations triangulaires et libéralités

Section 1 : La stipulation pour autrui

Consultation n° 1 : L'assurance vie.

M. Dupont est décédé le 14 octobre 2009 et laisse pour lui succéder sa sœur et sa nièce (fille de son frère prédécédé), le 10 octobre 2008 il avait souscrit un contrat d'assurance vie.

Le montant du contrat fait-il partie de l'actif successoral ?

Description de la situation : les héritiers de M. Dupont sont sa sœur et sa nièce, collatéraux privilégiés. Au regard du droit successoral les deux héritiers ont vocation à se partager la succession pour moitié.

Au regard du droit fiscal certaines précisions sont nécessaires. La loi de finance rectificative de 2006 applicable aux successions ouvertes au 1 janvier 2007. L'administration fiscale a maintenue sa position en refusant de faire bénéficier aux neveux et nièces, même venant en représentation, du barème applicable au frère et sœur (35% jusqu'à 23 975€ en 2009 puis 45% au-delà : 777 et 777 bis du CGI), refus affirmé dans une instruction du 22 novembre 2007.

Cette analyse a été critiquée :

* elle aboutissait a des résultats peut satisfaisant au regard du saut de génération que la loi de 2006 entendait favoriser et un régime hétérogène de la représentation.

* mais surtout cette position était en contradiction avec celle prise par ailleurs concernant **l'abattement** applicable aux neveux et nièces succédant par représentation (pour l'abattement ils avaient la qualité de frère et sœur représentés, et non celle de neveux et nièce : 15 636€ en 2009 article 779 IV CGI). La loi TEPA du 21 août 2007 ayant triplé l'abattement ordinairement applicable aux successions entre frère et sœur.

En revanche en se qui concerne **l'impôt** ils avaient la qualité de neveux et nièces (=> 55%), en pratique les centres des impôts étaient hostile au cumul des abattements (en qualité de frère et sœur représenté et en qualité de neveux et nièce). Au terme de l'article 779 V CGI abattement de 7818 € pour les neveux et nièces.

L'article 82 de la loi de finance 2009 a mis fin a cette incohérence fiscale, au terme de l'article 777 CGI il est explicitement énoncé que le taux de 35% puis 45% s'applique aux frères et sœurs vivants ou représentés. Cependant cette disposition n'avait aucun effet rétroactif et ne s'appliquait qu'aux successions ouvertes au 1 janvier 2009.

L'instruction du 10 juillet 2009 (JCP notarial 2009 n° 3034 page 1248) est venue régler ces situations en venant préciser que la loi de finance s'applique pour les successions ouvertes depuis le 1 juillet 2007. Cela permet au redevable qui ont liquidé les droits en application de l'interprétation en vigueur d'obtenir la restitution des droits par voie de réclamation.

Cette instruction confirme que le taux de 35% puis 45% entre frère et sœur bénéficie non seulement aux neveux et nièces mais aussi à tous leurs descendants venant par représentation.

En revanche l'administration fiscale renouvelle sa position selon laquelle l'abattement en faveur des neveux et nièce (article 779 V CGI : 7818) ne bénéficie qu'aux neveux et nièce succédant de leur propre chef.

La pratique a mis le doigt sur un certain nombre de difficulté sur le maintient de cette position : on ne voit pas comment un neveu succédant par représentation et par ailleurs bénéficiaire d'un legs ne pourrait pas bénéficier à la fois de l'abattement en faveur des frères et sœurs représentés et de l'abattement en faveur des neveux et nièces. Même problème lorsque les neveux et nièces succèdent par représentation, seraient également bénéficiaires d'une assurance vie

La souscription d'un contrat d'assurance vie mixte en euros et en unité de compte :

Le contrat par M. Dupont est un contrat d'assurance vie mixte, si M. Dupont décède le 1er le capital sera versé au bénéficiaire désigné dans le contrat. M. Dupont ne profitera de ce capital que s'il survit à l'échéance de ce contrat.

Le contrat conclu par M. Dupont est une forme d'assurance à dominance financière, le contrat conclu en euros et en unité de compte à pour conséquence que le règlement se fera en espèce ou en unité de compte par la remise de titre aux tiers bénéficiaires et ce à leur demande (si c'est possible : titre qui ne confère pas de droit de vote).

Le contrat conclu par M. D : les montants versés par le souscripteur font l'objet d'un placement et le capital payable par l'assureur est donc un capital variable puisqu'il suit les variations du marché et son montant dépendra de la valeur des unités de compte au jour de leur exigibilité.

La souscription d'un contrat assurance vie **intéresse le notaire**, il peut avoir besoin d'obtenir communication de son existence et du nom de ses bénéficiaires, et ce afin que la déclaration de succession au près de l'administration fiscale soit complète et régulière.
On peut même considérer que cette connaissance est indispensable lorsque le ou les bénéficiaires du contrat sont héritiers de la succession et que ces contrats sont soumis à l'article 750 B du CGI, il prévoit qu'au-delà de 30 700€ les primes versées donnent ouverture au droit de mutation par décès suivant le degré de parenté entre le bénéficiaire et l'assuré. A défaut d'information le notaire peut appliquer les abattements de droit communs qui aurait déjà été utilisé lors du dénouement du contrat d'assurance et ainsi cumuler les abattements, de sorte que les droits pourraient être considérablement réduits.

Les questions et difficultés directement issues du cas Dupont

<u>- Nécessité de déclarer le contrat d'assurance vie mixte à l'administration fiscale</u>
Le contrat a été, conformément à la loi, déclaré. Elle traduit l'existence d'une taxation spéciale de ce contrat, elle date d'une loi du 18 janvier 1980 et la dite taxation a subit depuis de multiple modification. En 80, c'est pour éviter l'évasion fiscale, qu'était susceptible de constituer les contrats d'assurance vie que le législateur a inséré l'article 757 D, soumettant ainsi les sommes versées au bénéficiaire au droit de mutation à titre gratuit à certaine condition.

Aujourd'hui il convient de retenir pour l'essentiel :

* d'une part que les sommes dues par les organismes d'assurance à raison du décès de l'assuré sont assujettis à un prélèvement de 20% à concurrence de la part revenant à chaque bénéficiaire qui excède 152 500€ (article 990 I CGI). Toutefois ce prélèvement ne s'applique que pour les contrats souscrit depuis le 13 octobre 1998, ainsi qu'aux primes versées depuis cette date sur les contrats en cour. Excepté entre autre pour les primes versées au-delà de 70 ans dans le cadre de contrat souscrit depuis le 20 novembre 1991 et qui relève de droit de mutation à titre gratuit.

* Surtout il faut noter que pour les successions ouvertes depuis le 22 aout 2007, les sommes versées au conjoint ou pacsé de l'assuré ou à ses frères et sœurs remplissant les conditions pour bénéficier de l'exonération de droit de succession échappe à cette taxation de 20% (art 796 O).

=> D'autre part et en conséquence en dessous de 152 500€ aucune taxation n'est due exceptée pour les primes versées après le 70ème anniversaire des droits sont alors dus sur la fraction des primes qui excède 30 500€. Ceci vaut pour tout contrat souscrit après le 20 novembre 1991. Les contrats souscrits avant ne donnent ouverture à aucun droit de mutation par décès.

Les compagnies d'assurance ne peuvent verser le bénéfice du contrat au bénéficiaire que sur présentation d'un certificat remis par le service des impôts et attestant que les droits se rapportant à l'indemnité d'assurance ont été payé soit qu'ils ne sont pas exigibles.

Il ne s'agit pas ici de droit de succession, mais d'un prélèvement spécifique, les sommes qui sont soumises à ce prélèvement ne sont pas comprises dans l'actif successoral, et les diverses règles (abattement …) en matière de succession joueront à plein sur l'actif successoral.

M. Dupont a versé une prime unique au-delà de son 70ème anniversaire, mais le montant de cette prime étant inférieur à 30 500€ les bénéficiaires du contrat ont obtenu de la recette des impôts du

domicile du défunt un certificat attestant de la déclaration et précisant que cette dernière n'a donné lieu au paiement d'aucun droit.

- L'existence de l'article 8 des conditions générales du contrat

Article qui concerne la renonciation de l'adhérant à son adhésion, conformément à l'article 135-5-1 du code des assurances, un délai de réflexion de 30 jours accordés au souscripteur pour renoncer à la souscription du contrat par lettre recommandée.
L'existence de ce délai de réflexion qui est en réalité un droit de repentir a vu sa **nature juridique discutée** : Pour certain auteur il y a là un mécanisme de formation successive du contrat, lequel ne deviendrait parfait qu'à l'expiration du délai de repentir. Il ne suffit donc pas pour ces auteurs que la volonté existe au moment de l'échange des consentements, il faut encore que cette volonté se maintienne un certain temps (celui accordé pour le repentir).
La jurisprudence ne partage pas cette analyse : Civ 10 juin 1992 a affirmé que le contrat est parfait par l'échange des consentements dès l'accord des parties sur la chose et sur le prix.
Cette analyse signifie que le droit de repentir suspend seulement l'efficacité du contrat, et qu'il ne s'agit donc pas du processus de formation du contrat qui serait altéré.

En l'espèce M. Dupont aux termes de l'article 8 disposait donc d'un délai de repentir pendant 30 jours. L'existence de ce droit de repentir ne remet pas en cause le fait que ce contrat était parfait et régulièrement conclu dès le 10 octobre 2008 (jurisprudence 92). Même s'il est décédé avant l'expiration de ce délai, la validité du contrat n'est pas remise en cause, car il ne contient aucune clause de résiliation en cas du décès du souscripteur dans le délai de 30 jours.
Contenu dans le contrat de M. Dupont une telle clause aurait permis de considérer que M. D entendait revenir sur sa stipulation en cas de décès dans le délai.

- La rédaction de la clause bénéficiaire

A parement pas de grosse difficulté dans la rédaction de la clause, mais ce n'est pas toujours le cas (cf cas Durant).
Le rôle du notaire en la matière n'est pas négligea ble, il lui appartient d'informer le client qui se propose de conclure un contrat d'assurance vie sur le déséquilibre qu'un tel contrat peut engendrer entre le bénéficiaire et les héritiers. Les risques de confusion et d'ambigüité sont nombreux.

- Le mécanisme de la stipulation pour autrui :

L'assurance contractée par le défunt **procure au bénéficiaire du contrat un droit propre et personnel**, le tiers tient son droit du contrat, il s'agit d'un droit direct né dès la conclusion du contrat d'assurance. Cette règle formulée par un arrêt de principe 2 juillet 1884, confirmée, pour l'assurance vie, par la loi du 13 juillet 1930. L 132-12 du code des assurances. Dire que le tiers bénéficiaire a un droit direct, c'est dire qu'il tient son droit directement du promettant (assureur) et que ce droit n'a jamais figuré dans le patrimoine du stipulant (souscripteur).
Ce constat a des conséquences pratiques importantes, le tiers peut poursuivre directement l'exécution de son droit contre l'assureur, il dispose d'une action directe et en conséquence il est à l'abri des prétentions des créanciers des héritiers du stipulant, car les sommes dues par l'assureur ne le sont pas à la succession du souscripteur, mais directement au bénéficiaire, les créanciers de la succession ne saurait émettre sur elle aucune prétention.
Il n'y a lieu ni à réduction ni à rapport dès que les sommes perçues par le tiers ne proviennent pas de la succession. Solution admise en jurisprudence depuis 1884, consacrée par la loi, article L 132-12 code des assurances.

Une souscription sera considérée utile chaque fois qu'il sera établie qu'elle correspond à des besoins, qu'elle rend service au souscripteur (ex : souscripteur de faible revenu, fait un placement à long terme pour avoir des revenus complémentaires).

Les interrogations suite à l'arrêt de 2008 ont été nombreuses, certains auteurs ont dénoncé le risque de voir ce critère de l'utilité économique absorber tous les autres critères habituellement retenus pour caractériser l'excès des primes, et en conséquence amoindrir la protection des héritiers réservataires et des créanciers du défunt. Si la cour de cassation a rendu ce critère obligatoire, elle a pris le soin de préciser qu'il n'était pas exclusif.
Les auteurs ont mis en évidence le fait que ce critère conduise à confondre deux questions :

* celle de la qualification ou requalification du contrat
* et la question du caractère excessif de certaines primes.

Si le contrat ne comporte aucune utilité économique pour le souscripteur, les critères de la sanction de l'excès manifeste correspondent avec ceux mis en œuvre pour la disqualification.

Loi du 17 décembre 2007 : l'acceptation du tiers bénéficiaire du contrat ne peut plus intervenir sans le consentement du stipulant, ce qui lui donne une plus grande liberté de gestion (ex : retirer à tout moment les sommes placées), l'utilité financière de la souscription devrait être admise plus facilement. L'application de L 131-13 al 2 devrait toujours être de moindre fréquence pour ces auteurs.

Lorsqu'est retenu le caractère excessif des primes versées, se pose alors une autre question **: rapport à la succession de l'intégralité des primes ou seulement leur fraction excessive**.
Pour certain auteur s'est dans la mesure de l'excès que le rapport ou la réduction sont applicable, et il résulte de certain arrêt de la cour de cassation que s'est aux juges du fonds qu'il appartient d'apprécier l'excès. Certaine décisions (rares) ont admis que seule la partie excessive est soumise à réduction (CA Paris 2 octobre 2001), mais il semble que la jurisprudence soit majoritairement en faveur du rapport de l'intégralité des primes et non pas de la seule fraction excessive (CA Paris 30 mai 2000).

Le risque d'une requalification du contrat d'assurance vie mixte n'a pas totalement disparu après les arrêts du 23 novembre 2004 ni au profit des héritiers et créanciers, ni à celui de l'administration fiscale, qui elle ne dispose pas en principe de l'action permettant de faire constater le caractère excessif des primes versées, sauf pour des impayés, l'administration a alors la qualité de créancier du défunt. TGI Nantes 7 mai 2003 *: « l'administration fiscale qui n'est ni héritiers et qui n'est pas créancier, sauf le cas d'impôt impayé, ne peut exercer les droits que le code civil réserve à l'héritier ou au créancier ».*

- ⇨ le fisc ne peut pas fonder un redressement fiscal en se prévalant du caractère excessif des primes.
- ⇨ Il ne lui reste qu'à contester le caractère de contrat d'assurance dans le rapport stipulant / tiers bénéficiaire(s).

Deux moyens sont classiquement utilisés par l'administration fiscale, ils tendent tous deux à faire constater que le contrat est porteur d'une libéralité :

- Obtenir la qualification du contrat d'assurance vie mixte en une donation indirecte, l'objectif est de soumettre cette libéralité à l'obligation du rappel des donations antérieures (article 784 CGI). Il s'agit pour l'administration de priver le bénéficiaire du capital décès, hors succession au plan civil, du régime fiscal de faveur des articles 757B et 990 I.

Plusieurs décisions ont accueilli l'action du fisc sur ce fondement : CA Dijon 20 mai 2003 – Ch mixte 21 décembre 2007 (jurisdata 2007 042070).

Dans l'affaire soumise à la CA de Dijon l'administration fiscale a réussi à établir que les circonstances (âge, santé, prévisibilité du décès) rendait purement théorique la faculté de rachat prévu au contrat et donc pour les juges du fond, l'existence d'une libéralité et d'une donation indirecte ne faisait plus de doute.
Ch Mixte 21 décembre 2007 : la cour de cassation a approuvé la CA d'avoir accueilli l'action de l'administration fiscale qui, se fondant sur l'existence d'une donation indirecte, avait notifié à une concubine un redressement fiscal pour les sommes qui lui avait été versées au terme d'un contrat assurance vie mixte souscrit à son profit. La cour de cassation a considéré qu'un contrat d'assurance vie mixte pouvait être requalifié en donation, si les circonstances dans lesquels sont bénéficiaire avait été désigné révélait une volonté de son souscripteur de se dépouiller de manière irrévocable. En l'espèce constatation d'une modification de la clause bénéficiaire quelques jours seulement avant le décès du souscripteur.
La décision de la Chambre mixte du 21 décembre 2007, pour beaucoup d'auteurs est critiquable, dans la mesure où elle malmène la notion de la libéralité (qui exige un élément matériel et intentionnel) et la définition même de la donation 894, en ce qu'il exige un dessaisissement actuel et irrévocable du donateur. Mais surtout la qualification de contrat d'assurance n'est ni exclusive ni éliminatoire de celle de donation.

- Second moyen avancé par l'administration fiscale : l'abus de droit. Elle prétend que l'opération dissimule donation déguisée. Par exemple en 1999 en TGI de Toulouse a donné raison à l'administration fiscale en qualifiant un contrat d'assurance vie mixte de donation déguisée du capital, la nièce du défunt à en conséquence été condamnée en plus des droits simple de 55% sur le montant de la prime payée une majoration de 80% en application de l'article 1729 CGI (exercice d'une activité occulte). Depuis l'ordonnance du 7 décembre 2005, nouvel article 1728.
Plusieurs éléments ont été retenus par le tribunal pour accueillir les prétentions du fisc : l'âge avancé du souscripteur, l'absence de contre partie à la souscription du contrat. Tous ces éléments constituant pour le tribunal des présomptions de simulation suffisantes pour justifier la procédure de l'abus de droit (de manière général l'abus de droit est retenu chaque fois que les souscriptions n'ont pour but exclusif de soustraire les actifs imposables de la succession et donc d'éluder les droits de mutation par décès).
Cette jurisprudence est critiquée en doctrine, on ne peut déduire de la seule constatation que la souscription a été faite à titre gratuit l'existence d'une donation déguisée.

3 - Le risque de disqualification du contrat souscrit par M. Dupont est pratiquement nul. Les seuls héritiers du défunt sont en même temps bénéficiaires du contrat. S'agissant de l'administration fiscale, disqualification semble possible (âge du souscripteur, durée de l'engagement illusoire au regard de la vie humaine) le montant du bénéfice du contrat est peu élevé au regard des facultés financière du défunt => la réduction de l'actif successoral est de faible importance.

4 – L'attitude du notaire liquidateur
L'état du patrimoine s'apprécie au jour du décès du défunt. M. Dupont est décédé le 14 octobre 2008, la première prime a été versée le 30 octobre 2008. La somme de 15 245€ a été portée au débit du compte bilan, cette somme correspond au montant de la somme unique versée par M. Dupont.
Se plaçant au jour du décès, cette somme figure encore à cette date dans le patrimoine actif du défunt, et le notaire liquidateur se doit de faire figurer dans l'actif successoral le montant de la prime unique, ce montant participe ainsi au calcul du montant de l'actif taxable au regard du paiement des droits de succession. Au regard des règles fiscales applicable au contrat, les héritiers bénéficiaires du contrat souscrit par le défunt ne sont assujettis au paiement d'aucun droit de mutation.

Si le bénéficiaire n'était pas un héritier, les héritiers aurait du payer des droits de successions sur une somme qui leur aurait échappée.
La seule solution qui semble s'imposer est de faire figurer dans le passif successoral la somme de 15245€. En effet c'est au titre de l'exécution d'une obligation du défunt, obligation née antérieurement au décès que cette somme figurera dans le passif de la succession, la dette est née du contrat assurance vie souscrit le 10 octobre 2008. Toute dette du défunt née antérieurement au décès est déductible de l'actif au titre du passif héréditaire.

Dans la réalité, les choses ne se sont pas passées de cette manière, le clerc chargé de la liquidation de la succession de M. Dupont a tenté dans un premier temps d'obtenir de la banque la transmission de document prenant acte que l'exécution du contrat a eut lieu avant le décès. La banque a refusé au motif que M. Dupont étant décédé avant l'expiration du délai de réflexion de 30 jours la question de la validité même du contrat se posait. Le fait que le souscripteur n'ait pu bénéficier du délai de réflexion prévue était susceptible de remettre en cause la validité même de la souscription.
Ce raisonnement ne tient pas, le contrat est réputé parfait dès l'échange des consentements et aucune clause de résiliation en cas de décès pendant le délai de réflexion n'existait.
Au final le clerc chargé de la liquidation de la succession ne s'est résigné à faire figurer au passif successoral, à la demande des héritiers, qu'après leur avoir fait signé une décharge de responsabilité.
Les sommes en jeu étaient de faible importance, mais ca aurait pu en être différent.

<u>Cas pratique n°2 : cas Durant</u>

1- La Clause bénéficiaire contenue dans le contrat souscrit par M. Durant.
Il a souscrit le 5 octobre 1997 un contrat d'assurance vie. Clause bénéficiaire que l'on peut qualifier à priori de classique, le conjoint se retrouve en première place, suivent les enfants, et à défaut les héritiers. Cette hiérarchie entre les bénéficiaires constitue une hiérarchie de la prévoyance familiale.
Quant à l'activité de conseil du notaire : il lui appartient d'expliquer à ses clients la double logique liquidative que créer l'existence d'un contrat assurance vie mixte, la désignation d'un bénéficiaire par rapport au cohéritier du défunt est parfois porteuse d'un déséquilibre puisque la valeur reçue en

assurance vie est en générale nette de compte (sauf excès), et sur le plan civil, puisque rapport et réduction sont exclus, et sur le plan fiscal, alors que la valeur reçue par succession est éventuellement soumise à une déperdition civile et fiscale.
Il faut informer le client pour éviter ces déséquilibre, sur la nécessité de respecter la dévolution successorale dans la désignation des bénéficiaires, en procédant à des liquidations successorales à double colonnes en distinguant se qui sera reçu en assurance vie et ce pour que le client prenne conscience de son vivant de la construction qu'il est entrain de créer.

2- La rédaction de la clause bénéficiaire
La clause bénéficiaire type correspond à une désignation indirecte, les bénéficiaires ne sont pas nommément désigné, et cette clause est susceptible de créer des confusions liées à l'ambigüité de certain terme et ainsi ne pas correspondre aux intentions véritable du souscripteur, et même parfois dans l'hypothèse d'une clause moins imprécise certaines difficultés d'interprétation peuvent apparaître, et la multiplication des bénéficiaires désignés peut aussi poser problème.

- Désignation claire et précise des bénéficiaires

La désignation indirecte des bénéficiaire (par catégorie) ne soulève plus de difficulté au regard de la validité de la libéralité qui peut exister, libéralité qui exige un bénéficiaire déterminé. Il suffit donc que les bénéficiaires soient déterminables
* ***s'agissant du conjoint***, les praticiens attirent l'attention sur la nécessiter d'utiliser une clause claire et précise. Ex : « je désigne comme bénéficiaire M. ou Mme X », au décès du souscripteur le bénéfice du contrat sera versé à M. X, même si le divorce est intervenu entre temps.
« je désigne comme bénéficiaire mon conjoint Mme X » : Mme X ne sera bénéficiaire que si elle est toujours l'épouse du souscripteur au jour de ce dernier, si le divorce à été prononcé le contrat sera alors réputé sans bénéficiaire désigné, alors même que le souscripteur aurai pu se remarier.
Les praticien conseil : « je désigne comme bénéficiaire mon époux » le contrat pourra alors bénéficier au second conjoint en cas de remariage, et non a celui qui pouvait l'être au jour de la souscription du contrat (L 132-8 al 4)
* ***s'agissant des enfants du souscripteur*** : si ce souscripteur entend que le bénéfice du contrat soit attribué à ses enfants, ou petits enfants venant en représentation il devra le stipuler expressément (sauf à ne pas souhaiter que les héritiers du bénéficiaire premier nommé parviennent au rang d'attributaire, même dans ce cas il est préférable de les exclure expressément) il est nécessaire de réserver expressément les droits des héritiers du bénéficiaire premier nommé et ainsi suppléer à un éventuel défaut d'acceptation de ce dernier. Il conviendra donc de désigner les bénéficiaire par exemple de la maniéré suivante : « les enfants vivants ou à naitre et représentés par parts égale ou selon leur vocation successorale à défaut les héritiers de chacun d'eux ».
La référence à « mes enfants » peut être incomplète, il peut paraitre utile de préciser « né ou à naitre ».
* ***s'agissant des héritiers*** : cette notion vient ressement d'être précisé par la ministre de l'économie et des finance le 4 juillet 2008, il est reconnu que le terme héritier peut être interprété depuis un arrêt Civ1 4 avril 1978 comme renvoyant à l'ordre successoral organisé par la loi ou par la volonté du défunt. Rien ne justifie de distinguer la notion d'héritier qu'il s'applique en droit des assurances ou en droit des successions. Civ1 4 juillet 1978 Devait englober tous les successeurs y compris le légataire universel qui en l'occurrence était le seul bénéficiaire du capital assuré

- L'interprétation de la clause bénéficiaire

CA Bezençon 9 mai 2004 : M. X a souscrit en 1993 un contrat assurance vie mixte d'un montant de 30 500€ et a désigné comme bénéficiaire et ce à concurrence de 50% du capital pour chacun, ses héritiers et les héritiers de son épouse. M. X décède en 1995 en désignant par testament son frère légataire universelle, Mme X CS avant même la souscription du contrat d'assurance avait elle-même désigné son conjoint m. X légataire universel. L'interprétation de la clause bénéficiaire a

soulevé des difficultés, pas concernant l'attribution des 50% au frère du défunt, mais concernant l'attribution de l'autre moitié, qui pouvait se prévaloir de la qualité d'héritier du conjoint (Mme X prédécédée), la compagnie d'assurance à versé l'intégralité du contrat au frère, considérant qu'il avait seul la qualité d'hériter des deux époux, en raison du prédécès de Mme X qui avait désigné son conjoint légataire universel. Les membres de la famille de Mme X saisir le TGI qui a suivit le raisonnement de la compagnie d'assurance, la CA a infirmé le jugement. Pour la CA dès lors que l'épouse, décédée lors de la souscription du contrat d'assurance, avait désigné son époux légataire universel, celui-ci n'a pu vouloir se désigner lui-même, et a donc désigné les héritiers légaux de sont épouse prédécédé, autre que lui-même, pour recevoir la moitié du capital garantie.

- Les bénéficiaires de second rang

Il s'agit de rendre compte de la difficulté qui résulte de la multiplication des bénéficiaires désignés, lorsque, comme dans de nombreuses clauses types, une hiérarchie est établie entre les différentes personnes désignées. Cette difficulté concerne les droits des bénéficiaires de second rang (bénéficiaire lorsque le bénéficiaire de 1er rang décède). Plusieurs situations doivent être distinguées :

* ***bénéficiaire de 1er rang décède avant le souscripteur*** : c'est le bénéficiaire de second rang qui a en principe vocation à la garantie et non les héritiers du bénéficiaire de premier rang. Ca désignation du fait de son décès et en effet devenu caduc (L 132-9 code des assurances). Donc, sauf si le souscripteur a expressément prévu le contraire, la disparition des droits du bénéficiaires du premier rang à pour effet de faire apparaître les droits du bénéficiaire de second rang (si le bénéficiaire de second rang survie à l'assuré). Dans un Civ5 22 septembre 2005, la cour de cassation rappelle cette règle dans une affaire ou la clause bénéficiaire visait les deux enfants du souscripteur par parts égales et à défaut ses héritiers. Le décès de l'un des deux enfants (avant celui du souscripteur), laissant par ailleurs trois enfants, n'entraine pas la substitution de ce dernier à leur auteur. Il n'existe pas de représentation de plein droit en matière d'assurance vie. La clause bénéficiaire afin de protéger les héritiers du premier bénéficiaire (si cette protection est désirée) devra être rédigée avec une clause de représentation du bénéficiaire réservant expressément les droits de ces héritiers.

(Supposition de certains auteurs, pas la prof) En l'absence d'une telle clause, la seule hypothèse ou il semblerait que la représentation puisse jouer de plein droit est celle ou la clause bénéficiaire vise les héritiers du souscripteur car dans ce cas on pourrait considérer que le renvoi à la notion d'héritier …

* ***bénéficiaire du premier rang décède après le souscripteur*** : Civ1 9 juin 1998 en cas d'acceptation du premier bénéficiaire le bénéfice du contrat d'assurance revient au héritier du bénéficiaire et ce indépendamment de la présence ou de l'absence de bénéficiaire de second rang. Ce principe a été rappelle (Civ2 7 avril 2005). L'acceptation du bénéficiaire premier désigné joue donc un rôle désigné. Quid en cas de décès du bénéficiaire premier désigné qui décède après le souscripteur sans avoir accepté : Civ1 5 novembre 2008 et Civ2 22octobre 2008, dans les deux affaires l'un des enfants primo bénéficiaire est décédé sans avoir accepté. Sauf d'acceptation du bénéficiaire le droit direct né de la souscription du contrat d'assurance est révocable et la volonté du disposant et déduite de la désignation d'autre bénéficiaire de second rang. Cette désignation élimine se fessant les successeurs du bénéficiaire premier nommé décédé sans avoir accepté.

Ce principe est toutefois d'une mise en œuvre difficile, ainsi et en premier lieu, la transmission du bénéfice du contrat aux héritiers du bénéficiaire premier nommé non acceptant, ne s'effectuera que dans la seule hypothèse ou il est le seul désigné. L'absence d'acceptation n'empêche pas en principe la transmission du droit aux héritiers du bénéficiaire. En revanche la mise en œuvre de ce principe présente des difficultés lorsque plusieurs bénéficiaires sont désignés y compris en second rang et tel était le cas dans les affaires qu'a eut à connaître la cour de cassation.

Civ1 5 novembre 2008 : une femme mariée souscrit au profit de son conjoint un contrat d'assurance vie et a défaut du conjoint ses héritiers. Le mari étant prédécédé, au décès de Mme X il ne reste que

ses trois enfants, et l'un de ses enfants meure sans avoir accepté la stipulation. La compagnie d'assurance ayant versé l'intégralité des capitaux garantis au deux enfants survivant l'épouse et veuve fait alors valoir qu'en raison du régime de communauté ayant existé entre elle et son époux décédé elle a droit à la part d'indemnité qui devait revenir à ce dernier. Dans cette affaire les juges du fonds on rejeter la prétention de la veuve et la cour de cassation a rejeté le pourvoir. Pour la cour de cassation la CA a rappelé à bon droit que « si le bénéfice d'une stipulation pour autrui est en principe transmis aux héritiers du bénéficiaire désigné lorsque celui vient à décéder après le stipulant, mais sans avoir déclaré son acceptation, il en va autrement lorsque le stipulant a désigné d'autre bénéficiaire de même rang ou en sous ordre, sans réserver les droits des héritiers des bénéficiaires premiers nommés. Quand dans un rang un bénéficiaire n'a pas déclaré son acceptation ses droits sont attribués aux bénéficiaires de même rang, les autres bénéficiaire en sous rang sont alors exclus.

Civ2 22 octobre 2008 : la clause bénéficiaire désignait les deux enfants du souscripteur à part égale, à défaut les descendants. La encore, l'un des deux enfants est décédé après le stipulant, mais sans avoir accepté le bénéfice du contrat souscrit à son profit. La compagnie d'assurance a versé la totalité du capital garantie au deuxième enfant premier nommé, l'enfant bénéficiaire du contrat d'assurance décédé laissait lui-même deux enfants, lesquels ont assigné devant le TGI l'assureur afin de se voir attribué la part de leur père défunt. Les juges du fonds saisis de l'affaire ont rejeté les demande des enfants, au motif que leur auteur était décédé sans avoir accepté le bénéfice de l'assurance et que le stipulant n'avait pas stipulé une clause de représentation en cas de décès de l'un des bénéficiaire de premier rang. Sur pourvoi des enfants la cour de cassation a cassé la décision des juges du fond. Pour la cour de cassation le contrat d'assurance vie qui mentionnait deux bénéficiaire par part égale comportait deux stipulations pour autrui distincte dont le bénéfice de l'une d'entre elle avait été transmis aux enfants de l'enfant de premier rang décédé.

La question que peut se poser à la suite de ces deux décisions est celle de savoir si elles ne sont pas contradictoires, les avis en doctrine sont partagés. On doit constater que dans la seconde affaire le capital n'avait pas vocation à revenir à un seul des bénéficiaires désignés, ce qui n'était pas le cas dans l'affaire soumise à la première chambre civile de la cour de cassation,
Dans la seconde affaire tout ce passe comme si il y avait deux stipulations distinctes, une pour un enfant, une pour l'autre, en sorte que les désignations suivante en sous ordre organise l'attribution du capital souscrit à l'intérieur de chacune des deux désignations principales.
Il ne peut être conseillé que de déposer la clause bénéficiaire chez un notaire, lequel au préalable d'informer son client des difficultés qui accompagne la rédaction de cette clause afin qu'elle puisse répondre au attente du client et ce en toute sécurité. La pratique a longtemps mis ne évidence l'avantage du testament en la matière. Le recours au testament permettait de conserver secrète l'identité du ou des bénéficiaire et éviter ainsi son ou leur acceptation qui pouvait être inopportune puisque l'acceptation interdisait de manière absolue au souscripteur de revenir sur sa stipulation une fois qu'elle était accepté et donc de revenir sur le ou les bénéficiaires désigné à l'origine.

Avec la loi du 17 décembre 2007 l'acceptation du bénéficiaire est encadrée et l'accord du stipulant est toujours requis, donc les acceptations intempestives ne sont se faisant plus a craindre et le recours au testament a à cet égard perdu quelque peu de son intérêt, sans compter que cette acceptation du ou des bénéficiaire peut être passé par acte authentique devant notaire (article 8 II de la loi du 17 décembre 2007 et L 132-2 du code des assurances).
La pratique avait mis en évidence un autre avantage du testament : celui d'assurer la délivrance du bénéfice du contrat, car il était des situations ou le contrat pouvait ne pas être délivré. En effet avant les loi du 15 décembre 2005 et 17 décembre 2007 (cette dernière complète la 1er portant diverses mesures d'adaptation au droit communautaire du droit des assurance et permet de rechercher les bénéficiaire des contrat d'assurance vie non réclamé) avant il ne pesait sur les assureurs aucunes obligation d'information des assureurs les obligeant à rechercher plus activement les bénéficiaires

Outre cette utilité la clause bénéficiaire démembrée présente un avantage certain au regard d'une clause non démembré. En cas de clause bénéficiaire classique désignant par exemple le CS à défaut les enfants ect, si la première transmission est aujourd'hui exonéré de droit la stipulation engendrera des droits au second désigné.
La loi TEPA a exonéré de tout droit de mutation le CS comme le partenaire pacsé 796 O bis, cette disposition a été étendu au contrat d'assurance se dénouant à leur profit.

Ex : totalité du K en numéraire versé au CS au décès, le CS bénéficiera alors sur ce capital d'un quasi usufruit et aux enfants qui en seront les nus propriétaires. Le quasi usufruit et le nom que prend l'usufruit avec un régime juridique particulier lorsqu'il porte sur des choses consomptible comme l'argent par exemple. Les choses consomptibles sont des choses qui se détruisent par le premier usage qu'on en fait. S'agissant de l'argent la destruction n'est pas matérielle, mais juridique. Le CS peut alors disposer librement des sommes versées par l'assureur comme s'il en été propriétaire a charge de le restitué au nu propriétaire en nominal à la fin de l'usufruit 587 civ. Au décès de l'usufruitier le nu propriétaire fera alors valoir sa créance de restitution contre la succession de l'usufruitier.
C'est au décès du second parent, le CS, que les enfants récupérerons le capital et sa valeur viendra alors diminuer l'actif successoral sur la base du quel seront calculer les droits. On constate alors que le bénéfice du contrat est transmis en cascade.

Une des questions principales que peut poser une telle clause : comment appliquer l'article 990 I du CGI dans le cas d'une désignation de plusieurs bénéficiaire appelé à jouir successivement du capital, l'usufruitier d'abord, le ou les nus propriétaires ensuite. Doit-on considéré qu'usufruitier et nu propriétaire dispose chacun de l'abattement de 152500€ ?
Les sommes dues par les organismes d'assurance a raison du décès de l'assuré sont assujetties à un prélèvement de 20% à concurrence de la part qui revient à chaque bénéficiaire au-delà de 152 500€ lorsqu'elles ne rentrent pas dans le champ d'application de l'article 757B du CGI.

Il y a trois réponses ministérielles des 9 et 25 aout 2005 qui ont précisé qu'en présence d'une clause bénéficiaire démembrée seule l'usufruitier peut se prévaloir de l'abattement, dès lors qu'il est le bénéficiaire exclusif du capital décès.
Ces réponses ministérielles considèrent que les nus propriétaires ne reçoivent rien dans un premier temps. S'il existe plusieurs usufruitiers chacun bénéficie de cet abattement.

Autre réponse : réponse ministérielle du 7 mai 2009

Solution contestable, il apparaît difficile de ne pas considérer les nus propriétaires comme bénéficiaires du contrat. Il faut tenir compte de la loi TEPA, elle a exonéré de tout droit de mutation le CS (796 O bis), cette disposition a été étendue au contrat d'assurance se dénouant à leur profit, ainsi si le capital revient en cas si usufruit au CS ce capital est définitivement exonéré de tout droit de mutation et même pour la part revenant au nu propriétaire 990 I et

- ⇨ Loi TEPA se retourne contre les réponses données

Pour tout contrat d'assurance vie mixte souscrit au profit du CS pour l'usufruit, ces contrats étant pour le fisc souscrit au bénéficie exclusif du CS ils échapperont en totalité au prélèvement de 20%, même pour la nu propriété transmise à d'autre bénéficiaire. Solution qui vaut pour tous les héritiers exonérés.
Si un contrat d'assurance vie mixte est souscrit par une personne âgée de plus de 70 ans sur pour les primes versées après 70 ans sur un contrat existant, et si le bénéficiaire du capital et le conjoint, ou le partenaire d'un pacs les sommes versées au décès sont totalement exonéré de droit de succession.
En dehors de la question de l'exonération totale de droit, l'appréciation du seuil des 30500 en présence de bénéficiaires exonérés et non exonérés se trouve précisé. En effet avant la loi TEPA l'abattement global de 30500€ s'appliquait à l'ensemble des bénéficiaires et se répartissait au

prorata de leur droit dans l'ensemble des contrats pour lesquels des primes ont été versées postérieurement à l'âge de 70 ans. Lorsque le CS était bénéficiaire de tout ou partie des contrats souscrits il comptait comme les autres bénéficiaires pour la répartition des 30 500€. Dans une instruction du 3 septembre 2007 l'administration fiscal modifie sa doctrine antérieure et exclus les bénéficiaires exonérés de droit de succession pour répartir l'abattement entre les différents bénéficiaires du ou des contrats souscrits.

II – Nature et objet de la libéralité véhiculé par un contrat assurance vie mixte

Le mécanisme de la stipulation pour autrui qui soutend le contrat d'assurance vie mixte est un acte neutre, c'est-à-dire qu'il ne permet pas de qualifier à priori la nature des rapports du stipulant et du bénéficiaire. Ce mécanisme peut recouvrir soit l'exécution d'une obligation, obligation du souscripteur à l'égard du bénéficiaire (ex : garantir un créancier), soit une libéralité, dans ce cas l'attribution est faite à titre gratuit.
Le contrat d'assurance vie mixte peut donc véhiculer une libéralité et il en véhicule forcement une lorsque le souscripteur pré-décède au terme prévu du contrat et que le capital revient alors au tiers bénéficiaire et qu'une intention libérale est constatée. La jurisprudence n'a pas hésité par le passé a appliquer à l'assurance vie des règles relatives au statut général des libéralités en dehors des règles successorale du rapport et de la réunion fictive, pour lesquels il existe une dérogation légale Civ1 26 mars 1982 civ I n° 195 : application de la révocation ad nutum de l'article 1096 du code civil lorsque l'assurance vie est souscrite entre époux.
La question qui se pose en réalité est celle de savoir pourquoi faut-il faire apparaître et distinctement cette libéralité. Il apparaît en effet des discutions vivent qui anime doctrine et jurisprudence, ce qui est en jeux et de faire échapper le produit d'un contrat assurance vie mixte à nombre de règle du droit des assurances telle, pour leur aspect civil, la mise hors succession, en principe, de ce produit, le fait qu'il échappe toujours en principe, au rapport, à la réunion fictive, et à la réduction et pour leur aspect fiscal l'application en conséquence de nombre de règles favorable au bénéficiaire.

Pour parvenir à ce but la qualification de libéralité du produit de ce contrat est perçue comme la technique permettant de satisfaire ce but, ce qui est contestable.
Ex : Ch mixte 21 décembre 2007 dalloz 2008 p 218 la cour de cassation tranche ici la question de savoir si le bénéficiaire d'un contrat d'assurance vie désigné peut avant le décès du souscripteur pouvait être imposé fiscalement au titre des donation. Pour la cour de cassation *« un contrat d'assurance vie peut être requalifié en donation si les circonstances dans lesquelles le bénéficiaire a été désigné révèle la volonté du souscripteur de se dépouiller de manière irrévocable »*
Il apparaît clairement pour la cour de cassation que la qualification de libéralité, ici de donation, exclu celle de contrat d'assurance, en ce que cette dernière qualification emporte l'application de règles particulière, tel fiscale en l'espèce.
La majorité des auteurs et la jurisprudence considère qu'il s'agit donc d'une donation et plus précisément d'une donation indirecte, bien que la qualification de donation déguisée puisse parfois être retenu particulièrement lorsqu'un particulier se retrouve fasse à l'administration fiscal. Or la qualification de donation déguisé est très critiquable dans la mesure où l'acte est un acte neutre (ni onéreux ni gratuit) alors que la donation déguisé implique une dissimulation de la gratuité sous l'apparence de l'onéreux.
Ici la relation triangulaire (promettant, stipulant, bénéficiaire) dont la stipulation pour autrui est une manifestation, est suffisante pour permettre au élément de la donation de s'incérer dans l'acte sans pour autant entrainer une disqualification de cet acte, or la donation déguisé qui implique une dissimulation du gratuit entraine nécessairement pour apparaître une disqualification de l'acte qui est censé être à titre onéreux.

Dans le contrat assurance vie mixte deux catégories d'acte juridique peuvent et vont ainsi se juxtaposer. L'acte conclu par le souscripteur produira à la fois les effets spécifique de l'acte assurance et les effets propres à réaliser une libéralité (la transmission gratuite d'un émolument), si telle a été l'intention du souscripteur.

Les interventions ressentes du législateur et jurisprudence ont changé les termes du débat en la matière.

A/ Nature de la libéralité véhiculée par un contrat d'assurance vie mixte

En théorie dans l'hypothèse ou il est établie que le contrat véhicule une libéralité la question se pose de savoir si la libéralité est une donation (acte de disposition entre vif), une disposition à cause de mort, un legs, voir un acte hybride : donation et legs à l'image de l'institution contractuelle.
En droit positif c'est la qualification de donation et de donation indirecte qui s'impose. Or la qualification même de donation ne s'impose pas d'évidence, article 894 : dépouillement actuel et irrévocable en faveur du donataire qui l'accepte.

- ⇨ appauvrissement et enrichissement corrélatif.

L'appauvrissement est matérialisé par un dessaisissement actuel et irrévocable, et cette irrévocabilité suppose que la donation ait été acceptée avant le décès du donateur.

Il faut rentre compte des disposassions de la loi du 17 décembre 2007 qui a modifié le schéma pur tel qu'issu du mécanisme de la stipulation pour autrui, lequel jusqu'à cette loi fondait seul la discussion.

1° les données : le mécanisme de la stipulation pour autrui et la loi du 17 décembre

Avant cette loi le schéma pur en logique avec le mécanisme de la stipulation pour autrui conduisait aux constats suivants :

- Tant que le bénéficiaire désigné n'a pas accepté la stipulation faite à son profit le stipulant conserve la faculté de la révoquer.
- La stipulation devient en revanche irrévocable du jour ou le bénéficiaire l'accepte L 132-9 du code des assurances. Cette acceptation pouvant être expresse ou tacite.
- Tout changement de bénéficiaire est impossible après l'acceptation de ces derniers (sauf quelques exception comme ingratitude) L 132-24 du code de assurances.
- L'acceptation du tiers bénéficiaire la stipulation faite à son profit à une portée rétroactive. Comprise comme confortant la règle au terme de laquelle les droits du bénéficiaire s'inscrivent immédiatement dans son patrimoine sitôt le contrat conclu.

Ce schéma avait été aménagé, dans la mesure ou il a été admis en jurisprudence que l'exercice de la faculté de rachat qui est souvent prévu dans les contrats d'assurance vie mixte pour ne pas dire automatique (L 132-21), ne constitue pas une révocation de la stipulation pour autrui, celle-ci ne portant que sur le résidium au jour du dénouement du contrat.
Ex : Ca Renne 4 mars 2004 RGDA 2004 p 2009 – Ch Mixte 22 février 2008 – CA Bordeaux 4 octobre 2005.

Pour la chambre mixte « *lorsqu'un contrat d'assurance comporte un droit de rachat le bénéficiaire acceptant n'est pas fondé à s'opposer à la demande de rachat en l'absence de renonciation expresse du souscripteur à son droit* ».

Ainsi et en conséquence le seul effet attaché à l'acceptation du tiers bénéficiaire et de priver le souscripteur de la faculté de modifier la désignation des bénéficiaires. L'acceptation du tiers bénéficiaire ne peut empêcher le souscripteur de racheter.

En quoi la loi du 17 décembre 2007 modifie t elle ce schéma ?
Cette loi permettant de rechercher les bénéficiaires de contrat d'assurance sur la vie complète la loi du 15 décembre 2005. La loi de 2007 concerne essentiellement l'amélioration des droits des assurés et des bénéficiaires et elle s'applique immédiatement au contrat non dénoué, pour les acceptations postérieures à la date d'entrée en vigueur de la loi (18 décembre 2007)
Pour l'essentiel, il faut retenir qu'avec cette loi les conditions de l'acceptation du bénéficiaire change : article 8 II de la loi, elles changent dans la mesure où cette acceptation perd son caractère unilatéral, désormais elle ne peut intervenir qu'avec l'accord du stipulant. Loi qui met un terme aux acceptations intempestive.
De principe cette acceptation nouvelle, rend irrévocable la désignation du bénéficiaire, et paralyse la faculté de rachat et la demande des avances. Ainsi la créance conditionnelle du bénéficiaire se transforme en créance à terme incertaine, dont l'exercice est suspendu à sa propre survie.
De principe car il est posé des limites, ainsi par exemple il est prévu la faculté de rachat L 132-9 I, ou celle de demander des avances, soumises alors à l'accord du bénéficiaire en cas d'acceptation de ce dernier.
Loi de 2007 renforce loi du 15 décembre 2005 (cf avant) cf L 132-9-3 I code des assurances.

Ces données précisées il convient donc d'examiner maintenant les éléments de discutions et de critique concernant la qualification de donation indirecte.

2° analyse et discutions de la donation indirecte

Ch mixte 22 février 2008 et Ch mixte 21 décembre 2007

a- L'acceptation du bénéficiaire après la mort du souscripteur la donation tel que définie à l'article 894 suppose qu'elle soit acceptées par le bénéficiaire avant la mort du donateur, un dépouillement actuel et irrévocable l'implique. Il parait difficile de considéré que ces principes constitutif de la donation sont respectés lorsque l'acceptation intervient après le décès. L'arrêt rendu par la cour de cassation en 2007 témoigne pourtant du contraire. Question de savoir si le bénéficiaire désigné peu avant le décès du souscripteur pouvait être imposé fiscalement au titre des donations. M. G qui avait souscrit deux contrats d'assurance vie en 1994 et 1995 et versé une somme au total de 16 500 000F. Le 27 aout par un avenant M G désigne comme seule bénéficiaire M X épouse Y et M. G décédé le 30 aout de la même année. L'administration fiscal notifie un redressement à Mme X au motif que les versements effectué constituerait une donation indirecte, Mme X assigne l'administration fiscale pour obtenir un dégrèvement des droits, les juges du fonds on considéré que le redressement était fondé. Selon Mme X il résulte de l'article 894 qu'un acte juridique ne peut être qualifié de donation qui si un certain nombre de conditions sont réunies parmi lesquelles l'acceptation du donataire. Or pour le pourvoi la CA en ce qui concerne cette condition se borne à relever que l'acceptation d'une donation n'est pas soumise aux solennités requises à l'article 932 sans véritablement caractériser l'acceptation. Par ailleurs la souscription d'un contrat assurance vie mixte ne peut toujours au regard des conditions de 894 être une donation indirecte dès lors que la faculté de rachat dont bénéficie le souscripteur pendant le contrat, a défaut d'acceptation du bénéficiaire exclus qu'il se soit dépouillé irrévocablement.
La cour de cassation rejette le pourvoi, d'une part, l'acceptation d'une donation dans les formes prescrites des articles 932 et s n'est exigée que dans une donation en forme authentique et peut résulter de l'attribution du contrat.

D'autre part un contrat d'assurance vie peut être requalifié en donation si les circonstances dans lesquelles le bénéficiaire a été désigné révèle la volonté du souscripteur de se dépouiller de manière irrévocable. Pour la cour de cassation tel était le cas en l'espèce puisque en l'absence d'aléa dans les disposition prise par le souscripteur le caractère illusoire de la faculté de rachat et l'existence chez l'intéressé d'une volonté actuelle et irrévocable de se dépouiller était établie.

Arrêt qui a été critiqué par certain auteur dans la mesure où est affirmé que l'acceptation d'une donation dans les formes de 932 ne serait exigée que pour la donation passée en forme authentique. Et ce pour admettre que l'acceptation du bénéficiaire est pu ainsi se faire d'une part après le décès du stipulant et d'autre part par l'attribution du contrat. Or l'acceptation du vivant du donateur demeure une condition impérative d'une requalification en donation. L'acceptation postérieure au décès constitue une exception expresse du législateur aux dispositions de l'article 932 (ex : article 1055 pour la libéralité résiduelle).
La jurisprudence n'a retenu la qualification de donation indirecte que dans une seule hypothèse : celle de la désignation en tant que bénéficiaire au profit du conjoint du souscripteur a condition que le conjoint est fait valoir son acceptation du vivant du souscripteur et qu'est été caractérisé l'existence d'une intention libérale.
Il faut savoir en revanche que le droit des assurances prévoit L 132-12 que « le bénéficiaire quelque soit la forme et la date de sa désignation est réputé y avoir eut seul droit à partir du jour du contrat, même si son acceptation est postérieur à la mort de l'assuré ».

La loi du 17 décembre 2007 devrait simplifier certaine situation en ce que si le souscripteur accepte l'acceptation du bénéficiaire il se dépouille irrévocablement sauf accord du bénéficiaire qui peut autoriser un rachat. Si libéralité il y a la donation est une donation indirecte à terme de bien présent au sens de l'article 894.
En revanche la discussion demeure pour les contrats de capital différé dans lequel il y a deux bénéficiaire (assurance vie mixte), le souscripteur en cas de vie à l'échéance du contrat et le tiers désigné en cas de prédécès du souscripteur, joint à l'hypothèse ou l'acceptation du bénéficiaire n'a pu être faite du vivant du souscripteur.

b- Le dessaisissement irrévocable du donateur

On peut considérer que l'affaire soumise à la cour de cassation en 2007 illustre également cette question. Pour elle en l'espèce dans les dispositions prises par le souscripteur le caractère illusoire de la faculté de rachat et l'existence d'une intention de dépouillement actuel et irrévocable était établie. La volonté du souscripteur de se dépouiller de manière irrévocable peut résulter des circonstances dans lesquelles le bénéficiaire a été désigné.
Il a été constaté que le souscripteur se savait attend d'une grave maladie depuis 1993, qu'il avait en 1994 et 1995 souscrit des contrats dont les primes correspondaient à 82% de son patrimoine et il avait désigné trois jour avant son décès la personne qui était depuis peu sa légataire universelle. Ce qui fait que l'usage à son profit des contrats souscrit et qui pouvait s'exprimer par l'utilisation de la faculté de rachat des sommes versé au contrat a été qualifié d'illusoire.

Pour certain auteur il y a confusion entre l'intention de se dépouiller et le dessaisissement irrévocable. Le dessaisissement irrévocable, élément essentiel de la définition de la donation, est discuter s'agissant du contrat assurance vie mixte en particulier au regard de la faculté de rachat qui accompagne beaucoup de ces contrats.
Il existe un principe d'irrévocabilité générale des contrats prévu à l'alinéa 2 de l'article 1134 : révocation par consentement mutuel, mais ce principe connaît des exceptions, on peut prévoir la rupture unilatérale par une des parties. Cette possibilité de rupture unilatérale a été considéré incompatible avec le mécanisme de la donation et c'est pourquoi au terme de l'article 894 il est dit que le donateur se dépouille irrévocablement.

Pour nombre d'auteur la faculté de rachat s'oppose au principe de l'irrévocabilité spéciale des donations, en matière d'assurance vie le rachat est un droit discrétionnaire du souscripteur qui rompt unilatéralement le contrat. Certes ajoute ces auteurs, l'acceptation du bénéficiaire de la stipulation faite à son profit du fait de sa rétroactivité permet de démontrer que la donation est valable dès la conclusion du contrat, cependant il est difficile de ne pas gommer ainsi toute la phase pendant laquelle la révocation était possible.
Quant à la jurisprudence nombre de décision rendues en particulier par des juges du fond, on admit et admettent qu'au regard de l'article L 132-9 le problème se pose différemment et que le rachat ne constitue pas une révocation de la stipulation pour autrui, celle-ci ne portant que sur le residum au jour du dénouement du contrat.
CA Rennes 4 mars 2004 : pour cette CA l'acceptation du bénéficiaire ne permet plus au souscripteur de modifier ou de remplacer la désignation du bénéficiaire, mais dans la mesure ou le droit de créance de ce dernier est limité au montant de la prestation assurée elle n'affecte pas le droit au rachat du souscripteur.

Quant à la cour de cassation l'arrêt rendu en chambre mixte le 22 février 2008 approuve cette jurisprudence des juges du fond.
En 1999 MZ a souscrit un contrat d'assurance vie d'une durée de 30 ans ce contrat d'assurance vie mixte désignait en cas de décès MY et Mme X comme bénéficiaires. Les bénéficiaire de ce contrat ont accepté cette stipulation et MZ voulant utiliser sa faculté de rachat, l'assureur si est opposé au motif que les bénéficiaires avaient accepté. MZ a assigné son assureur afin d'obtenir l'annulation du contrat. Devant les juges du fond MZ a été autorisé a racheté son pourvoi les bénéficiaires ont fait un pourvoi. La CdC° rejette le pourvoi en énonçant que lorsqu'un contrat d'assurance comporte un droit de rachat le bénéficiaire acceptant n'est pas fondé a s'opposer à la demande de rachat en l'absence de renonciation expresse du souscripteur du contrat.

Certain ont approuvé t être approuvé en ce qu'il ne fait pas prévaloir la stipulation consentie à un tiers sur l'opération d'épargne.

- ⇨ Le seul effet attaché à l'acceptation du tiers est de priver le souscripteur de la faculté de modifier la désignation du tiers.

Mais la encore il convient de s'interroger sur la porté de cet arrêt au regard de la loi du 17 décembre 2007. Il résulte de l'article 8 de cette loi qui modifie l'article L132-4-1 du code des assurances que l'acceptation du bénéficiaire à laquelle le souscripteur doit consentir paralyse la faculté de rachat du souscripteur, se faisant sans l'accord du bénéficiaire l'assureur ne peut consentir d'avance au souscripteur.
Au regard de l'interrogation première qui est la notre il semble donc dorénavant que si le souscripteur se prive de la faculté qu'il possède de racheter le contrat et ce en toute connaissance de cause par son acceptation de l'acceptation de la stipulation par son bénéficiaire, le souscripteur se dépouille irrévocablement et réalise une donation au sens de l'article 894 à savoir une donation indirecte à terme de bien présent.

Deux choses essentielles :

- la loi de 2007 ne s'applique qu'au contrat d'assurance vie en court et non accepté à la date d'entré en vigueur de cette loi
- Quid si au décès du souscripteur la stipulation n'a pas été acceptée par le bénéficiaire, le souscripteur a pu durant sa vie user de sa faculté de rachat. L'acquis d'un dépouillement irrévocable au sens de l'article 894 est-il toujours soutenable ?

Cour du 17 décembre

Position de certain auteur pour lesquels la clause bénéficiaire serait en fait une disposition à cause de mort, pour eux le fait que le bénéfice du contrat puisse être accepté après le décès du souscripteur revient à l'acceptation d'un legs. Et ce n'est pas parce que cette acceptation peut intervenir du vivant du stipulant qu'elle devient une donation entre vif, elle devient seulement irrévocable et elle constitue alors une donation à cause de mort irrévocable.
La donation à cause de mort à disparu en principe de notre droit, elle était connue de l'ancien droit, et dans la grande majorité des cas l'effet de cette donation est de transférer les droit au décès du donateur : contrat par sa forme et disposition de dernière volonté par son effet. Lorsqu'elle était admise la révocabilité était considérée de l'essence même de cette donation. Elle a disparue, mais le code civil ne la condamne pas expressément, c'est l'argument qui est avancé par les auteurs qui qualifie la clause bénéficiaire de donation à cause de mort.

B/ L'objet de la libéralité véhiculé par le contrat

Savoir si la libéralité a pour objet le droit de créance du bénéficiaire contre l'assureur ou les prime versée par le stipulant souscripteur du contrat
Savoir si la libéralité a pour objet des biens présents ou des biens à venir.

1° droit de créance ou primes versées

Pour les spécialistes du droit des assurances, prenant acte de ce que le bénéficiaire du contrat n'est investit que d'un simple droit de créance conditionnel, l'objet de la libéralité est proprement cette créance conditionnelle que le bénéficiaire du contrat assurance vie mixte contre l'assureur.
Et la valeur de ce droit de créance correspond au montant du capital versé, ce montant représentant le prix payé par le souscripteur pour faire acquérir au bénéficiaire son droit.
Le souscripteur c'est appauvrit du montant des primes versées à l'assureur et le ou les bénéficiaires reçoivent par équivalence un bien, c'est-à-dire le droit de créance conditionnel contre l'assureur.
Il est précisé par les auteurs que la situation est ici identique ou l'acheteur d'un billet de loterie le remet à un tiers, en effet ce qu'à donner l'acheteur n'est pas le prix du billet, il n'est pas entré dans le patrimoine du donataire, même si ce prix est sorti du patrimoine du donataire, le titulaire du billet est titulaire d'un droit de créance contre la loterie.

Ce faisant en cas d'attribution a titre gratuit du bénéfice d'un contrat assurance vie mixte, la libéralité porte sur un créance contre l'assureur et non sur la prestation assuré, c'est-à-dire la ou les primes versées et la valeur de cette libéralité est constituée par le cumul des prime versée ou bien encore pour prendre l'exemple du cas Dupont par la valeur des actions achetée grâce au versement initiale du souscripteur, si le contrat s'était prolongé dans le temps on aurait pu constater une différence entre les sommes versées initialement et le capitale versé.

En revanche une autre partie de la doctrine (civiliste) ne partage pas cette analyse, ils distinguent le bénéfice du contrat d'assurance payable au décès de l'assuré des primes versées par le souscripteur. Pour eux seule les primes versées par le souscripteur sont réellement sortie du patrimoine de ce dernier. La libéralité porte ainsi non sur le droit acquis du bénéficiaire mais sur le sacrifice qui est fait pas l'assuré, c'est-à-dire sur le montant des primes versé par le souscripteur assuré.

En pratique les arrêts rendus par la cour de cassation en chambre mixte le 13 novembre 2004 ont déplacé la question de la requalification des contrats assurances vie mixte sur le terrain de l'article L 132-13 du code des assurances qui prévoit le rapport à la succession des primes manifestement exagères. S'agissant du rapport de la libéralité véhiculée par un contrat assurance vie mixte la

question de la détermination de l'objet de la libéralité semble en pratique réglé, sont rapportable ou réductibles les primes manifestement excessives.
En revanche n'est pas réglé la question de savoir si ce sont toutes les primes excessives qui seront soumises au rapport ou seulement la mesure de l'excès de ces primes. La encore la question fait débat bien que les auteurs dans leur majorité opte pour le rapport et la réduction de l'excès seulement.
Le choix de la mesure de l'excès des primes versées ne supprime pas toutes les difficultés, ainsi comment combiner la notion d'excès manifeste avec celle de quotité disponible ? Les libéralités réductibles sont évaluées à la date du décès pour la formation de la masse de l'article 922 alors que pour la cour de cassation dans ces arrêts rendus en 2004 la notion de l'excès manifeste doit être appréciée au moment du versement des primes. Civ3 12 mars 2009

2° Bien présents ou bien à venir

Question étroitement lié à la question de la nature de la libéralité. Considéré que la libéralité véhiculer par le contrat est une donation entre vifs donation indirecte, conduit à retenir que son objet est un bien présent, dalleurs le droit positif est dans ce sens. En revanche considéré que la libéralité véhiculée est un legs ou une donation à cause de mort conduit alors à retenir que son objet est un bien à venir à l'image de la donation entre époux.

Malgré la complexité et l'incertitude on doit retenir qu'en droit positif cette libéralité est le plus souvent qualifiée de donation entre vifs et donation indirecte de bien présent.
La distinction entre donation de biens présents qui prend effet au court du mariage et donation de bien présent qui ne prend pas effet au cours du mariage. Pour ces dernière sont concernées toutes les donations à terme : le donateur donne un bien à un donataire identifié, mais il en garde la propriété jusqu'au terme fixé dans la donation. La clause de réversibilité d'usufruit est une donation à terme, le terme en étant le décès. C'est ainsi également que pour certain auteur sont concerné par le principe de révocabilité des donations de biens présent qui ne prennent pas effet au cours du mariage les clauses bénéficiaires des contrat assurance vie mixte porteuse d'une libéralité.
Enfin qu'en à l'imputation du bénéfice à titre gratuit d'un contrat assurance vie mixte la majorité des auteurs s'accordent à retenir la date de conclusion du contrat il n'y a la que l'application de la règle de l'imputation des donations à leur dates. Il faut savoir toutefois que pour certains auteurs, considérant que c'est l'acceptation du bénéficiaire qui rend irrévocable la stipulation et que c'est l'irrévocabilité des donations qui doit commander la solution la règle est alors celle de l'imputation au jour de l'acceptation. (Lequette sur le trust)

Pour en clore du débat de la libéralité véhiculée par le contrat assurance vie mixte, ne conviendrait-il pas considéré que la libéralité obéit à un statut dérogatoire tout simplement :

- au plan civil : ni rapport ni réduction
- au plan fiscal : 990 I et 757 B CGI.

La seule circonstance pour écarte ce régime dérogatoire devrait être le constat de versement de primes manifestement excessives comme le prévoit le code des assurances.
Au plan fiscal aucun texte similaire porteur d'une même exception.

Le raisonnement est le suivant : la première étape essentielle est la disqualification du contrat d'assurance, n'étant plus un contrat d'assurance faute d'aléa il n'est plus un contrat d'assurance, ce qui permet de le soustraire au statut dérogatoire (civil et fiscal). Constatation de l'absence d'aléa est essentiel, elle se nourri d'éléments divers (âge, peut de temps entre souscription et décès), les arrêts de 2004 affirme que l'aléa relève du décès du souscripteur, glissement sur la constatation du défaut d'aléa, en 2004 la cour de cassation avait tranché ce débat : l'aléa résultait du décès.

Cas pratique n°2

I – Description de la situation laissée par Paul Foucher

Epoux marié le 25 mai 1971 => régime primaire et régime légal

A/ Les parts au nom du défunt dans une société en nom collectif ayant pour objet l'exploitation d'une pharmacie

- Nature juridique des parts reçues en contre partie de cet apport
Le fonds de commerce à été acquis par Paul avant son mariage => bien propre 1405. Au terme de l'article 1406 *« forme aussi des propres par effet de la subrogation réelle les créances et indemnités qui remplacent des propres ainsi que de biens acquis en emploi ou remploi conformément au article 1435 et 1436 ».*
En l'espèce l'opération par laquelle le DC et société se sont respectivement donné un bien déterminé … échappe à la déclaration de remploi subrogation réelle Civ1 10 juillet 1996. L'opération a eut pour effet de faire rentrer les parts de la société dans le patrimoine de Paul en remplacement du fonds qui y figurait, peut importe donc qu'au moment de l'opération Paul n'est pas fait la déclaration de remploi. => Les parts reçues en contre partie de l'apport sont des biens propres.

Remarque :
- Quid si le fonds de commerce avait été vendu et qu'à l'aide du produit de la vente Paul ait fait l'acquisition de part dans la SNC : à défaut de déclaration de remploi, les parts sociales auraient été des biens communs Civ1 5 mars 1991.
- Quid si la pharmacie avait été un bien commun. Son apport par Paul à une société de personne, dont les part ne sont pas négociable aurait nécessité l'information préalable de l'épouse en application de l'article 1832-2 al 1. Il résulte de ce texte que lorsqu'un époux emploi des biens communs pour faire un apport à une société ou acquérir des parts non négociable, la loi n'exige pas le consentement du conjoint, mais son information préalable et ce à peine de nullité de l'opération, et la nullité est fondé sur l'article 1427. Cette information permet à l'informé de revendiquer la qualité d'associé pour la moitié des parts souscrite ou acquise 1832-2 al 3.
Cependant lorsque la souscription ou l'acquisition des parts sociales est un acte nécessaire à l'exercice de la profession de l'époux souscripteur ou acquéreur il semble que l'alinéa 2 de l'article 1421 doivent prévaloir sur l'article 1832-2, à savoir donc que l'époux souscripteur ou acquéreur à le pouvoir d'acquérir seul les parts. (En revanche s'agissant de l'aliénation de droit sociaux non négociable c'est l'article 1424 qui doit s'appliquer dès lors que les parts sociales constituent des biens communs, il importe peut de savoir si cette cession était nécessaire à la poursuite de l'activité Civ1 28 février 1995).

B/ L'appartement de Houlgate donner à Juliette en NP en 97 sous réserve de l'usufruit au profit du CS.

L'appartement de Houlgate à été acquis par les époux pendant leur mariage 92, il s'agit donc d'un bien commun. En 97 les époux ont donné à leur fille la NP de ce bien commun et dans le même temps ils se sont réservés dans l'acte l'usufruit du bien. Donation de la NP d'un bien avec réserve d'usufruit.
Lorsque le bénéficiaire en second de l'usufruit est le CS de l'époux disposant.

1° Analyse technique de la libéralité

La donation en NP faite au profit de Juliette outre qu'elle s'accompagne d'une réserve d'usufruit au profit des donateurs prévoit la réversion de l'usufruit au profit du CS qui survit à l'autre. En réalité il ne s'agit pas d'un usufruit réversible mais d'usufruit distinct, dans cette opération il n'y a qu'une seule libéralité en usufruit. En effet le premier usufruit revient au parent en déduction de la libéralité

qu'ils ont consentie en NP à leur fille. Seul l'usufruit du au bénéfice future du conjoint qui survit se réalise par transmission.
La nature juridique de la clause de réversion à fait l'objet d'évolution. La cour de cassation y a vu un temps une donation de bien à venir Civ1 20 avril 1983. Cette analyse à conduit la cour de cassation à annuler une telle clause dès lors que l'on ne se trouvait pas dans les cas ou la donation de biens à venir est exceptionnellement admise. Cette analyse a été critiquée en doctrine, les auteurs ont fait valoir que le second usufruit était donné irrévocablement comme un bien présent.

La Civ1 a retenue cette approche dans un arrêt rendu le 21 octobre 1997 (JCP 1997 II n°22969). Pour elle il s'agit *« d'une donation à terme de bien présent, le droit d'usufruit du bénéficiaire lui étant définitivement acquis dès le jour de l'acte seul l'exercice de ce droit s'en trouve différé au décès du donateur »*. La Civ3 6 novembre 2002 se rallie à cette analyse.

En revanche la Com retenait une approche différente Com 2 décembre 1997 (bull IV 318), pour elle « *en cas d'usufruit réversible au décès du premier bénéficiaire sur la tête d'un second, le second usufruit est soumis à la condition suspensive de survit du second bénéficiaire* »
Pour les chambres civiles l'usufruit qui est attribué au CS dépend du terme : décès du 1er, alors que pour la chambre commerciale cet usufruit est conditionné par la suivie du second conjoint.

Ch mixte 8 juin 2007 a retenue l'analyse des deux chambres civiles, la clause qui stipule la réserve de l'usufruit au profit des donateurs et du survivant d'entre eux est une donation à terme de bien présent, le droit d'usufruit du bénéficiaire lui étant définitivement acquis dès le jour de l'acte.

La qualification ainsi acquise de la clause de réversibilité d'usufruit entraine un certain nombre de conséquence sur le plan civil et fiscal.

2° La clause de réversibilité de l'usufruit : donation à terme de bien présent et ses conséquences

a- Conséquences civiles

La loi du 23 juin 2006 a apporté un tempérament à l'irrévocabilité des donations entre époux de bien présent posé par la loi de 2004 sur le divorce, dorénavant la réversibilité de l'usufruit analysé en une donation de bien présent mais qui n'est effectif qu'au décès du conjoint est révocable et ceux à la discrétion du donateur. La loi de 2006 à en effet limité l'irrévocabilité des donations de bien présent entre époux à celle qui prennent effet au cours du mariage : 1096.
En cas de divorce clause est maintenue en sa qualité de donation de bien présent mais aussi que le donateur peut librement la révoquer puisqu'elle est de celle qui ne prend pas effet au cours du mariage. L'existence d'une clause de non divorce éliminera le risque dénoncé par certain auteur de voire surgir de nombreuses années après le divorce un ancien époux privant les héritiers de la jouissance du bien, autre risque décès pendant l'instance en divorce.

Il convient de préciser la situation ou le bien donné avec réserve et réversion d'usufruit est un bien commun. Au temps de la donation de la NP du bien et temps que dure le mariage trois usufruit coexiste dont deux en puissance : l'usufruit des deux époux retenu lors de la donation de la NP et les deux usufruits personnels à chaque époux et qui sont donc suspendu, au décès de l'un des époux il ne reste que l'usufruit du conjoint qui a survécu à l'autre. La question s'est alors posée de savoir si ces usufruit portait sur l'intégralité du bien ou seulement sur la moitié de celui-ci et ceux pour chacun des époux. L'exercice de tous ces usufruits n'étant pas concurrent mais successif il parait logique de faire porter au décès de l'un des époux l'usufruit du conjoint qui a survécu à l'autre sur l'intégralité du bien (avis partagé en doctrine).

b- Conséquence sur le plan fiscal

L'avantage de la donation de la NP d'un bien avec réserve d'usufruit est surtout fiscal. En effet les droit de mutation ne vont s'appliquer que sur la valeur de la NP du bien, elle sera évaluer pour le calcul des droit au moyen du barème de 669 CGI, sans compter les abattements qui s'appliqueront :
Ex : donateur de moins de 71 ans la NP ne représente que 40% de la valeur du bien, le donateur pourra alors donner un bien d'une valeur de 250 000 sans aucun droit la NP étant évalué à 150 000€, soit donc l'équivalent peu ou prou de son abattement qui est de 156 357, le donateur pourra alors donner un bien d'une valeur de 150 000 sans aucun droit la NP étant évalué à 150 000€, soit donc l'équivalent peu ou prou de son abattement qui est de 156 357 la part de chaque de descendant. C'est l'article 779 I CGI qui prévoient cet abattement.

Toutefois il est une hypothèse ou la taxation portera sur la PP du bien : lorsque la donation intervient moins de 3 mois avant le décès, l'administration fiscal y voit une opération frauduleuse ayant pour seul but de limiter l'impôt, il est fait application de l'article 751 CGI, il répute faire partie de la succession de l'usufruitier tout bien mobilier ou immobilier lorsque la NP appartient à ses héritiers à moins qu'il n'y ait donation régulière, soit constaté dans un contrat de mariage, soit consenti plus de trois mois avant le décès.
Au décès de l'usufruitier Le NP ne recueillera donc pas l'usufruit en franchise des droits de mutation à titre gratuit article 1133 CGI.
Cette présomption n'est pas irréfragable et le nu propriétaire peut démontrer que l'opération de démembrement n'est pas fictive mais qu'elle est réelle et sincère. Il faut savoir que l'application de l'article 751 CGI à soulevé plusieurs questions relative à son champs d'application, et celle de la preuve contraire.

Com 23 janvier 2007 : a pris une position plus favorable au contribuable, critiquable sur le plan juridique, l'administration fiscale en a fait une interprétation tout aussi discutable. La loi de finance de 2008 en a complété la porté, démonte l'interprétation du fisc => Cf nouvelle rédaction de l'article 751. Il y a une instruction du 10 juillet 2009 qui admet l'application de l'article 751 CGI aux successions en cours au 1 janvier 2008.

Lors de l'ouverture de la succession de celui qui a stipuler une réservions d'usufruit à son conjoint, la donation faite à ce dernier ce réalise. La question qui se pose suite à l'arrêt de ch mixte le 8 juin 2007 est celle de savoir si cette donation donne ouverture au droit de mutation par décès sur la base ici de la valeur de l'usufruit du conjoint sur le bien considéré ou bien au droit de donation. De ce que la clause de réversion d'usufruit est une donation à terme de bien présent conduit à soumettre la réversion de l'usufruit au droit de donation et c'est donc au jour de l'acte que doivent être alors déterminé la valeur imposable et le tarif applicable. Il convient toutefois de rappeler qu'avant cet arrêt rendu en chambre mixte le 8 juin 2007 sur le plan fiscale la donation faite au conjoint qui avait survécu à l'autre donnait ouverture au droit de mutation par décès, l'approche de la réversion d'usufruit adopté par la chambre commerciale de la cour de cassation conduisait en effet au plan fiscal à cette solution et en toute hypothèse l'administration fiscale en prenait en considération l'usufruitier de second rang qu'est le CS qu'au moment ou l'usufruit s'exerce utilement : au décès de l'usufruitier, époux donateur, affirmé suite à l'arrêt de chambre mixte que la réversion d'usufruit est désormais soumise au droit de donation n'aurait pas soulevé d'autre grande question si la loi TEPA n'était pas intervenue exonérant le CS de tout droit de succession mais non des droits de donation. La loi TEPA du 21 aout 2007 énonce à l'article 796-O quater CGI la règle au terme de laquelle : « les réversions d'usufruit au profit du conjoint relèvent des droits de mutation par décès », le CS bénéficiaire d'une réversion d'usufruit sera donc exonéré de tout droit. Mais quid des réversions d'usufruit stipulé au profit d'autre bénéficiaire, nombre de praticien ont soulevé la différence de trainement pour une même libéralité. La loi de finance pour 2008 (JCP notarial 2008 p

1009) est venu corriger la rédaction de l'article 796-O quater et unifie le régime fiscal des réversions d'usufruit en supprimant toute référence aux époux et cette disposition est applicable à compter du 1 janvier 2008, dorénavant toutes les réversions d'usufruit, quelque soit le bénéficiaires relèvent des droits de mutation par décès.
A compter de l'entré en vigueur de la nouvelle rédaction de ce texte, toutes les réversions bénéficiant à un bénéficiaire exonéré : partenaire d'un pacs, frère et sœur exonéré, sont exonérés. Celles bénéficiant à d'autre donataire voient leur taxation reporté au décès du donateur et donne alors ouverture au droit de succession au tarif applicable suivant le lien de parenté existant entre le défunt et le donataire.
Cette unification du régime fiscal s'appliquait avant l'instruction du 10 juillet 2009 uniquement à compter du 1 janvier 2008 en conséquence demeurait taxable les réversions bénéficiant à un partenaire survivant par exemple de le cadre de succession ouverte entre le 21 août 2007 et 31 décembre 2009, c'est la l'instruction de 2009 qui a mis fin à cette différance de traitement => sont soumise au seul droit de succession dans le cadre des décès survenu 22 aout 2007 : date d'entrée en vigueur de la loi TEPA.
L'exonération dont bénéficie certain donataire est étendue aux successions ouvertes dès le 22 août 2007.
L'instruction de 2009 ne règle pas toutes les questions que suscite la taxation des réversions d'usufruit : quid de la taxation réalisée entre le revirement de jurisprudence (8 juin 2007) et l'entrée en vigueur de la loi TEPA (22 août 2007).
Bilan : l'évaluation des droits réels démembrés transmis sera donc effectuer à la date de la donation pour la transmission de la NP et à la date du décès pour l'usufruit réversible. Le bénéficiaire pouvant être indifféremment l'époux survivant ou un tiers, sachant que le CS sera exonéré de tout droit.

3° La situation du nu propriétaire et celle de l'usufruitier

Ce réserver l'usufruit c'est se réserver le droit de jouir du bien (habiter percevoir loyer), prévoir la réversibilité de cet usufruit permet de ménager des revenu au bénéficiaire en cas de décès.
Le nu propriétaire ne peut pas percevoir les revenu du bien, il ne peut le vendre sans 'accord de l'usufruitier et en principe il est tenu des charges de la propriété (ex impôt foncier).

4° L'éventuelle récompense au bénéfice de la communauté

Donation d'un bien commun faite par les deux époux au profit d'un enfant commun. Si au terme de l'article 1422 les époux ne peuvent l'un sans l'autre disposer entre vifs à peine de nullité de l'acte, rien n'empêche les deux époux de réaliser conjointement la libéralité. La validité d'une telle donation ne peut donc pas être remise en cause.
Quant à savoir si dans l'hypothèse d'une donation faite par l'un et l'autre des conjoints d'un bien commun, au profit d'un enfant commun cet acte donne lieu à récompense au profit de la communauté, la question est discutée en doctrine.
Pour certain auteur dans une telle hypothèse (donation conjointe) la loi présume qu'ils ont voulu la supporter chacun pour moitié mais à titre personnel 1438 al 1, et chacun des époux devra alors récompense à la communauté pour moitié et ces deux dettes ne se compense pas.
Pour d'autre en revanche la donation de bien commun faite par un seul époux avec l'autorisation de son conjoint (1422) reste à la charge définitive de la communauté en principe.

Quid de la jurisprudence : la cour de cassation n'a pas eut l'occasion de se prononcer expressément, cependant la Civ1 22 juin 2004 (JCP 2004 IV n° 2721) considère qu'en application des articles 1438 et 1439 il doit être en principe fait rapport pour moitié de la valeur de la donation à la

succession du conjoint premier décédé. On considère que la jurisprudence est en faveur d'un droit à récompense. Mais dans un tel contexte le mieux semble t il est que les époux adoptent expressément une absence de récompense au profit de la communauté en stipulant qu'il donne en tant qu'époux commun en bien, en un sens avec cette formule ce serait la communauté qui réaliserait la donation. Si un droit à récompense est toutefois reconnu au profit de la communauté, le calcul de cette récompense obéira alors à deux solutions possibles :

- Soit le PS afin de faire correspondre le montant de la récompense avec le montant successoral s'il y a lieu à rapport
- Soit la DF : la valeur donnée, et ce parce que le bien est sorti du patrimoine de la communauté.

Dans le cas pratique si on retient un droit à récompense, il n'y aura aucune incidence comptable.

Remarques :

- Donner la nu propriété d'un bien en se réservant l'usufruit, voir en en préservant la réversion n'est qu'une illustration de l'intérêt que peut présenter l'intérêt du démembrement de la propriété d'un bien comme technique de gestion et de transmission du patrimoine. Il faut savoir que d'autre technique existent, par exemple celle de l'apport de la NP d'un bien immeuble à une SCI suivit de la donation des parts de cette SCI. Cette technique est souvent utilisée dans les rapports parents enfants, il faut savoir en effet que comparer à celle de la donation de la NP d'un bien avec réserve d'usufruit, cette technique présente des avantages non négligeables :

* elle permet de préserver les pouvoir de gestion du ou des parents donateur sur les biens transmis – dans la donation en NP pendant toute la durée de l'usufruit il perde la maitrise du bien, par exemple ils ne pourront pas obliger les enfants NP à accomplir les travaux et grosse réparation et ils ne peuvent seuls disposer du bien.

* elle permet d'assurer un équilibre de la donation entre les enfants, en effet on a une possibilité de donation de parts équivalentes entre les enfants alors que la donation de la nu propriété avec réserve d'usufruit lorsque le bien est unique il apparaît peut aisé de mettre en place des lots équivalents.

* elle évite au enfant lors de l'extinction de l'usufruit de se voir confronté au aléa de l'indivision puisqu'ici la transmission porte sur des parts sociales et non sur le ou les biens eux-mêmes => pas d'application de 815-5.

Com 3 décembre 2006 arrêt important pour la pratique qui a mis au point une telle stratégie. A la suite de cette décision certains praticiens se sont posés la question de savoir s'il ne fallait pas être vigilent lors de la mise en place de cette technique. Il résulte de la décision que pour tout risque d'abus de droit soit évité il faut que la stratégie présente sur le plan civil des intérêts biens réels de s'assurer du fonctionnement bien réel (non fictif) de la société et l'équilibre réel réalisé par la donation des parts entre les enfants.

C/ La Villa situé à Volette sur Mer

La villa a été acquise par le défunt en Mlle X en 99, avec stipulation d'une clause d'accroissement.

1° Analyse juridique de la clause d'accroissement

a- L'économie générale de la clause

Deux ou plusieurs personnes acquièrent en commun un bien, généralement un immeuble et conviennent que l'acquisition est faite pour le compte du survivant d'entre elle, le survivant sera considéré comme ayant été seul propriétaire depuis le jour de l'acquisition du bien. Le ou les premiers acquéreurs ayant censé ne jamais avoir eut de droit de propriété sur le bien acquis.

Tant que la condition demeure pendante, il n'existe pas une indivision en propriété entre les parties et cela interdit le partage. il y a d'autre interdiction : interdiction aux créanciers de saisir le bien affecté de la clause civ1 18 novembre 1997 (JCP 98 II n° 1051). Clause plus connue sous le nom de pacte tontinier

b- L'intérêt de la clause d'accroissement

Les acquéreurs ont de leur vivant la jouissance du bien, le survivant étant considéré comme ayant toujours été propriétaire, il n'a aucun compte à rendre à la succession de son co acquéreur.
Si le défunt laisse des héritiers réservataires, ils n'ont aucun droit sur le bien, sauf si le pacte a été conclu en fraude de la réserve.
Cette cause a eut longtemps l'avantage d'éviter le paiement du droit des successions, le droit du survivant résulte du contrat et non du décès du prémourant. Ce qui a pu expliquer la fréquence de cette clause dans l'acquisition de bien immeuble de personnes vivant en concubinage.
Aujourd'hui cet avantage a disparu, la loi de finance de 1980 présume de manière irréfragable qu'il ya mutation à titre gratuit et donc c'est le taux de droit de mutation entre étranger qui s'applique.
Pour les concubins il convient de distinguer selon qu'ils sont pacsés ou non depuis la loi du 26 juin 2006 les pacsé peuvent se léguer tous leurs bien et ainsi évincer les parents, cependant le cout fiscal restant assez prohibitif la loi TEPA a réglé ce problème en exonérant les concubins pacsé au même titre que les couple mariés en matière de succession : article 796-O bis CGI.
Les concubins pacsés bénéficient aussi en matière de donation de certain abattement : 79621 € depuis le 1er janvier 2009 (à réactualisé) abattement qui s'appliquait avant aux seules donations entre époux.
Pour le pacte tontinier l'administration fiscale devrait faire bénéficier le pacsé comme le CS d'exonération de droit de succession sur les pactes tontinier qui se dénoue à leur profit lorsque ces pactes sont passibles de droit de mutation à titre gratuit. En présence d'enfant certain mécanisme comme la tontine reste pertinent.
Ces droits de mutation seront calculer sur la moitié de la valeur de l'immeuble, en vertu d'une clause d'accroissement si le bien transmit est la résidence principale communes au deux acquéreur et si la valeur du bien au décès ne dépasse pas 76 000, la part transmise au survivant sera passible de la taxation des droits de mutation à titre onéreux article 754-A
Pour l'administration fiscale le bien qui reposait sur deux têtes n'appartient plus au final qu'à une personne il y a eut transmission et comme à l'occasion d'une transmission les droits de mutation varie en fonction de la nature onéreuse ou gratuite de la transmission, dans l'hypothèse de la clause d'accroissement, l'administration fiscale constatant que le bien passe de deux tête à une tête, à l'occasion du décès de l'un deux, l'administration fiscale considère qu'il y a transmission à titre gratuit, la loi de finance de 1980 a suivit ce raisonnement.
Analyse discutable puisque le pacte tontinier ne repose pas sur le mécanisme de la transmission mais sur celui de la condition, en vertu de la condition de survit un seul des co-aquéreurs sera réputé propriétaire dès l'acquisition, propriétaire unique et exclusif du bien 1179 civ (mécanisme de la condition).
Les tontines conclues avant 79 restent soumises au droit de mutation à titre onéreux.

Sur le plan civil la cour de cassation ne parle pas de transmission, la clause est qualifiée de contrat aléatoire conférant à chacun des acquéreurs la propriété de l'immeuble tout entier à partir du jour de son acquisition sous condition suspensive de survie et par une condition résolutoire de prédécès.
Echappe à la prohibition des pactes sur succession future grâce à l'effet rétroactif (Civ1 14 décembre 2004 bull I n°313).

Bilan :

Chacun des acquéreurs apparaît comme seul propriétaire du bien, sous condition résolutoire de son prédécès et sous condition suspensive de sa survie.
En principe et tout logiquement la clause d'accroissement constitue un contrat aléatoire à titre onéreux, mais il est des hypothèses ou elle peut revêtir un caractère gratuit : il en va ainsi lorsque le prix a été payé par un seul des acquéreurs, et si c'est celui qui a ainsi payé l'intégralité du prix qui prédécède, mais il en va ainsi également lorsqu'il existe une différence d'âge importante ou de santé entre les coacquéreurs.
En pareille cas l'inégalité entre les chances démontre l'existence d'une intention libérale. En tant que libéralité le pacte tontinier est soumis à une éventuelle réduction si au décès du prémourant ce dernier laisse des héritiers réservataires. (civ1 10 mai 2007)

2° Nature et effet de la clause d'accroissement en l'espèce

a- nature de la clause d'accroissement

Qu'en a sa nature en l'espèce les circonstances militent en faveur du caractère onéreux du pacte tontinier, bien que cela ne soit pas précisé on peut constater qu'ils ont pu chacun participer au paiement du prix de la villa, Mlle a une profession et donc des revenus.
Sans compter que par ailleurs les autres éléments qui font du pacte une libéralité font défaut : âge, état de santé de Paul n'était pas préoccupant en 99 et son décès en 2009 était accidentel.

b- effet de la clause d'accroissement

Si le pacte tontinier a un caractère onéreux, la clause d'accroissement constituant une sorte de pari, exclus non seulement que la villa tombe en communauté, mais aussi toute récompense au profit de cette dernière. Bien que vraisemblablement Paul ai financé l'acquisition au moyen de denier commun. Les conditions recuises par 1437 ne sont pas remplies.
Au cas de prédécès de Mlle, le bien serait en revanche tombé en totalité en communauté, si Paul a utilisé des deniers communs, s'il avait acquis la villa a titre de remploi ou à l'aide de bien propre, la villa aurait été propre.
Le CS ou les héritiers en l'espèce ne pourraient pas plus invoquer l'article 1424 du code civil, en considérant que les dispositions de ce texte s'opposent à ce que Paul convienne d'une telle clause, lors d'une acquisition financée avec l'aide de denier commun, sans le consentement de l'épouse. Les dispositions de ce texte sont ici inapplicables, les droits acquis sous conditions par Paul ne sont jamais entré dans le patrimoine commun. On ne peut donc prétendre qu'il aurait disposé d'un bien commun à titre onéreux sans le consentement de son conjoint Civ1 11 janvier 1983.

Si le pacte tontinier est analysé comme une libéralité le pacte aura alors la nature d'une donation déguisé dans l'hypothèse où la gratuité résulte du paiement du prix de la villa par Paul seul et qu'il est prédécédé, en tant que libéralité, le pacte pourra être soumis à réduction puisque Paul laisse à son décès des héritiers réservataires.

D/ L'assurance vie au profit d'Adèle

En 92 Paul a souscrit une assurance vie au profit de sa fille naturelle, le capital payable au décès est de 15 045€

1° Validité du contrat au regard de l'article 1422

La question que l'on peut se poser est celle de savoir si le conjoint de Paul ne pourrait pas remettre en cause le contrat en application de l'article 1422, dans l'hypothèse ou il aurait agit seul en utilisant des deniers communs et ou l'existence d'une libéralité serait établie, la donation de bien commun exige l'accord des époux.
Tout dépend de la nature de ces deniers communs, au terme des articles 223 et 225 chaque époux disposent librement de ses revenus.
Par ailleurs nombres d'auteurs considère qu'en cas d'assurance vie, il résulte de l'arrêt rendu par l'ass pl du 12 décembre 1986 (dalloz 1986 p 269) que la cour de cassation ayant affirmé que la désignation d'un bénéficiaire d'un contrat assurance vie échappant à l'article 1422 du code civil, en raison de son droit direct contre l'assureur, il doit en aller nécessairement de même pour la souscription même du contrat qui permet l'attribution du capital au bénéficiaire désigné.
Cependant il faut noter que selon d'autre auteur a partir du moment ou des valeurs communes ont permis l'opération la règle de l'article 1422 doit être respecté à la condition que le contrat assurance vie soit requalifié en opération de pure capitalisation. Cette position doit être reconsidérée au vu des arrêts de 2004.
Le rapport du 96 congrès des notaires en 2000 s'est prononcé en faveur de l'application du principe de la gestion concurrente, la souscription d'un contrat assurance vie et la désignation du bénéficiaire ne sont donc pas en soit soumis à la cogestion.

En l'espèce nous ignorant si le contrat a été alimenté par des revenus salarié ou propre, et nous considérerons que cette souscription et l'attribution du capital est un acte neutre qui entre dans les pouvoirs d'administration de chacun des époux commun en bien 1421, ou un acte de gestion exclusive dans l'hypothèse ou se sont des revenus propre ou salariaux qui ont été utilisé. Nous suivons en cela la position des notaires.

2° Droit à récompense au profit de la communauté

Cette question se pose dès lors que le contrat n'a pas été souscrit au profit du CS. L 132-16 code des assurances, Civ1 8 mars 2005 bull civ I n° 114.
La doctrine semble encore partagé sur cette question malgré Civ1 10 juillet 1996 et dont la solution à contrario vient d'être réaffirmé par la cour de cassation en 2005
Pour la cour de cassation le principe d'un droit à récompense est reconnu dès lors que le bénéficiaire est un tiers, si l'on admet le principe d'un droit à récompense reste le calcul. Pour une grande partie des auteurs elle doit être égale à la dépense faite faute de PS, en effet le PS correspond au capital versé au bénéficiaire, or ce capital n'a jamais figuré dans le patrimoine commun.
On retrouve ici en arrière plan le débat sur l'objet de la libéralité, lorsqu'il est admis que la souscription correspond à une attribution à titre gratuit.
Si on retient l'analyse des professionnels de l'assurance quant à la détermination de la récompense, celle-ci doit être égale à l'indemnité dont par ailleurs la succession est créancière au titre du rapport et de la réduction, à savoir le capital versé.
En revanche pour la jurisprudence ce sont les primes versées qui doivent réintégrer la communauté (Civ1 10 juillet 1996).

En l'espèce : malgré la jurisprudence de la cour de cassation qui retient un droit à récompense, s'agissant du calcul la prof ne retient pas ce droit

II- Les opérations qui commandent l'établissement de l'état liquidatif de la situation créé par la volonté du défunt.

A/ Les opération qui commandent l'établissement de l'état liquidatif

1° Le classement des biens décrit dans le cas pratique

a- détermination des biens communs

En vertu de la présomption de communauté de 1402 il convient de considéré biens commun dont la propriété n'est pas précisé soit :

- la maison de Bailleux,
- le portefeuille de valeur mobilière constitué au cours du mariage au nom de Paul,
- les deux comptes joints
- compte ouvert au nom de M.

Information complémentaire a demandé aux héritiers : quid des meubles meublants ?

b- détermination des biens propres

Sont propres les biens présents et ceux qui leur sont échus pendant le mariage à titre gartuit et al 2 de 1406 : bien subrogé :

- Bien propre de M. : part au nom du défunt dans la SNC qui a pour l'objet d'exploitation d'une pharmacie
- Bien propre de Mme : O

c- bien exclus de la succession de Paul

Certain bien sont dévolu hors succession :

- appartement à Houlgate donné en NP
- appartement de villette : propriété de Mlle
- l'assurance vie au profit d'Adèle

2° La dévolution successorale

Ab intestat le DC laisse à son décès CS, deux enfants issus du mariage et un enfant naturel.

- S'agissant de Mme CS, Paul est décédé en 2009 => loi applicable : 2001 et 2006, au terme de l'article 757 dans l'hypothèse ou le CS se trouve en concourt avec des enfants non communs au deux époux le CS n'a droit qu'à la propriété du quart. Et l'article 758-5 précise comment le droit successoral en PP du CS doit être calculé. Comme pour l'ancien usufruit légal : favoriser au maximum les intérêts du CS, mais tenir compte également des intérêts des autres héritiers, la composition de la masse de calcul du droit de propriété revenant au CS illustre la première préoccupation du législateur, et la composition de la masse d'exercice de ce droit illustre la seconde préoccupation.

La masse de calcul comprend : bien existant au décès, non compris les biens légué, aux quels ont réuni fictivement legs et donation du défunt rapportable

Masse d'exercice du CS : ne comprend ni la libéralité faite par le DC. Et le droit de propriété du CS ne pourra pas préjudicier à la réserve ni au droit de retour => ne s'exerce que sur les biens existants et ce dans la double limite du quart de la masse de calcul et du solde de la QD ordinaire, en auccun cas sur le produit de la réserve ou rapport.

Avant la loi de 2001 les libéralités reçues par le CS s'imputait sur l'usufruit légal du CS. Le CS cessait d'exercer son droit d'usufruit légal dans la mesure ou ayant reçu du défunt des libéralités leur montant atteignait celui des droits que la loi lui attribue, ce n'est que dans l'hypothèse ou ce

montant était inférieur que le CS pouvait réclamer le complément de son droit légal : al 6 de l'ancien article 767.
La loi du 23 juin 2006 après la période d'incertitude qu'à créer la loi de 2001, et le choix de la théorie du cumul la loi de 2006 est revenue au système de l'imputation article 758.
Imputation des libéralités reçues par le CS sur ces droits légaux dans la limite de la QD spéciale entre époux. Le CS cesse d'exercer ses droits légaux dans la mesure où ayant reçu du DC des libéralités.

Le système du cumul était en accord avec l'évolution des droits reconnu au CS et le souhait d'en faire un héritier ordinaire, on ne comprend pas pourquoi les libéralités que le DC a consenti à son conjoint ne pourrait pas s'ajouter à son droit légal, contrairement à tout héritiers.
Avec la loi de 2006 le CS ne reçoit sa part successorale que diminué de ce qu'il a reçu et cette règle successorale est d'ordre public, l'époux disposant ne pourra prévoir le cumul.

Toutes les libéralités adressées au CS sont concernées : donation de bien présent ou à venir, don manuel… seul y échappe l'avantage matrimonial et l'assurance vie (sous réserve qu'elle ne dégénère pas en libéralité).

Point discuté : S'agissant des droits successoraux sur lesquels les libéralités sont imputées. Pour certain auteurs (Sauvage) les libéralités ne peuvent pas s'imputer sur le droit viager au logement, ce serait le vœu du législateur qu'il ne soit pas porté atteinte à ce droit.
Pour d'autre auteur (Zalewlky) : les libéralités s'imputent avant le droit viager au logement au motif que les droits acquis par un gratifié du vivant du disposant s'impute avant les droits qui naissent à la mort de ce dernier.

Quant à la méthode à retenir pour procéder à l'imputation, pour l'essentiel seront reprise les règles qui s'appliquait lorsque le droit positif connaissait les règles d'imputation.
Ainsi l'imputation ne devrait pas poser de difficulté dans l'hypothèse ou le CS aura reçu du défunt le maximum du disponible : ¼ PP et ¾ en usufruit. Le CS en présence d'enfant a droit ab intestat soit à ¼ PP soit usufruit, la libéralité ainsi reçue épuise les droit légaux. Comme ne posera aucune difficulté l'imputation d'une libéralité en PP sur les droits légaux en PP et celle de libéralité en usufruit sur les droits légaux en usufruit.

Plus délicat quand il s'agira d'imputer un droit d'usufruit sur un droit en PP et inversement, et c'est pour ces hypothèse que les auteurs proposent de revenir aux anciennes règles.
Civ1 6 février 2001 (droit antérieur à 2001) précise qu'une libéralité faite en propriété à un conjoint titulaire d'un droit légal en usufruit sera imputé sur cet usufruit et non sur la valeur des biens en propriété constituant le cas échéant l'assiette de l'usufruit. Ainsi pour la Civ1 il s'agissait de convertir l'usufruit en une valeur propriété pou permettre l'imputation d'une libéralité en pleine propriété, cette conversion se faisant en application du barème légal (669 CGI), on peut donc penser que cette méthode sera retenue.
Certain auteurs mette à se propos en évidence l'intérêt de la donation entre époux, malgré les lois qui ont améliorée la situation du CS.

Le CS a opté pour la libéralité dont elle a été gratifiée : ¼ PP et ¾ en usufruit article 1094-1.
Le CS héritiers légal et institué contractuel dispose en effet comme tout hériteirs ab intestat de deux vocations.
Cette libéralité lui accorde le maximum de droit possible, quant à l'imputation de ses droits légaux pas de problème puisque la libéralité est supérieure au droit légaux.
Cependant le CS au terme de la loi se voit reconnaître d'autre droit : au terme de l'article 764 et sauf volonté contraire du défunt exprimé dans un testament authentique le CS a un droit d'habitation et d'usage sur le logement qui doit présenter des conditions.

A la différence du droit de jouissance temporaire qui est un droit direct du mariage, ce droit viager n'est pas d'ordre public, le DC peut en priver son conjoint par testament authentique. Ce droit successoral revêt un aspect particulier, il s'apparente moins au droit de succession proprement dit qu'à un droit contre la succession et qu'il est indépendant de l'option exercée par le CS sur la succession.
Le CS dispose d'un délai d'un an pour exercer ce droit, distinct du délai d'option successorale, pour des auteurs, si le CS renonce à la succession cela ne devrait pas l'empêcher d'exercer son droit viager (question discutées).

En l'espèce Mme, gratifié d'1/4 PP et ¾ usufruit, bénéficie du maintient de son cadre de vie. Ce que le législateur ne lui a offert de façon systématique que si les enfants sont communs au deux époux puisque dans ce cas le CS peut opter ab intestat pour l'usufruit. On peut donc considérer qu'au titre de la donation, le CS voit son droit d'usage et d'habitation garantie de manière indirecte.

Toutefois, et en remarque générale, le fait que le CS soit ab intestat titulaire de tout l'usufruit de la succession n'est pas une garantie automatique de pouvoir satisfaire l'objectif poursuivi par le législateur en instaurant le droit viager. Ainsi si nous nous plaçons dans l'hypothèse ou le CS à le choix entre ¼ PP ou usufruit et qu'il opte en faveur de l'usufruit du tout, cet usufruit ne peut porter que sur les biens existants, le législateur a entendu exclure l'exercice de l'usufruit sur des biens qui sont sorti du patrimoine du défunt et dont il aurait disposé par donation entre vifs, même rapportable à la succession, voire sur les biens dont le DC aurait disposé à cause de mort, ce faisant le CS n'est pas assuré du maintient de son cadre de vie. Ce qui n'est pas le cas en cas d'usufruit libéralité.

Cas du droit viager au logement, la question qui se pose est celle de savoir comment cette jouissance gratuite s'articule avec les droits dont le CS est par ailleurs titulaire sur le logement concerné.
Dans notre cas pratique la libéralité dont le CS a été gratifié et compte tenu de l'option exercée, Mme se retrouve nécessairement usufruitière de la maison. Dans une telle circonstance est ce que l'exercice des droits du CS doit être reporté au terme du droit temporaire au logement soit un an après le décès de M.
Certains auteur considère que le droit temporaire au logement est absorbé par les autres droit reconnu au CS (tel l'usufruit) et cette considération peut ne pas être sans intérêt du point de vu fiscal, au terme de l'article 669 CGI pour la liquidation des droits de succession, il n'est tenu compte de des droits ouvert au jour de la mutation de cette NP, or si l'on admet que l'usufruit et le droit viager ne commence à s'exercer qu'au terme du délai d'un ans, la conséquence serait que les héritiers NP serait taxé lors du dépôt de la déclaration sur la valeur de la PP.
L'instruction du 7 avril 2003 a relativement a cette question précisée que s'agissant de la coexistence du droit viager et du droit temporaire, pour l'application du barème de l'article 669 il convient de prendre l'âge du CS au terme de l'exercice du droit temporaire soit un an après le décès, autrement dit, l'administration fiscale considère que les deux droits se succède dans le temps.

C'est posé la question de savoir s'il était possible de faire figuré dans le passif de la succession l'expression chiffré du droit temporaire.

Cour du 21 janvier 2001

Question de savoir s'il était possible par analogie avec les frais de veuve de l'ancien article 1481, si l'était possible de faire figurer dans le passif de la succession l'expression chiffré du droit temporaire au logement (12 mois de loyer) instruction ministériel du 5 avril 2003. Pour l'administration fiscale le droit temporaire n'est pas une dette personnelle du défunt, ce qui exclus qu'il puisse figurer au passif, toutefois elle a admis que lorsque le défunt était locataire le montant

des loyers puissent figurer au passif. Le motif avancé est que le CS ayant un titre légal à occuper le logement il est obligé et ce en application de l'article 754 bis CGI d'accepter un abattement de 20% sur la valeur du bien. Mais cet abattement n'est pas obligatoire, autrement dit le motif principal invoqué par l'administration fiscale est loin d'être convainquant.
La loi du 23 juin 2006 a prévu le remboursement par la succession de l'indemnité d'indemnité due aux coindivisaires lorsque le logement est un bien indivis entre le défunt et des tiers. La loi de finance rectificative pour 2006, article 775 quater CGI précise que le montant des loyers ou indemnité d'occupation effectivement remboursé par la succession peuvent être déduit de l'actif de cette succession.
Instruction ministérielle du 22 novembre 2007 (JCP notarial 2007 n°48 actualité 785), est venue marteler que le droit temporaire au logement est déductif de l'actif successoral, taxable uniquement lorsqu'il prend la forme de remboursement de loyer ou indemnité d'occupation.

b – les descendants du défunt
La loi du 3 décembre 2001 a supprimé toute discrimination à l'égard de l'enfant adultérin et ce de façon rétroactive. Difficulté pour les successions dont le partage a été effectuée avant 2001 (répertoire Deffrénois 2008 n° 14)
Ab intestat les droit des descendant est 1/3 pour chacun des enfants (Juliette Charles et Adèle)

B/ La situation créée par la volonté du défunt

3 disposition à titre gratuit : une donation entre époux par acte notarié de 1987, une donation par préciput et hors part à Juliette en 97 qui a pour objet l'appartement de Houlgate, un testament olographe valable par lequel le défunt institut Adèle légataire universel tout en précisant maintenir la donation entre époux.

1° Nature des donations

La donation entre époux est une institution contractuelle, révocable et de bien à venir, a la différence de l'institution contractuelle faite par contrat de mariage. La nature hybride de l'institution contractuelle, son caractère révocable pour l'une et irrévocable pour l'autre conduit pour l'application de certain texte à privilégier l'aspect donation ou legs. Au regard des règles du rapport l'institution contractuelle est considérée comme un legs, il est tenu compte ici de l'objet de l'institution contractuelle, il s'agit d'une donation ayant pour objet des biens à venir, ce qui rapproche cette institution du legs, c'est au moment du décès que s'opère le transfert de la propriété. S'agissant de la question de l'imputation des libéralités la distinction entre institution faite par contrat ou pendant le mariage réapparait : l'institution contractuelle par contrat de mariage étant irrévocable (Article 1083), doit être préférée à toute autre disposition (donation ou legs) qui lui sont en date postérieur. En revanche l'institution contractuelle entre époux pendant le mariage était révocable sa réduction obéit aux règles du legs (avant donation, concurremment avec les legs.

2° Porté des libéralités

Les principales difficultés concernent les deux libéralités : donation entre époux et testament olographe.
La donation entre époux est limité en présence d'enfant à la QD spéciale entre époux 1094-1, et cette quotité est déterminé par la décision qu'à pris Mme d'opter pour ¼ PP et ¾ usufruit.
Quant au testament olographe, le legs universel dont Adèle est la bénéficiaire portera sur la QD puisque le legs est présumé préciputaire.

S'agissant de la loi du 23 juin 2006, elle a supprimé la réserve des ascendants et par conséquent la QD spéciale en l'absence de descendants. En présence de descendant la QD spéciale entre époux reste inchangé concernant les quotités, mais la loi a ajouté un alinéa à l'article 1094-1 accorde faculté de cantonnement accordé au CS aurait pour conséquence d'accroitre la part reçu par les enfants du défunt, notamment lorsque ce dernier aura doté son CS de la totalité de l'usufruit et la loi nouvelle ne distinguant pas le cantonnement sera possible en usufruit, mais également en propriété, même si il semble que le législateur de 2006 semble surtout avoir pensé au cantonnement de l'usufruit.

3° Articulation des libéralités entre elles

Ici plusieurs question doit être abordée :

a- ordre d'imputation

On imputera d'abord la donation de la NP avec réserve d'usufruit faite en 97, ensuite concurremment la donation entre époux et le legs universel, puisque la donation entre époux est ici assimilé à un legs

b- le secteur d'imputation

S'agissant de la donation de 97, elle est constituée de 2 libéralités distinctes :

- une donation en NP à un descendant, imputable sur la QD ordinaire (843) : donation préciputaire et hors part.
- et une donation en usufruit au CS imputable elle sur la QD spéciale entre époux.

Quant à la donation entre époux, elle est imputable également sur la QDS, enfin le legs universel s'imputera sur la QD ordinaire.

c- combinaison de la QDO et QDS

Ces deux QD ne se cumulent pas, elles se combinent selon les règles définies par arrêt 26 avril 1984.
- Chacun des gratifié ne peut prétendre à plus du disponible que la loi lui permet de recevoir.
- Le plafond des libéralités que le DC peut consentir, n'est plus constitué comme =avant 1984 par la plus forte des QD en présence, mais par la QDO majoré de ce que lui ajoute le disponible spécial entre époux.
- Enfin les libéralités consenties à des bénéficiaires autres que le CS s'imputent exclusivement sur le disponible ordinaire, alors que celle consenties au CS s'impute principalement sur le disponible ordinaire si elle est en PP et sur l'excédant résultant du disponible spécial entre époux si elles ne sont qu'en usufruit.

d- exécution des dispositions testamentaires

Compte tenu de l'option que veut exercer Mme (1/4 PP et ¾ usufruit), la donation entre époux et le legs vont porter en concurrence sur le solde de la QDO après imputation de la donation faite en 97 à Juliette. Il y a donc lieu à réduction proportionnelle afin de contenir les deux libéralités dans le cadre de ce qui reste de la QDO. On sait en effet que la volonté du défunt exprimé dans le testament et de faire coexister ces libéralités. Cette réduction proportionnelle (926) doit s'appliquer en comparant le total des libéralités à la QD. La difficulté éventuellement lié au caractère adultérin de

l'enfant est supprimé, ce seront donc des droits non réduit qui s'appliqueront et le montant théorique de ces droits est égal au montant de la QD

e- difficulté soulevée par l'existence de la donation en NP et en usufruit

la donation de 97 présente une difficulté particulière compte tenu de son objet, cette libéralité porte sur la NP attribué à Juliette, et sur l'usufruit stipulé réversible au profit du CS. La difficulté concerne la NP du bien, car s'agissant de l'usufruit il sera imputé sur l'excédant résultant du disponible spécial entre époux et en conséquence la réserve des descendants se fera en NP.
Il y a difficulté car si on impute la libéralité sur le disponible ordinaire cela peut impliquer qu'on convertisse cette NP en capital eut égard par exemple à l'âge de l'usufruitier. Cette solution trahit la nature du bien donné et déforme sa valeur, mais surtout cette solution oblige à inscrire le bien dans la masse de calcul de la QD lors de la réunion fictive des biens donnés en capitalisant également l'usufruit ce qui déséquilibre ensuite les opérations puisque cet usufruit à vocation à être imputé sur les ¾ en usufruit spécialement destiné au CS.
Aussi retient ton dans cette hypothèse une autre solution, on démembre la QD en ses deux composant (NP et usufruit) on laisse intacte la QDO en usufruit et on impute la donation sur la QDO en NP (en l'espèce pour 76 225€ : cf liquidation chiffrée)
Cette solution oblige cependant à imputer les libéralités de rang subséquent d'une part sur l'usufruit d'autre part sur la NP de cette QD.
Dans l'hypothèse du cas pratique l'inconvenant résulté du fait que les résultats de la réduction proportionnelle (réduction liée à l'exécution des dispositions testamentaires du défunt : DDE et legs). Les résultats de la réduction proportionnel ne seront pas les même en usufruit (la QD étant intacte) et en NP ou la QD est amputé du montant de la donation de 97. Ainsi Adèle, légataire, aurait sur la QD plus de droits en usufruit qu'en NP, et elle aurait l'usufruit sur des biens dont elle ne détiendrait pas la NP.
La jurisprudence a toujours décidé que les libéralités en NP sont imputables sur la NP de la QD, et les libéralités en usufruit sur l'usufruit de la QD (Civ1 19 mars 1991 bull I n° 99). Elle retient donc la méthode qui consiste à démembrer la QD en ses deux composants.

Cette méthode peut présenter des inconvénients (tel que celui de notre cas pratique), aussi bien cette méthode doit elle être complétée par un aménagement afin d'assurer la consolidation de la PP du droit de propriété démembré, de sorte que lors de l'extinction de l'usufruit il soit réuni sur la même tête et l'usufruit et la NP du bien concerné. Ou bien encore éviter comme dans le cas qu'un successeur (Adèle) ait l'usufruit de bien dont il ne détiendrait pas la N propriété, alors qu'il a vocation de ces biens en PP.
Il est alors préférable de considérer dans l'hypothèse telle que celle du cas pratique, que les parties sont d'accord pour interpréter la volonté du testateur de la façon suivante : le legs universel d'Adèle ne portera que sur la NP, la donation entre époux étant maintenue pour la totalité en ce qui concerne l'usufruit, en conséquence la réduction proportionnelle ne jouera qu'en nu propriété.
Comment le notaire justifiera t il cette solution ? Par la volonté probable du défunt de ne pas créer une situation inextricable à son décès et d'autre part en référence à la position de la doctrine qui a statué en ce sens dans des cas similaires.

Hors la problématique de notre cas pratique, il est de manière général conseillé de retenir l'aménagement suivant : lorsqu'une fraction d'une QD en PP a été utilisée, pour l'imputation d'une libéralité portant sur un droit démembré, seul doit pouvoir être imputé sur cette fraction une libéralité portant sur une autre composante du droit de propriété du même bien.

Cette aménagement doit permettre la consolidation de la PP du droit de propriété démembré et ainsi faire en sorte que lors de l'extinction de l'usufruit soit réuni sur la même tête et la NP du bien et l'usufruit de ce bien, ainsi et par exemple cet aménagement permet d'éviter la situation dans

laquelle le réservataire serait fourni de ces droits en PP au moyen de la NP d'un bien et de l'usufruit d'un autre. *(Article de M. Duchange RTD 2001 P 795 et suivant)*

III – L'aperçu liquidatif chiffré

(cf photocopie)

IV – Questions annexes et particularités fiscales complémentaires

Deux questions :

- l'existence dans la succession de Paul d'un portefeuille de valeur mobilière
- l'évaluation des meubles meublants et bilan de la taxation du bien acquis par une clause d'accroissement

A/ Existence dans la succession de Paul d'un portefeuille de valeur mobilière

Mme épouse du DC est titulaire de l'usufruit de la totalité des biens existants à l'ouverture de la succession, elle est donc usufruitière du portefeuille de valeur mobilière, pour moitié seulement en tant que CS, car elle détient l'autre moitié en qualité d'épouse commune en bien (en PP).
La place des actifs mobiliers a beaucoup augmenté dans le patrimoine.

De manière générale l'usufruitier doit administrer le bien grevé d 'usufruit en bon père de famille.
S'agissant d'un immeuble et d'un immeuble d'habitation, l'usufruitier à le pouvoir de le donner à bail ou de renouveler seul le contrat.
Lorsque l'usufruit porte sur des actif mobilier (valeur mobilière), l'usufruitier n'ayant pas le pouvoir de disposition sur ces biens, il ne peut donc ni céder les titre ni en acquérir en remplacement sans l'accord du nu propriétaire. Or la bonne gestion d'un portefeuille de titre implique la possibilité de vendre ces titres.
Un important arrêt 12 novembre 1998 Beylet est venu régler cette question. Il a dessiné les contours du pouvoir de gestions dont est investi l'époux survivant sur le portefeuille de valeur mobilière tant en qualité de copropriétaire indivis, tant qu'usufruitier. Elle a qualifié le portefeuille de titre d'universalité, universalité de fait faisant de ce portefeuille un véritable et nouveau bien. Cette qualification permet ainsi à l'usufruitier de gérer ce bien, cette universalité.
A la suite de cet arrêt, l'usufruitier d'un tel portefeuille peut vendre les titres qui le composent, à la condition toutefois que les titres cédés soit remplacé par d'autre titre et à charge pour l'usufruitier d'en conserver la substance et de les rendre. (Ex : rachat de titre et placement identique)

En revanche l'usufruitier d'un portefeuille de titres ne peut le vendre sans l'accord du NP, il ne faut en effet pas confondre le portefeuille et les titres qui les composes (« on peut vendre une partie du troupeau sans perdre la propriété du troupeau »).
La cession de titre, suivit de leur remplacement n'est plus considéré ce faisant par la jurisprudence comme un acte de disposition, mais simplement comme un acte d'administration que l'usufruitier peut donc faire seul. Les valeurs mobilières sont des choses fongibles (substituable els unes aux autres) mais ce ne sont pas des choses consomptibles (qui disparaissent par le premier usage que l'on en fait). Pour les biens qui disparaissent par le premier usage qu'on fait l'usufruitier à le droit de s'en servir à charge de rendre des choses équivalentes à la fin de l'usufruit : quasi usufruit 587.
L'usufruitier d'une chose consomptible exerce des prérogatives de propriétaires en pouvant aliéner la chose, le quasi usufruit entraine une extension des pouvoirs des pouvoir de l'usufruitier et permet une gestion dynamique des biens qui en font l'objet.
Valeur mobilière par nature ne sont pas consomptible, seul volonté de les rendre tel par la conclusion d'une convention d'un quasi usufruit

Suite à l'arrêt de 98 qui a reconnu au portefeuille la qualité d'universalité de fait, la conclusion d'une convention de quasi usufruit ne s'impose que dans l'hypothèse ou le CS (par exemple) usufruitier du portefeuille entendrait pouvoir disposer du portefeuille en tant que tel.
D'un point de vu fiscal, la convention de quasi usufruit a pu présenter un temps un certain intérêt dans la mesure où la plus value réalisée consécutivement à la cession de titre était due par le NP en l'absence de convention. Une réponse ministérielle en date du 26 juin 2000 a limité cet intérêt en précisant que la plus value de cession de titre serait due par l'usufruitier.

Toutefois l'instruction ministérielle du 13 juin 2001 peut relancer l'intérêt du recourt à une telle convention lorsque le portefeuille de valeur mobilière est issue d'une succession, puisqu'au terme de cette instruction en l'absence d'une telle convention le redevable légale de l'impôt sur la plus value reste le NP.
L'impôt ne pèsera donc sur l'usufruitier que si conventionnellement le NP et l'usufruitier le prévoit, la conclusion d'une convention de quasi usufruit pourra ainsi d'une part étendre les pouvoirs de l'usufruitier en lui permettant (devenu quasi usufruitier) de céder seul le portefeuille de titre et fiscalement de mettre à sa charge l'impôt sur la plus value et ce dans la mesure ou le portefeuille est issu d'une succession.

Le rôle du notaire est fondamental, l'évolution des patrimoines marque un accroissement des actifs mobiliers …

Cour du 28 janvier 2010

B/ Particularité fiscales et précision complémentaire

1° Rappel sur les meubles meublants (évaluation)

Le notaire doit obtenir auprès de l'épouse des informations complémentaires sur les meubles meublants.
Evaluation : la valeur imposable ne peut être inférieure à 5% de l'ensemble des autres biens (à défaut d'évaluation).
En pratique le fisc se contente du forfait 5% sans exiger le détaille des bien
Valeur forfaitaire se calcul sur l'actif brut de la succession, avant déduction du passif, on ne tient pas compte toutefois des rapports, récompense et des biens totalement exonéré de droit de succession.
Les héritiers peuvent écarter cette base d'évaluation en prouvant que la succession ne comporte aucun meuble : ex grâce à une attestation dans ce sens du directeur de la maison de retraite ou la personne a vécu jusqu'à son décès.

Si la valeur réelle des meubles meublant est inférieure au forfait de 5% il est conseillé de faire établir un inventaire notarié (article 789civ). Cet inventaire fait généralement apparaître une évaluation inférieure au forfait, même avec les frais d'inventaire.

Si la valeur des biens meuble est supérieure à 5% les héritiers ont intérêt à se voir appliquer le forfait mobilier, cependant il faut savoir que le fisc peut en écarter l'application s'il prouve la valeur réelle du mobilier

Réponse ministérielle 2008 qui intéresse les primes d'assurance vie passible des droits de succession au regard de l'assiette du forfait mobilier de 5%.
Un parlementaire avait rappelle à l'administration fiscale que « la fraction taxable des primes versées après l'âge de 70 ans et qui excèdent 30 500€ ne rentre pas dans l'assiette du forfait mobilier et ce pour la raison reconnue par ailleurs par le fisc que même si les primes d'assurance vie

afférente à des contrats au bénéfice de personnes déterminée sont passible des droits de mutation par décès, les capitaux perçus ne dépendent pas de la succession ».

2° La taxation du bien acquis avec clause d'accroissement

Du point de vue fiscal Mlle Viard est considérée comme avoir recueilli à titre gratuit la quotte part de M. Foucher concernant la villa de Volette sur Mer. Sur cette quotte part, évalué au décès, Mlle est redevable des droits de mutation calculé en fonction du degré de parenté avec le défunt. Ici elle est un tiers => article 754 A CGI le taux est de 60%.

L'article 33 de la loi de finance pour 2010 permet dorénavant (pas le cas avant) au tontinier survivant d'opter pour l'application des droits de mutation par décès lorsqu'il se trouve dans l'hypothèse ou l'accroissement donne ouverture, et en principe, à des droits de mutation à titre onéreux. Cette possibilité est expressément offerte par l'article 754 A al 2 CGI, le tontinier survivant a donc la possibilité d'opter pour le régime le plus favorable. Cette option pourra être exercée dans le cadre de succession ouverte à compter du 1 janvier 2010.

L'accroissement résultant d'un pacte tontinier passible de droit de mutation par décès, tout comme les primes d'assurance vie taxable, ne devraient pas être prise en compte pour le calcul du forfait mobilier, pour la même raison que cet accroissement ne dépend pas de la succession, il ne fait pas partie de l'actif successoral.

Chapitre 3 : Les libéralités conjugales

cSection 1 – Les donations entre époux après les lois des 3 décembre 2001, 24 mai 2004 et 23 juin 2006

Section 2 – Divorce et libéralités conjugales

Exposé discussion : Divorce et libéralité conjugale

En France, on estime en 2008 le taux de divorce à 40%, et pour Paris à 60%. La catégorie qui augmente le plus est celle des seniors. Or ce sont eux qui, le plus souvent, ont accomplis des donations ou avantages matrimoniaux au profit de leur conjoint. La question du divorce est donc plus que jamais d'actualité. Mais bien avant ces chiffres, les questions autour des conséquences du divorce étaient nombreuses.

Est une libéralité toute disposition à titre gratuit, quel qu'en soit le mode de réalisation. Une donation entre vifs est un contrat par lequel une personne, le donateur, se dépouille actuellement et irrévocablement, sans contrepartie et dans une intention libérale d'un bien présent lui appartenant en faveur d'une autre personne, le donataire, qui l'accepte. On appelle avantage matrimonial tout profit particulier qui résulte du fonctionnement du régime matrimonial par un époux. Le divorce est la dissolution du mariage prononcée à la demande des époux ou de l'un d'eux, dans les cas et selon les formes déterminées par la loi.

Le régime de la donation entre époux a été, dans l'histoire, très tourmenté. En réalité, trois systèmes sont possibles : prohibition pure et simple, validité et irrévocabilité, et validité et révocabilité.

A Rome, ce genre de donations était annulé en raison de l'influence qu'un époux exerçait sur son conjoint ; elles étaient confirmées au décès du donateur du seul fait qu'il n'en avait pas demandé la nullité de son vivant, ce qui aboutissait pratiquement à un régime de révocabilité. Le droit coutumier prononça en général la nullité de ces donations en raison du principe de la conservation des biens dans les familles. Au contraire, le droit révolutionnaire en a admis la validité.

En 1804, le Code civil prévoyait que l'époux contre lequel le divorce a été prononcé perdait tous les avantages que son conjoint lui avait concédé, soit par contrat de mariage, soit depuis le mariage (art. 299, al. 1er ancien, C. civ.). L'époux coupable était ainsi déchu non seulement des avantages matrimoniaux, mais aussi des donations et des legs consentis par l'époux innocent.

La loi du 11 juillet 1975 a dû adapter cette sanction au pluralisme des cas de divorce : elle a inventé des solutions pour les nouveaux cas et conservé la déchéance frappant l'époux coupable lorsque le divorce était prononcé pour faute. Les articles 267 et suivants du Code civil ont mis en place un système hybride fondé soit sur la répartition des torts, soit sur la volonté des époux.

Ces solutions ont fait l'objet de fortes critiques. Il leur était surtout reproché d'être inutilement complexes, d'envenimer les rapports entre époux et d'introduire un ferment d'insécurité juridique dans les conséquences patrimoniales du divorce lorsque des donations, pourtant maintenues par les époux, demeuraient librement révocables (art. 1096, C. civ.), en dépit du principe de concentration des effets du divorce.

Le législateur a entendu ces doléances et y a répondu dans la loi du 26 mai 2004, corrigé ensuite par la loi du 23 juin 2006.

Si les dispositions nouvelles ne s'appliqueront que aux libéralités consenties après le premier janvier 2005, celles antérieures à cette date resteront soumises à la loi ancienne. Dans ces dispositions, la notion de tort dans le divorce a totalement disparue. Le législateur est donc allé dans le sens de la pacification du divorce.

Quelles sont les incidences du divorce sur les libéralités conjugales ?

Pour y répondre, nous traiterons d'abord du maintien des donations entre époux de biens présents et avantages matrimoniaux ayant pris effet au cours du mariage en cas de divorce (I), puis de la révocation des dispositions à cause de mort et des avantages matrimoniaux prenant effet à la dissolution du régime matrimonial ou au décès de l'un des époux (II).

I. Maintien des donations entre époux de biens présents et avantages matrimoniaux ayant pris effet au cours du mariage en cas de divorce

La loi nouvelle pose un véritable principe de neutralité du divorce à l'égard des avantages matrimoniaux et des donations entre époux, dès lors qu'ils ont déjà produit leurs effets. Cette neutralité peut toutefois être réduite par la volonté des époux (A).

Afin que le divorce soit effectivement sans incidence sur les libéralités conjugales, les donations de biens présents sont dorénavant assujetties à l'irrévocabilité spéciale des donations ordinaires (B).

A. La neutralité nouvelle du divorce sur le sort des libéralités conjugales suspendue à la volonté des époux

La pacification du divorce est assortie de sa neutralité sur le sort des libéralités conjugales. Cette non-incidence du divorce était souhaitée par la pratique notariale lors du 95ème Congrès des Notaires.

Il convient d'illustrer cette nouvelle neutralité du divorce en faisant état du droit positif antérieur. Une autre question se pose suite à la réforme qui veut que le divorce soit indifférent aux libéralités conjugales : la clause de non-divorce.

1°/ La neutralité du divorce enfin admise

Dans notre droit des libéralités, les donations entre époux ont toujours fait l'objet d'un traitement particulier. Ces donations sont admises, mais elles font l'objet d'un régime dérogatoire au droit commun des libéralités. Elles sont librement révocables soit par la volonté de l'époux donateur, soit par l'application des règles relatives au divorce (seules ces dernières nous intéressent).

La donation pouvait se trouver anéantie par l'application des règles relatives aux conséquences du divorce ou de la séparation de corps.

Le domaine d'intervention de ces règles était étendu : ensemble des donations soumises au principe de libre révocabilité, celles consenties antérieurement au mariage en prévision de celui-ci, les donations effectuées entre les futurs époux par contrat de mariage. La forme de la donation importe peu : donations par acte authentique, aux donations indirectes, aux donations déguisées ou aux dons manuels.

La mise en oeuvre de la révocation était différente, selon la forme du divorce et la répartition des torts entre les époux.

La révocation frappait de plein droit l'époux aux torts exclusifs duquel le divorce pour faute était prononcé (article 267 du Code civil), et celui qui a pris l'initiative d'un divorce pour rupture de la vie commune (article 269 du Code civil). Le donateur n'avait pas à intervenir. La révocation s'effectuait de manière automatique. L'idée de sanction était prépondérante. Le donataire responsable du divorce était déchu des avantages résultant de l'union. La règle était d'ordre public, et le donateur ne pouvait renoncer à son application.

L'époux à l'encontre duquel aucun tort n'était retenu, ou celui qui se voyait imposer un divorce pour rupture de la vie commune conservait la totalité des donations qui lui avaient été consenties. Toutefois, l'avantage n'avait que peu d'incidence en pratique. Ces donations demeuraient révocables, la faute de l'autre conjoint ne les rendant pas irrévocables (Cour de cassation, 29 mai 1979).

Dans les autres cas de divorce, la déchéance de plein droit cède sa place à une simple faculté de révocation, ouverte aux deux époux. La révocation ad nutum pouvait s'effectuer de manière

expresse ou tacite et ce jusqu'à la mort du donateur. Même si au moment du divorce, le donateur restait silencieux sur les donations, celles-ci conservaient leur caractère révocable.

La réforme de 2004 sur le divorce a modifié cette logique qui tenait compte de la cause du divorce. Dans une logique de pacification de la rupture conjugale, le législateur a posé le principe de la neutralité. Dorénavant, le divorce quel qu'en soit la cause est sans incidence sur le sort des donations entre époux.

Le premier alinéa de l'article 265 du code civil prévoit que « le divorce est sans incidence sur les avantages matrimoniaux qui prennent effet au cours du mariage et sur les donations de biens présents quelle que soit leur forme ». A la lecture de cet alinéa, deux finalités transparaissent : la simplicité et la sécurité.
Pour les deux types de dispositions visés, l'idée est la même : le conjoint avantagé ou gratifié a pu en tirer un profit concret durant le mariage. En considérations de ces dispositions, il a pu s'engager vis à vis des tiers ou accomplir des actes de gestion ou de disposition. Le divorce ne vient pas perturber la sécurité juridique de ce conjoint car le divorce n'entraîne pas la nullité du régime matrimonial ou du mariage. Ces avantages ou donations ne doivent donc pas être remis en cause rétroactivement. Quel que soit le type de divorce, le législateur a décidé qu'ils ne seront pas révoqués.

La résistance de ces donations et avantages à l'épreuve du divorce risque pourtant d'être dissuasive. Une clause peut aller à l'encontre de la neutralité du divorce : la clause de non-divorce.

2°/ La clause de non-divorce : une volonté à l'encontre de la neutralité du divorce sur le sort des donations conjugales

L'époux qui donne ou qui avantage son conjoint entend parfois que ses bienfaits ne survivent pas au divorce.
La clause de non-divorce est une stipulation par laquelle le ou les auteurs d'un acte juridique envisagent son anéantissement en cas de rupture de l'union matrimoniale par l'effet du divorce.
Par cette modalité, le ou les époux prévoient alors la résolution ou la caducité de la donation ou du legs en cas de divorce. Cette clause est destinée à atténuer les conséquences patrimoniales en prévoyant une forme de droit de retour au profit du disposant.

On constate d'emblée que la clause de non-divorce va à l'encontre de la réforme qui a posé la non-incidence de la rupture du lien matrimonial sur les libéralités conjugales de biens présents. Si une telle clause est stipulée, le divorce va remettre en cause une donation entre époux alors que depuis la réforme, le divorce est censé être sans incidence sur ces donations. Les époux, au travers de la liberté contractuelle, écarte la neutralité nouvelle du divorce sur les donations qu'ils peuvent se consentir.

De plus, on remarque que la pratique notariale n'en fait pas un usage fréquent. Le praticien doit se poser la question de la validité et de la licéité de la clause de « non-divorce ». Si la validité de cette condition peut s'autoriser de la liberté contractuelle, sa licéité suscite quelques doutes lorsqu'elle concerne une donation de biens présents entre époux ou un avantage matrimonial ayant pris effet en cours de mariage.
La clause de « non-divorce » stipulée à propos d'un avantage matrimonial a été validée par une décision de 1937 de la Cour de cassation.

Jusqu'à un arrêt du 13 décembre 2005, la Cour de Cassation n'avait jamais eu à se prononcer sur la validité de la clause de non-divorce affectant une donation. La question avait toutefois donné lieu à deux décisions connues de juridictions du fond.

Tout d'abord, la Cour d'appel de Dijon dans un arrêt du 26 avril 1932 devait se prononcer sur la validité de la clause par laquelle un père avait conditionné la réalisation d'une donation au profit de son fils au désistement, par sa femme, de la demande en séparation de corps qu'elle avait introduite. Il s'agissait d'une clause de désistement d'instance. La Cour commence par affirmer que si la stipulation avait érigé en condition l'introduction d'une demande en divorce, elle aurait été valable. A fortiori, la clause prévoyant le désistement d'une pareille instance doit être réputée valable.

La deuxième décision est rendue par la Cour d'appel de Rennes le 14 février 1972. Il y était question d'une clause prévoyant qu'en cas de divorce ou de séparation du légataire d'avec sa femme, le legs profiterait uniquement à cette dernière. La Cour d'appel déclarait que « le caractère illicite ou immoral de la condition contenue dans un testament doit être apprécié en fonction de l'intention du testateur et des mobiles qui l'ont déterminé à imposer cette condition ».

L'arrêt du 13 décembre 2005 suit le même raisonnement : (attendu) la clause par laquelle un époux subordonne la donation faite à son conjoint durant le mariage au cas où celui-ci lui survivrait, à la persistance du lien matrimonial ou à l'absence de toute action entreprise pour y mettre fin, n'est pas en soi illicite et est justifiée, sauf intention de nuire, par la nature même de cette libéralité.

Cette décision s'inscrit dans une jurisprudence constante. Le juge va alors toujours prendre soin de vérifier la présence d'un intérêt légitime justifiant l'existence de la clause. S'il s'avère que la clause a été introduite dans l'intention de nuire au gratifié, c'est-à-dire le contraindre à rester dans les liens du mariage sans quoi il ne pourrait bénéficier de la donation, la clause est alors nulle, son application est écartée.

La sanction de la violation d'une liberté individuelle qu'est celle d'agir en justice pour obtenir le prononcé du divorce (il n'existe pas encore un droit au divorce contrairement au droit de se marier) est la nullité de la clause et non la nullité de la donation. En effet, la clause est annulée sur le fondement de l'article 900 du Code civil. La lettre de ce texte invite à ne retenir la nullité que pour la seule clause irrégulière, la donation reste valable, le divorce étant alors sans incidence.

Hormis cette clause, le divorce est dorénavant sans incidence sur le sort des libéralités de biens présents entre époux. Dans cette logique de laisser à l'écart le divorce, les donations de biens présents entre époux sont alors irrévocables ce qui favorise une sécurité dans les conséquences patrimoniales du divorce.

B. L'irrévocabilité des donations de biens présents entre époux, une sécurité dans les conséquences patrimoniales du divorce

La réforme a rompu avec le droit antérieur qui admettait la révocabilité ad nutum des donations, et cela même après le divorce. Cela maintenait une forte insécurité dans les conséquences patrimoniales du divorce. Dorénavant, ces donations sont soumises à l'irrévocabilité spéciale des libéralités.

Se pose la question des donations consenties avant la réforme, entrée en vigueur le 1er janvier 2005.

1°/ Irrévocabilité spéciale des donations consenties après l'entrée en vigueur de la réforme

Le nouvel article 265 alinéa 1er pose un principe clair de non-incidence du divorce sur les donations de biens présents et ce quel que soit le type de divorce. Ces donations ont pris effet durant le mariage car elles transfèrent immédiatement au donataire la propriété du bien donné.

Ce nouveau principe constitue un changement important par rapport au droit antérieur.

Désormais, comme le concubin qui ne peut pas reprendre à l'occasion de la séparation ce qu'il a donné, l'époux ne peut plus remettre en cause une donation lors de la rupture du mariage.

Tout d'abord, le divorce est sans incidence sur les avantages matrimoniaux qui prennent effet au cours du mariage. On devine que l'article 265 alinéa 1er vise les avantages résultant de la composition du régime matrimonial et écarte ceux qui proviennent de la liquidation ou du partage du régime. Sont ainsi concernés les avantages résultant du choix du régime matrimonial ou d'une clause du contrat de mariage modifiant la qualification de certains biens particuliers.

De même, en ce qui concerne le sort des donations de biens présents, l'article 265 alinéa 1 a une portée générale. Il ne distingue pas les donations consenties avant le mariage de celles consenties pendant. Les donations que les futurs époux se sont consenties en vue du mariage, sont maintenues, quel que soit le type de divorce. Pour les donations consenties en cours de mariage, le texte s'applique quelle que soit la forme de ces donations (des donations solennelles, des dons manuels de somme d'argent…).

Ces libéralités sont soumises à l'irrévocabilité spéciale des donations. Cela signifie, qu'aux termes du nouvel alinéa 2 de l'article 1096 du Code civil, la donation de biens présents faite entre époux ne sera révocable que pour cause d'inexécution des charges, en application des articles 953 et 954 du Code civil et pour ingratitude du donataire, en application des articles 955 à 958.
Ces articles énoncent des causes légales de révocation des donations entre époux. A l'énoncé de ces causes, on peut penser qu'elles sont conformes au principe de la neutralité du divorce. Toutefois, elles pourront atténuer la rigueur du principe de non-incidence du divorce puisque le donateur, au moment de la rupture, pourra notamment invoquer des manquements aux devoirs conjugaux : violation de la cohabitation ou des devoirs de fidélité, l'adultère pouvant être considéré comme une atteinte offensante au donateur.

Enfin, un problème n'a pas été résolu par la loi de 2004. L'alinéa 3 de l'article 1096 du code civil prévoit toujours que la révocation pour survenance d'enfants au donateur ne s'applique pas aux donations entre époux, qu'elles soient de biens présents ou de biens à venir. Cette règle est sans conséquence lorsque l'enfant est commun au donateur et au donataire car il retrouvera, normalement, le bien dans la succession du donataire.
Il n'en va pas de même si l'enfant n'est pas commun au donateur et au donataire. Cette hypothèse est bien sûr fréquente après le divorce du donateur et du donataire. La Cour de cassation a autrefois exclu la révocation aux motifs que la loi n'avait pas distingué entre ces deux hypothèses. Mais plus récemment, la cour d'appel de Paris du 23 juin 1986 a déclaré que « l'exception est inapplicable et la révocation de droit si l'enfant né après la donation n'est pas issu du mariage de l'époux donateur avec le donataire ; qu'en effet, dans ce dernier cas, l'enfant est dépourvu de vocation héréditaire à l'égard du donataire et la donation le dépouille de tout droit sur les biens donnés ». Si cette solution venait à se confirmer, le maintien de la donation, qui a pu servir de base au règlement du divorce, sera remis en question a posteriori, situation que le législateur avait voulu éviter. Il a en effet voulu donner un caractère irrévocable à ces donations maintenues.

Ce caractère vaut pour les donations consenties après l'entrée en vigueur de la réforme. Quid du droit applicable aux donations conjugales consenties avant.

2°/ Donations consenties avant la réforme : problématique du droit transitoire

La loi du 26 mai 2004 a entraîné un profond bouleversement dans les règles des donations entre époux, ce qui pose au praticien le problème de l'application de la loi dans le temps, particulièrement pour les donations de biens présents.

Dans une procédure de divorce engagée après le 1er janvier 2005, les donations de biens présents effectuées avant cette date sont-elles révocables ?

Cette question essentielle n'a pas été résolue par le législateur, et les auteurs qui ont envisagé ce problème ne sont pas unanimes.

Certains soutiennent que c'est la loi en vigueur au jour de la donation qui doit s'appliquer. Autrement dit, une donation de biens présents effectuée le 25 décembre 2004 est révocable alors que celle effectuée le 1er janvier 2005 est irrévocable. D'autres auteurs ont des doutes ; c'est le cas par exemple de M. Bénabent, lorsqu'il écrit : « il n'est pas évident qu'un donateur jouisse d'un droit à exercer dans l'avenir une faculté de révocation que la loi nouvelle a supprimée entre-temps ». Enfin pour d'autres, tels que M. Nicod : « le maintien de la règle de 1804 paraît aussi déraisonnable qu'impraticable ».

Si l'on s'en reporte à la circulaire de la Chancellerie du 23 novembre 2004 (dispositions transitoires, 3.2.2.1) « les donations consenties avant le 1er janvier 2005 demeurent révocables à tout moment conformément aux dispositions en vigueur au jour de l'acte et dans le respect du principe du maintien des droits acquis ». Si l'on suit ce texte, les donations de biens présents sont toujours révocables *ad nutum* (art.1096 ancien).

Par conséquent, lorsque leur sort n'aura pas été réglé par les époux à l'occasion du divorce, rien n'interdit a priori qu'elles puissent encore être unilatéralement révoquées par l'époux donateur. Une telle révocation pourrait intervenir même après que le divorce soit prononcé et l'ensemble des intérêts patrimoniaux des époux réglés. L'insécurité se prolonge : le risque d'un contentieux de l'après-divorce n'est donc pas totalement écarté.

La jurisprudence est venue clarifier ce contentieux. Par un arrêt du 28 février 2006, la Cour de Cassation clarifie l'incidence du silence des époux quant au sort des donations entre vifs dans le cadre d'un divorce par consentement mutuel.
En l'espèce, le divorce des époux a été prononcé en mars 1999 sur leur demande conjointe. Aux termes de la convention définitive par laquelle ils ont réglé les effets de leur divorce, hormis l'institution contractuelle qu'ils s'étaient consentie pendant le mariage, expressément révoquée, il n'a pas été fait mention des donations qu'ils avaient pu se consentir.
Toute la question consistait à déterminer si des donations, maintenues faute de décision dans la convention de divorce, conservaient ou non le caractère révocable qui était le leur avant ce divorce.
La Cour d'appel de Lyon avait répondu par l'affirmative à cette question en 1999. Tel n'est pas la position de la Cour de Cassation en 2006. L'arrêt est de rejet mais l'argument est de principe : « les dons manuels, qui s'analysent comme des donations de biens présents, ayant nécessairement été pris en compte dans la convention définitive conclue par les époux et homologuée par le juge aux affaires familiales, participent du règlement global des effets du divorce et ne peuvent plus faire l'objet d'une révocation ultérieure, sauf clause contraire dans la convention ».
Ce qui n'aura pas été révoqué au moment du divorce ne peut plus l'être ultérieurement sur le fondement de l'article 1096 du Code civil. La raison donnée est que ces donations de biens présents sont prises en compte et participent du règlement global des effets du divorce.

Cette position a été confirmée récemment par la Première Chambre civile de la Cour de cassation dans un arrêt du 6 février 2008. Dans un attendu de principe au visa des articles 268 et 279 du Code civil dans leur rédaction antérieure à la loi de 2004, la Cour de cassation énonce que « les donations faites entre époux pendant le mariage qui sont maintenues de façon expresse dans la convention définitive de divorce homologuée par le juge, deviennent irrévocables ».

Cette solution conduit à envisager pour l'avenir que la faculté de révocation des donations antérieures au 1er janvier 2005 soit exercée au plus tard au moment du divorce.

II. RÉVOCATION DES DISPOSITIONS À CAUSE DE MORT ET DES AVANTAGES MATRIMONIAUX PRENANT EFFET À LA DISSOLUTION DU RÉGIME MATRIMONIAL OU AU DÉCÈS DE L'UN DES ÉPOUX

L'article 265, alinéa 2, du Code civil, dispose que le divorce emporte révocation de plein droit :

- des avantages matrimoniaux qui ne prennent effet qu'à la dissolution du régime matrimonial ou au décès de l'un des époux
- et des dispositions à cause de mort, accordés par un époux envers son conjoint par contrat de mariage ou pendant l'union,

sauf volonté contraire de l'époux qui les a consentis.

Cet article constitue un texte raisonnable : il pallie l'inadvertance de certains époux et évite le maintien inadéquat de libéralités dont la fonction est dévolutive et dont la cause réside la perspective d'une dissolution du mariage par le décès. Cependant, il implique un renforcement du devoir de conseil du notaire : chacun doit être dument informé des conséquences du divorce sur ces dispositions à cause de mort.

Cette cause de révocation, applicable quel que soit le cas de divorce, appelle quelques observations, tant sur son domaine (A) que sur sa mise en œuvre (B).

A. Domaine de la révocation

Le champ d'application de l'article 265, alinéa 2, du Code civil, s'étend à tous les avantages matrimoniaux qui prennent effet à la dissolution du régime ou au décès de l'un des époux, et à l'ensemble des dispositions à cause de mort entre époux.

1°/ Avantages matrimoniaux prenant effet à la dissolution du régime ou au décès de l'un des époux

Ces avantages matrimoniaux sont automatiquement révoqués par le divorce. Ces nouvelles règles sont a priori plus simples et plus neutres que les anciennes, mais une zone d'ombre rend complexe la tâche du notaire : la distinction entre les avantages matrimoniaux prenant effet au jour du mariage et les autres n'apparait ni dans la loi, ni dans la jurisprudence.

Dans certains cas, la solution est évidente. Ainsi sont principalement révocables les avantages dont un époux bénéficie à raison de la dissolution et du partage de la communauté. Il s'agit de la clause d'attribution intégrale de la communauté ou de moitié en propriété et moitié en usufruit (art. 1524, C. civ.), de la stipulation de parts inégales (art. 1520 et suiv., C. civ.), de la clause de préciput (art. 1515 et suiv., C. civ.). Les clauses de récompense constitutives d'un avantage matrimonial sont aussi révoquées, notamment les clauses de dispense.

En présence d'un avantage matrimonial mixte, qui résulte de la composition de la communauté conventionnelle et de sa dissolution, le premier est conservé en cas de divorce, alors que le second est révoqué.
Exemple : l'hypothèse se rencontrera surtout en présence d'une communauté universelle avec clause d'attribution intégrale au survivant : en cas de divorce, la communauté universelle est maintenue, mais la clause d'attribution intégrale est révoquée (art. 1475, al. 1er, C. civ.).

Les notaires, dans leur rôle de conseiller, devront avertir les époux, lorsqu'ils choisissent leur régime ou lorsqu'ils en changent, des destins contraires qui attendent en cas de divorce les

avantages matrimoniaux mixtes envisagés.

En 2004, une difficulté avait retenue l'attention des auteurs : elle concernait la clause alsacienne, qui autorise un époux marié à reprendre en cas de divorce les biens qu'il a apporté à la communauté.
Le suspens n'a cependant pas duré puisque la loi du 23 juin 2006, codifié à l'article 265 alinéa 3, autorise ce type de clause.

Mais l'article 265 alinéa 2 n'aborde pas seulement les avantages matrimoniaux mais aussi les donations à cause de mort

2°/ Dispositions à cause de mort entre époux

Toutes les dispositions à cause de mort entre époux sont en principe révoquées en cas de divorce, si elles ne l'ont pas déjà été auparavant par l'auteur de la libéralité (art. 1096, al. 1er, C. civ.) et sans préjudice des causes de révocation légales des articles 953 et suivants du Code civil. Le texte comprend expressément les dispositions accordées par contrat de mariage ou pendant l'union.
Sont visées au premier chef les donations entre époux de biens à venir et, notamment, les donations « au dernier vivant », y compris lorsqu'elles ont été prévues par contrat de mariage. Les legs (dispositions testamentaires) sont également révoqués en cas de divorce, mais, semble-t-il, uniquement lorsque le testament a été rédigé en cours de mariage. Néanmoins, ceux qui sont portés par un testament rédigé avant le mariage sont, en tout état de cause, librement révocables par le testateur. Un acte révocatoire est cependant nécessaire, ce qui n'est pas le cas lorsque les époux divorcent.

Voyons maintenant la mise en œuvre de la révocation.

B. Mise en œuvre de la révocation

La révocation en cas de divorce et dans les cas vus précédemment, a lieu de plein droit (1), sauf volonté contraire de l'époux qui a consenti l'avantage matrimonial ou la disposition à cause de mort (2).

1°/ Révocation de plein droit

L'article 265, alinéa 2, du Code civil, prévoit expressément que la révocation en cas de divorce s'opère de plein droit, du seul fait du divorce. Elle est automatiquement attachée au jugement qui prononce le divorce.
Le nouveau dispositif met fin aux situations ambigües qui voyaient un époux omettre de révoquer une donation de biens à venir ou legs qu'ils s'étaient consentis, et qui se trouvaient maintenus par inertie.

La révocation n'est acquise que du jour où la décision qui prononce le divorce devient définitive.
Ses effets remontent alors à la date de la dissolution du mariage, c'est-à-dire, désormais, à la date de l'homologation de la convention réglant l'ensemble des conséquences du divorce par consentement mutuel sauf stipulation contraire, ou à la date de l'ordonnance de non-conciliation dans les autres cas de divorce, à moins que le report de la date de dissolution à la date à laquelle les époux ont cessé de cohabiter ou de collaborer ait été obtenu (art. 262-1, C. civ.). Cette légère rétroactivité est néanmoins sans enjeu s'agissant d'avantages matrimoniaux et de dispositions à cause de mort qui n'ont pas encore produit leurs effets. De nombreux auteurs considèrent toutefois que cette réforme favorisera sans doute l'époux le mieux renseigné, au détriment de celui qui a le plus subi.

Cependant, les époux ont la possibilité d'exprimer une volonté contraire.

2°/ Volonté contraire

L'époux qui a consenti l'avantage matrimonial ou la disposition à cause de mort en principe révoqué peut toutefois décider de la maintenir.
Cette prime, à la discrétion de l'époux bienfaiteur, devrait rester d'application exceptionnelle, même si elle peut constituer une monnaie d'échange à la prestation compensatoire.

La volonté contraire est constatée par le juge au moment du prononcé du divorce. Elle doit donc être demandée par le donateur, ce qui lève toute ambiguïté lorsqu'il reste silencieux. En effet, dans le silence des époux, il ne lui appartient pas de présumer cette volonté. Celle-ci ne peut être exprimée à l'avance, par exemple dans le contrat de mariage, en vertu du caractère d'ordre public de la révocation légale.
Le législateur a précisé que l'avantage ou la disposition maintenue est irrévocable.

Le danger d'une telle révocation est réel. En cas de remariage, l'époux qui a déjà consenti une donation entre époux devenue irrévocable de la quotité disponible la plus large entre époux à son ex-épouse ne pourra consentir aucune libéralité au second conjoint.

On peut d'ailleurs se demander si l'ex-épouse bénéficiaire de la donation devenue irrévocable pourra encore revendiquer la quotité disponible entre époux, ou seulement la quotité disponible ordinaire, étant devenue non parente du disposant.

Le notaire qui recevra à l'avenir une donation entre époux ou rédigera un testament au profit d'un second conjoint, pour une personne divorcée en première noce, ne pourra le faire sans être en possession du jugement de divorce afin de vérifier si de précédentes dispositions au profit du premier conjoint n'ont pas été maintenues lors du divorce.

Chapitre 4 : Imputation des libéralités

Section 1 – L'ordre d'imputation des libéralités : l'imputation des donations à leur date

Exposé : L'imputation des donations à leurs dates

Il existe deux types de successions en droit français: ab intestat et testamentaire. La dévolution légale ou ab intestat n'est que supplétive de volonté, tout individu a donc la possibilité de modifier les principes relatifs à la transmission du patrimoine par des actes de volonté en vue de favoriser certain successible ou certains tiers.
Cependant en droit français on ne peut déshériter ses enfants, en vertu de l'article 912 du code civil qui rend indisponible une partie du patrimoine du de cujus : c'est la réserve héréditaire. Afin de protéger ces héritiers contre un excès de disposition à titre gratuit du défunt, la loi prévoit une action en réduction.
Elle consiste selon l'article 920 du code civil à réduire à la QD, lors de l'ouverture de la succession, les libéralités directes ou indirectes qui portent atteinte à la réserve d'un ou plusieurs héritiers. Cette action en vertu de l'article 921 est réservée aux seuls héritiers réservataires, leurs héritiers ou ayants causes. En effet ni les donataires ni les légataires ni les créanciers du de cujus, ne pourront demander cette réduction ni en profiter.

Pour mesurer une éventuelle atteinte à la réserve, il faudra calculer le montant de la réserve et de la quotité disponible. Ensuite il devra être procéder aux imputations, qui consiste à soustraire les libéralités faites par le DC de sa succession. De cette façon on pourra déterminer si elles trouvent matière à s'exécuter intégralement ou bien si elles excèdent la quotité disponible. Elles seront donc réductibles comme portant atteinte à la réserve des héritiers. De ce fait lorsqu'une libéralité peut s'imputer intégralement sur la succession elle n'est pas soumise à réduction et dans le cas contraire elle est réductible.

L'imputation des libéralités obéit à certaines règles :

- Concernant le secteur d'imputation, régit aux articles 919 à 919-2 du code civil, il varie en fonction de la nature de la donation et de la personne du bénéficiaire.

* Toutes les libéralités consenties à un tiers s'imputent sur la QD, il en est de même pour les libéralités consenties à un héritier réservataire dans le but de le favoriser, la libéralité est alors faite hors part successorale.
* En revanche lorsque la libéralité entend maintenir une égalité entre les réservataires elle est dite en avancement de part successorale et doit s'imputer sur la part de réserve de l'héritier concerné.

- Ensuite concernant l'ordre d'imputation des libéralités, il faut distinguer les legs des donations, en vertu de l'article 923 qui énonce : « il n'y aura jamais lieu à réduire les donations entre vifs qu'après avoir épuisé la valeur de tous les biens compris dans les dispositions testamentaires ; et lorsqu'il y aura lieu à cette réduction, elle se fera en commençant par la dernière donation, et ainsi de suite en remontant des dernières aux plus anciennes ».

Il découle de cet article deux règles :

* l'imputation prioritaire des donations, c'est-à-dire que les legs ne seront imputés que dans la mesure où la quotité disponible, sur laquelle ils ont vocation à être pris, n'a pas été entièrement épuisée par les dites donations.
* l'imputation des donations des plus anciennes au plus récente, sans considération de leur bénéficiaire de leur objet ou de leur forme (principe souvent rappelé par la jurisprudence : Civ 1 16 mars 1971 Bull. civ. 1971, I ; n°88, Civ 1 24 novembre 1993).

Cet ordre est nécessaire au respect du principe de l'irrévocabilité des donations, énoncé par l'article 894 du code civil en vertu duquel : « la donation entre vifs est un acte par lequel le donateur se dépouille actuellement et irrévocablement de la chose donnée, en faveur du donataire qui l'accepte ».
Cependant, l'application de ce principe peut en pratique poser des difficultés, en effet toutes les donations n'ont pas date certaine et parfois leur nature même de donation est contestée. La question est donc de savoir de quelle manière s'effectue l'imputation de ces donations ?

Pour répondre à cette question, nous verrons dans une première partie que le principe d'irrévocabilité impose une hiérarchie entre les donations puis dans une seconde partie nous étudierons l'imputation des libéralités hybrides.

I – Hiérarchisation imposée par le principe d'irrévocabilité des donations

Dans cette première partie nous aborderons le principe d'irrévocabilité et sa remise ne cause par la doctrine puis nous verrons les incidences pratiques que ce principe implique.

A/ Le principe d'irrévocabilité et sa remise en cause partielle par une partie de la doctrine

1) Principe

La donation est un contrat soumis à la règle de l'article 1134 du code civil, selon laquelle les conventions légalement formées ne peuvent être révoquées que du consentement mutuel des parties ou pour les causes que la loi autorise. Cependant plusieurs textes soumettent la donation à une irrévocabilité plus grande que l'article 1134, notamment l'article 894, qui fait de l'irrévocabilité une condition de la donation.
En vertu de la règle donner et retenir ne vaut la donation est irrévocable en ce sens qu'il est interdit au donateur de se réserver, par une clause de l'acte, le droit ou le moyen, direct ou indirect, d'anéantir la donation.
Cette irrévocabilité ne s'applique pas à toutes les libéralités, elle est spécifique aux donations, en effet les legs sont librement révocables, ils doivent donc être réduit avant les donations comme l'énonce l'article 923 du code civil, et ce même si la donation n'a pas date certaine, comme l'a affirmé la première chambre civile de la cour de cassation dans son arrêt du 12 novembre 1998. C'est pourquoi il faudra toujours imputer les donations avant les legs.

2) Position doctrinale contraire

Cependant pour certain auteur, dont M. Grimaldi, cette règle n'est que supplétive de volonté. En effet lorsque le legs établi par testament authentique, et qui a donc date certaine, est consenti antérieurement à une donation il devrait être imputé avant elle, et de ce fait réduit avant elle. Pour M. Grimaldi le principe de l'irrévocabilité des donations ne s'applique pas dès lors que l'intention libérale du testateur s'est manifestée le jour où le legs a été consenti, donc par hypothèse avant la donation. Il reste que le legs étant librement révocable la volonté du testateur doit se maintenir constamment jusqu'à son décès pour qu'il prenne effet, contrairement à la donation qui dépouille le donateur immédiatement et irrévocablement au jour où elle a été faite.

Par plusieurs arrêts, la jurisprudence a semblé prendre position dans le sens du caractère systématiquement impératif de la règle de l'article 923. Notamment par un arrêt du 19 décembre 1882 et surtout par un arrêt de la première chambre civile du 24 novembre 1993 dont l'attendu de principe énonce : «s'il est loisible aux gratifiés de convenir entre eux d'une répartition de la charge de la réduction, un tel accord n'est pas opposable au réservataire qui est en droit d'exiger l'application des dispositions impératives de l'article 923 ». Si la cour de cassation énonce clairement le caractère impératif de l'ordre de réduction énoncé par l'article 923, les faits de l'espèce ne correspondent pas à la discussion doctrinale puisque seules des donations sont en cause. De ce fait ces arrêts ont été critiqués, comme ne répondant pas de manière claire et précise quant à l'imputation et la réduction des legs consentis, par date certaine, antérieurement à une donation. Et l'on peut dire que la cour de cassation ne s'est pas encore prononcée sur cette question.

Mais on peut néanmoins penser que, conformément au principe qu'il n'y a pas lieu de distinguer la où la loi ne distingue pas, la règle de réduction prioritaire des legs et donc de l'imputation prioritaire des donations entre vifs s'impose, quelque soit la date de celle-ci comme une conséquence de leur irrévocabilité.
L'avant projet Catala propose dans son article 1094 al 1 : « les legs s'imputent ensemble après les donations, sans aucune distinction tenant à la date du testament ou à la nature des legs »

Les donations s'imputent donc avant les legs, on les impute de la plus ancienne à la plus récente, et ce en vertu du principe de l'irrévocabilité des donations. En effet une donation consentie postérieurement à une autre ne peut la remettre en cause. Cependant des difficultés peuvent survenir quant à l'imputation lorsque les donations n'ont pas date certaine, tel que les dons manuels, ou encore lorsque plusieurs donations ont été consentie le même jour. Voyons donc dans un grand B les incidences pratiques de l'imputation de ces donations.

B/ Incidence pratique

Nous avons vu que les donations s'imputent de la plus ancienne à la plus récente, ce principe pose des difficultés lors que les donations n'ont pas de date certaine ou encore lorsqu'elles ont la même date.

1) Les donations n'ayant pas date certaine

L'ordre d'imputation qu'établi la loi suppose que la date des différentes donations puisse être établie avec certitude, une telle certitude est automatiquement acquise lorsque la donation a été passée par acte notarié, comme il se doit en principe. Car l'acte authentique fait pleine foi de sa date jusqu'à inscription de faux comme l'énonce l'article 1319 du code civil
Mais il n'en va pas de même lorsqu'elle a pu être régulièrement consentie sans l'intervention d'un notaire, comme par exemple une donation indirecte ou déguisée, réalisées sous seing privé, ou bien encore un don manuel. Il convient alors d'en revenir à la règle de l'article 1328 du code civil selon laquelle seuls trois événement sont susceptibles de donner à un acte sous seing privé date certain à l'égard des tiers. A savoir, son enregistrement, la mort de l'une des parties, ou la constatation de l'engagement dans un acte authentique.

Par conséquent, en droit une donation n'ayant pas date certaine ne peut être opposée à un bénéficiaire dont la donation à été enregistrée ou constatée par acte authentique, peut importe la date avérée en fait de la première donation. Quid de l'imputation de ces donations n'ayant pas date certaine ?
Dans la mesure où seul le décès du disposant a donné date certaine à une donation, cette donation doit être imputée après toutes les autres. Cependant le défaut de date certaine d'un don manuel n'autorise pas à l'imputer concurremment avec un legs, en effet la première chambre civile de la cour de cassation dans un arrêt du 12 novembre 1998 à énoncé : « attendu qu'il résulte de ces textes (894 et 923) qu'un legs qui ne prend effet qu'au décès du testateur, doit être réduit avant une donation qui, même dépourvue de date certaine, a dessaisi le disposant de son vivant ».
Par conséquent une donation n'ayant pas date certaine s'imputera après toutes donations enregistrée ou constatée dans un acte authentique, mais avant les legs.

En pratique un autre problème concernant l'imputation peut subvenir, lorsque plusieurs donations ont été consenties le même jour.

2) Les donation ayant la même date

Lorsque plusieurs donations ont été consenties le même jour, mais par actes séparés, il est possible de déterminer leur ordre d'imputation. En revanche lorsque les donations sont constatées dans un même acte, comme par exemple la donation partage, la logique du système conduit alors a retenir que ces différentes donations doivent être imputées en même temps, et réduite proportionnellement à leur valeur, lorsque la succession est insuffisante pour les accueillir toutes intégralement.
Il convient alors de procéder à l'imputation simultanée des donations, et à leur réduction au marc le franc, comme on le fait pour les legs lorsque la quotité disponible est insuffisante pour les recevoir.
On peut prolonger la comparaison : de même que le testateur, en vertu des articles 926 et 927, peut choisir l'ordre d'imputation des legs, le donateur peut, lorsque plusieurs donations sont faites simultanément prévoir un ordre de priorité dans leur imputation. En effet la cour de cassation dans un arrêt du 20 avril 1915 a énoncé dans une telle hypothèse qu'elles doivent « être réduites au marc le franc, il n'en est ainsi qu'autant que le donateur n'a pas usé de la faculté qui lui appartient de donner la préférence à l'une des dispositions et de ne la soumettre qu'après les autres à l'éventualité d'une réduction ».

Une fois ces difficultés pratiques résolues, il faut encore s'interroger sur certaines libéralités qui présentent une nature hybride, elles ne sont pas envisagés par les articles 923 et 926, qui ne prennent en compte que les legs et les donations de biens présents.
C'est le cas dans l'ordre interne de l'institution contractuelle qui porte, comme le legs, sur des biens à venir, mais procède, comme la donation ordinaire d'une convention passée entre le disposant et le gratifié, tout en se rapprochant tantôt de l'un, tantôt de l'autre par le régime de sa révocation.
Dans l'ordre international il faut aussi compter avec les trusts d'origine anglo-saxonne qui au regard du développement des libertés de circulation trouve de plus en plus a s'exécuter en France en vertu des règles de conflit de loi en matière successorale.
Nous allons donc étudier dans un grand II l'imputation de ces libéralités hybrides.

II – Imputation des libéralités hybrides

A/ Les donations entre époux

L'institution contractuelle, encore appelée donation de bien à venir, est une donation qui a pour objet tout ou partie des biens que le donateur laissera a son décès. Autrement dit, c'est un contrat par lequel le bénéficiaire est institué successeur du disposant. Cette institution contractuelle est un pacte sur succession future, exceptionnellement autorisé par la loi dans un contrat de mariage ou entre époux comme l'énonce les articles 1081 et suivant du code civil.
Elle peut être universelle, à titre universel ou à titre particulier, selon qu'elle confère à l'institué vocation à recevoir la totalité de la succession du disposant, une quotte part de celle ci ou un bien déterminé à prendre dans la masse héréditaire. Elle est un mode de disposition original tenant à la fois de la donation par sa formation et du legs par son objet.

Il existe deux cas dans lesquels l'institution contractuelle est autorisée :
- les institutions contractuelles par contrat de mariage
- les donations de biens à venir entre époux

Commençons par étudier les instituions contractuelles par contrat de mariage puis nous verrons les cas particuliers des donations de bien présent et des avantages matrimoniaux.

1. les institutions contractuelles par contrat de mariage

Dans le contrat de mariage, l'institution contractuelle peut être l'œuvre soit de l'un des futurs époux, soit d'un tiers, en général les parents des futurs époux. Lorsqu'elle est l'œuvre d'un tiers, l'article 1082 alinéa 2 du code civil présume qu'elle est faîte à la fois au profit de l'époux doté et de ses enfants à naître.

L'institution contractuelle est soumise aux conditions ordinaires de validité des donations par contrat de mariage. Elle est irrévocable (sauf en cas de divorce mais confère l'exposé d'Aurélie et Geoffroy) en ce sens que l'instituant ne plus disposer à titre gratuit des biens compris dans l'institution. Cette règle est énoncée à l'article 1083 du code civil.
La cour de cassation l'a rappelé dans un arrêt de la première chambre civile en date du 24 février 1969.

Ce principe d'irrévocabilité conduit alors à retenir que les institutions par contrat de mariage doivent être imputées à leur date, comme les donations entre vifs de bien présents et donc qu'elles doivent être imputées avant les legs et les donations postérieures mais après les donations antérieurs s'il y a lieu.

Alors même qu'elle n'a pas eu l'occasion de prendre explicitement parti, la jurisprudence peut être considérée comme nettement orientée en ce sens. En effet dans un arrêt de la première chambre civile du 23 juin 1987, la Cour de Cassation a indiqué que l'institution contractuelle consentie entre époux par contrat de mariage est irrévocable et doit être traitée comme une donation au regard des dispositions transitoires de la loi du 3 janvier 1972 sur la filiation. Elle a également indiqué que l'institution contractuelle consentie entre époux pendant le mariage, ne devait pas quand à elle, être traitée comme une donation au niveau de son imputation.

Voyons donc maintenant le régime d'imputation des institutions contractuelles consenties pendant le mariage, également appelées institutions contractuelles entre époux.

2) les institutions contractuelles consenties pendant le mariage

Une donation de biens a venir peut aussi être consentie pendant le mariage des époux. À la différence de l'institution par contrat de mariage, cette institution entre époux, que le notariat pratique a très grande échelle et que l'usage qualifie de donation au dernier vivant, a toujours été librement révocable par l'instituant, a l'instar du legs. Cette libre révocabilité subsiste naturellement après la loi du 26 mai 2004 sur le divorce. En effet l'article 1096 alinéa 1 du code civil énonce que « la donation de biens à venir faite entre époux pendant le mariage est toujours révocable.
Si elle reste une donation, du point de vue de sa formation, l'institution contractuelle entre époux s'en éloigne concernant ses effets, au point de s'apparenter pleinement à un legs sous ce rapport, puisque comme lui, elle ne prend effet qu'à l'ouverture de la succession et demeure, jusque là, révocable ad nutum. La conclusion s'impose alors : au même titre qu'un legs, l'institution contractuelle entre époux a vocation à être imputée concurremment aux autres dispositions à cause de mort et réduite avec elles à proportion de sa valeur, s'il y a lieu. Cette solution a été énoncée dans un arrêt de la 1er chambre civile en date du 10 février 1998. En effet la cour de cassation a énoncé « qu'attendu que les donations de biens à venir que se font les époux au cours du mariage, parce qu'elles sont révocables, sont soumises aux règles des legs (...), la cour d'appel a décidé à bon droit (...) que la donation de bien à venir devait être réduite comme un legs »

Mais à nouveau, la règle est seulement supplétive de volonté dans la mesure où elle n'affecte pas l'irrévocabilité des donations. En effet l'instituant peut stipuler dans l'acte que la disposition de biens

à venir qu'il consent à son conjoint s'imputera prioritairement et donc sera éventuellement réduite qu'après les autres dispositions à cause de mort

Outre les deux cas d'institutions contractuelles il faut également prendre en compte les donations de biens présents entre époux qui à leur tour se dédouble entre donation de bien présent prenant effets pendant le mariage et les donations de biens présents à terme, prenant effet au décès de l'un des époux.

3) donations de biens présents entre époux

Jusqu'à la loi du 26 mai 2004, les donations de biens présents entre époux était librement révocable au même titre que les donations de biens à venir consenties pendant le mariage. Donation révocable ad nutum, elles devaient être soustraites à l'impérativité de l'article 923 du code civil, mais étant des donations de biens présents tout de même, elles devaient être imputées en principe à leur date et donc imputées avant les legs, par conséquent elles ne pouvaient être réduites proportionnellement avec eux. Cette règle a été énoncée par un arrêt de la cour d'appel de Paris du 20 octobre 1926 lequel énonce « les donations entre époux ne perdant pas leur caractère de donation entre vifs par le seul fait de leur révocabilité, elles ne peuvent être assimilées avec les dispositions de dernières volontés, au point de vu notamment de la réduction ».
Du fait de leur révocabilité, le disposant pouvait modifier l'ordre d'imputation et prévoir que celle-ci ne s'imputeraient qu'en dernier lieu, voir concurremment avec les dispositions à cause de mort. La seule limite au pouvoir de sa volonté consistant dans le nécessaire respect de l'irrévocabilité des donations ordinaires ou par contrat de mariage

La loi du 26 mai 2004 permettait la libre révocabilité seulement pour les donations de biens à venir. Concernant les donations de bien présent elle posait à l'article 1096 al 2 le principe que « la donation de bien présent faite entre époux ne sera révocable que dans les conditions prévus par les article 953 à 958 » par cette rédaction elle ne distinguait pas entre les donations de biens présent prenant effet pendant le mariage et les donation de bien présent à terme c'est-à-dire prenant effet à la mort du disposant.
On peut penser que du fait de leur irrévocabilité ordinaire, ces donations s'imputaient à leur date, sauf disposition contraire du disposant.

La loi du 23 juin 2006 a corrigé l'article 1096 al 2 du code civil en énonçant que seules les donations de biens présents prenant effet au cours du mariage sont irrévocables, cependant l'irrévocabilité demeure ordinaire en vertu de l'article 947 du code civil.
De ce fait, par une interprétation à contrario de l'article 1096 al 2 on peut considérer que les donations de bien présent à terme sont redevenues librement révocable.
Au niveau de l'imputation, il faut retenir que, contrairement aux donations de bien à venir, le disposant se dépouille immédiatement du bien, il convient donc de les imputer à leur date, sauf volonté contraire du disposant qui peut décider qu'elles s'imputeront après toutes les autres, même celles faites postérieurement à celle-ci, l'irrévocabilité des donations n'étant pas en cause.

4) Les avantages matrimoniaux

Les avantages matrimoniaux ne sont pas des donations, cependant ils sont considérés comme tel lorsque des enfants non commun exercent l'action en retranchement. Ils doivent donc être pris en compte pour la constitution de la masse de calcul de la réserve héréditaire, et imputés comme des donations, c'est-à-dire à leur date, soit au jour du contrat de mariage, soit au jour du changement de

régime matrimonial. La solution procède de l'irrévocabilité ordinaire du contrat de mariage de ce fait la convention matrimoniale peut prévoir une dérogation à la règle d'imputation, sans toute fois porter atteinte à une donation antérieure qui bénéficie du principe de l'irrévocabilité spéciale des donations.

B/ Le trust

1) Définition

Le trust est une opération triangulaire d'origine anglo-américaine qui est souvent utilisée pour organiser la transmission d'une succession.

Le trust peut opérer du vivant du constituant ou seulement à son décès :

- Dans le premier cas le trust constitue une transmission entre vifs : le settlor transmet les biens objets du trust, de son vivant à un trustee qui les administre et éventuellement lui en reverse le capital. Au décès du constituant le trustee devra transmettre les biens aux bénéficiaires désignés par le trust.
- Dans le second cas, le trust ne se réalise qu'au décès du constituant : par testament, le constituant désigne un trustee qui sera chargé, là encore, d'administrer les biens et d'en reverser les revenus ou le capital aux bénéficiaires dans les conditions fixées par le testament.

Le trustee devient propriétaire des biens mis en trust, ce qui lui permet de les administrer et d'en disposer dans les conditions convenues. Mais ces biens sont distincts de son patrimoine personnel, ils échappent ainsi à ses créanciers.
Les bénéficiaires quant à eux, n'ont pas un simple droit de créance, ils ont un réel droit sur les biens mis en trust, ce qui leur confèrent notamment un droit de suite. Mais comme pour le trustee les biens ne rentre pas dans leur patrimoine et ne font donc pas partis du gage de leur créancier.

La loi du 19 février 2007 à introduit en France un mécanisme semblable au trust : la fiducie, mais celle-ci ne peut être utilisée dans le but de réaliser une libéralité.
La France connaît aussi le mandat à effet posthume qui se rapproche du trust, mais de façon beaucoup plus limitée puisque ce n'est qu'un mandat de gestion, qui n'opère pas de transfert de propriété.

2) Difficulté pratique quant à l'ordre d'imputation des différents trusts

Le droit français des successions ne connaît donc pas d'institution comparable au trust, ce qui pose des difficultés lorsque, par exemple, un ressortissant britannique, qui vit et décède en France avait souscrit valablement un trust successoral. La loi française est compétente pour régler sa succession mobilière et immobilière (pour les immeubles situés en France). Il faudra prendre en compte le trust, notamment pour le calcul de la réserve.
Lorsque le trust porte atteinte à la réserve il doit être réduit, ce qui implique de l'intégrer dans la liquidation de la succession alors même que les règles successorales ignorent cette institution. Il faudra dans premier temps imputer les dispositions résultant du trust.
Nous avons vu que pour déterminer l'ordre d'imputation des libéralités en droit français, il faut distinguer les donations des legs.

On peut penser que les dispositions à titre gratuit contenues dans le trust testamentaire, qui ne prend effets qu'au décès, et qui est donc librement révocable, s'imputent comme des legs, à savoir concurremment, et après l'imputation de toutes les donations.

De même le trust réalisé entre vifs, sur des biens présent, peut être assimilé à une donation, s'il est stipulé irrévocable, et donc être imputé au jour de sa constitution.

En revanche lorsque le trust, constitué entre vifs, qui porte sur des biens présent, a été stipulé révocable la solution est plus complexe. Le dessaisissement du disposant est immédiat, alors que l'acquisition du gratifié est différée, on ne peut donc assimiler les dispositions contenues dans ce trust à des donations de bien à venir (où dessaisissement et acquisition sont reportés au décès).
La cour de cassation a tranché cette question dans un arrêt du 20 février 1996. La cour d'appel avait considéré en l'espèce, que le contrat se rapprochait d'une disposition testamentaire révocable, qu'il portait sur des biens à venir et de ce fait elle a déduit que le trust devait être qualifié de legs particulier. La cour de cassation a cassé cette décision et qualifié l'opération de donation indirecte (en raison du dépouillement immédiat du constituant), prenant effet au décès de la donatrice et devant donc s'imputer à cette date, avant l'imputation des legs.

Exposé discussion : Donation alternative et facultative

Introduction :

La donation est définie par l'article 894 du Code civil comme l'acte par lequel le donateur se dépouille actuellement et irrévocablement de la chose donnée, en faveur du donataire, qui l'accepte.

Il en résulte pour le donateur une double obligation, transférer la propriété du bien au donataire, et lui délivrer la chose donnée.

Il y eu un débat doctrinal sur la question de savoir si une donation pouvait être assortie d'un terme. L'intérêt de la donation à terme est d'offrir une souplesse au donateur dans l'organisation de la transmission de son patrimoine, tout en en conservant la maîtrise. Sur le plan fiscal, l'avantage de ce type de donation est qu'il permet de faire courir le délai de six ans pour le rappel des donations.

La validité des donations à terme a été confortée par une partie de la doctrine dont le professeur Grimaldi qui énonce que « *Ce que veut la loi, c'est que la donation porte sur des biens présents, c'est-à-dire que le donataire acquiert immédiatement un droit sur le bien donné et que le donateur perde par là même le droit d'en disposer. Ce qu'elle interdit, c'est la donation de biens à venir, celle qui porte sur des biens que le donateur laissera à sa mort... s'il les laisse, et dont, par conséquent, il conserve la libre disposition sa vie durant* ».

La jurisprudence a conforté cette analyse et considère que le dépouillement de la chose donnée peut ne pas intervenir immédiatement le jour de l'acte de donation. La première chambre civile de la Cour de cassation, dans un arrêt du 22 février 2005, a énoncé le principe selon lequel la nécessité édictée par l'article 894 du Code civil d'un dépouillement actuel et irrévocable de la chose donnée n'a pas pour corollaire obligatoire le paiement immédiat de la somme donnée, lequel ne constitue qu'une modalité, librement arrêtée entre les parties, du transfert de sa jouissance. Ainsi, la Cour de cassation reconnaît de façon extrêmement claire la validité des donations à terme au regard des conditions posées par l'article 894 du Code civil.

Les donations alternatives et facultatives sont des exemples de donations à termes car elles permettent toutes deux de retarder la détermination du bien qui sera finalement délivré au donataire (I). Elles sont toutes deux valables bien qu'elles soient tombées en désuétude et elles ont un impact spécifique sur le terrain de la fiscalité (II).

I- Définition des donations alternatives et facultatives

Les donations alternatives (A) et facultatives (B) ont été créées par la pratique au XIX éme siècle. Elles ne sont pas définies par le législateur ; il faut se référer à la théorie générale des obligations pour pouvoir expliquer ces notions.

A- La donation alternative

Le régime des obligations alternatives est régit par les articles 1189 à 1196 du Code civil. Le débiteur d'une obligation alternative est tenu d'exécuter deux prestations de nature ou d'objet différent, et se trouve libéré par l'exécution de l'une d'entre elles seulement. En principe, le choix de la prestation appartient au débiteur sauf si une clause expresse prévoit le contraire (article 1190 du Code civil). Si l'une des obligations devient impossible à exécuter, le débiteur sera tenu par l'autre qui devient pure et simple (article 1191 et suivants du Code civil). Si les deux prestations ont péri sans la faute du débiteur, celui-ci est alors libéré (article 1195 du Code civil), mais si l'impossibilité de l'exécution lui est imputable, le créancier peut réclamer le prix de l'une ou de l'autre des prestations (article 1196 du Code civil).

La Cour de cassation est venue apporter des précisions sur le choix de l'objet de l'obligation alternative qui est définitif quand la partie auquel il appartient s'est décidée (Cass. Civ 1ère. 3 juin 1966). La Cour a également tempéré le principe selon lequel le choix appartient au débiteur. Il est alors possible que le choix soit du ressort du créancier en fonction des circonstances de la conclusion du contrat, ou encore en cas de manifestation de volonté des parties, même tacite.

En se basant sur les principes de la théorie générale des obligations, la donation alternative serait donc celle dans laquelle l'obligation du donateur a plusieurs objets, mais dont le donateur doit, pour se libérer, n'exécuter qu'un seul d'entre eux. Le choix de la chose donnée, qui interviendra après l'acte de donation, à l'intérieur d'un délai prédéterminé, appartiendra au donateur, ou conventionnellement au donataire. Ainsi, par exemple, le donateur a fait donation, avant de prendre sa retraite, de sa résidence principale située à Paris, ainsi que de sa résidence secondaire située à Marseille, se réservant la possibilité, au moment de sa retraite, de choisir quel bien il souhaitera conserver pour établir sa résidence principale, et quel bien sera en conséquence transmis à ses héritiers.

B- La donation facultative

L'obligation facultative qui est en fait une extrapolation de l'obligation alternative n'est pas organisée par le Code Civil. Le régime de l'obligation facultative a dès lors été construit de toute pièce par la doctrine. L'obligation est facultative lorsque le débiteur doit une prestation unique, mais avec faculté de se libérer en accomplissant une autre prestation à la place de celle qui est due. L'obligation facultative contient une obligation principale et une obligation subsidiaire qui n'est envisagée que comme une faculté de libération auxiliaire du débiteur. On dit que dans l'obligation facultative, un seul objet est l'obligation ; l'autre objet, subsidiaire, n'étant qu'une facilité de paiement. Elle est en cela différente de l'obligation alternative dont les deux choses forment pareillement l'objet. L'obligation facultative ainsi définie, la donation facultative peut être définie comme une donation dans laquelle le donateur se réserve la faculté de se libérer en remettant une chose autre que celle qui forme l'objet de la donation. L'existence de telle donation facultative a été confirmé implicitement par une jurisprudence datant du siècle dernier qui est d'ailleurs l'une des rare sur le sujet. Il s'agit d'un arrêt de la Cour d'Appel de Douai du 21 mars 1891.

Une partie de la doctrine opère une distinction, dont les contours sont subtils, entre donation facultative et donation avec faculté de substitution. La donation facultative est un forme de donation à terme c'est à dire que le transfert de propriété est immédiat mais l'exécution différée. A la différence de la donation facultative, la donation avec faculté de substitution n'est pas une donation à terme. L'exécution de la donation intervient instantanément par la remise du bien *in obligatione,* mais le donateur se réserve la faculté de la remplacer ultérieurement par une autre chose. Pour illustrer la donation avec faculté de substitution prenons l'exemple classique fourni par Messieurs Grimaldi et Gentilhomme : une personne souhaite amorcer la transmission de son entreprise exploitée sous forme sociétaire, soit à chacun de ses enfants pour leur permettre d'en percevoir les revenus, soit à l'un de ses enfants dont il entend faire son successeur à la tête de l'entreprise. Par crainte que l'un de ses enfants ne bloque le fonctionnement de la société et souhaitant se réserver la possibilité de céder ces parts de la société à un tiers, le donateur se ménage la possibilité de récupérer la propriété des parts en leur substituant une somme d'argent. Si l'on considère le moment auquel la faculté de substitution peut être exercée, c'est clairement après avoir livré les titres sociaux que le donateur se trouve autoriser à leur substituer une somme d'argent. Au contraire, dans la donation facultative, la faculté de substituer la facilité de paiement au bien in obligatione ne se conçoit que tant qu'aucun bien n'a été délivré. Par la délivrance de l'une des deux choses, le donateur perd son option. Mr. Grimaldi conclut que « le débiteur d'une obligation facultative dispose d'une faculté de choisir, non de se raviser : il est titulaire d'une option, non d'un droit de repentir».

II- La validité des donations alternatives et facultatives et leur impact sur le plan fiscal

A- La validité des donations alternatives et facultatives

La validité des donations facultatives et alternatives peut être discutée au regard du principe de l'irrévocabilité spéciale des donations exprimé par l'adage « donner et retenir ne vaut ». Celui ci énoncé à l'article 894 du Code Civil signifie que le donateur ne peut se réserver dans l'acte la possibilité de reprendre le bien, même avec l'accord du donataire, à peine de nullité.

Une donation facultative ne saurait être compatible avec le principe de l'irrévocabilité spéciale des donations si elle permettait au donateur de reprendre une partie de ce qu'il a donné. Tel serait le cas si le donateur pouvait se libérer par la remise d'une chose d'une valeur inférieure à celle de la chose donnée. Ainsi le respect du principe impose que la prestation subsidiaire soit d'une valeur égale à la prestation principale au jour de l'exercice de l'option. En pratique, le seul moyen de garantir cette équivalence des valeurs est de prévoir que la prestation subsidiaire consistera en un versement d'une somme d'argent égale ou légèrement supérieur à la valeur de la chose, objet de la prestation principale au jour du paiement. On peut admettre que la prestation subsidiaire soit d'une valeur supérieure à la prestation principale, auquel cas l'on peut douter que le donateur use effectivement de la faculté de se libérer en exécutant la prestation subsidiaire. De l'exercice de la faculté de substitution, le donateur ne peut tirer aucun profit économique et le donataire ne subir aucune perte. Pour assurer la compatibilité de la donation facultative avec le principe énoncé à l'article 894 du Code Civil, la doctrine (notamment le Mr. Grimaldi Mr. Lecuyer) se fonde sur une conception souple, « désincarnée » de la règle de l'irrévocabilité spéciale des donations qui conduit à admettre non pas une équivalence en nature mais une équivalence en valeur.

La combinaison du principe de l'irrévocabilité spéciale des donations avec la donation alternative est plus problématique. En premier lieu, les deux biens objets de la donation doivent être d'une parfaite équivalence en valeur au moment du paiement pour éviter que le choix ne se porte sur la chose de moindre valeur opérant ainsi reprise d'une partie de la donation. Par ailleurs, la donation alternative peut permettre indirectement au donateur de reprendre le bien donné. En effet, si le donateur, en principe titulaire du droit de choisir par application de l'article 1190 du Code Civil, n'exerce pas cette option, le juge ne pourra que constater l'impossibilité d'exécution du contrat et en prononcer la résolution aux torts du contractant récalcitrant (civ.3e 4 juillet 1968). Pour garantir le principe de l'irrévocabilité spéciale, il faut donc que l'option soit conventionnellement laissée au donataire.

Outre un dépouillement irrévocable, l'acte de donation suppose aux termes de l'article 894 du Code Civil, un dépouillement actuel. L'actualité du dessaisissement implique le transfert immédiat de la propriété du bien donné au jour de l'acceptation du donataire. Pour autant, le donateur peut tout a fait assortir la donation d'un terme, procédé qui a été validé par la Cour de Cassation dans l'arrêt du 22 février 2005. La donation, si elle est assortie d'un terme, réalise le transfert de propriété, mais le donateur ne délivre pas immédiatement la chose donnée, subordonnant l'exécution de l'obligation à la survenance d'un terme futur, mais certain. Les donations facultatives et alternatives, toutes deux des donations à terme, sont donc a priori valables. Il est toutefois intéressant de s'interroger sur le moment auquel intervient le transfert de propriété dans le cadre de ces donations.

S'agissant de l'obligation alternative, la doctrine dominante conclue que le transfert de la propriété n'a lieu que par l'exercice de l'option, mais il rétroagit alors au jour du contrat. C'est cette position qui est notamment retenue à l'occasion du 96e congrès des notaires de France». Ainsi, la propriété des deux choses objet de la donation alternative est conservée par le donateur jusqu'à l'exercice de l'option, mais l'option une fois exercée, la propriété est acquise au donataire rétroactivement. Le donataire reste donc sans droit sur les biens objet de la donation alternative tant que l'option n'est pas exercée. La donation alternative paraît des lors difficilement conciliable avec le caractère actuel du dépouillement du donateur imposé par l'article 894 du Code Civil, mais la rétroactivité du transfert de propriété au jour de la donation permet certainement de validé le procédé.

S’agissant de l’obligation facultative, les quelques auteurs qui ont envisagé la question ont considéré que la propriété de la chose *in obliagatione* est immédiatement transféré. Ainsi l’on peut lire dans les travaux du 87e congrès des notaires de France que dans le cas d’une donation facultative, « le dessaisissement du donateur est immédiat contrairement au dessaisissement résultant de la donation alternative ».

Certains professionnels font du « forcing » pour que le bien substitué, dans la donation facultative, puisse être de valeur moindre que le bien déjà donné. Les arguments avancés à l'appui de cette analyse consiste à dire :

- le principe de l'irrévocabilité spéciale des donation, alors qu'il s'oppose à cette analyse, admet, pour les donations-partage, la reprise d'un bien pour le donner à un autre donataire ;
- ce même principe, pour eux, ne viserait que le contrat de donation et il n'empêcherait pas la substitution d'un autre bien de valeur inférieure ;
- l'article 951 du Code civil prévoit le droit de retour conventionnel ; toutefois, cet argument ne tient pas car ce droit de retour conventionnel est encadré et il se justifie principalement par le prédécès du donataire.

La position de ces professionnels est discutable car avec ce raisonnement, le donateur pourrait donner une chose qui n'a aucune valeur et par conséquent ne rien donner pour ainsi dire.

B- La fiscalité vis à vis des donations alternatives et facultatives

Au regard des droits de mutation à titre gratuit, en présence d'une donation alternative, dans la mesure où le donateur doit se dépouiller irrévocablement le jour de la donation, même si l’objet n’est pas encore déterminé, les droits sont dus immédiatement. Par ailleurs, la Cour de cassation, dans un arrêt du 15 juin 1808, énonce que les droits de donation sont perçus sur le bien dont la transmission donne lieu à la taxation la moins élevée pour les parties. Ainsi, si l'un des biens fait l'objet d'un régime de faveur, les droits de donation seront assis sur le bien qui est le plus faiblement taxé. Si, lors de l’option, la chose finalement remise au donataire est celle qui ne bénéficie pas d’un traitement fiscal de faveur au regard des droits de donation, un complément de droits sera alors perçu, assis sur la valeur de l’objet remis, selon le tarif applicable au jour de la donation. Les droits de donation effectivement dus suivent ainsi le bien qui sera donné *in fine* au donataire, après l’exercice de l’option.

En présence d'une donation facultative, le transfert de propriété étant immédiat, les droits seront exigibles au jour de la donation. Si la faculté réservée par le donateur se réalise éventuellement, amenant à constater la substitution d’un autre bien à celui initialement donné, l’acte sera alors soumis au droit fixe des actes innommés s’élevant actuellement à 125 euros, à la double condition que le bien substitué soit d’une valeur égale et que la faculté de substitution ait été prévue dans l’acte de donation. Lorsque la valeur du bien substitué est supérieure à celle du bien initialement donné, un complément de droit sera alors exigible.

Au regard de la publicité foncière, concernant la donation alternative, le transfert de propriété rétroagit au jour de la donation, une fois l'option exercée. En principe, les biens objet de la donation doivent être égaux en valeur et le plus souvent il s'agira d'un bien immobilier et de son équivalent en numéraire. Partant de ce constat, le bien immobilier doit être publié à la conservation des hypothèques et il faudra payer le salaire du conservateur (0,10 %) sur la valeur du bien. La taxe de publicité foncière quant à elle, de 0,715 %, ne devrait être due qu’au moment de l’exercice de l’option par son titulaire, et assise sur la valeur du bien finalement donné, s’il s’agit du bien immobilier.

Quant à l’acte constatant l’exercice de l’option, il y a deux possibilités en fonction de l’option choisie :

si l'option porte sur la délivrance du bien immobilier, l'acte devra être publié auprès du bureau des hypothèques du bien immobilier objet de la donation initiale, entraînant alors le paiement de la taxe de publicité foncière, ainsi que la perception du salaire du conservateur des hypothèques ;

si l'option n'emporte pas la délivrance du bien immobilier, l'acte devra être publié auprès du bureau des hypothèques du bien immobilier objet de la donation initiale afin de constater la non-réalisation de la condition sur le bien, entraînant la perception du salaire du conservateur des hypothèques.

Dans la donation facultative, le transfert de propriété étant immédiat, il convient de publier l'acte au bureau des hypothèques situé dans le ressort du bien donné, ce qui entraînera la perception de la taxe de publicité foncière, ainsi que du salaire du conservateur des hypothèques, sur la valeur du seul bien donné.

Lorsque la faculté réservée se réalise, il convient alors de publier un acte constatant la réalisation de l'obligation subsidiaire, au bureau des hypothèques situé dans le ressort du bien objet de l'obligation initiale, entraînant alors la perception du salaire du conservateur des hypothèques.

****

Section 2 – Les modalités d'imputation de certaines libéralités

§1 : Libéralité en usufruit ou en nue propriété

§2 : Libéralités assorties d'une clause de rapport conventionnel – avantage indirects

§3 : Libéralité entre époux

Chapitre 5 – Le don manuel

Section 1 – Don manuel et opération bancaire

****

Don manuel et opérations bancaires

C'est l'article 894 qui donne la définition de la donation entre vif. *C'est l'acte par lequel le donateur se dépouille actuellement et irrévocablement de la chose donnée en faveur du donataire qui l'accepte.* L'article 931 prévoit le formalisme à respecter pour ces donations entre vifs soient valables. Il s'agira de passer l'acte portant la donation devant un notaire en la forme authentique.
Mais ce formalisme connaît des exceptions, c'est le cas notamment du don manuel. Le don manuel est une libéralité, plus précisément une donation entre vif, dont la définition n'est pas donnée par le code civil mais par la jurisprudence.
Le don manuel est un contrat réel, il se réalise par la tradition, remise de la main à la main, de la chose objet du don manuel. La tradition caractérise l'élément matériel de la donation dans le cas du don manuel mais ce n'est pas suffisant. L'intention libérale est nécessaire afin de valider le don manuel. Les deux éléments sont intimement liés.

Dans le don manuel, l'intention libérale n'est pas consignée dans un acte comme elle peut l'être dans toute autre libéralité respectant le formalisme de l'article 931 du code civil. La remise de la chose objet du don manuel par la tradition permet donc de matérialiser cette intention libérale.

Quels sont les biens qui peuvent l'objet d'un don manuel ? Il n'y a pas de doute quant à la catégorie des meubles corporels, représentant l'objet du don manuel par excellence. Les immeubles ne peuvent pas faire l'objet d'un don manuel.
Le problème se pose réellement pour ce qui est des meubles et droits incorporels. En effet, les opérations bancaires qui réalisent depuis plusieurs années maintenant et de façon toujours plus accrue les donations d'argent, peuvent-elles être considérées comme un don manuel. En effet, comment considérer qu'un virement bancaire ou la remise d'un chèque constitue un don manuel quand la tradition se voit dématérialisée ?

I/ Le don manuel par chèque

Le particularisme du don manuel dans le système des libéralités se manifeste par l'exigence d'une tradition, c'est-à-dire la remise de la main à la main de la chose donnée qui se substitue en quelque sorte à la solennité normalement requise pour les donations.
Le don manuel est donc assimilé à un contrat réel.
La tradition forme avec l'intention libérale, un élément essentiel du don manuel.
Ainsi, dans un arrêt en date du 11 juillet 1960, la première chambre civile de la CC° affirme que « *le don manuel n'a d'existence que par la tradition réelle que fait le donateur de la chose donnée, effectuée dans des conditions telles qu'elle entraine la dépossession de celui-ci et assure l'irrévocabilité de la donation* ».
Aujourd'hui, on assiste à une dématérialisation de la tradition au point que celle-ci n'est plus nécessairement réelle et peut s'accomplir selon d'autres modes tels que le chèque (A) ou encore le virement de fonds (B).

A- L'objet de la tradition

La première chambre civile de la cour de cassation, dans son arrêt en date du 4 novembre 1981, affirme que « *le don manuel d'une somme d'argent peut être fait au moyen de la remise d'un chèque, qui réalise la tradition par le dessaisissement irrévocable du tireur au profit du bénéficiaire, qui acquiert immédiatement la propriété de la provision* ». Rappel de la définition de la provision : il s'agit de la créance du tireur contre le tiré banquier, laquelle doit être suffisante et disponible pour couvrir l'ordre de payer.

En admettant que la remise du chèque emporte tradition, demeure la question de savoir quel est l'objet de la tradition.
Est-ce la somme d'argent due par le banquier au porteur du chèque, le titre ou la créance exprimée par la provision ?

1) **La doctrine est partagée entre ces trois hypothèses :**

- **première thèse : l'objet de la tradition est une somme d'argent.**

La volonté du donateur est de gratifier le donataire d'une somme d'argent. Ce résultat n'est atteint qu'au moment du paiement effectif du chèque, c'est-à-dire à la date de l'encaissement. En effet, la remise du chèque n'est pas un paiement mais tout au plus un commencement d'exécution du paiement.
Si l'on retient cette analyse, il faut conclure que lorsque la provision fait défaut et que le bénéficiaire du chèque tente d'obtenir satisfaction par la voie judiciaire, il ne peut y avoir don manuel.
2 tempéraments sont cependant admissibles :
Tout d'abord, en cas d'insuffisance de la provision, le tireur peut régulariser volontairement la situation par le seul souci d'honorer son engagement.
Ensuite, lorsque le bénéficiaire subit un préjudice en raison de l'attitude du tireur, il est en droit d'obtenir des dommages et intérêts.

- **deuxième thèse : l'objet de la tradition est le titre chèque.**

La remise du titre confère au porteur non seulement des droits sur la provision mais aussi tous les droits attachés au titre et extérieurs à la provision tels que le recours contre les garants, actions en responsabilité contre le tireur, droits contre le tiré et notamment droit au paiement nonobstant l'absence de provision.
Dans cette hypothèse, c'est le droit cambiaire qui devient prépondérant.
Il en résulte que le don manuel conservera son efficacité en l'absence de provision dans la mesure où son bénéficiaire pourra prétendre au paiement du chèque en sa qualité de porteur légitime.

Selon M. Arrighi , cette conception implique la méconnaissance dans une certaine mesure de la volonté du donateur quant à l'objet de la libéralité. Celui-ci concerne une somme d'argent et non pas un titre avec l'ensemble des droits qu'il confère au porteur.

- **troisième thèse : l'objet de la tradition est la provision.**

Le principe de l'interdiction des dons manuels portant sur des créances connait des limites dues à l'extension de la notion de tradition.
Pour inclure dans ces limites le don manuel par chèque, il faut admettre que l'objet de la donation consiste dans la créance du tireur sur son banquier.
Retenir cette analyse revient à estimer que le donateur a voulu gratifier le donataire non pas d'une somme d'argent mais d'une créance contre une tierce personne.
Selon M. Arrighi, cette thèse parait avantageuse car le paiement effectif par le banquier pourrait intervenir après le décès du donateur sans que l'opération ne soit remise en cause notamment par sa disqualification en donation à cause de mort.
Les incidents de paiement n'auraient ainsi aucune influence sur la validité de la donation puisque seule la créance formerait son objet.

Désavantage de cette thèse : le défaut de paiement lors de la présentation du chèque révèle une absence ou une indisponibilité de la provision et donc l'inexistence de la créance. Faute d'objet, le don manuel serait nul.

En jurisprudence, les premières décisions relatives à cette question de l'objet de la tradition semblent plutôt favorables à la thèse selon laquelle la tradition porte sur le titre chèque lui même. Ainsi dans un arrêt en date du 19 juin 1963, la CA de Paris considère qu'en remettant un chèque qui constitue un moyen de paiement et un titre obligeant l'auteur de façon irrévocable en sa qualité de tireur, celui-ci opère la tradition nécessaire à la validité du don manuel, de telle sorte que les héritiers doivent payer le chèque qui s'est révélé sans provision.

Désormais, il est admis que l'objet de la tradition est la provision dont le donateur se dessaisit.
Ainsi, dans un arrêt en date du 20 novembre 1985, la CC° constate que « le don manuel d'une somme d'argent fait au moyen de la remise d'un chèque suppose, pour qu'il y ait dépouillement actuel et irrévocable de la part du donateur, l'existence d'une provision dont le bénéficiaire acquiert la propriété ». il en va de même dans l'arrêt du 4 novembre 1981.

2) Le moment de la tradition.

La tradition doit avoir lieu du vivant du donateur. La justification de cette exigence se situe dans le contexte même de don manuel qui correspond à un acte mixte né de la conjonction d'un accord de volonté à la finalité libérale et d'une tradition réelle.

Un arrêt rendu par la première chambre civile de la CC° en date du 3 avril 2002 précise que le don manuel par chèque suppose sa remise au bénéficiaire du vivant du donateur et non un simple dépôt dans un coffre de banque.
En l'espèce, après le décès d'une femme survenu le 15 février 1996, on découvre dans un coffre loué par celle-ci dans une banque, un chèque, daté du 3 octobre 1994, qu'elle avait émis à l'ordre de son frère.
Ce dernier se prétend bénéficiaire d'un don manuel.
La cour d'appel le déboute de sa demande.
Cette décision est approuvée par la CC° au motif que « *si le don manuel peut être fait au moyen d'un chèque qui réalise la tradition par le dessaisissement du tireur au profit du bénéficiaire qui acquiert immédiatement la propriété de la provision, encore faut-il que le donateur ait procédé à la remise matérielle de son vivant de ce chèque au bénéficiaire* ».

La première chambre civile précise son approbation de la cour d'appel en faisant valoir que celle-ci « *ayant relevé que le chèque avait été déposé dans un coffre fort dont il n'était pas établi que le bénéficiaire ait eu accès et qu'ainsi il n'y avait pas eu remise de chèque au bénéficiaire avant le décès, en a déduit à bon droit l'absence de don manuel* ».

➔ Ainsi, la remise du chèque au bénéficiaire réalise la tradition en opérant le transfert de la propriété de la provision au profit du donataire. Elle doit donc avoir lieu du vivant du donateur. Cette condition est inhérente à la notion même de donation : acte entre vifs qui exige un dessaisissement irrévocable du donateur.

<u>B- La provision et le chèque</u>

Il s'agit ici de satisfaire la condition d'irrévocabilité posée à l'article 894 du cciv. Le don manuel n'étant pas soumis au formalisme de l'article 931 la tradition représente l'acte qui consigne l'intention libérale et rend le dépouillement irrévocable. C'est la question de la provision.

1) De la provision suffisante à la provision au moins égale

L'arrêt de la **Civ 1ère, 20 novembre 1985,** la Ccass pose le principe de l'existence de la provision. Dans son attendu de principe elle énonce : « *attendu que le don manuel d'une somme d'argent réalisé au moyen de la remise d'un chèque suppose, pour qu'il y ait dépouillement actuel et irrévocable de la part du donateur, l'existence d'une provision dont le bénéficiaire acquiert la propriété* ».
L'arrêt de 1985 ne revient pas sur ce qui est acquis depuis 1981, à savoir, l'objet de la tradition est bien la provision. Néanmoins pour que la tradition soit effective, encore faut-il que la provision existe. Sinon cela reviendrait à admettre la tradition d'une enveloppe vide et par conséquent un contrat réel ne portant sur rien.
Dans les faits, un donateur avait fait un chèque de 1 500 000 francs deux semaines avant de mourir, et sans doute à sa concubine. Au moment de la remise du chèque, le compte ne disposait pas d'une provision suffisante. Lors de la présentation à l'encaissement, le chèque est toujours sans provision.
En effet, l'arrêt casse la décision de la CA qui admettait le paiement du chèque par la succession du donateur décédé, en précisant : « *faute de provision constituée avant le décès de M.X, l'opération ne pouvait réaliser un don manuel* ». Ici le décès empêche le donateur de le faire. Le don manuel est nul.

Néanmoins on a pu s'interroger sur la provision en elle-même. Faut-il qu'elle existe simplement pour que le don manuel se réalise ou faut-il qu'elle soit égale ? C'est un arrêt de 1991 qui sème le doute. L'attendu de principe reprend mot pour mot celui de l'arrêt de 1985, on parle bien de l'existence de la provision, d'une provision sans plus de détail. La solution est analogue à celle de l'arrêt précédent puisqu'elle casse la décision de la CA, invalidant le don manuel dont il était question.
Mais un point essentiel diffère. Ici aussi le chèque était insuffisamment provisionné, une provision existait mais loin d'être égale au montant mentionné sur le chèque. Le donataire voulait se faire payer le surplus, la différence par la succession du défunt donateur. La Ccass casse cette décision, mais pas au motif que le don manuel n'existait pas, mais parce que « *l'opération ne pouvait réaliser un don manuel de l'intégralité de la somme énoncée sur le chèque litigieux* ». Autrement dit, on pouvait admettre que le don manuel s'exécutait à concurrence de la somme présente sur le compte émetteur du chèque. C'est en tout cas ce qu'en a déduit l'auteur Champenois dans une note parue au Defrénois en 1991.

Désormais le doute n'est plus permis, un arrêt de **Civ 1ère, 5 février 2002** est venu clarifier la situation. Cet arrêt ajoute une précision à l'attendu de principe de 1985. Ici la CA avait déboutée la seconde femme du défunt gratifiée d'un chèque insuffisamment provisionné, de percevoir la somme existant sur le compte du donateur. La Ccass rejette le pourvoi au motif que pour qu'il y ait «*don manuel d'une somme d'argent au moyen de la remise d'un chèque, cela suppose, pour qu'il y ait dépouillement actuel et irrévocable de la part du donateur, l'existence d'une provision* ***égale*** *à son montant* ».

2) Conséquences du décès du donateur

Dans les trois décisions qu'on vient de voir, on se trouve face à des situations identiques. Un chèque remis par un donateur n'allant pas tarder à mourir, une provision ne permettant pas la réalisation du don manuel, faute de tradition et ce rétroactivement. Le décès est un facteur déterminant de l'impossibilité de la réalisation du don manuel. Il intervient le plus souvent entre la remise du chèque et son encaissement.
Même si c'est la remise qui constitue la tradition, l'encaissement devenant impossible faute de provision le don manuel est invalidé. Du fait du décès du donateur, aucune régularisation n'est possible.

Pourquoi parler de régularisation ? Parce que le moment choisi pour apprécier la réalité de la tradition c'est la remise, or, si après cette remise l'encaissement n'est pas possible : la tradition est invalidée rétroactivement et le don manuel également. Si on avait pris l'encaissement comme moment où se réalise la tradition, le décès empêcherait le don manuel, puisqu'il doit s'effectuer entre vifs.
De plus l'objet de la tradition c'est la provision, pas l'argent. Si ça avait été l'argent, c'est bel et bien l'encaissement qui aurait réalisé la tradition et encore une fois le décès aurait empêché le don manuel.
On autorise donc la régularisation pour éviter une invalidation du don postérieurement au décès. C'est pour ça que dès l'arrêt **Civ 1ère, 20 novembre 1985,** la Ccass affirme : « *faute de provision constituée avant le décès de M.X, l'opération ne pouvait réaliser un don manuel* ».

Et le temps mis par le donataire pour encaisser le chèque est indifférent sur la validité du don manuel, le droit des libéralités supplante ici le droit du chèque.

Lorsque la provision est suffisante, le décès n'a aucune conséquence sur le don manuel. Ni même le délai de présentation du chèque au paiement comme le montre l'arrêt **Civ 1ère, 10 février 1993.** Pour la CA dans cet arrêt c'est l'encaissement qui réalise la tradition. Ce qui est sanctionné par la Ccass au motif que le chèque ayant été valablement remis avant le décès de la donatrice son décès n'avait aucune conséquence sur le fait que le donataire possédait la provision alors irrévocablement transmise.

II/ Le virement

Il s'agit d'appliquer les différentes conditions du don manuel à l'opération qui consiste à donner un ordre de virement à un tiers mandataire afin que celui-ci, par un jeu d'écriture, crédite un compte du bénéficiaire donataire réalisant ainsi le don manuel.

A- Le virement et la tradition

1) Reconnaissance du virement bancaire comme don manuel

Le problème posé par le virement bancaire est qu'il est encore plus difficile que dans le chèque de reconnaitre un don manuel. En effet, au moins, lors de la remise d'un chèque dans une intention libérale, il y a remise d'une chose matérielle, bien que cette chose comme on l'a vu ne représente pas en elle-même l'objet du don. Tandis qu'avec le virement on se retrouve face à un simple jeu d'écriture entre deux comptes bancaires. Y voir un contrat réel semblait moins aisé.
C'est pourtant ce qu'a reconnu la **civ 1ère, 12 juillet 1966** après une première décision de la même chambre du **7 juillet 1959**.

Dans l'affaire de l'arrêt précité il ne s'agissait pas tout à fait d'un virement bancaire comme on l'entend aujourd'hui mais plus un transfert de valeur d'un compte sur un autre par en passant pas l'intermédiaire d'une société. Le donataire a voulu gratifier son fils et fait virer certaines sommes sur un compte d'une société portant le nom familial afin de créditer le compte de son fils donataire. Le donateur revient sur sa décision et souhaite faire annuler la libéralité. La CA le déboute et la Ccass rejette le pourvoi. Admettant ainsi l'existence d'un don manuel qui se doit d'être irrévocable, que celui-ci soit fait par le biais d'un virement ne change rien. La Ccass appuie le raisonnement de la CA reprenant son argumentation : « que c'est donc à bon droit que les juges du fond ont estimé

que le virement opérant « dessaisissement du donateur et tradition au bénéficiaire » permettait d'accomplir un don manuel ».

2) Existence d'intermédiaire : un problème dans la tradition ?

L'arrêt de 1966 pose aussi le problème des intermédiaires, point sensible du virement. En effet lorsque le donateur choisit d'effectuer un don annuel par le biais d'un virement, la réalisation de sa décision passe obligatoirement par l'émission d'un ordre de virement. Cet ordre de virement est donné à un tiers mandataire. Il se peut dans certains cas lorsque les donateurs et donataire ont la même banque que le mandataire soit alors commun aux deux. Mais ce n'est pas toujours le cas, il faut donc composer avec deux mandataires, l'un du donateur, l'autre du donataire.

Dans l'arrêt de 1966, on est dans le deuxième cas. En effet, la somme objet du don manuel transite par la banque du donateur puis par la société qui va créditer le compte du donataire. La Ccass ne s'attarde pas sur cet élément du pourvoi : un don manuel peut tout à fait être réalisé par le truchement de deux ou un intermédiaire unique.
On fiat alors clairement abstraction du mode de réalisation de la donation. Ce qui compte c'est le dessaisissement du donateur et l'acceptation du donataire.

B- <u>Virement de fonds et dépossession irrévocable du donateur.</u>

1) Le moment du dessaisissement irrévocable du donateur.

La question se pose de savoir à quel moment précis l'exécution de l'ordre de virement atteint le stade du dessaisissement irrévocable du donateur.

Selon un courant doctrinal, ce qu'il faut prendre en considération, c'est la date de l'inscription au débit du compte du donneur d'ordre car c'est de cette inscription que la dépossession du donneur d'ordre découle.
Telle est la solution retenue, en général par la cour de cassation. Ainsi, dans un arrêt rendu par la chambre commerciale de la cour de cassation en date du 26 janvier 1983, il est précisé que « *l'inscription d'un virement au débit du compte du donneur d'ordre fait perdre à ce dernier la propriété de la provision si bien que dès ce moment l'ordre de virement ne peut plus être révoqué par le mandant* ».

2) La procuration et le dessaisissement irrévocable du donateur.

La question se pose de savoir si la procuration donnée sur un compte emporte dessaisissement définitif et irrévocable du donateur ?

Un arrêt rendu par la première chambre civile de la cour de cassation en date du **14 décembre 2004** répond par la négative.
En l'espèce, un concubin avait viré une somme d'argent sur un compte personnel de sa concubine, sur lequel il avait néanmoins une procuration. Le couple rompt et la concubine s'avisa d'annuler la procuration pour conserver la somme qu'elle avait cru pouvoir considérer comme une donation.
L'ex-concubin l'assigna alors en remboursement.
Les juges du fond avaient estimé que la procuration sur le compte n'établissait pas que l'ex concubin ne s'était pas dessaisi de la somme litigieuse et que, n'ayant jamais prélevé d'argent sur ce compte, il avait démontré qu'il n'avait pas l'intention de reprendre ce qu'il avait donné.

L'arrêt est cassé au motif que le virement fait à un compte sur lequel le *solvens* a procuration ne réalise pas une dépossession irrévocable.

En d'autres termes, il n'était pas possible de retenir un don manuel en l'absence d'une dépossession irrévocable du donateur.

Le fait que le concubin n'ait pas retiré les sommes était indifférent : l'important étant qu'il ait eu la faculté de les retirer ; ce qui était radicalement contraire à l'irrévocabilité de la donation

La Cour de cassation avait déjà eu l'occasion de poser qu'un virement en faveur d'un compte joint entre le donneur d'ordre et le bénéficiaire ne pouvait constituer la tradition réelle nécessaire à la constitution d'un don manuel, le donneur d'ordre restant dans ce cas libre de retirer les fonds à tout moment (**civ 1ère , 17 avril 1985**).

De même, la solution posée par cet arrêt de 2004 semble confirmer un arrêt rendu par la Cour d'appel de Paris en date du **19 mars 1991.**
Il avait été jugé, à propos de titres, qu'il n'y a pas tradition irrévocable, ni par suite don manuel, lorsque les disposants ont bénéficié sur le compte du gratifié d'une procuration leur permettant de retirer à tout moment les titres remis.

CONCLU :

On peut néanmoins se demander si la qualification retenue pour ces libéralités est la bonne. Est-ce qu'il n'aurait pas été plus simple et moins dangereux pour la validité de la libéralité en elle-même, de la qualifier de donation indirecte.
La Ccass en tout cas n'a jamais considéré que bien qu'on s'éloigne de plus en plus du don manuel, on puisse qualifier cet acte de donation indirecte. La remise de chèque ou le virement ne cache pas l'intention libérale, c'est un acte neutre. Ce type d'acte peut tout à fait véhiculer une donation dès lors qu'on établit l'intention libérale.

****

Pratique du pacte adjoint : Civ1 17 octobre 2007 (jurisdata 2007 04 08 55) : un acte notarié du 27 mai 07 MZ consent à l'institut de France une donation portant sur la PP d'un château et la NP de deux immeubles. Le chancelier de l'institut de France est intervenu à l'acte et il a déclaré accepter à titre provisoire la donation et exiger l'institut à l'exécution des conditions que le donataire avait posé. Par actes sous seing privé non daté les parties ont convenu divers condition. Le 9 janvier 2001 MZ intente une action en annulation de la donation pour vice du consentement et subsidiairement en révocation de celle-ci pour inexécution des charge.il décède le 22 mai 2004 testament authentique du 4 mars 2004 ayant institué légataire universel MY qui a repris l'instance.
La CA de paris le 10 février 2005 a refusé de recevoir la demande en révocation pour inexécution des charges au motif que ces dernières étant mentionné dans un acte sous seing privé doivent être considéré comme inexistante.
La cour de cassation rejette le pourvoir de MY et va plus loin en relevant d'office que les charges et conditions contenus dans un acte sous seing privé, parce qu'elles obligent le donataire doivent entrainer la nullité de l'acte sous seing privé, mais aussi s'étendre à la donation authentique c'est-à-dire à l'opération dans son ensemble. Il apparaît que les conditions et charges crevant une donation ne peuvent figurer dans un acte sous seing privé et de plus si l'acte authentique obligeait à respecter les conditions contenues dans un acte sous seing privé la nullité toucherait la donation elle-même.

Critique : extension de l'exigence de la forme notariée aux actes complémentaires de la donation est critiquable, et demande si la décision ne devrait pas remettre en cause la pratique des pactes adjoints au don manuel contenant les conditions et charges de la donation.
Pacte adjoint est une pratique reconnue valable, certain se sont demandé si cette décision ne les remettait pas en question.
La cour de cassation n'a pas révoqué pour inexécution des charges, les auteurs critiques le fait que la cour de cassation annule la donation par le truchement de la nullité de l'acte sous seing privé contenant les dites charges.
En ce qui concerne la pratique des pactes adjoints, traditionnellement ils sont valables en doctrine comme en jurisprudence avec simplement la vigilance dans la manière de rédaction, pour qu'il ne soit pas susceptible d'encourir la nullité au regard de 921.

Ce qu'il faut retenir : il faut se méfier de cet arrêt, il peut susciter des problèmes, il faut prendre acte de cette décision, insister sur le devoir de conseil du notaire, qui devra être accès sur la prévention de nullité en raison d'acte passés postérieurement à une donation authentique. Pour certain auteur cette jurisprudence devrait s'appliquer au don manuel : les conditions et charges accessoire forme un tout indissociable avec le don manuel.

Arrêt important com 20 octobre 1998 (droit fiscal 1999 commentaire p 45). Cette décision a condamné la doctrine et la pratique de l'administration fiscale, telle qu'issu de ce qu'il convient d'appeler l'instruction charasse du 13 avril 1992.
Le fait générateur de l'impôt varie selon les divers cas de taxation du don manuel, ainsi par exemple si le don manuel a été reconnu judiciairement, c'est le jugement qui constitue alors le fait générateur de l'impôt. Pour l'instruction charasse la valeur imposable des biens donnés qu'il convient de prendre en compte pour le calcul des droits de donation est celle des biens à la date du dit fait générateur. Cependant cette instruction ajoutait « d'une manière générale, les dons de sommes d'argent seront retenus pour leur montant nominal et bien entendu les rapports de dons de sommes d'argent au moment du décès sont régit par les dispositions de l'article 784 CGI (rappel des donations antérieures) et par voie de conséquence celle de l'article 860-1 civ actuel ».

Cette instruction ne posait aucune difficulté pour les dons manuels autre que somme d'argent, les biens objet du don manuel, s'agissant de leur imposition, sont retenus pour leur valeur à la date du fait générateur.
En revanche pour les donations de somme d'argent, l'instruction est ambiguë et l'administration fiscal en a déduit que par la référence faite dans l'instruction de l'article 860-A, lorsque la somme d'argent avait servie à acquérir un bien, c'est la valeur de ce bien acquis à l'aide du don qui devait être rappelle au titre de 784 CGI. C'était confondre le rapport civil, a fin d'égalité (article 869) et le rappel fiscal des donations antérieures (784 CGI), c'est cette interprétation qu'à condamné la Com 98.

- ⇨ s'agissant des dons manuels autres que de somme d'argent, la somme retenue pour l'imposition est celle du bien au jour du fait générateur de l'impôt
- ⇨ pour les dons manuels de sommes d'argent, quelque soit l'emploi des fond reçu, la taxation au droit de mutation à titre gratuit s'effectuera pour leur valeur nominal

Bien entendu pour le rapport au moment du décès sont régit au par les articles 860 et s civ, s'agissant de l'application de l'article 784 CGI, le rappel du don manuel d'une somme d'argent, quelque ait été son utilisation postérieur sera donc du montant nominal de la somme donnée.
On constate qu'un même bien peut donner lieu à deux évaluations différentes dans la même déclaration de succession : l'uns fiscale, l'autre civil.

Com 31 mars 2004 (Bull IV n° 68) est venu préciser que les dons manuels consentis par le DC à ses enfants et non révélés à l'administration fiscal avant sont décès doivent être inclus dans l'actif successoral imposable et en conséquence les droits rappelés constitues des droits de mutation par décès et non, comme le soutenait l'un des enfants, un simple droit d'acte.
En l'espèce l'administration fiscale pour recouvrer les droits de mutation par décès était fondée à invoquer la solidarité des impôts entre les cohéritiers (1709 CGI, modifié par la loi de finance de 2009).
La loi TEPA exonère le CS et le partenaire pacsé, par contagions, les dons manuels au CS non taxé ou non révélé au décès du donataire devraient pouvoir bénéficier de l'exonération de droit de mutation et ainsi échapper à toute taxation.

****

Section 2 – Régime fiscal du don manuel

Chapitre 6 – Le démembrement du droit de propriété et libéralité

Section 1 – La clause de réversion d'usufruit

Section 2 – La valeur des droits démembrés

Section 3 – l'usufruit d'actifs monétaires (valeur mobilière)

Section 4 – Le quasi usufruit (application)

Chapitre 7 : La communauté universelle et libéralités

Cas pratique n° 3

La communauté s'étend à l'ensemble des biens des époux, par exception reste propre à chacun d'eux : les biens personnels et d'autre part les bien reçu par héritage et par libéralité lorsque l'acte mentionne expressément qu'ils doivent rester des biens propres.

Il s'agit d'une convention matrimoniale qui permet d'avantager le CS, elle peut être établi par contrat de mariage ou par le moyen d'un changement de régime au cours du mariage.
Le législateur consacre un seul article du code à la CU : 1526 de manière générale se sont les règles du régime légal qui s'applique sauf s'agissant de la composition active et passive de la CU.
Les règles du RL s'appliqueront notamment à la gestion des biens, à la liquidation et au partage de la masse commune, avec simplification ou adaptation, ainsi la reprise des propres sera inexistant ou limité et le compte des récompense à priori très succinct.
Quant à la composition active et passive de la CU, il résulte de l'article 1526 civ que toutes les dettes présentes et futures sont communes. Les dettes présentes sont celles que les époux avaient au moment du mariage, les dettes futures sont celles qui grèvent succession et libéralité recueilli par l'un des époux au cours du mariage.
Quant aux dettes nées du chef d'un époux pendant le mariage, elles sont soumises aux mêmes règles que dans le RL.

Il convient de nuancer l'affirmation selon laquelle la répartition des pouvoirs conjugaux est exactement calquée sur celle qui gouverne les époux sous la communauté légale, seul la teneur des masses respectives divergeant. Cette nuance est rappelle par un commentateur de deux arrêts ressent : Civ1 2 avril 2008 et 15 mai 2008 (jurisdata 2008-04 34 28 et 04-38 90)
Ces deux arrêt sont important car il opère un revirement, dorénavant, seul l'époux héritiers marié sous le régime de la CU peut exercer les actions judiciaire comme extra judiciaire, relative à des biens ou des droits entrés en communauté par suite d'une succession échue à l'un des époux.

Cette CU n'est cependant pas un régime matrimonial monolithique, les époux ont la possibilité d'aménager ce régime. La CU peut s'associé à une clause d'attribution intégrale à l'époux survivant, dès lors au premier décès le survivant recueillera toute la communauté.

Section 1 – Avantages, inconvénients de ce type de régime matrimonial

A/ D'une manière générale

La supériorité de ce type de RM a été principalement d'ordre fiscal, la loi TEPA a prévu l'exonération de droit au profit du CS. Cette exonération doit entrainée une diminution de changement de RM, principalement motivé par des considérations fiscales.
Tout ce que le CS reprenait au titre de son contrat échappaient au droit de mutation par décès. Les formalités liée à la succession au décès de l'un des époux sont réduite et en conséquence les frais de notaire, en effet dès lors que le défunt ne laisse aucun bien personnel, il n'y a pas de succession et aucune déclaration n'est à déposer. Certain frais ne pourront être évité, par exemple lorsque le CU englobe des bien immobiliers, le notaire devra établir une AI ou attestation de propriété, et cet acte sera publié à la conservation des hypothèques. Cet acte servira de titre de propriété au CS.

La CU est a recommander lorsque les fortunes des époux est inégale, il permet de protéger le moins riche des deux.
En revanche il est a déconseillé lorsque l'un des CS exerce une profession libérale ou qu'il l'envisage, tous les biens du couple étant commun, ils pourraient être saisi par les créanciers.
Mais il peut être adopté lorsque l'époux commerçant prend sa retraite.

De manière générale se régime est choisi par des époux d'un certain âge n'exerçant plus d'activité professionnelle

B/ Dans l'hypothèse d'une clause d'attribution intégrale au profit du CS

La communauté associé à une clause d'attribution intégrale favorise et protège ce dernier, bien que l'existence d'enfant non commun aux deux époux conduit à tenir compte de leurs intérêts par l'action particulière qu'est l'action en retranchement, qui si elle exercée pourra limiter les effets esconter du choix d'un tel régime

En l'absence d'une telle clause la communauté se partagera selon la règle habituelle : ½ revient au CS, l'autre fait partie de la succession, sur laquelle le CS dispose de droit légaux.
Avec la clause au décès du premier époux c'est la totalité de la communauté qui sera attribué au CS. En application de la clause, le CS devenu seul propriétaire des biens échappe à tous les inconvénients d'une indivision éventuelle, il pourra ainsi disposer du logement sans avoir à rendre de compte.

Reste que cette clause est souvent dénoncée comme porteuse d'un certain nombre d'inconvénient, les notaires déconseilles cette clause lorsque l'un des époux à eut un ou plusieurs enfant non commun, la clause perd son efficacité, puisque les enfants non communs bénéficient de l'action en retranchement.
Les inconvénients sont également d'ordre fiscal : Pour les enfants communs, ils devront attendre le second décès pour hériter et ils auront à acquitter l'intégralité des droits de succession, sans avoir pus bénéficier des abattements sur chacune des successions prises isolément. Ex : chaque enfant n'aura droit qu'une fois à l'abattement de 156 974 (sous réserve d'une nouvelle évaluation)
Les enfants privés de leur part d'héritage dans la succession de l'un de leur parent ne sont jamais assuré de la retrouver au décès du second, le CS est libre de disposer des biens comme il l'entend, la réserve ne les protège que contre des libéralités excessives.

Pour éviter ces inconvénients certain remède existe :

- La pratique propose le remède qui consiste pour les époux a donner avant d'opter pour le régime de la CU la nue propriété de leur bien à leur enfant. les parents conserve la jouissance de leur bien et aucun droit n'est à payé au premier décès du fait du régime. Et au second décès aucun droit ne sera non plus exigible, il s'agira alors de la simple réunion de l'usufruit à la NP, laquelle s'effectue en franchise d'impôt (1133 CGI).

Les seuls droits exigibles sont acuités lors de la donation avec le bénéfice des abattements. Et ces droits ne seront calculés que sur la valeur des biens en NP

- Il n'est possible de ne faire porter la clause d'attribution au profit du CS que sur l'usufruit de la part de communauté du défunt la NP revenant aux autres héritiers. Au premier décès les enfants recevront la NP du patrimoine familiale, bénéficieront des abattements, le CS aura l'entière jouissance des biens, notamment celle du logement familiale et à son propre décès, l'usufruit s'éteindra et les enfants deviendront propriétaire des biens sans droit à payer (1133).

Ce remède reproduit les effets de la donation au dernier vivant avec option pour l'usufruit, à ceci près que l'usufruit obtenu par l'avantage échappe à l'impôt, puisqu'il constitue un avantage matrimonial et y échappe une seconde fois puisqu'il reconstitue la pleine propriété.

- Les époux peuvent également ne pas mettre tous les biens personnels en communs, au décès de chaque conjoint cette partie de son patrimoine sera transmise aux enfants.

Autre inconvénient en présence de la clause : ce sont les libéralités (pour le détail: article M. Rouhgol JCP notarial 1998 p 274)
La difficulté vient du fait qu'au décès du premier mourant des époux, ca succession ne comprendra pas le moindre actif, puisque d'une part, tous les biens des époux se trouvent englobés dans la CU et d'autre part la clause d'attribution opère dévolution de l'ensemble au profit du CS. Là ou les libéralités constitueront les seuls biens successoraux qui a l'évidence ne pourront trouver à s'imputer sur les droit héréditaires ou sur le disponible se qui entrainera rapport effectif ou réduction en cas de pluralité d'héritiers.

Exemples :
- Ainsi celui ou il existe une donation en avancement de part successorale (cas dans le cas pratique à Louis et Laure). La donation en avance de part successorale est rapportable et le rapport se fera en principe en valeur, mais peut se faire aussi en nature (858). Le montant du rapport va constituer le seul bien successoral ce qui implique que le débiteur de ce rapport devra verser à chacun de ses cohéritiers une indemnité égale au montant de leur part héréditaire calculé sur le bien en question (si le rapport se fait en valeur). Dans l'hypothèse ou le rapport se fait en nature, le débiteur de ce rapport se trouvera en indivision avec les cohéritiers puisque toute imputation de l'intégralité de la libéralité est impossible.
Toutefois cette situation n'est pas inéluctable, il existe des circonstances dans lesquelles le patrimoine du premier mourant est susceptible de présenter un certain actif, ainsi par exemple dans l'hypothèse ou l'époux donateur aura exclus de la communauté un ou plusieurs biens ou bien encore si les héritiers du conjoint prédécédé exerce leur droit de reprise des apports et capitaux tombés dans la communauté du chef de leur auteur. Cependant ce droit ne leur est accordé que sauf stipulation contraire (hypothèse du cas pratique).

- Quant au legs leur sort est simple, ils sont caducs faute de biens sur lesquels ils pourraient porter sous réserve là encore des possibilités évoquées précédemment et qui permettent la constitution d'un actif dans le patrimoine du premier mourant.

L'auteur de l'article soulève une dernière question : l'existence d'un éventuel droit à récompense, plusieurs situations doivent être distinguées :
- Donation consentie avec des biens personnels à un époux (donation faite à Louis : le défunt époux donateur n'était pas encore remarié) : pas de droit à récompense.
- Donation consentie en bien de communauté après l'adoption de la CU. Dans le cas donation faite à Laure : le portefeuille d'action attribué à Eugène après son divorce est tombé en communauté le 26 avril 1990 lorsqu'il a épousé Mlle Pluche. La donation a été faite avec l'accord d'Emile, dans cette hypothèse tous les auteurs s'accorde pour exclure le droit à récompense, en l'absence de consentement certain auteur considère qu'il y a lieu à récompense pour la communauté.
Comme l'intégralité de la communauté est dévolue au CS, le premier mourant ne procède plus rien et les héritiers ne trouveront aucun actifs pour faire fasse au passif (récompense).

* S'ils acceptent purement et simplement la succession ils seront débiteurs de ce passif et ce ultra vires.

* S'ils renoncent à la succession ils sont dégagés du passif, mais ils ne peuvent émettre aucune prétention sur la libéralité.

* Acceptation à concurrence de l'actif net : passif sera limité à l'actif successoral, mais ils auront en revanche droit au rapport, lequel en vertu de l'article 857 n'est pas du au créancier, notamment au CS.

Certain auteurs se sont poser la question de savoir si la pratique doit conseiller systématiquement une clause, ils considèrent que la meilleure solution consisterait à prévoir que le CS bénéfice d'une option relative à l'attribution de la communauté : et qu'il puisse à son choix recevoir soit la totalité de l'usufruit, de la NP ou abandonné la totalité de la communauté à la succession.
Cette solution est intéressante particulièrement pour contrer la découverte tardive d'un passif important, puisque le CS supporte la totalité du passif. Cette solution a été pratiquée dans certaine étude, mais elle a provoqué la réserve de certain CRIDON, car une telle solution vaudrait reconnaissance générale de la validité des régimes matrimoniaux à liquidation alternative.
La clause de liquidation alternative de la communauté universelle avec attribution intégrale au CS a été développée par le notariat alsacien et prévoit qu'en cas de dissolution pour une cause autre que

le décès chacun des époux aura la faculté de reprendre les biens tombés en communauté de son chef le surplus étant partagé par moitié.
La validité d'une telle clause a été discuté car on y voyait l'existence d'un RM alternative (CU en cas de décès, communauté réduite aux acquêts en cas de divorce, or le RM alternatif est condamné par le principe de l'immutabilité des conventions matrimoniales).

Un des inconvénient majeur de la CU avec clause d'attribution intégrale à savoir que ce dernier doit assumer le passif, il doit supporter définitivement les dettes, aussi bien présente que futures des deux époux.
Ex : Civ1 16 mars 2004 (jurisdata 2004 02 28 34)

Cour du 1 avril 2010

Section 2 – Résolution chiffrée du cas pratique

A/ Analyse de la mise en œuvre de l'action en retranchement

En l'espèce la communauté est véritablement universelle puisque aucune exclusion particulière de bien est constatée, par ailleurs tout droit de reprise a été exclus pour les héritiers de l'époux.

Aux termes de l'article 1525 al 2du code civil les enfants du prédécédé, et plus généralement ses héritiers peuvent en effet reprendre les apports et capitaux de leur auteur sauf stipulation contraire. Le droit de reprise ainsi prévu par ce texte entend d'une certain manière « freiner » l'application, qualifier par certain de trop lésionnaire pour les héritiers, d'une clause d'attribution intégrale de la communauté au survivant.

Concrètement dans la plupart des contrats de CU les époux en écarte l'application, tel est le cas dans notre cas pratique. Et les héritiers n'ont alors plus aucun droit à faire valoir sur la communauté.
En revanche lorsque cette disposition s'applique elle enlève à la clause d'attribution intégrale au CS une grande partie de son efficacité. En effet, après l'exercice de ce droit de reprise, la clause d'attribution intégrale dégénère en attribution intégrale des seuls acquêts.

Lorsque la reprise s'exerce elle porte sur :
- tous les biens tombés en communauté du chef de l'époux prédécédé,
- elle porte également sur ce qu'il apporter en se mariant ou lors du changement de régime matrimonial,
- mais la reprise porte aussi sur les biens qu'il a reçus à titre gratuit pendant le mariage

Le droit de reprise une fois exercé permet aux héritiers de succéder immédiatement au bien, qui aurait été propres sous le régime légal. Les biens ainsi prélevé font parti de la succession du DC, on peut noter que le CS peut ne pas être exclus définitivement de leur bénéficie.
Ces reprises sont des prélèvements qui constituent une opération de partage et elles sont juridiquement soumises à l'effet déclaratif du partage.
Dans le cas pratique l'intégralité des biens sont versée au CS, cependant Eugène, le DC, laisse deux enfants nés d'une première union : Louis et Laure.
Aux termes de l'article 1527 al 2, modifié par les lois du 3 décembre 2001 et 23 juin 2006, ces deux enfants sont tous deux en mesure d'exercer l'action en retranchement prévue par ce texte afin de ce voir attribuer leur droit à réserve héréditaire dans la succession de leur auteur.

Par ailleurs on nous précise que Laure entend renoncer à la succession de son père et il nous est demandé d'apprécier l'opportunité de cette décision. Pour répondre à cette question il est nécessaire

dans un premier temps de prendre en compte la décision de Laure : elle n'est plus héritière article 805 al 1.
Seul Louis est en conséquence et concrètement en mesure d'exercer l'action en retranchement et on peut supposer qu'il prendra cette initiative, puisqu'il vous précise qu'il a peu apprécié le remariage de son père et qu'il a eut peu de relation avec le CS.

L'action en retranchement prévue à l'article 1527 a été modifiée à deux reprises. L'action en retranchement est une protection jugée globalement efficace pour les enfants qui, depuis la loi du 3 décembre 2001, ne seraient pas issu des deux époux. L'alinéa 2 de l'article 1527 prévoit que l'avantage matrimonial qui excèderait la QD entre époux de l'article 1094-1 sera sans effet à concurrence de cet excédant. Le CS n'obtiendra pas la totalité des biens de la communauté mais seulement l'équivalent de tout ce qui correspond au montant de la QD spéciale entre époux, le surplus tombera dans la succession et sera partager entre les héritiers du défunt.

La mise en œuvre de cette action nécessite quelque développement.

1) Les titulaires de l'action

La loi du 3 décembre 2001 a étendu le bénéfice de l'action en retranchement aux enfants qui ne seraient pas issu des deux époux. Ce qui comprend non seulement, comme avant la loi de 2001, les enfants né d'une union précédente du défunt, mais également tous les enfants naturels de ce dernier y compris ceux né de relation adultérine.
Aux terme de l'article 25 de la loi de 2001, il est prévu que les dispositions du 2nd alinéa de l'article 1527 seront applicables aux successions ouvertes à la date de publication de la loi nouvelle au JO et n'ayant pas donné lieu à partage avant cette date. Ces dispositions transitoires précises, sous réserve des accords amiables déjà intervenue et des décisions judiciaires devenu irrévocable.

Un auteur (Defrenois 2002 p 153 : M. Delmas St Hilaire) considère que la mise en œuvre de la nouvelle mesure, c'est-à-dire qui ouvre l'action en retranchement au enfants naturel est extrêmement délicate à l'égard des successions non liquidé, mais aussi à l'égard de certaines succession déjà liquidé, ainsi il suffirait qu'une succession n'est donné lieu ni à partage, ni à accord amiable, ni à décision judiciaire irrévocable pour que l'aliéna 2 de 1527 s'applique, et ouvre l'action en retranchement aux enfants naturels qui en étaient privés et ce, même pour des successions réglées.
L'auteur donne un exemple : CU avec clause d'attribution intégrale, l'avantage matrimonial vide la succession de l'époux prémourant, rendant ainsi sans intérêt tout partage (il n'y a pas d'indivision) de surcroit, et en présence d'enfant naturel, aucun accord n'est intervenue, aucune décision judiciaire n'a été prise, dans la mesure où à l'époque ces enfants étant privé de l'action en retranchement. Cette résurrection de cette action est donc pour cet auteur une bombe à retardement, de veilles action en retranchement peuvent ainsi renaitre de leur cendre.

Il faut savoir que jusqu'au 31 décembre 2006 cette action se prescrivait par 30 ans, la loi de 2006 a modifié un alinéa à l'article 921, qui prévoit dorénavant un délai de prescription de 5 ans à l'action en réduction et ce, à compter du décès, ou deux ans à compter du jour ou les héritiers ont eut connaissance de l'atteinte portée à leur réserve, sans jamais pouvoir excéder 10 ans à compter du décès.

Si donc on considère que l'action en retranchement n'est qu'une action en réduction (pas sur) le législateur de 2006 limiterait ainsi les risque d'explosion de la bombe à 10 ans maximum et non plus 30.

Pour information : Civ1 29 janvier 2002 (bull 32) : la cour de cassation reconnaît aux enfants naturels en application de l'ancien article 1527 al 2 le bénéfice de l'action en retranchement au nom du principe de non discrimination selon la naissance (au regard de l'arrêt CEDH : Mazureck).

⇨ Juridiquement 1527 al 2 est censé avoir toujours concerné les enfants naturels.

Par ailleurs certaines juridictions du fond ont étendu la protection au enfant de l'un des conjoints même s'ils ont été adopté par l'autre (ex : Paris 5 novembre 1992 : RTDC 1993 P 869).
Cette position prise par certaine juridiction a été contestée en doctrine et la première chambre civile de la cour de cassation dans son arrêt rendu le 7 juin 2006 (Bull I 295) est venu préciser « l'enfant adopté par le CS investit dans la succession de l'adoptant des mêmes droits qu'un enfant légitime ou naturel, n'est pas fondé à se prévaloir de la protection spécifique de l'action en retranchement de l'article 1527 al 2 ouverte au seul bénéfice des enfants qui ne seraient pas issus des deux époux ».

La notion d'enfant non issu des deux époux renvoi à la notion d'enfant non commun au deux époux, qui renvoi à la constatation de l'absence d'un lien bilatéral de parenté.

=> Civ 7 juin 2006 casse la décision rendue par la CA Paris qui avait accueilli l'action en réduction des avantages matrimoniaux dont bénéficiait M. Z, épouse survivante, action introduite par les enfants issus du premier mariage du défunt et qui avaient été adopté par Mme Z, seconde épouse de leur père (il y a un lien bilatéral de parenté).

Pour les enfants communs au deux époux, exclus de cette action en retranchement, s'est la QD spéciale entre époux qui est seule applicable est qui protège leur réserve, et l'adoption du régime de la CU, avec clause d'attribution intégral au CS ne porte pas atteinte à cette réserve (Civ1 14 mai 1996 : répertoire defrénois 1996 article 36387).

Si les enfants communs ne peuvent bénéficier de l'action en retranchement, et ce en tant que titulaire de cette action, il profite des résultats de cette action, puisqu'elle procure un bénéfice qui se partage également entre tous les enfants.

On s'est également posé la question de savoir si l'action en retranchement pouvait bénéficier aux enfants de deux époux mariés ensemble mais issu d'une précédente union de ces époux qui se sont remarié après avoir divorcé. La doctrine était partagée :

- Ceux qui répondait par l'affirmative considéraient que la lettre du texte (avant la loi de 2001), vise les enfants issus d'un précédent mariage, et les enfants dont il est question sont issu d'un premier mariage. Avec la loi de 2001 ce raisonnement ne tient plus, la loi vise les enfants qui ne seraient pas issus des deux époux.

Plus fondamentalement le fondement de l'action en retranchement est d'éviter que des enfants en cas de prédécès de leur auteur, remarié avec un tiers, puissent être dépouillés de leur droit à réserve.
Les enfants communs des époux n'ont pas besoin de cette protection puisqu'ils ont vocations à hériter du CS qui survit.

Reste une question saugrenue : quid du sort du 1er conjoint qui peut survivre à son ancien époux remarié. Quel le 1er conjoint ne soit pas titulaire de l'action en retranchement est une certitude, il est devenu complètement étranger au DC, il n'a pas à intervenir dans la succession.
Mais il a pu arriver, qu'ayant obtenu le divorce à son profit en application de la loi de 1975, il réclame à la succession, dans les limites de la QD de l'article 1094-1, l'exécution d'une donation qui lui avait été consentit par le contrat de mariage et qui avant la loi de 2004 sur le divorce était non seulement irrévocable mais aussi non révocable ne cas de divorce prononcé dans ces conditions.

Dans un arrêt ancien la cour de cassation a admis pour la détermination de ces droits, que le 1er conjoint puisse faire entrer en ligne de compte des biens qui sont entré dans la masse de succession au moyen de l'action en retranchement (Civ1 17 mars 1923)
Cette jurisprudence a été vivement critiquée, car cette solution de la cour de cassation a eut pour conséquence que les avantages matrimoniaux se sont vu reconnaître le caractère de libéralité, non seulement à l'égard des enfants des titulaires de l'action en retranchement, mais aussi à l'égard du 1er conjoint ce qui est contestable.

2) La nature de l'action en retranchement

La majorité des auteurs s'accordent à considérer que l'action en retranchement n'est pas autre chose qu'une action en réduction, c'est donc en qualité d'héritiers réservataires que les enfants attaquent les avantages fait au nouveau conjoint.
La nature d'action en réduction de l'action en retranchement semble confirmé par la loi de 2006, en effet le législateur de 2006 est venu modifier l'article 1527 prévoyant et ce à compter du 1 janvier 2007, pour les enfants titulaires de l'action la possibilité de renoncer à l'avance à exercer leur action en retranchement jusqu'au décès du CS.
L'article 1527 ainsi modifié renvoi aux articles 929 et s du code civil, lesquels article concerne la renonciation anticipée à l'action en réduction.
Certains auteurs s'interrogent sur la portée exacte du renvoi à ces articles, en effet la renonciation anticipé à l'action en retranchement n'est que temporaire, puisqu'au décès du CS, beau parents des enfants, les enfants pourront exercer l'action en retranchement et récupérer ainsi leur part d'héritage.
Or la renonciation anticipée à l'action en réduction peut, elle, être définitive. Autrement dit le renvoi que fait l'article 1527 aux articles 929 et s, se doit, pour certain auteur, d'être mesuré. Ce renvoi ne peut aller jusqu'à admettre l'application de tout le régime juridique applicable à l'action anticipé à l'action en réduction.

Il faut savoir que la question de la nature de l'action en retranchement, de la portée exacte du le renvoi que fait l'article 1527 agite fortement la doctrine, il y a débat.
Pour en clore ici de cette question il convient peut être de noter que pour des auteurs (M. Hoareau et M. Van Steenland JCP notarial 2008 p 20) l'obstacle que peut présenter l'article 1527 a une renonciation anticipé définitive à l'action en retranchement peut être levé en considérant que ce texte ne devrait pas pouvoir exclure qu'un enfant né d'un premier mariage, par exemple, puisse recourir à l'action anticipé de l'action en réduction des article 929 et s, et ainsi abandonné à son beau parent définitivement les biens compris dans l'avantage matrimonial.
Cette position s'appuie exclusivement (point essentiel) sur le fait que pour ces auteurs l'action en retranchement n'est rien d'autre qu'une application de l'action en réduction.
(=> Prof pas convaincue)

Dans l'hypothèse ou les enfants renonce à exercer l'action en retranchement, au terme de la nouvelle rédaction, ils bénéficieront de plein droit du privilège, non sur les meuble comme l'indique à tors le texte, immobilier visé au 3ème de l'article 2374 et ils pourront demander qu'il soit dressé un inventaire des immeubles ainsi qu'un état immeuble.

Cette renonciation anticipé de l'action de 1527 permet au CS bénéficiaire d'un avantage matrimonial de rester en possession des biens du défunt jusqu'à son décès et à cette date les enfants du premier mourant retrouveront leur droit d'agir en réduction.

B/ Evaluation de l'avantage matrimonial

L'attribution intégrale au CS est analysée comme un avantage matrimonial, mais le mode d'évaluation de cet avantage n'est précisé par aucun texte. En pratique ce mode d'évaluation a été élaboré à partir d'une définition de l'avantage considéré comme étant l'enrichissement dont bénéficie le conjoint en application des dispositions de la convention matrimoniale.

En préalable, cependant, l'évaluation dépend d'une considération décisive en matière de reconstitution patrimonial, à savoir la date à prendre en compte pour déterminer l'état dans lequel le bien devra être évalué.

1) La date de l'estimation de l'avantage matrimonial

L'avantage matrimonial est considéré comme une libéralité à l'égard des enfants qui ne sont pas commun au deux époux. Son évaluation obéit donc aux dispositions de l'article 922. d'après ce texte les biens donnés doivent être évalué en fonction de leur état au jour de la donation, et leur valeur à l'ouverture de la succesion.
Lorsque l'avantage matrimonial a le caractère de gain de survit, et cet avantage a obligatoirement ce caractère lorsqu'il correspond à une attribution intégrale, par application de l'article 922, il est incontestable que l'avantage sera évaluer par rapport à sa valeur au jour du décès.
La question qui se pose ici est de savoir en fonction de quel état, celui qu'avait les effets de communauté lors de la dissolution ou celui qui est le leu au jour du décès. En réalité cette question ne se pose que dans l'hypothèse ou la date du décès et la date de dissolution ne coïncide pas, car dans le cas ou ses deux évènements coïncide il n'existe en général aucune difficulté, l'avantage sera évalué dans son état et pour sa valeur à ce jour.
Et cet état prendra en compte toutes les plus ou moins value dues à l'activité personnelle des époux sur les biens communs en cour d'union.

En l'absence de coïncidence entre le décès et la dissolution, l'évaluation de l'avantage au regard de 922, se fera en tenant compte de son état au jour de la dissolution. Au décès le régime matrimonial ne fonctionne plus depuis sa dissolution et le RM n'a pas encore fonctionné au jour de l'entré en communauté.

Evalué dans cette hypothèse ne tenant compte de son état au jour de la dissolution de la communauté, l'avantage ne tiendra pas compte des plus ou moins value personnelle propres au époux et qui sont postérieur à la dissolution

2) Le mode d'évaluation de l'avantage matrimonial

Le mode d'évaluation est élaboré en pratique à partir de la définition de l'avantage. Cet enrichissement apparaît notamment lorsqu'il est prévu (cas pratique) l'attribution intégrale de la communauté au CS.
Le mode usuel d'évaluation de l'avantage matrimonial consiste en une comparaison, entre l'attribution des biens telle qu'elle résulte de la convention matrimoniale et la part qui serait attribuée au conjoint en application du régime légal de la communauté réduite aux acquêts.

- ⇨ il convient de procéder à une double liquidation :
  - liquidation conformément au régime conventionnel
  - liquidation conformément au régime légal

La comparaison met en évidence l'avantage des stipulations découlant du RM.

Une fois l'avantage déterminé, il y a lieu de rechercher si celui-ci excède le montant de la QD spéciale entre époux de l'article 1094-1.
Cette QDS doit être calculé en ajoutant au bien existant non seulement les libéralités, mais également les avantages matrimoniaux. La question s'est posé de savoir s'il fallait calculer la QD ordinaire sur le seul actif net de la succession (bien existant et libéralité) en admettant qu'à l'égard des tiers l'avantage conserve son autonomie juridique ou au contraire s'il fallait établir la masse de calcul de la QD ordinaire de la même façon que celle prévu à l'article 1094-1 (bien existant, libéralité, avantage matrimoniaux).

La réponse à cette question est directement fonction de la portée reconnue à l'article 1527 al 2 du code civil.

- Si ce texte est limité aux relations du second conjoint et les enfants non issus des deux époux, l'avantage matrimonial ne sera inclus que dans la masse de calcul établie en vu du retranchement.
- Si l'article 1527 est étendu erga omnes (à tous), l'avantage devra entrer dans la masse de calcul permettant de fixé la QD ordinaire et y être imputé.

La jurisprudence et la pratique adopte cette dernière analyse donc tous ce passe comme si l'avantage matrimonial avait à l'égard de tous la qualité de libéralité dès lors que sont présent des enfants non issus des deux époux.

Certains auteurs (Grimaldi) rappellent toutefois que si l'avantage matrimonial dégénère en libéralité, c'est seulement au regard des descendants pour la protection de leur réserve. Il est en revanche pleinement opposable aux créanciers successoraux qui ne sauraient donc en aucun cas faire falloir leur droit sur les biens qui en font l'objet.
C'est pourquoi l'avantage matrimonial ne doit apparaître dans la masse successorale qu'après déduction du passif.

Reste à examiner la question du rang d'imputation et de la masse d'imputation.

- Ordre d'imputation et rang de réduction, l'avantage matrimonial en vu de son retranchement, obéit aux règles applicables aux donations (923). La date à prendre en considération qu'en à l'ordre d'imputation et au rang de réduction est pour l'avantage matrimonial la date du contrat de mariage, ou la date du jugement d'homologation (si homologation il y a), sinon la date de la signature du nouveau contrat de mariage notarié en cas de changement de régime matrimonial, dans ce dernier cas c'est le notaire qui sera chargé d'informer les enfants majeurs par lettre AR, et information des créanciers par publication dans un journal d'annonce légal.

Certain auteurs justifient cette ordre : lorsque l'avantage est requalifié en libéralité est irrévocable il prend rang à la date du contrat et même si le transfert des droits s'opèrent au décès.

- Mode de réduction

Depuis la loi de 2006 le principe pour toutes libéralités est celui de la réduction en valeur. Si l'avantage constitue un gain de survit il sera réduit en valeur : article 924.

- Masse d'imputation de l'avantage matrimonial

Conception générale de la jurisprudence qui qualifie de libéralité l'avantage matrimonial en présence d'enfant qui bénéficie de l'action en retranchement, conduit à envisager une combinaison de la QDS et de la QDO, conformément à la jurisprudence de 84.
La QDS sur laquelle s'impute l'avantage matrimonial donne la mesure du retranchement, ce qui excèdent la QDS sera retranchés et reviendra aux autres héritiers. Et la QDO donne elle la mesure de la réduction, nul doute que l'avantage matrimonial s'imputera également sur la QDO.

Bilan de l'ensemble des règles appliqué au cas :

1° Louis pourra exercer l'action en retranchement, seul car Laure à renoncer.

2° En tant qu'action obéissant au régime juridique de l'action en réduction, l'action en retranchement vise à la réintégration dans la succession d'Eugène, de l'excédant qui pourra apparaître après imputation de l'avantage matrimonial sur la QDS (1094-1)

3° L'avantage matrimonial résultera lui-même d'une comparaison, entre le montant attribué au CS (Emile) au titre de son régime matrimonial conventionnel et le montant qui lui aurait été attribué au titre de la communauté légale.

4° quant à l'ordre d'imputation de l'avantage matrimonial, c'est celui applicable aux donations, à savoir selon leur date dans l'ordre chronologique : ici date du contrat de mariage : 26 avril 1990.

5° Quant au rang d'imputation de l'avantage : celui des donations : il sera réduit s'il y a lieu après les legs et après les donations postérieures. S'il y a lieu a réduction, réduction en valeur.

Pou l'évaluation de l'avantage matrimonial il faut procéder à une double liquidation, l'objectif et de faire apparaître l'avantage du choix du régime conventionnel (CU avec clause d'attribution intégrale), étant considéré que le régime légal est considéré comme ne produisant aucun avantage. Etant rappelé que cet avantage est envisagé comme une libéralité lorsqu'il existe des enfants non commun.
Il conviendra, pour déterminer ce qui sera attribué au CS au titre de son régime conventionnel, de ne tenir compte que de ce qui constitue un véritable avantage, comparé à ce qu'il lui aurait été attribué en tant qu'époux marié sous le régime légal.

Ex :
Soit un bien reçu par succession au profit de M. X, marié sous le régime de la CU avec clause d'attribution intégrale, et sans droit de reprise pour les héritiers.
Au décès de Mme. X ce bien figure dans l'actif commun, mais il ne figurera pas dans le calcul de la masse attribuée à M. X au titre de son régime conventionnel pour la détermination de l'avantage matrimonial, puisque le bien sous le régime légale est un bien propre, hors communauté légale, en conséquence M. X n'a pas tiré avantage de son régime conventionnel.
(cf corrigé)

Chapitre 8 : Les transmissions transgénérationnelles

Section 1 – Les donations trangénérationnelles (transmission d'une somme d'argent et autres biens, aspects civil et fiscal

Exposé discussion : la donation partage trangénérationnelle

Introduction

I Le mécanisme de la donation-partage transgénérationnelle

A/ Modalités de la donation-partage transgénérationnelle
1- Les parties et leur consentement
2- L'objet
3- La forme

B/ Le partage par souche
1- Le principe du partage par souche
2- La double limite de la réserve héréditaire et de l'égalité entre les héritiers

II Le dénouement de la donation-partage transgénérationnelle

A/ Le règlement de la succession de l'ascendant donateur

B/ Le règlement de la succession de l'enfant de l'ascendant donateur

Conclusion

Introduction

La donation-partage transgénérationnelle est une des plus remarquables innovations de la loi du 23 juin 2006, permettant de consentir des donations-partages à des générations différentes. Aux termes du nouvel article 1075-1 du Code civil, « *toute personne peut également faire la distribution et le partage de ses biens et de ses droits entre des descendants de degrés différents, qu'ils soient ou non ses héritiers présomptifs* ».

Tout d'abord, il convient d'effectuer un rappel de la définition de la donation-partage : c'est un acte notarié par lequel un donateur répartit de son vivant tout ou partie de son patrimoine entre ses enfants. Il s'agit à la fois d'une donation et d'un partage anticipé de sa succession.

La possibilité d'inclure des petits-enfants dans une donation ou un testament-partage était réclamée depuis longtemps de la pratique notariale. Jusqu'à présent, ils ne pouvaient y figurer que comme tout autre tiers et ne recevoir de droits que sur une entreprise. Cette innovation tient également à l'allongement de la durée de la vie humaine qui a eu pour conséquence de retarder les transmissions patrimoniales héréditaires au détriment des jeunes ménages. Bien souvent, lorsque s'ouvre la succession, les enfants du défunt ont eux-mêmes un âge certain. Lorsque ces enfants ont eu la possibilité au cours de leur existence de se constituer un patrimoine, il n'est pas rare, en pratique, que ces descendants au premier degré expriment le souhait de faire bénéficier leurs propres descendants de tout ou partie du patrimoine successoral que la loi leur réserve.
L'objectif est, par conséquent, d'encourager une transmission du patrimoine au profit des jeunes générations.

Antérieurement à la réforme du 23 juin 2006, seuls des descendants ayant la qualité d'héritiers présomptifs pouvaient être appelés à une donation-partage. Il en résultait une double impossibilité :
D'une part, la qualité de co-partagé ne pouvait être reconnue qu'à un descendant se trouvant au degré immédiatement successible. Ainsi, du vivant de leur auteur, les petits-enfants du disposant ne

pouvaient pas être appelés à la donation-partage. Les grands-parents ne pouvaient donc pas consentir de donation-partage au profit de leurs petits-enfants, sauf si ces derniers venaient par représentation d'un enfant prédécédé. Du vivant de leur auteur, les petits-enfants ne pouvaient être gratifiés par leurs grands-parents que par donation simple, imputable sur la quotité disponible. Par cette donation simple, l'ascendant donateur pouvait donner à un de ses petits-enfants et non à d'autres et l'équilibre n'était jamais rétabli.
D'autre part, la donation-partage supposait une pluralité de descendants et ne pouvait être envisagée lorsque l'ascendant donateur n'avait qu'un unique enfant.

Depuis le 1er Janvier 2007 (date d'entrée en vigueur de la loi du 23 juin 2006), le nouvel *article 1078- 4 du Code civil* dispose que « *lorsque l'ascendant procède à une donation partage, ses enfants peuvent consentir à ce que leurs propres descendants soient allotis en leur lieu et place en tout ou partie* ». Les termes « *en leur lieu et place* » souligne l'intérêt d'une donation-partage transgénérationnelle : l'ascendant dispose du droit de consentir une donation à des héritiers non réservataires présomptifs sans puiser dans la quotité disponible.
Cette disposition permet donc aux grands-parents de faire une donation-partage en même temps à leurs enfants et petits-enfants.

On ne saurait cependant exclure que certains recourent à la donation partage transgénérationnelle dans un pur soucis d'économie fiscale : en vue d'éluder l'impôt sur la transmission à la première génération. Car les biens que le petit-fils recueille directement de son grand-père ne sont taxés qu'une fois, alors que ceux qu'il recueille de son père qui les a lui-même reçus du sien le sont deux fois. Ainsi, les droits sont liquidés en fonction du degré de parenté entre l'ascendant donateur et les descendants allotis L'absence ou la présence d'une réserve d'usufruit pourra réserver le mobile civil ou fiscal de l'opération.

Il s'agit de comprendre en quoi la donation-partage transgénérationnelle est une innovation en s'intéressant à son fonctionnement et à ses mécanismes, et de constater les bouleversements qu'elle engendre.

Une première partie nous permet d'exposer les mécanismes de cette opération, en étudiant dans un premier temps ses modalités, puis dans un second temps, le partage par souche. Une seconde partie est consacrée au dénouement de la donation-partage transgénérationnelle ; nous présenterons successivement le double impact de cette opération au regard du droit des successions ainsi que l'hypothèse de la donation- partage faite par l'enfant renonçant.

I/ Le mécanisme de la donation-partage transgénérationnelle

A/ Modalités de la donation-partage transgénérationnelle

1- Les parties et leur consentement

L'ascendant donateur pouvant procéder à une donation-partage entre ses enfants et leurs propres descendants, il y a par conséquent, trois parties à l'acte, l'ascendant donateur, le maillon intermédiaire, soit l'enfant renonçant, et le descendant de second degré.

Naturellement des descendants de degré plus éloigné (des arrières petits-enfants) pourraient être pareillement gratifiés, du consentement de tous leurs auteurs (enfant et petit enfant).
La seule limite est que les gratifiés doivent tous être des descendants du disposant. Le partage d'ascendant conserve ainsi une place à part parmi les libéralités partages : lui seul peut prendre la forme d'un partage anticipé qui soit trangénérationnel.

La donation partage devient également possible pour qui a un enfant unique, pourvu que celui-ci ait lui même au moins un enfant : le partage anticipé allotira l'enfant et le petit enfant. L'article 1078-5 alinéa 1er le prévoit expressément.

De plus, un tiers peut participer à l'acte dès lors qu'il reçoit une entreprise individuelle exploitée par le disposant ou des droits sociaux (*article 1075-2 du Code civil*).

La participation à l'acte du descendant au premier degré du disposant est indispensable à la réalisation de cette opération qui nécessite une intention libérale de la part de ce descendant.

La donation-partage transgénérationnelle n'est **ainsi** possible que du consentement de la génération intermédiaire : le saut d'une génération suppose l'accord de celle-ci. C'est le signe que cette innovation se fait au prix d'un infléchissement, non pas de la réserve qui protège l'héritier contre la volonté unilatérale du de cujus (article 721 Code civil), mais de la prohibition des pactes sur succession future, qui interdit à l'héritier de renoncer à ses droits, réservataires ou pas, du vivant du de cujus (article 722 du Code civil).

Autrement dit, ce qui est désormais permis dans la donation-partage, ce n'est pas qu'un père puisse évincer son fils au bénéfice de son petit-fils, c'est qu'il puisse proposer à son fils de lui substituer son petit-fils et que celui-ci puisse valablement l'accepter (on peut d'ailleurs imaginer que la proposition de substitution vienne du fils, en réponse à une offre de distribution faite par son père).

On le voit, dans une telle configuration, il s'agit d'anticiper non seulement sur la succession de l'ascendant donateur mais également sur celle du descendant au premier degré. La consécration de la donation partage transgénérationnelle est liée à une autre innovation majeure de la loi du 23 juin 2006, à savoir l'admission de la représentation de l'héritier renonçant (article 754 alinéa 1 du Code civil). Dès lors, en effet, que l'on permet à un enfant de se substituer ses propres enfants dans le partage anticipé de la succession de son père, il est logique de lui permettre également dans le partage ordinaire de cette même succession. Pour un enfant, consentir à ce que ses propres enfants soient allotis en son lieu et place dans la distribution entre vifs est arrêtée par son père, c'est accepter d'y être représenté par eux.

La loi multiplie les précautions ; c'est dans l'acte lui-même de donation-partage transgénérationnelle que l'enfant renonçant doit exprimer son consentement ; y sont également rappelées les règles des vices du consentement.

3- L'objet

La donation-partage ne peut avoir pour objet que des biens présents (*article 1076 du Code civil*).

Elle peut comporter l'attribution de biens en pleine propriété, en nue-propriété ou en usufruit. Cette précision, qui figurait dans l'offre de loi, n'a pas été reprise dans la loi, mais les termes généraux ne semblent pas l'interdire.

Toutes les réserves habituellement faites par le donateur dans une donation-partage (réserve d'usufruit, réserve du droit de retour conventionnel, interdiction d'hypothéquer ou d'aliéner...) peuvent également figurer dans le cadre d'une donation-partage transgénérationnelle.

Des donations antérieurement faites peuvent également être incorporées dans une donation-partage transgénérationnelle, le cas échéant sous des modalités telles qu'en avancement de parts successorales, ou avec changement d'attributaires (article 1078-7 du Code civil). Mais également de

biens qu'ils avaient antérieurement reçus en qualité de tiers bénéficiaires de donations ordinaires, les petits-enfants peuvent ainsi se retrouver pourvus en qualité de donataires copartagés au lieu et place d'un enfant du donateur.

4- La forme

La donation-partage transgénérationnelle prend la forme d'un **pacte familial** scellé entre ces différentes générations. Elle est soumise aux formalités, conditions et règles prescrites pour les donations entre vifs.

, comme l'énonce l'*article 931 du Code civil* : « tous actes portant donation entre vifs seront passés devant notaires, dans la forme ordinaire des contrats, et il en restera minute, sous peine de nullité ».

Cette formalité est d'autant plus nécessaire au regard de la gravité et de la complexité de la donation-partage transgénérationnelle qui rendent indispensable le conseil d'un notaire.

L'action en nullité se prescrit par cinq ans (depuis la loi du 17 juin 2008, article 2224 Code civil) et la prescription commence à courir du jour où l'acte irrégulier est passé.

B/ <u>Le partage par souche</u>

La difficulté qu'a eu à surmonter le législateur tenait surtout à la réserve successorale, fixée pour chaque degré de génération. En effet, dans cette opération, la donation-partage transgénérationnelle saute une génération, ce qui en explique la complexité.

Ainsi, le partage va se faire par souche. La donation-partage transgénérationnelle constitue non seulement un assouplissement du principe de la prohibition des pactes sur succession future, mais également des règles d'appréciation de la réserve héréditaire.

1- Le principe du partage par souche

La donation-partage transgénérationnelle oblige à dépasser la notion de génération pour recourir à celle de souche. Chaque enfant et ses propres descendants constituent ensemble une souche.

Le nouvel *article 1078-6 du Code civil* précise que « *lorsque des descendants de degrés différents concourent à la même donation-partage, le partage s'opère par souche. Des attributions peuvent être faites à des descendants de degrés différents dans certaines souches et non dans d'autres* ».

En effet, le partage ne s'opère pas par fixation de droits individuels des donataires c'est à dire « par tête », mais par souche : il compose des lots pour chacun de ses enfants représentés, sans division entre ses petits-enfants. Il y est expressément autorisé par l'article 1078-4 alinéa 2 du Code civil qui dispose que : « Les descendants d'un degré subséquent peuvent, dans le partage anticipé, être allotis séparément ou conjointement entre eux ».

En outre, il peut, comme dans le cas d'une donation-partage ordinaire, gratifier en même temps que partager, pourvu qu'il reste dans la limite de la quotité disponible. Simplement, lors des opérations visant à vérifier qu'il n'a pas excédé cette limite, on raisonnera par souche, c'est-à-dire en faisant comme s'il avait gratifié ses enfants, et non ses petits-enfants.

Il est ainsi possible par une donation-partage transgénérationnelle d'allotir soit des petits-enfants seulement, soit des petits-enfants en même temps que des enfants, que les premiers soient ou non issus des seconds.

Cela étant toutes les combinaisons sont possibles : renonciation globale ou non des héritiers de premier rang, (qui dans ce dernier cas, conserveront tous leurs droits, en concours avec leurs neveux et nièces), partage égal ou inégal, au sein de la souche, le total des allotissements ne dépassant cependant pas les droits du « maillon intermédiaire ». Le disposant peut même décider, avec l'accord de celui-ci, de réaliser directement un partage par tête entre ses petits-enfants, la partie excédant les droits **de leur ou leurs auteurs** pouvant alors donner lieu à une éventuelle action en réduction des autres descendants lésés, après épuisement de la réserve et de la quotité disponible cumulées.

2- La double limite de la réserve héréditaire et de l'égalité entre les héritiers

L'idée générale est que le donateur a toute liberté pour adapter ces attributions en fonction de la situation familiale, par le choix ou l'exclusion des attributaires.

Il est possible de rompre l'égalité des lots attribués à chaque enfant dans la donation-partage ordinaire, il est envisageable, dans une donation-partage transgénérationnelle, de s'affranchir de l'égalité des souches, à condition toutefois de rester dans les limites du disponible pour chaque souche.

Il est possible aussi de prévoir des attributions au profit de certaines souches seulement. Là encore, la liberté du disposant n'a d'autres limites que la réserve héréditaire.

Cependant, la loi non écrite liée à l'équilibre successoral recommande de respecter une double égalité ; d'une part, une égalité entre les souches et d'autre part, une égalité au sein de chaque souche entre les descendants de même degré.

Nous allons étudier des situations d'attributions inégalitaires.

- Une souche n'a pas reçu suffisamment et les biens existants ne lui permettent pas de composer sa réserve :

Dans ce cas, si l'on constate au décès du donateur qu'une souche est privée totalement ou partiellement de sa réserve, faute de biens existants suffisants pour composer celle-ci, les descendants de cette souche sont remplis de leurs droits dès lors qu'ils exercent l'action en réduction.

- Certains descendants d'un enfant du donateur peuvent ne pas recevoir de lot dans la donation- partage, alors que d'autres en reçoivent.

La situation sera rétablie dans la succession de leur auteur comme si ces descendants avaient reçu une donation en avancement de part successorale, donc de manière égalitaire.

II/ <u>Le sort de la donation-partage transgénérationnelle</u>

Le sort de la donation-partage transgénérationnelle doit être envisagé non seulement à l'ouverture de la succession de l'ascendant donateur, mais également lors du règlement de la succession du

descendant au premier degré ayant renoncé, à tout ou partie de son lot, au profit de ses propres descendants.

A/ Le règlement de la succession de l'ascendant donateur

Dans la succession de l'ascendant donateur, les biens reçus par les enfants ou leurs descendants ont vocation à composer la part de réserve afférente à leur souche.

Conformément aux dispositions de l'article 1078-8 alinéa 1er du Code civil, qui dispose que « *dans la succession de l'ascendant donateur, les biens reçus par les enfants ou leurs descendants à titre de partage anticipé s'imputent sur la part de réserve revenant à leur souche et subsidiairement sur la quotité disponible* ». Cette disposition vaut sauf convention contraire (art. 1078-7).

Le rang d'imputation des donations consenties aux membres d'une même souche, par exemple deux petits-enfants issus du fils du donateur ou un enfant et un petit-enfant, est identique. Ces donations s'imputent ensemble, sans qu'il y ait lieu de tenir compte du degré de parenté avec le défunt (art. 1078-8 al.2).

Aux termes de l'article 1078-8 alinéa 3 du Code civil, « *lorsque tous les enfants de l'ascendant donateur ont donné leur consentement au partage anticipé et qu'il n'a pas été prévu de réserve d'usufruit portant sur une somme d'argent, les biens dont les gratifiés ont été allotis sont évalués suivant la règle prévue à l'article 1078* », c'est à dire au **jour de la donation-partage**.

A la différence de l'article 1078, écrit pour la donation-partage ordinaire, l'article 1078-8 n'exige pas que tous les enfants de l'ascendant donateur aient « *reçu et accepté un lot* ». C'est que s'agissant d'une donation-partage transgénérationnelle, il se peut que tel enfant n'ait rien reçu parce que c'est à ses seuls enfants qu'est advenu le lot destiné à sa souche. Son consentement à la donation-partage, joint à l'allotissement de sa souche, justifie le jeu de l'évaluation dérogatoire de l'article 1078.
En effet cela est cohérent puisque l'objectif de la donation-partage transgénérationnelle est de permettre d'y faire participer des petits-enfants sans que l'enfant y participe nécessairement.

Reste que la rédaction du texte souffre d'une ambiguïté, en ce qu'elle laisse à penser que l'article 1078 pourrait s'appliquer dans le cas où un enfant aurait consenti à la donation-partage sans que lui ni aucun autre de ses propres enfants n'y aient été allotis ; or pareille application serait évidemment contraire à l'esprit de la loi. Là, donc, où le texte dispose « *Lorsque tous les enfants de l'ascendant donateur ont donné leur consentement au partage anticipé…* », il faut lire « *Lorsque tous les enfants de l'ascendant donateur ont donné leur consentement au partage anticipé et y ont reçu un lot, eux-mêmes ou leurs descendants* … ».

Toutefois, s'il n'y a pas eu de consentement de tous les enfants de l'ascendant donateur ou s'il est prévu une réserve d'usufruit portant sur une somme d'argent, ce seront alors les règles régissant les donations entre vifs prévues à *l'article 922 du Code civil* qui auront vocation à s'appliquer. Ainsi, les biens de ladite donation seront évaluées « *d'après leur état à l'époque de la donation et leur valeur à l'ouverture de la succession* » de l'ascendant donateur.

Un avantage de la donation-partage qui existe aussi dans le cadre de la donation-partage transgénérationnelle est l'absence de rapport, avantage qui joue au moment de la succession de l'ascendant donateur et au moment du règlement de la succession du descendant intermédiaire si un petit-enfant n'a pas participé à l'opération.

B/ Le règlement de la succession de l'enfant de l'ascendant donateur

Lorsque la donation partage est transgénérationnelle et que l'on s'intéresse cette fois à la succession de l'enfant qui a consenti à ce que ses propres descendants soient allotis en son lieu et place, l'article 1078-9 du Code civil, prévoit que les biens reçus par ces derniers, de l'ascendant donateur, sont traités comme des donations consenties (en avancement de part successorale) **par leur auteur direct,** c'est à dire de l'enfant qui « a renoncé » et non de l'ascendant donateur. Cette assimilation est une « fiction juridique ».

C'est pour assurer le respect de la réserve de chacun des descendants, au sein de la même souche et sauvegarder la liberté de disposer à titre gratuit de la génération qui s'efface, que la loi impose que, lors du décès de l'enfant représenté, l'on fasse comme si les petits-enfants tenaient de leur auteur les biens qu'ils ont reçus de leur aïeul.

En conséquence, ces biens sont soumis **en principe** aux règles des donations entre vifs, en ce qui concerne la réunion fictive, l'imputation, le rapport et le cas échéant, la réduction (article 1078-9 alinéa 2 du Code civil). Ainsi l'imputation a lieu sur leur part de réserve, à défaut de préciput.

Les lots sont rapportables à la succession de l'enfant représenté pour leur valeur à la date du partage selon les règles de l'article 860 du Code civil.
Le rapport est notamment justifié par le souci de maintenir, le cas échéant, l'égalité entre les petits-enfants.

Ce rapport va permettre un rééquilibrage dans les cas où un petit-enfant ne reçoit rien dans la donation-partage. Si ce rééquilibrage n'avait pas été prévu par la loi, le descendant intermédiaire aurait pu avec la complicité de son auteur déshériter un de ses enfants. De plus, rien ne dit qu'au jour de la donation-partage consentie par l'ascendant donateur, tous ses petits-enfants seront présents. En effet, certains ne naîtront peut être qu'après cette donation-partage, voir même qu'après le décès de cet ascendant donateur.

Par ailleurs, la loi ne veut pas que l'enfant représenté souffre, du fait de son effacement, d'une diminution de son droit de disposer à titre gratuit, notamment de gratifier son conjoint ou son concubin : diminution qui serait inéluctable, si à l'heure de sa mort, ses propres enfants, au bénéfice desquels il s'est effacé, pouvaient calculer leur réserve sur les seuls biens lui ayant appartenu, à l'exclusion de ceux qu'il leur a permis de recevoir de leur aieul.

Cependant, par exception, l'article 1078-9 du Code civil prévoit que ces biens sont soumis aux règles des donations-partages. En effet, lorsque tous les petits-enfants ont reçu et accepté un lot dans le partage anticipé et qu'il n'a pas été prévu de réserve d'usufruit portant sur une somme d'argent, les biens dont ont été allotis les gratifiées sont traités comme s'ils les avaient reçus de leur auteur par donation-partage.

En conséquence, dans la succession de l'enfant de la génération intermédiaire, ces biens dispensés de rapport, sont évalués au jour de la donation-partage transgénérationnelle pour le calcul de la réserve et de la quotité disponible, conformément à l'article 1078 du Code civil.

Toutefois, ce tempérament présente l'inconvénient que la donation-partage, dont l'objet est évalué au jour de l'acte, peut diminuer, et très sérieusement, la liberté de disposer à titre gratuit de l'enfant représenté. Celui-ci pourrait donc avoir intérêt à ne consentir à une donation-partage transgénérationnelle faite à tous ses enfants que sous la condition que, dans le règlement de sa propre succession, les biens ainsi distribués soient évalués au jour de son décès. Rien ne saurait

condamner une telle clause, puisque l'article 1078 permet expressément d'écarter l'évaluation dérogatoire qu'il prévoit.

B/ Le cas particulier de la donation-partage faite par l'enfant renonçant

Enfin, l'article 1078-10 du Code civil prévoit une autre situation ; celle où l'enfant qui a consenti à ce que ses propres descendants soient allotis en son lieu et place procède ensuite lui-même à une donation-partage ordinaire entre ses enfants à laquelle sont incorporés des biens compris dans la donation-partage transgénérationnelle.

Lors du règlement de la succession de l'enfant représenté, c'est de cette donation-partage ordinaire faite par leur auteur que ses enfants sont réputés tenir les biens reçus de leur aieul.

Dans cette hypothèse, les règles d'imputation, d'évaluation et de réduction édictées à l'*article 1078-9 du Code civil* (succession de l'enfant qui consent à ce que ses propres descendants soient allotis) ne s'appliquent pas.
Il s'ensuit deux conséquences ; d'une part, aucun rapport n'est dû à sa succession; d'autre part, lors du règlement de la succession de cet enfant, les biens seront évalués au jour de la nouvelle donation-partage consentie par celui-ci.

Dans cette nouvelle donation-partage, pourront être incorporées des donations antérieures.
Cette seconde donation-partage, incorporant la première, sera utile lorsque l'un des petits-enfants n'aura pas été alloti par son aieul, soit qu'il ne fut pas né, soit qu'il ne fut pas aimé : de cette omission, il recevra compensation sur les biens de son auteur. Elle sera également utile lorsque l'enfant représenté, soucieux de gratifier un tiers, estimera avoir suffisamment fait pour ses enfants en les substituant tous dans le partage décidé par son père : en incorporant la donation-partage transgénérationnelle à celle qu'il fait lui-même, et en écartant l'application de l'article 1078, il évitera les maléfices de l'évaluation dérogatoire prévue par ce texte.

Conclusion

La loi du 23 juin 2006 a fait de la donation-partage un instrument juridique très perfectionné, susceptible de s'adapter tant à la diversité des patrimoines, qu'à la variété des situations familiales.
Le choix entre les diverses formes de libéralités régies par la loi nouvelle va dépendre, en définitive, des objectifs poursuivis par l'ascendant donateur. La donation-partage, nouvelle formule, permet, d'anticiper sur la venue d'un petit-enfant non encore conçu dans la souche qui reçoit la libéralité. Elle est particulièrement adaptée quand l'ascendant désire davantage réaliser un « saut de génération » que favoriser tel ou tel de ses petits-enfants.

Après avoir présenté les nombreux intérêts qu'offre la donation-partage transgénérationnelle, il convient de préciser qu'une transmission anticipée du patrimoine doit être envisagée avec prudence notamment lorsqu'elle concerne deux générations successives. Au regard de l'allongement de la vie humaine, cette opération peut constituer un obstacle redoutable à la prise en charge financière de la personne âgée dépendante.
En effet, la donation-partage transgénérationnelle est toujours une donation irrévocable.

Aux vues de son étude, on constate que la donation partage transgénérationnelle offre la possibilité d'organiser la répartition de son patrimoine entre ses descendants. Elle permet ainsi la répartition future de son patrimoine, c'est en cela qu'elle tend à remettre en cause le principe de la prohibition des pactes sur successions futures en droit français.

De plus, la donation-partage transgénérationnelle fragilise la notion de réserve héréditaire.

Ajoutons que la loi du 23 juin 2006 a également prévu d'élargir la donation partage aux familles recomposées avec quelques aménagements. Les familles recomposées peuvent également opter pour une même donation-partage au profit de tous leurs enfants, chaque enfant recevant ainsi les biens de son père ou de sa mère et une part des biens communs au couple.

Pour les personnes sans enfants, il est désormais possible d'établir une donation-partage au profit de ses frères et sœurs ou ses neveux et nièces.

Comparaison avec le testament partage

Section 2 – Atres procédés de transmission